



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

Revue de droit d'Assas

N° 16 Mai 2018

Le portrait

**Didier Truchet,
l'intérêt général pour vocation**

Idées pour les professions juridiques

**Les femmes et les métiers du droit :
vers une égalité réelle ?**

Par Lucienne Erstein, Gwenola Joly-Coz,
Mathilde Jouanneau, Paul Lignières,
Martine Lombard et Marie-Aimée Peyron

Le dossier

**Regards sur la réforme
de la Cour de cassation**

Par Alain Bénabent, Jean-Sébastien Borghetti,
Nicolas Cayrol, Jean-Yves Frouin, Pierre-Yves Gautier,
Jean-Louis Halpérin, Alain Lacabarats, Didier Le Prado,
Laurent Leveneur, Dominique Lottin, Marie-Laure Mathieu
et Philippe Théry

Perspectives

Histoire du droit

Par Boris Bernabé, Emmanuelle Chevreau, Nicolas Cornu
Thénard, Sophie Démare-Lafont, Olivier Descamps,
Nicolas Laurent-Bonne, Anthony Merger et Laurent Pfister

Revue de droit d'Assas

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

lextenso éditions

ISSN n° 2108-1050 (papier)

ISSN n° 2114-0332 (en ligne)

Directeur de la publication :

Guillaume Leyte

Conseillère de la rédaction :

Emmanuelle Filiberti

Directeurs éditoriaux :

Nicolas Balat et Étienne Casimir

Directrice scientifique : **Cécile Chainais**

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédacteurs en chef :

Maxime Cormier et Antoine Touzain

Rédacteur en chef adjoint :

Nathan Allix

Responsables de la diffusion :

Eva Helesbeux et Quentin Monget

Membres du comité de rédaction :

Maxime Brenaut, Guygonne-Bettina Deker,

Jeanne de Dinechin, Flavien Dréno,

Rodolphe Eugène, Mathilde Gheeraert,

Eloïse Glucksmann, Cécile Keller-Rousselet,

Henri Laville, Alex Michonneau,

Philippe Morange, Hugo Nadjar, Kevin Quinsac,

Romain Raine, Gabriel Sebban

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Guillaume Drago,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Yves Gaudemet,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Michel Humbert,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Christian Larroumet,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Yves Lequette,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Laurent Leveneur,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Martine Lombard,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Denis Mazeaud,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
ancien directeur scientifique de la *revue*

Jacques-Henri Robert,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Louis Vogel,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
ancien Président de l'Université

La *revue* peut être citée de la manière suivante :
RDA, n° 16, mai 2018, p. X
En ligne : www.u-paris2.fr

L'intro

Antoine Touzain, rédacteur en chef

Ah, la Renaissance... Cette belle période qui est venue toucher la France au seizième siècle, renouvelant tous les domaines de l'art à la science, en passant par cet objet scientifique-artistique qu'est le droit. Renouveau que symbolise également ce numéro 16 de la *Revue de droit d'Assas*, que nous sommes ravis de vous livrer.

Car le numéro 16 de la *Revue* est un véritable moment de renaissance.

Si la question de son utilité est parfois posée¹, l'Histoire du droit est auréolée de réelles *Perspectives* que la rédaction est ravie de mettre à l'honneur dans le cadre de ce numéro.

Et que dire du renouveau de la Cour de cassation, de son fonctionnement et de son rôle, ardemment souhaité par son Premier président ? La question, d'actualité brûlante, avait déjà été posée lors du colloque du Master 2 droit privé général de l'Université Panthéon-Assas en deux mille... seize (!) : les actes de cet événement sont reproduits au dossier, avec l'aide précieuse de Philippe Morange et de Kevin Quinsac.

Renaissance qui peut aussi prendre la forme d'une revendication de « reconnaissance » et la marche « *vers une égalité réelle* » des femmes et des hommes dans les professions juridiques, pour reprendre l'intitulé retenu par le Professeur Thomas Perroud et les étudiants du Master 2 de droit public de l'économie de l'Université Panthéon-Assas.

Mais la Renaissance est une affaire de long cours et s'est poursuivie au dix-septième siècle : ce numéro est, pour moi, l'occasion de passer le flambeau, après une belle aventure de près de sept ans, dont trois à la Rédaction en chef, en vue d'un numéro 17 qui sera l'occasion d'une (petite) renaissance de la *Revue*. J'aimerais donc profiter de ces quelques lignes pour adresser quelques remerciements.

Remerciements déjà à Nicolas Balat et Étienne Casimir, pour m'avoir accordé leur confiance et confié les rênes de cette *Revue*.

Remerciements encore au Professeur Cécile Chainais, à Maxime Cormier et Nathan Allix : la *Revue* évoquera toujours pour moi les souvenirs de ces réunions de réflexion et de préparation des différents numéros, des belles discussions qu'elles ont pu engendrer et la naissance de belles et fortes amitiés.

Remerciements, enfin, à tous ceux qui permettent le fonctionnement au quotidien de la *Revue* : l'équipe de notre éditeur SCM, les responsables de la diffusion Eva Helesbeux et Quentin Monget et tous les membres, toujours plus nombreux, du Comité de rédaction. À tous, un grand merci.

« *Chacun peut maîtriser une douleur, excepté celui qui souffre* ». Shakespeare, en 1600, seize ans avant sa mort en 1616, l'exprimait parfaitement : il est très difficile de quitter un navire si bien équipé et un équipage aussi soudé et magnifique. Mais la *Revue* est non seulement celle de notre Université, mais aussi celle des doctorants : puisqu'il est temps pour moi de me concentrer sur la fin de thèse, le moment est aussi celui de transmettre la *Rédaction en chef*. Je le fais sans crainte ni regret. Un grand scientifique né au XVI^e siècle résumait parfaitement la vie de cette *Revue*. On peut croire qu'un départ risquerait de l'affecter. « *Et pourtant, elle tourne !* »

Excellente lecture à tous !

1. V. not. B. BARNABÉ, « À quoi sert l'Histoire du droit ? », p. 109.

Sommaire

L'intro

Quelques mots de la rédaction en chef p. 1

Grand Un • **Autour du droit**

Grand A

Du droit et des hommes

L'Homme du droit

Didier Truchet p. 7

Grand B

Droit de regard

Petit un : variétés

Pour la création d'un Diplôme d'université à destination des scénaristes de fictions françaises

Maxime Cormier p. 12

De quel anonymat blessé...

Philippe Morange p. 15

De la discipline des doctorants :
Dodécalogue

Bertrand Jost et Quentin Monget p. 18

Proposition de texte déroulant
pour le nouveau plafond du centre Assas

Antoine Touzain p. 20

Petit deux : des idées pour les professions juridiques

Discours introductif

*Axel Bertrand, Cyrine Bizri
et Maximilien Pallu* p. 23

Les femmes et les métiers du droit :
le regard d'une magistrate de l'ordre judiciaire,
présidente de juridiction

Gwenola Joly-Coz p. 24

Les femmes et les métiers du droit :
le regard d'un membre du Conseil d'État

Lucienne Erstein p. 28

Les femmes et les métiers du droit :
le regard d'un avocat à la Cour

Paul Lignières p. 31

Les femmes et les métiers du droit :
le regard d'un Bâtonnier

Marie-Aimée Peyron p. 35

Les femmes et les métiers du droit :
le regard d'un avocat à la Cour

Mathilde Jouanneau p. 37

Les femmes et les métiers du droit :
propos conclusifs

Martine Lombard p. 40

Grand Deux . Au tour du droit

Grand A

Droit sans frontières

Regards sur la réforme de la Cour de cassation

Présentation du dossier p. 46

Petit un : Propos introductifs

Laurent Leveneur p. 47

Petit deux : Du Tribunal à la Cour de cassation, aperçu historique du juge de cassation

Jean-Louis Halpérin p. 52

Petit trois : Filtrage des pourvois et procédures de jugement différenciées, comment faire ?

Dominique Lottin p. 59

Petit quatre : Mieux juger, moins juger ? (Filtrage des pourvois : pour quoi faire ?)

Alain Bénabent p. 63

Petit cinq : Contrôle de proportionnalité : les apports de la logique

Marie-Laure Mathieu p. 66

Petit six : Juger en proportionnalité

Alain Lacabarats p. 77

Petit sept : Les conséquences de la hiérarchisation et de la diffusion des arrêts sur leur portée

Nicolas Cayrol p. 80

Petit huit :

Proportionnalité : quelles conséquences sur la motivation ?

*Table ronde sous la Présidence de Pierre-Yves
Gautier avec Jean-Sébastien Borghetti,
Jean-Yves Frouin et Didier Le Prado* p. 87

Petit neuf : Propos conclusifs

Philippe Théry p. 98

Grand B

Perspectives

Histoire du droit

Petit un : À quoi sert l'Histoire du droit ?

Boris Bernabé p. 109

Petit deux : Enjeux d'une critique fondée sur l'histoire du droit et le droit comparé. Naissance de la revue *Tribonien*

*Nicolas Cornu Thénard
et Nicolas Laurent-Bonne* p. 115

Petit trois : De la tablette d'argile à la tablette numérique : passé et futur de l'assyriologie juridique

Sophie Démare-Lafont p. 120

Petit quatre : Focus sur l'Institut d'Histoire du Droit : de l'héritage romain au droit de demain

*Emmanuelle Chevreau, Olivier Descamps,
Anthony Mergey et Laurent Pfister* p. 123

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Alain BÉNABENT, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation et Agrégé des facultés de droit

Axel BERTRAND, Étudiant du Master 2 Droit public de l'économie de l'Université Panthéon-Assas

Boris BERNABÉ, Professeur d'histoire du droit à l'Université Paris-Sud, Université Paris-Saclay, Faculté Jean-Monnet, Sceaux, Laboratoire Droit & Sociétés religieuses

Cyrine BIZRI, Étudiante du Master 2 Droit public de l'économie de l'Université Panthéon-Assas

Jean-Sébastien BORGHETTI, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Nicolas CAYROL, Professeur à l'Université François-Rabelais de Tours et Directeur de l'IEJ François-Grua

Emmanuelle CHEVREAU, Professeur d'histoire du droit à l'Université Panthéon-Assas

Martin COLLET, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Maxime CORMIER, ATER à l'Université Panthéon-Assas

Nicolas CORNU-THENARD, Professeur d'histoire du droit à l'Université Panthéon-Assas et membre de l'Institut universitaire de France

Sophie DÉMARE-LAFONT, Professeur d'histoire du droit à l'Université Panthéon-Assas et Directeur d'études à l'École Pratique des Hautes Études, section Sciences historiques et philologiques

Olivier DESCAMPS, Professeur d'histoire du droit à l'Université Panthéon-Assas et Directeur de l'Institut d'Histoire du Droit de l'Université Panthéon-Assas

Lucienne ERSTEIN, Conseiller d'État honoraire

Jean-Yves FROUIN, Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation

Pierre-Yves GAUTIER, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Jean-Louis HALPÉRIN, Professeur à l'École normale supérieure

Mathilde JOUANNEAU, Avocat à la Cour, ancien membre du Conseil de l'Ordre et ancien membre du Conseil National des Barreaux

Gwénola JOLY-COZ, Magistrat de l'ordre judiciaire, Présidente du Tribunal de grande instance de Pontoise

Bertrand JOST, Doctorant contractuel chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas

Alain LACABARATS, Président de chambre à la Cour de cassation, maintenu en activité de service

Nicolas LAURENT-BONNE, Professeur d'histoire du droit à l'Université Clermont Auvergne

Didier LE PRADO, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation et ancien président de l'Ordre

Laurent LEVENEUR, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Paul LIGNIÈRES, Avocat à la Cour

Dominique LOTTIN, Première présidente de la Cour d'appel de Versailles et Présidente de la Conférence des Premiers présidents

Martine LOMBARD, Professeure à l'Université Panthéon-Assas et membre du Collège de l'ARCEP

Marie-Laure MATHIEU, Professeur émérite de l'Université de Montpellier

Anthony MERGER, Professeur d'histoire du droit à l'Université Panthéon-Assas

Quentin MONGET, Doctorant contractuel chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas

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

Maximilien PALLU, Étudiant du Master 2
Droit public de l'économie de l'Université
Panthéon-Assas

Marie-Aymée PEYRON, Avocat à la Cour
et Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris

Laurent PFISTER, Professeur d'histoire du droit
à l'Université Panthéon-Assas

Philippe THÉRY, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas

Antoine TOUZAIN, ATER à l'Université
Panthéon-Assas

Didier TRUCHET, Professeur émérite
de l'Université Panthéon-Assas

Grand Un

Autour du droit

Grand A

Du droit et des hommes

l'Homme du droit

Didier Truchet

p. 7

Grand B

Droit de regard

Petit un

variétés

Pour la création d'un diplôme
d'université à destination
des scénaristes de fictions
françaises

p. 12

De quel anonymat blessé...

p. 15

De la discipline des doctorants :
Dodécalogue

p. 18

Proposition de texte déroulant
pour le nouveau plafond
du centre Assas

p. 20

Petit deux

des idées pour les professions
juridiques

Discours introductif p. 23

Les femmes et les métiers du droit :
le regard d'une magistrate
de l'ordre judiciaire,
présidente de juridiction p. 24

Les femmes et les métiers du droit :
le regard d'un membre du Conseil
d'État p. 28

Les femmes et les métiers du droit :
le regard d'un avocat à la Cour p. 31

Les femmes et les métiers du droit :
le regard d'un Bâtonnier p. 35

Les femmes et les métiers du droit :
le regard d'un avocat à la Cour p. 37

Les femmes et les métiers du droit :
propos conclusifs p. 40

Grand A :

l'Homme du droit

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

Didier Truchet : l'intérêt général pour vocation

Propos recueillis par **Martin Collet**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas



Plusieurs grands noms du droit administratif ont, ces dernières années, pris leur retraite après avoir émerveillé des générations d'étudiants fréquentant les amphithéâtres de la rue d'Assas. Parmi eux, Didier Truchet a laissé une empreinte toute particulière tant il a su, au fil de sa carrière, concilier à merveille les activités de recherche et d'enseignement, tout en endossant d'importantes responsabilités administratives au sein de notre Université comme auprès du ministère de l'Enseignement supérieur et de la recherche ou, encore, à la présidence du Conseil national du droit et à celle, en 2011-2012, du jury d'agrégation de droit public.

La *Revue de droit d'Assas* a souhaité revenir avec lui sur ces années de carrière, dont vingt-cinq passées à Paris II, en confiant à Martin Collet, qui a rédigé sa thèse sous la direction du professeur Truchet, le soin de l'interroger.

Vous avez pris votre retraite il y a trois ans. Même si vous restez très actif, l'Université vous manque-t-elle ?

Ce qui me manque le plus, ce sont les cours, le contact avec les étudiants. Pour le reste, la retraite est un processus. Je m'en rends compte maintenant. Au début, tout m'a manqué ! Puis, graduellement, il y a de plus en plus de choses dont j'ai moins la nostalgie.

Curieusement, la direction de thèse, que j'ai le plus aimé faire, me manque peu aujourd'hui. J'avais d'ailleurs décidé d'arrêter avant ma retraite pour que mes doctorants n'aient pas un directeur trop vieux, qui ne puisse plus assurer le « service après-vente » en accompagnant ceux qui souhaitent embrasser une carrière universitaire.

Ce qui ne me manque pas, parce que je continue, ce sont les activités éditoriales et scientifiques. Et je suis toujours agréablement surpris qu'on m'en propose encore ! C'est le charme du métier, dans sa diversité et sa liberté. On peut continuer à en exercer certains aspects quand on est à la retraite. Ce qui est très agréable c'est la disponibilité de temps et de choix qu'on a alors. Et puis il y a des considérations matérielles : j'ai toujours eu l'habitude de travailler chez moi. Alors je continue.

Ce qui, parfois, me manque, quand on m'interroge, c'est de ne plus savoir ce qui se passe à Paris II, dans les Facultés de droit comme à l'Université en général. Ou de moins le savoir. En soi ce n'est pas un regret mais, de temps en temps, on m'interroge et je me dis que je ne peux plus donner de conseils : je ne sais plus ce que sont les pratiques, les réseaux de pouvoirs, les doctrines dominantes... toutes ces choses qui font l'institution. Un exemple : quelqu'un me demandait ce que je pensais des « attendus » que notre maison était en train de mettre en place, dans la perspective de l'accueil des futurs étudiants de première année. J'ai dû lui répondre que je n'en pensais rien du tout car je n'en savais rien !

Enfin, je sais très bien ce qui me manque le moins : les examens !

Quelle matière avez-vous préféré enseigner ?

Le droit administratif, évidemment. Cela remonte à ma première enfance juridique, lorsque j'étais étudiant. Dès le cours de Vedel, en deuxième année, je me suis pris de passion pour le droit administratif. Cette passion ne m'a jamais quitté. Pourquoi ? Je ne le sais pas précisément. Mais c'est sans doute lié à ce qui est aussi le sujet de ma thèse : l'intérêt général¹.

Je n'ai jamais été passionné par l'étude minutieuse de la jurisprudence administrative ni par le détail des règles. Ça m'a même toujours un peu ennuié. De même les institutions ne m'ont pas beaucoup attiré. Ni le contentieux pour le contentieux. Ce qui m'a toujours amusé et intéressé, c'est le mouvement. La signification et le mouvement.

Et puis j'aime ce droit empirique. J'aime la part de hasard et de nécessité qu'on y trouve. Comme j'ai toujours vu le droit comme l'art des choix, j'essayais de montrer aux étudiants que ce qui leur paraissait acquis, figé, était le résultat de choix qui n'étaient pas évidents. Je vais être grandiloquent : si je devais livrer une espèce de clé de ce qui a toujours été mon attitude en matière d'enseignement comme de recherche, c'est de faire comme si ce qui est aurait pu être autrement, et peut-être, devrait être autrement à l'avenir. En tout cas, j'ai toujours tenté de dire aux étudiants qu'ils doivent connaître l'état du droit, mais sans en être dupes : il aurait pu être différent et il pourrait être différent.

En dehors du droit administratif, j'ai beaucoup aimé le droit de la santé publique, même s'il est plus plaisant à étudier qu'à enseigner car il se prête moins aux constructions pédagogiques originales. Mais j'ai aussi des souvenirs agréables de cours qui m'ont donné un mal de chien : j'ai enseigné quelques années dans ce qui est actuellement le M2 Droit public de l'économie un cours de Contentieux économique. Or il n'y avait rien d'écrit de synthétique sur cette matière qui partait dans tous les sens. Cela m'a demandé un travail énorme pour pouvoir monter quelque chose d'un peu structuré. Dans le même ordre d'idée, dans le Master de droit de la communication que j'ai co-dirigé, j'ai assuré un cours de liberté de la communication qui, là aussi, n'existait dans aucun manuel. Cela m'a passionné. Je me dis parfois que je devrais le publier.

En fait, j'ai toujours bien aimé tenter de discerner ce que l'avenir pouvait nous réserver en matière d'évolutions ou de ruptures juridiques. C'est pour ça que je me suis intéressé très tôt, alors que je manquais de compétences techniques, au droit de la santé, puis au droit de la communication, ou encore que je me suis investi, avec d'autres, dans le droit des déontologies. Nous sommes quelques-uns à avoir perçu assez tôt des aspirations déontologiques de la société qui se devaient d'être traduites en droit – ce qui m'a conduit à publier récemment un *Droit des déontologies*², avec un collègue privatiste. En ce moment, j'achève la co-direction, avec le Recteur Bernard Beignier, d'un ouvrage de Droit de l'enseignement supérieur. Là aussi j'ai l'impression qu'il y a des enjeux de construction d'un droit, d'un ensemble de règles, et un besoin pédagogique qui n'avait pas été bien identifié jusqu'à présent.

1. *Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 125, 1977.

2. J. Moret-Bailly et D. Truchet, *Droit des déontologies*, PUF, coll. Thémis, 2016.

Là où beaucoup fuient les responsabilités administratives, vous en avez assurées de multiples, y compris auprès du ministère de l'Enseignement supérieur. Quelle sorte de satisfaction en avez-vous retirée ?

Je suis trop universitaire pour être un décideur ou un acteur du jeu politique. Je crois beaucoup – sans doute cela vient-il de mon père, qui fut professeur de littérature française à la Sorbonne – à la fonction à la fois analytique et prédictive de l'intellectuel. Et je crois qu'on ne peut l'exercer véritablement qu'en restant dans cette position universitaire consistant à offrir un discours, une analyse, un pronostic. Mais c'est aux autres – au pouvoir politique, au pouvoir administratif – de s'en saisir s'ils veulent les traduire en actes.

Ainsi, mes charges administratives ont toujours été modestes. Je ne me suis jamais senti capable d'être Recteur, Doyen, ou Président d'université. Même si des offres ont pu m'être faites, j'ai toujours pensé que je n'en avais pas les talents. Il y a deux manières de l'expliquer. Une flatteuse et l'autre honnête. La première, c'est de dire : je n'aime pas le pouvoir, je n'aime pas l'exercer, et je n'aime pas qu'on l'exerce sur moi... ce qui d'une certaine manière est vrai. Et l'autre, qui est beaucoup plus sincère, c'est la paresse ! En tout cas la paresse de faire des choses qui ne m'enthousiasmaient pas vraiment.

S'agissant de mes fonctions de « chargé de mission scientifique et pédagogique auprès du directeur de l'enseignement supérieur », entre 2002 et 2007, cela a été un travail harassant mais passionnant. Ce fut passionnant d'être l'intermédiaire entre le ministère et les Facultés de droit et de découvrir les « attendus », pour reprendre un mot à la mode, des uns et des autres, de les écouter et de tenter de les faire passer – tout en étant parfois un peu consterné par le systématisme des réactions des deux côtés, avec un ministère qui ne comprenait pas les particularités du droit et des juristes qui surestimaient la spécificité du droit pour tout, tout, tout refuser. C'est aussi le plaisir que j'ai retrouvé en contribuant à créer puis en présidant le Conseil national du droit (CND) avec, là encore, un rôle presque pédagogique de *go-between*, de mise en relation. J'avais constaté, en travaillant sur le « LMD » (Licence/master/doctorat), l'éloignement progressif et l'ignorance croissante entre ceux qui forment les juristes et ceux qui les emploient. Je n'étais pas le seul. Nous avons identifié un besoin qui a été confirmé par à peu près tout le monde. Alors que je ne suis pas doué pour le lobbying ou pour écrire des textes, j'ai beaucoup aimé travaillé au CND qui reste un lieu de réflexion, de discussion, plus que de gestion.

Moi qui ne suis pas un décideur, il m'est arrivé quelque chose de singulier au ministère : je ne faisais que donner des avis, mais ils ont toujours été suivis – un peu comme pour la justice administrative d'avant 1872 ! – de sorte que les collègues s'en sont aperçus et m'ont prêté une influence bien supérieure à celle que j'avais (tandis que, moi, je prétendais en avoir une très inférieure à celle que j'avais !). Mais ça a été une vraie découverte. Cela a été passionnant de remettre à plat toute l'offre de formation de l'ensemble des Facultés de droit et des Instituts d'études politiques, même si je l'ai payé cher en termes de nuits blanches.

Bien sûr, les choix politiques ne relevaient pas de moi. Ils avaient d'ailleurs été faits dans un contexte qui ne nous a pas simplifié la tâche. Quand j'ai pris mes fonctions, en 2002, nous avions à appliquer un processus décidé par le gouvernement de Lionel Jospin, sur la base de textes bâclés – de l'aveu même de leurs auteurs. Surtout, cette réforme – le passage au LMD – était vue par tous comme une réforme de gauche mise en œuvre par un gouvernement de droite. C'était à la fois très singulier et très inconfortable. Il avait fallu un arbitrage du Président Chirac pour savoir si l'on continuait ou non le processus LMD. La réponse fut « oui », à la grande fureur de beaucoup de chiraquiens. Mais à la question de savoir s'il était envisageable de modifier les textes, à peu près inapplicables, publiés à la hâte entre les deux tours de l'élection présidentielle de 2002, la réponse fut « non, débrouillez-vous ! ». Le seul souci de l'Élysée était de ne pas mettre les étudiants dans la rue. C'est du moins ce que j'ai perçu de la place modeste que j'occupais.

Un mot des directions de thèses : je crois pouvoir me faire le porte-parole de vos anciens doctorants pour dire à quel point votre implication en la matière apparaît comme une sorte de modèle inatteignable. Ce travail de « patron de thèse » a-t-il selon vous une saveur particulière ?

La direction des thèses a été l'un des aspects du métier que j'ai le plus aimé. Cet accompagnement intellectuel de quelqu'un de plus jeune mais qui doit être rapidement plus savant que moi sur son sujet, ce dialogue, cette manière d'essayer à la fois de le guider et de l'écouter, je les ai toujours adorés. Quoiqu'avec beaucoup de crainte. C'était l'une des activités – la seule à vrai dire – à me donner des angoisses. Est-ce que je n'en fais pas trop ? Est-ce que j'en fais assez ? Est-ce que je réponds à la demande du doctorant ou est-ce que je lui impose mes idées ? Sans compter que certains vont très loin dans la demande. Y compris des conseils presque indiscrets sur leur vie personnelle.

Généralement ça se passait bien. J'ai eu quelques « accidents industriels » – des relations très tendues avec tel ou tel doctorant – mais dans ce cas-là je me suis toujours dit que c'était de ma faute, que je n'aurais pas dû le prendre. Et puis j'ai beaucoup connu l'angoisse, surtout pour ceux qui se destinent à une carrière universitaire, de leur devenir. Le plus grand bonheur que j'ai éprouvé dans cette carrière, c'est quand un de mes doctorants devenait Maître de conférences ou Professeur.

Sur le plan scientifique, vous avez beaucoup produit dans de nombreux domaines. De quoi êtes-vous le plus fier ? Un regret, peut-être ?

C'est assez curieux : les quelques articles ou ouvrages qui ont pu avoir un peu d'audience ne correspondent pas à ceux dont j'étais le plus fier sur le moment... et ceux dont je n'étais pas mécontent ont à peu près tous fait un flop absolu ! Par exemple, on cite toujours le « service public label »³ : j'ai écrit ce que je croyais vrai mais je n'avais pas du tout l'impression que ça pouvait être cité trente ans plus tard ! C'est un peu la même chose avec ce que j'avais écrit sur le dualisme juridictionnel⁴. À l'inverse, j'étais assez content d'un article plein d'ambition, voire de prétention, dans les *Mélanges Chapus*, intitulé « Loi d'extension et loi de divergence »⁵. Il a connu immédiatement l'oubli qu'il méritait ! Je m'amuse de voir que je suis toujours tombé à côté dans mes pronostics d'audience.

J'ai toujours fonctionné à l'instinct. Je n'aime pas beaucoup – même si je l'ai fait pour ma thèse – m'immerger dans les bibliothèques pendant des heures. De temps en temps, j'ai une espèce de flash qui me fait dire « bon sang, mais c'est absurde ce truc-là ! », ou bien « ça ne colle plus », ou encore « ce serait amusant d'étudier ça ». Alors, j'essaie de l'écrire...

Mon regret, si j'en avais un – car en vérité je n'en ai aucun, tellement je fus heureux dans cette carrière –, ce serait de ne pas m'être avoué assez tôt que je n'étais pas un théoricien ni un philosophe du droit. Au début de ma carrière – et peut-être pour la raison idiote que j'avais fait de la philosophie en première année, lors de mon année de propédeutique Lettres – je me serais assez volontiers flatté d'être philosophe. Or, je ne le suis pas pour deux sous. Je pense que certains des articles ou ouvrages que j'ai écrits auraient été plus denses et plus convaincants si j'avais su en donner une dimension plus philosophique, ou théorique, ou sociologique, ce dont je n'étais pas capable.

Finalement, je ne regrette pas vraiment de ne pas avoir trouvé (ni même cherché) de tradition philosophique dans laquelle m'inscrire. De toute manière, je n'aime ni les maîtres à penser, ni jouer les disciples. Même dans le cadre familial ! Si j'ai fait du droit, c'est en grande partie par admiration pour mon oncle, le Doyen Denis Tallon, mais il était privatiste et je suis devenu publiciste.

3. « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, p. 427.

4. V. not. : « Fusionner les juridictions administratives et judiciaires ? », in *Études offertes à J.-M. Auby*, Dalloz, 1992, p. 335 ; « Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel », *Justices*, janv.-juin 1996, n° 3, p. 53 ; « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », *AJDA*, 2005, p. 1767.

5. « À propos de l'évolution du droit administratif : "loi d'extension" et "loi de divergence" », in *Mélanges R. Chapus. Droit administratif*, Montchrestien, 1992, p. 633.

En guise de conclusion, quel conseil donneriez-vous aux étudiants ?

À destination des étudiants, je dirais qu'il faut tenter une chose impossible : essayer d'avoir la vision la plus globale du droit.

Ce que j'ai le plus aimé avec le droit de la santé comme avec le droit de la communication, c'est d'avoir fait autant de droit public que de droit privé. De même, l'une des choses dont Catherine Labrusse-Riou et moi-même sommes fiers est d'avoir réuni en une seule – « Thémis Droit » – les deux branches de la collection Thémis, que nous codirigeons aux PUF. Je le disais à mes étudiants de deuxième année : même si vous vous destinez au droit privé, vous ne pouvez pas ignorer le droit administratif ; de même que si vous vous destinez au droit administratif, vous devez avoir des bases en droit privé.

En réalité, je rêve de tout unifier. Pas d'unifier les droits mais d'unifier les juridictions. Et je rêve d'une agrégation unique de droit et de la disparition des sections « droit privé », « droit public » et « histoire du droit » du Conseil national des universités. Je rêve que nous soyons des Professeurs et des Maîtres de conférences de droit. Cela permettrait d'accompagner et de compenser l'hyperspécialisation à laquelle nous assistons aujourd'hui. Et si, en plus, nous pouvions ne nous adresser qu'à une seule juridiction suprême pour avoir une jurisprudence unifiée et fluide, nous serions encore plus heureux ! Le CND exprime la communauté des juristes : tous font du droit – chacun avec ses méthodes, chacun avec son métier. Cette expression, « faire du droit », je l'ai toujours adorée. Nous faisons du droit, nous le fabriquons comme juge, comme professionnel du droit, comme universitaire et même comme étudiant. Dans tout ce que j'ai essayé de faire, il y a cette idée d'une essence unique de la technique juridique.

Petit un du Grand B :

variétés

Pour la création d'un Diplôme d'université à destination des scénaristes de fictions françaises

Maxime Cormier

ATER à l'Université Panthéon-Assas

Dans les colonnes d'une précédente parution de cette *Revue*, on nous avait entretenu de « Ce que nous disent les fictions du droit »¹. Très opportunément, le texte indiquait en quoi les juristes pouvaient se saisir des fictions pour y déceler les manifestations de leur art afin, notamment, de mieux les expliquer aux profanes ou – lorsqu'ils sont enseignants – aux étudiants.

Les lignes qui suivent ne visent en aucun cas à donner naissance à la plus petite des controverses doctrinales en contestant cette conclusion : de récentes manifestations ont encore montré l'intérêt qu'il y a à rapprocher fiction et droit². En revanche, qu'il soit ici permis d'exprimer des réserves sur le début du propos de l'auteur qui, concernant les « créations judiciaires de la petite lucarne »³ française, pointe du doigt « l'inéluctable incompétence juridique du réalisateur, du *pool* de scénaristes, du producteur exécutif et de la chaîne ayant eu l'indécence d'autoriser la diffusion d'un tel ramassis d'aberrations »⁴.

La critique est aisée – surtout lorsque sont comparés *Les Cordier, juge et flic* et *Designated survivor* –, la formulation d'une solution l'est moins. C'est justement une solution aux nombreuses inepties juridiques rencontrées dans les fictions françaises que ce texte entend trouver en proposant la création d'un Diplôme d'université (DU) à destination des scénaristes. Dans cette optique, la présentation de la philosophie de ce diplôme (I) comme celle de sa plaquette (II) s'imposent.

I. Philosophie du diplôme

S'il s'agit d'enseigner aux gens du septième art ce que sont le droit et le monde juridique, pourquoi ne pas les lâcher dans nos amphithéâtres afin qu'ils reçoivent le même apprentissage que nos ouailles ? Laissons donc les scénaristes piocher parmi la multitude de cours offerts pour qu'ils construisent leur culture juridique. Pourtant, la démarche est assurément vouée à l'échec de sorte qu'il paraît nécessaire de prévoir pour ce

1. V. Ndior, « Ce que nous disent les fictions du droit », *RDA*, n° 13-14, févr. 2017, p. 17.

2. V. not. le colloque « *Kamelott*, la légende juridique » s'étant tenu le 9 février 2018 au sein de l'Université de Strasbourg ou encore le colloque « Le droit dans *Game of Thrones* » s'étant tenu le 23 février 2018 au sein de l'Université de Bretagne occidentale. *Adde* les diverses initiatives référencées par V. Ndior, « Ce que nous disent les fictions du droit », *préc.*

3. V. Ndior, « Ce que nous disent les fictions du droit », *préc.*

4. *Ibid.*

diplôme des méthodes d'enseignement, des intervenants et des sujets d'étude fort différents.

Concernant les méthodes d'enseignement, déjà, on devine aisément que le cours magistral ne saurait être pertinent pour ce diplôme même si cela aurait permis à certains, notamment impliqués dans de récentes intrigues filmées en nos murs, d'avoir une idée de ce qu'est un véritable cours magistral. Non, pour chasser les « ratés juridiques » de nos fictions, il paraît bien plus profitable de constituer des petits groupes de scénaristes-étudiants auxquels on montrerait des extraits de fictions comportant lesdits ratés. À partir de ces extraits, les enseignants pourraient indiquer en quoi tout juriste bien constitué se doit de lever les yeux au ciel en les regardant – voire se placer en PLS –, puis ils proposeront une alternative pour que le récit soit plus réaliste.

Concernant les intervenants, ensuite, l'Université n'a en aucun cas le monopole du rapprochement entre droit et fiction. Certes, les quelques heures de cours que les universitaires dispensent – « recyclent » diront les âmes chagrines – chaque semaine leur permettent d'avoir un niveau de procrastination autrement plus conséquent que ceux qui travaillent vraiment⁵. Néanmoins, l'aide de toutes les professions juridiques pourrait se révéler particulièrement pertinente pour corriger certains aspects qui ne trouvent guère de place dans les ouvrages universitaires.

Concernant enfin les thèmes à envisager lors des enseignements, un travail de hiérarchisation s'impose entre les matières juridiques – et en leur sein – afin de sélectionner les problématiques qui se prêtent le plus aux intrigues télévisuelles. Qu'il nous soit pardonné de le révéler, mais « la garantie emphytéotique par antichrèse » ou encore « la consignation » ne sont pas des thèmes porteurs aux Césars et même au Festival de Luchon ! Le sang qui coule, les familles qui se déchirent, les salariés mis à la porte, voilà les intrigues qui mènent aux cieux du septième art.

II. Plaquette du diplôme

Quels aspects du monde juridique faut-il transmettre aux scénaristes de fictions françaises ?

Bref, *quid* de la plaquette du diplôme qui devrait compter pour 55 heures d'enseignements ?

1. Culture juridique générale (12 heures)

À l'occasion des enseignements de culture juridique générale, l'accent sera mis sur les acteurs et les lieux du monde juridique. On évitera ainsi nombre de situations que l'on qualifiera pudiquement de gênantes : la perquisition du cabinet d'avocats qui intervient sans la présence du bâtonnier, le juge aux affaires familiales qui se mue en l'espace de quelques minutes – et dans le même dossier – en juge d'instruction, le substitut du procureur officiant dans un bureau de 50 m² aux magnifiques boiseries, le modeste cabinet d'avocats qui met à la disposition de ses clients dans le besoin un appartement idéalement situé dans l'hyper centre-ville d'une grande ville française, etc. Tous ces exemples sont véridiques, « je vous le jure votre honneur ! ».

2. Droit pénal (14 heures)

La matière pénale est à la fois la matière de prédilection des fictions tricolores et celle pour laquelle il y a le plus de travail à fournir. N'importe quel juriste – relativement – affirmé ne peut que ressentir au minimum un point au cœur en regardant les séries policières ; douleur autrement plus brutale car alors qu'il n'était qu'un enfant, il refusait d'aller se coucher ou se dissimulait habilement derrière la porte du salon pour ne pas manquer l'issue de l'affaire soumise à l'examen des consorts Lescaut, Cordier ou Moulin. On pourrait dérouler sur plusieurs pages toutes les erreurs de droit, d'ordre substantiel comme procédural, fièrement portées à l'écran pendant d'aussi nombreuses années. La prescription ? C'est ce que font les médecins quand on est malade ! Le droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue ou le droit de garder le silence ? C'est bon pour les séries américaines ça ! Les collusions entre les avocats ou officiers de police judiciaire avec les magistrats en charge d'un dossier ? Ils sont de la même famille, on ne va pas les empêcher de discuter entre eux quand même ! On conviendra que tout l'apprentissage des questions pénales est à refaire de sorte qu'il faudra s'arrêter sur toutes les étapes de la réponse à l'infraction.

5. On notera que l'universitaire n'est guère enfermé dans son état et, après la thèse, il pourra se mettre au travail en embrassant l'avocature.

3. Droit de la famille (8 heures)

Les déboires familiaux et personnels constituent la seconde mamelle des fictions françaises. Il faut dire que les téléspectateurs peuvent facilement s'identifier aux personnages et que les scénaristes ont presque épuisé tous les *scenarii* criminels possibles. Force est d'admettre que les connaissances juridiques de ces scénaristes ne se sont pas améliorées en passant de la matière répressive à la matière familiale. Il faut dire que la procédure de divorce – toujours contentieuse car le consentement mutuel n'est pas très télégénique – se trouve bien malmenée : les futur-ex-époux rapportent toutes les preuves possibles, peu importent les moyens mis en œuvre pour les obtenir, et les enfants sont amenés à témoigner pour établir les griefs reprochés à l'un des époux. De même, la procédure d'adoption – également unitaire comme par magie – ressort renouvelée lorsqu'elle est portée à l'écran : du consentement de l'adopté ou de ses parents, il n'est jamais question.

4. Droit économique (8 heures)

C'est en cette matière que le tri entre les thématiques à envisager sera le plus drastique. L'identification des téléspectateurs aux intrigues étant essentielle, bon nombre de problématiques ne seront jamais en haut de l'affiche. Imaginez : vous rentrez chez vous après une journée de travail et vous venez d'apprendre qu'il faudra aller chez les beaux-parents le weekend prochain, seriez-vous prêt à vous plonger dans une intrigue laissant la part belle au droit de la concurrence ? « – Qu'est-ce qu'on a aujourd'hui ? – Un bel abus de structure : l'entreprise X béné-

ficiait de 67 % des parts du marché européen et elle a passé des contrats de préachat de droits de diffusion de films – En effet, elle a abusé... [The Who, « Baba O'Riley] ». Le droit économique sera donc forcément réduit au contentieux en matière sociale, à quelques rudiments de droit des entreprises en difficultés ou encore à des éléments de droit des obligations.

5. Scénario (13 heures)

À l'issue des enseignements précédents, il sera demandé aux étudiants-scénaristes de former des binômes afin de rédiger le scénario d'une fiction mêlant au moins deux thèmes différents et respectant au maximum tous les aspects substantiels et formels des questions soulevées. Par exemple, on pourra envisager un scénario au terme duquel un individu fera l'objet d'un licenciement dans un premier temps (*quid* de la procédure de licenciement et de sa contestation devant un conseil des Prud'hommes ?) avant de voler un bien de la société l'employant afin de se venger (*quid* de l'enquête de police et des poursuites qui s'en suivent ?).

* * *

À l'issue de ce diplôme, il peut être espéré que les fictions françaises intégreront dans leurs intrigues des éléments de droit qui ne feront pas systématiquement sursauter les juristes. Si certains regretteront que les fictions ne soient plus les produits de l'imagination, une certaine dose de réalisme ne fait pas forcément échec à la qualification. Plus encore, la dose de réalisme s'impose car, à voir un droit déformé à l'écran, les individus seront plus prompts à le déformer dans la vraie vie.

De quel anonymat blessé...

Philippe Morange

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

C'était un matin comme un autre, un matin froid de début d'année. La chaîne unique de la télévision annonçait que l'année 2073 serait prospère et marquée par une croissance économique sans précédent, doublée d'un progrès des libertés individuelles que tous les censeurs supra-nationaux avaient, par avance, salué, dès 2072. On ne pouvait plus guère se fier à la logorrhée ininterrompue qui s'en échappait mais, depuis plusieurs années déjà, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, placé sous l'égide du ministre de l'Égalitarisme, avait décrété qu'il serait plus aisé pour lui d'éviter tout écart à la morale politique si le nombre d'émetteurs de l'information se trouvait diminué drastiquement. Le ministère du Capitalisme s'était alors empressé d'exciper de l'arme fiscale fatale pour taxer démesurément l'information éclairée et consentir sans cesse plus d'avantages et de subventions à ses épigones thuriféraires, perroquets de dépêches pré-rédigées. On pouvait être fiers de la République libérale et démocratique française, spectre de la République française, survivant sous ce syntagme où les termes « libérale » et « démocratique » avaient été ajoutés pour mieux être « libertaire » et « moraliste ».

Las, j'éteignais le volume et tâchais de distraire mon regard de la boucle d'images et de petits caractères qui continuait à animer l'écran car, depuis la découverte inespérée de ressources inépuisables d'électricité verte, la loi relative à la nécessité de l'information citoyenne avait prohibé toute fonction permettant d'interrompre la diffusion. Je n'avais pas le cœur à basculer vers l'une des chaînes de dessins animés, devant lesquelles la minorité de la population qui n'était pas devenue militante de l'ordre nouveau, s'abrutissait indéfiniment, en feignant d'ignorer la bannière défilante des dépêches. À presque quatre-vingts ans il me fallait tout de même me hâter pour ne pas être en retard, dans un cabinet juridique où, depuis près de quarante ans, j'avais la charge d'examiner les décisions de justice afin de calculer les probabilités pour nos clients de voir prévaloir leur droit fondamental sur la liberté fondamentale de leur adversaire.

Sortant de l'immeuble, je croisais la concierge qui rentrait les poubelles et qui ne répondait plus à mes salutations puisque, depuis ses quatre-vingt-dix ans, elle avait perdu l'audition. Fort heureusement, il ne me fallait que quelques minutes pour rejoindre l'immeuble dans lequel siégeait la firme qui m'employait. Soucieux de ma santé, la direction m'avait assigné la tâche plus reposante du « Bureau du droit criminel ». La journée s'annonçait monotone : il me restait environ une cinquantaine de décisions de la chambre criminelle de la Cour d'appel nationale à examiner pour affiner mes probabilités mathématiques qui, sans grande surprise, faisaient systématiquement pencher la balance vers les droits des accusés sauf s'agissant de certaines catégories de victimes dites « irréfragablement protégées ». Il faut dire que la Cour d'appel nationale avait remplacé l'ancienne Cour de cassation, à laquelle, dans un processus infini d'intégration, s'était substituée la Cour européenne des droits qui, selon le modèle anglo-saxon, liait par ses précédents.

Ce n'est que vers 13 heures, approchant du milieu de ce labeur, que je trouvais la récente décision concernant une affaire de pédophilie vieille de soixante ans mais dont la sentence venait seulement d'être prononcée. Il est vrai que depuis l'entrée en vigueur de la prescription viagère, la justice avait la capacité de poursuivre les crimes aussi longtemps que vivaient leurs présumés auteurs. Cette affaire, donc, situait les faits dans une zone rurale reculée, vers laquelle les liaisons ferroviaires peu rentables avaient été interrompues et qui, de toute façon, avait été désertée à peu près à la même époque. Au terme d'une brève enquête et de courtes audiences, eu égard au statut des victimes, « la Cour confirme la condamnation de Monsieur... » Stupeur ! Ce n'était pas une énième lettre de la fin de l'alphabet qui dé-personnifiait l'odieux coupable, ce n'était pas une vision : il s'agissait bien de mon propre nom ! Impossible : je n'avais jamais été mêlé à une telle abjection, je n'avais jamais fréquenté ces endroits... et, d'ailleurs, je n'avais jamais eu à comparaître pour de tels faits !

Depuis une heure déjà, je ne cessais d'examiner la moindre ligne de la sentence, espérant assister à une mutation miraculeuse des caractères, espérant m'être trompé dans ma lecture... Angoissé, me sentant immédiatement traqué, il me fallait à tout prix dissimuler cette méprise mais en vain. Si je pouvais l'effacer à mon regard, je ne pouvais pas faire cesser la publicité très large qu'elle recevait déjà, ni interrompre l'accès aux multiples connexions que le réseau permettait sur le site officiel de la Cour d'appel nationale où se trouvaient compilées toutes les décisions. Sur quel soutien pourrais-je compter ? Je me décidais à aviser un confrère ; je laissais passer derrière la porte vitrée du bureau plusieurs avocates – la loi sur le harcèlement interdisait désormais de poser toute question à une personne du genre féminin si elle n'en avait pas posé une en premier – avant d'interpeller un collègue qui, fort heureusement, était bien connu de moi. Encore jeune et dynamique il se chargeait du service d'informatique appliqué au droit et se destinait à une grande carrière qui le conduirait probablement vers des responsabilités publiques.

De façon déconstruite, haletant et désordonné, dans une syntaxe très approximative, je lui exposais le fléau incompréhensible qui venait de me frapper : la décision était datée du matin même. Je me défendais comme devant un bourreau, lui expliquant tant bien que mal que cette personne était une autre et que de toute ma vie je ne fus jamais impliqué dans le moindre écart – l'émotion me faisait retrouver la langue de mon enfance et oublier que le passé simple avait été banni pour ne pas handicaper les citoyens les moins lettrés dans leur quotidien. Désarmé et suspicieux dans un premier temps, il ne fallut que quelques instants à mon brillant confident pour comprendre l'origine de mon malheur.

Il m'entraîna aussitôt vers son bureau mais, dans les couloirs gris, il me semblait que les regards vindicatifs des autres employés avaient démasqué l'alter ego dont on me prêterait sûrement les crimes. Après quelques manipulations il me tendit fièrement la tablette et, d'un geste du menton, me désigna le contenu numérique qui m'apporterait le réconfort d'une explication. Il s'agissait d'un communiqué du premier président de la Cour d'appel nationale – comme tous les autres membres de cette haute juridic-

tion, il avait été désigné dans un milieu non-juridique pour ne pas nuire à la spontanéité de ses bonnes intentions – daté de ce matin : « Soucieuse de préserver les intérêts individuels et le respect de la vie privée de chacun, sur lesquels ne saurait prévaloir l'intérêt collectif sauf lorsqu'il résulte du droit intangible à l'information, la Cour d'appel nationale, après avoir longtemps procédé à l'anonymisation la plus totale de ses décisions, expérimentera, à compter de ce jour, le nouveau système de pseudonymisation. » Jamais je n'avais adhéré au processus d'anonymisation et, malgré le désarroi de ma situation, je ne m'empêchais pas de revoir encore, dans mon esprit, cette allégorie médiévale où la Justice est représentée les yeux bandés, en pensant que, depuis qu'elle avait perdu son bandeau, elle en avait imposé un à ses spectateurs...

Interrogatif et incertain de ma lecture, je tournais des yeux indécis vers mon confrère.

- « Tu n'étais pas au courant ? me lança-t-il.
- De ?
- De la pseudonymisation des décisions de justice ! J'avais lu ça il y a quelques mois ! Dans la salle des logiciels – tu te souviens, l'ancienne Grand'chambre de la Cour de cassation – le premier président a fait installer un nouvel ordinateur avec un logiciel surpuissant. D'ailleurs, il paraît qu'il chauffait tellement qu'il a fallu faire un trou dans le plafond, là où était écrit "*lex imperat*", pour installer des conduits d'aération. Des algorithmes sont censés générer de faux noms pour les décisions... » m'expliqua-t-il, toujours plus agité et comme fasciné par ces prétendus progrès. « Ils disent que le système est infallible et que, comme ça, le précédent jurisprudentiel sera plus facile à identifier.
- Il ne l'est pas visiblement !
- Quoi ?
- Infaillible ! Le système ne l'est pas et me voilà mis à l'index à la vue de tous... Je te rappelle que cette décision infamante pour ma réputation est maintenant accessible sur toutes les bases de données et qu'elle a sûrement déjà été reproduite sur la chaîne d'information...
- Je vois, dit-il sur un ton déçu, presque enfantin... Mais tu vas bien trouver un moyen de t'extirper de tout ça... Le pouvoir juridique des libertés est si grand qu'il y a certainement une solution...

- Oui mais tu sais comme moi que la liberté de changer de nom n'est pas encore reconnue et que le système en vigueur est obsolète et séculaire... »

Il avait haussé les épaules – après tout il n'y pouvait effectivement pas grand-chose – et je m'étais précipité vers mon bureau pour ne rencontrer aucun autre regard, motivé et décidé à trouver un fondement jurisprudentiel pour un recours rapide. La réputation ne serait pas sauvée mais, au moins, j'obtiendrais un dédommagement financier qui me permettrait de racheter mes cotisations pour la retraite et d'interrompre mon activité professionnelle.

Je n'avais pas vu passer l'après-midi et j'avais délaissé la pile de décisions qu'il me restait à inventorier pour tenter toutes les entrées possibles de la base de données, susceptibles de fournir un précédent où la République libérale et démocratique française aurait été condamnée pour atteinte à la réputation d'un individu. Rien... aucun précédent suffisamment concordant, aucune précédente victime de la pseudonymisation évidemment ni aucun individu innocent antérieurement atteint par le biais de son nom... La nuit était déjà bien noire à travers les vitres fumées de la tour de bureaux et je me décidais à aller m'enfermer dans mon appartement pour poursuivre mes réflexions troublées... J'enfilais ma veste et me dirigeais machinalement vers le bout du couloir ; je m'arrêtais avant l'ascenseur et, perturbé, il me fallut regarder de nouveau les petits panonceaux pour savoir laquelle des cinq portes des toilettes mon genre m'autorisait à pousser.

Lorsque j'en ressortais mon comportement eût paru suspect à quiconque m'aurait toisé : j'étais plus pressé et plus anxieux encore, comme quelqu'un à qui vient une idée et qui se hâterait d'en vérifier l'efficacité. Ça y était ! Je tenais la solution salvatrice, la seule qui me semblait opérante pour me délivrer de l'opprobre qui ne manquerait pas de s'abattre sur moi. J'arpentais rapidement les quelques mètres me séparant de mon domicile, perdu dans mes pensées et vérifiant par tous les moyens ma stratégie, bousculant les rares passants à cette heure avancée mais craignant néanmoins d'être reconnu par l'un de ces citoyens informés... Lorsque je traversais l'esplanade de marbre gris de l'immeuble, j'énumérais encore tout bas les arguments pour m'assurer de l'efficacité de mon expertise. Ma connaissance du droit sauverait donc mon existence tranquille dès le lendemain !

Je n'avais rien remarqué, ni entendu, l'entrée paraissait déserte. Pourtant j'entendis la détonation en même temps que je voyais le vieil homme, s'accrochant à son déambulateur d'une main et brandissant son arme vers moi de l'autre. À cet instant je percevais la teneur de son cri : « Pour l'honneur des victimes innocentes ! ». Mon sang ruisselait déjà sur les dalles : je ne voulais pas connaître ma fin dans un destin scandaleux qu'un ordinateur m'avait assigné le matin même ! Pourtant, la conscience peu à peu me quittait et mes lèvres continuaient de murmurer instinctivement la voie salvatrice, si facile et si limpide qui, dès le lendemain, m'aurait permis d'échapper à ce funeste dessein : « Changer de sexe... changer de sexe... ».

De la discipline des doctorants : Dodécatalogue

Bertrand Jost

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

Quentin Monget

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

Proposition de Règlement solennel Ayant pour objet La préparation du doctorat en droit Dans les conditions les meilleures et l'efficacité la plus grande

Préambule

Les Doctorants, constitués en société doctorale, considérant que les distractions, les dispersions administratives, les charités mal ordonnées et les lâchetés en tous genres sont les seules causes de leurs malheurs et des retards dans l'avancement de leurs travaux, ont résolu d'exposer dans un Règlement solennel les principes qui régiront leur activité afin que cette Déclaration les rappelle sans cesse à leurs droits et leurs devoirs.

Par conséquent, les parties décident ce qui suit :

I – Principe directeur

Article 1. Les parties se soutiennent dans l'effort. Elles n'instituent pas d'esprit de police entre elles mais s'entraident dans la discipline personnelle.

II – Temps de travail

Article 2. Le présent règlement lie le doctorant à compter du jour où il le signe.

Il n'en est pas libéré avant la soutenance publique de sa thèse.

Cette disposition est d'ordre public doctoral.

Article 3. Les parties travaillent au minimum cinquante-cinq heures par semaine sur leurs

thèses respectives. Elles veillent à ne pas dépasser cent soixante-huit heures hebdomadaires.

Sont comptées comme du travail relatif à la thèse l'industrie qu'elles consacrent à la préparation et à la délivrance d'enseignements, pourvu que la durée n'en soit pas déraisonnable, et aux autres activités qui le cas échéant financent leur ouvrage doctoral.

Article 4. En semaine, les parties se présentent sur leur lieu de travail entre 9 heures et 10 heures du matin et ne le quittent pas avant 21 heures, évidemment, même le vendredi.

Article 5. Elles n'ont droit, chaque midi, qu'à une pause d'une heure qui n'est pas retranchée du temps de travail. Elles sont réputées n'avoir besoin d'aucun répit supplémentaire. La preuve contraire n'est pas admise.

Article 6. Elles ne peuvent utiliser Internet pour des raisons étrangères à leurs travaux. Il est précisé que la consultation des divers réseaux sociaux est étrangère à ceux-ci.

Article 7. Elles ne disposent d'aucun jour chômé.

Article 8. Après avoir rendu à leur directeur un fragment de leurs travaux, les parties ont droit à un répit, d'une durée qui ne peut excéder dix minutes.

III – Enseignements et corrections de copies

Article 9. Les parties chargées d'enseignements s'attachent au bien-être, à la formation et à l'épanouissement intellectuel de leurs étudiants. L'attention sans défaut qu'elles leur portent est néanmoins circonscrite à une durée maximale de deux minutes et quarante secondes par jour et par groupe de travaux dirigés.

Article 10. Pendant les périodes de correction, les dispositions des articles 3 et suivants ne sont pas suspendues. Les parties produisent au moins six copies corrigées à l'heure, tout en veillant à l'exhaustivité et à la pertinence de leurs commentaires, à la justesse des notes attribuées et à la lisibilité de leur écriture.

Heureusement, les copies se corrigent jusqu'aux heures les plus avancées de la nuit.

IV – Sanctions

Article 11. Tout manquement aux dispositions des titres II et III expose la partie fautive aux sanctions suivantes :

- 1° Blâme solennel ;
- 2° Relecture des travaux de ses collègues ;
- 3° Privation du bénéfice des dispositions laxistes exposées aux articles 1, 5 et 8 du présent règlement ;
- 4° Obligation de répondre aux mails de ses étudiants ;
- 5° Obligation de lire les sources qu'elle mentionne en note de bas de page de ses travaux ;
- 6° Écriture d'une contribution aux variétés de la *Revue de Droit d'Assas*.

Le blâme solennel est formulé par écrit par la société doctorale et adressé par lettre recommandée avec accusé de réception au doctorant fautif.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées.

Article 12. En cas de manquement grave ou répété d'une partie à ses devoirs, le directeur de thèse de celle-ci est averti de ces défaillances par lettre de la société doctorale.

Proposition de texte déroulant pour le nouveau plafond du centre Assas

Antoine Touzain

ATER à l'Université Panthéon-Assas

Il y a bien longtemps, dans une Univer-sith-é lointaine, très lointaine...

Semestre I :

La menace droits de l'Homme

Le Grand Amphithéâtre est en pleine ébullition.

La consécration d'un principe de proportionnalité venu d'un système éloigné provoque la discorde.

Pour régler la question, l'ambitieuse Cour européenne des droits de l'Homme et ses redoutables droits fondamentaux imposent une astreinte à l'État français. Le côté obscur a un nouveau visage, celui du terrifiant Dark Maul-Tulsky.

Face à ce dangereux engrenage, alors que les auteurs des grandes Revues scientifiques s'enlisent dans des débats sans fin, le Chancelier Suprême charge en secret deux Professeurs jedi – Obiwan Ken-Aubry et C3P-Rau –, gardiens du droit et de la justice dans la galaxie, d'enseigner des manières de résoudre le conflit...

Semestre II :

L'attaque des dictaphones

L'agitation règne dans les travaux dirigés.

Des dizaines de chargés ont annoncé leur intention d'interdire la prise de notes à l'ordinateur. Confrontés à un mouvement de résistance des étudiants, les Professeurs jedi, en nombre limité, ont du mal à maintenir la paix et l'ordre dans les amphithéâtres.

Une association estudiantine revient en conseils pour participer à un vote crucial sur l'autorisation des dictaphones pour aider les étudiants dépassés...

Semestre III :

La revanche des Commandites

C'est la guerre ! La promotion croule sous les attaques de l'impitoyable Commandite, des commerçants et de leur statut. Le risque de zéro est bien présent. Le Mal est partout.

Avec une audace stupéfiante, un étudiant publiciste est entré dans l'Amphithéâtre 1 pour enlever le Professeur de droit des affaires. Alors que l'Armée Séparatiste de Sauvetage de l'Administration Centrale¹ tente de quitter l'Univer-sith-é avec son précieux otage, deux étudiants fiscalistes mènent une mission désespérée pour secourir le Professeur captif...

Semestre IV :

Septembre, un nouvel Espoir

C'est une époque de droit civil. Au sortir d'une épreuve de droit administratif parfaitement maîtrisée, les étudiants de deuxième session ont emporté leur première victoire sur la maléfique Univer-sith-é Panthéon-Assas.

Au cours de l'épreuve, des étudiants ayant prétexté une envie pressante ont réussi à dérober le sujet secret de l'épreuve la plus difficile de ces partiels : la Dissertation de civil, un sujet doté de pièges assez puissants pour annihiler une promotion toute entière.

Poursuivie par les sbires sinistres de l'Administration, un étudiant file vers la bibliothèque, porteur du sujet volé à l'ennemi, qui pourra sauver son peuple et restaurer la liberté comme le passage en Licence 3...

1. C'est du moins l'orthographe retrouvée dans les archives « IJA-L1 » découvertes.

Semestre V : Le pire contre-attaque

Le temps du péril a commencé pour les étudiants. Malgré la destruction de la Dissertation de septembre et le passage réussi en Licence, les étudiants sont chassés par les chargés de TD qui les poursuivent à travers l'Univer-sith-é.

Après avoir échappé au redoutable ramassage hebdomadaire des devoirs maison, un groupe d'étudiants mené par Luc Skylawker a établi une nouvelle base secrète dans le Grand Amphi, la lointaine planète des glaces pendant les mois hivernaux.

Dark Major, le maléfique, hanté par l'idée d'être identifié au reste de la promotion, écrit des milliers de fiches qu'il espère ne pas voir distribuées aux confins de la bibliothèque...

Semestre VI : Le retour du crédit-bail

Luc Skylawker est retourné parmi les siens dans les bureaux associatifs pour tenter d'arracher son ami Han Solus aux griffes de l'ignoble Japiot le Hutt.

Il ne peut pas savoir que le Corps universitaire a commencé à construire en secret une nouvelle arme bien plus puissante et terrifiante encore que la Dissertation de civil : la note de synthèse sur le crédit-bail, notion qui avait déjà torturé plus d'un étudiant pendant le cours de droit commercial de deuxième année.

Quand cette arme absolue sera achevée, ce sera la fin du petit groupe de résistants qui luttent pour terminer leur licence...

Petit deux du Grand B :

des idées pour les professions juridiques

Les femmes et les métiers du droit : vers une égalité réelle ?

À l'initiative des enseignants et étudiants du Master 2 Droit public de l'économie de l'Université Panthéon-Assas, une conférence intitulée « Les femmes et les métiers du droit : vers une égalité réelle ? » a eu lieu le 6 mars 2018 en Salle des Conseils.

Afin que les fruits des discussions engagées lors de cette conférence soient connus du plus grand nombre, la *Revue de droit d'Assas* a souhaité en publier les actes.

Discours introductif

Axel Bertrand, Cyrine Bizri et Maximilien Pallu

Étudiants du Master 2 Droit public de l'économie
de l'Université Panthéon-Assas

Madame la Conseillère d'État,
Madame la Présidente du Tribunal de grande
instance,
Mesdames et messieurs les Professeurs,
Madame le Bâtonnier,
Maîtres,
Mesdames et Messieurs,

L'égalité, en France, ne peut être analysée comme une simple idée abstraite voire, encore moins, comme une utopie. Exigée par la Constitution, affirmée sur le fronton de toutes nos institutions, l'égalité est l'une des valeurs fondamentales sur lesquelles repose le modèle républicain français.

Cette recherche de l'égalité n'est cependant restée, pendant longtemps, qu'une simple déclaration vis-à-vis des femmes. Ainsi, il a fallu attendre la Libération pour que les femmes se voient reconnaître les mêmes droits civiques que les hommes ou les années 1980 pour qu'elles puissent acquérir les mêmes droits économiques et sociaux.

Pourtant, malgré la consécration de ces droits, l'égalité entre les hommes et les femmes reste, dans les faits, théorique. Encore aujourd'hui, notre femme équivaut souvent à de moindres opportunités dans la vie alors même que l'égalité impose que chaque individu puisse choisir librement sa destinée, de la réaliser selon son mérite, ses capacités, son travail et ses envies.

Les pouvoirs publics l'ont bien compris et tentent, ces dernières années, d'assurer, d'une part, l'effectivité des droits et, d'autre part, d'initier un changement des comportements pour agir sur la racine première des inégalités. C'était d'ailleurs toute l'ambition de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

Toutefois, ces efforts se révèlent insuffisants. Les femmes sont encore confrontées, dans la sphère économique, à des plafonds de verre dans l'accès aux postes, ainsi qu'à des écarts de salaires, et à de la dévalorisation professionnelle.

En somme, l'égalité est encore loin.

Ces mêmes inégalités se retrouvent dans les métiers du droit alors même que ceux-là, notamment parce qu'ils sont irrigués par une certaine conception de la justice, devraient se montrer exemplaires. Si l'on prend, pour illustration, la profession d'avocat, les statistiques publiées par l'Observatoire de l'Égalité en 2013 sont sans équivoque : 40 % des avocates quittent le Barreau dans les dix premières années ; leur revenu moyen connaît un écart de plus de 42 % comparé à celui des hommes. Et ces inégalités gangrènent l'ensemble des professions juridiques, notamment celles qui sont fermées. Ainsi en 2015 : 85 % des administrateurs judiciaires sont des hommes, 73 % des huissiers de justice sont des hommes, 85 % des notaires associés gagnant plus de 17 000 euros sont des hommes alors que 84 % des notaires salariés rémunérés moins de 4 000 euros sont des femmes.

Là aussi, les professions juridiques semblent prendre progressivement conscience de cette situation et les mentalités tendent à évoluer. D'ailleurs, les efforts engagés par l'Ordre des avocats du Barreau de Paris sont remarquables. Sous l'impulsion du Bâtonnier de Paris Christiane Féral-Schuhl, en effet, le Barreau de Paris a pu adopter en mars 2015 un plan d'action sans précédent pour assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes avocats.

À l'aube de ces prises de conscience et de ces premières mesures, il apparaît important de faire un bilan et de se demander si les métiers du droit assureront, un jour, une égalité réelle entre les femmes et les hommes les pratiquant. C'est tout l'intérêt de cette conférence voulue par Maître Paul Lignières et le Professeur Thomas Perroud.

Pour nous aider dans cette tâche, nous pourrions compter sur la présence de Maître Paul Lignières, Madame Lucienne Erstein, Conseillère d'État, Madame Gwenola Joly-Coz, Présidente du TGI de Pontoise, Maître Marie-Aimée Peyron, Bâtonnier du barreau de Paris, Maître Mathilde Jouanneau et Madame la Professeure Martine Lombard, membre du collège de l'ARCEP.

Les femmes et les métiers du droit : le regard d'une magistrate de l'ordre judiciaire, présidente de juridiction¹

Gwenola Joly-Coz
Magistrate de l'ordre judiciaire
Présidente du Tribunal de grande instance de Pontoise

Je remercie l'Université de m'avoir invitée et d'avoir mis ce thème à l'ordre du jour. Pour répondre au titre de la conférence je peux dire : « femmes et magistrature, en 2018, pas d'égalité réelle ! ».

Je parle de ma place de femme, professionnelle du droit depuis 25 ans, Présidente d'un des douze tribunaux hors hiérarchie du premier groupe, membre fondatrice et secrétaire générale de l'association « Femmes de justice » depuis juin 2014. Je travaille sur la place des femmes dans la magistrature depuis 2012, alors que j'étais secrétaire générale de l'Inspection générale de la Justice et qu'un regard transversal sur les juridictions et le ministère de la Justice a rendu, à mes yeux, la question évidente. Le sujet devenait visible. Il pouvait devenir objet de discours et de politiques publiques. Jamais nous ne dirons assez à quel point l'action de Madame Martine Lombard au Conseil supérieur de la magistrature (CSM) a été déterminante. C'est grâce au rapport parité de 2012, que sous son impulsion, la question des femmes dans la magistrature est sortie du silence et de l'impensé.

À cet égard le rapport du Cevipof commandé à l'époque est encore une référence. Il débute ainsi : « Il convient en premier lieu de revenir sur cette évidence : d'un point de vue sociologique, la féminisation de la magistrature constitue la plus importante mutation vécue par ce corps depuis la seconde guerre mondiale ».

Année	% d'hommes	% de femmes
1945	100 %	0 % 1 femme candidate en 1946
1950		80 femmes candidates
1960	93 %	7 %
1970	82 %	18 %
1980	72 %	28 %
1990	58 %	42 %
2000	51 %	49 % Bascule en 2002 : 50,6 %
2010	41 %	59 %
2017	35 %	65 %

La bascule s'est ainsi faite en soixante-dix ans, très progressivement d'abord, plus brutalement ensuite. Ce mouvement a trouvé pour base l'augmentation des entrées de femmes à l'École Nationale de la magistrature (ENM). Elles ont pu constituer jusqu'à 81 % d'une promotion (2003 et 2013).

— Cf. graphique page suivante —

La première promotion majoritairement féminine est celle de 1975. Il est pourtant à noter que

1. Le style oral de l'intervention a été conservé.



seulement deux femmes ont présidé le jury de sélection en soixante ans (2008 et 2012). Il convient de rappeler que l'entrée de femmes ne s'est pas faite sans critiques portées par les jurys de l'ENM. Anne Boigeol a étudié les rapports de ces derniers, en voici une citation : « sauf exception les femmes d'une part sont inaptes à exercer nos fonctions d'autorité, d'autre part nuisent au prestige du corps judiciaire » (Directeur du stage, Paris, 1955).

La magistrature entre désormais dans la catégorie des corps dit « non mixtes ». Un métier est non mixte lorsque l'un ou l'autre sexe représente plus de 60 % du corps. Au sein du corps de la magistrature aujourd'hui, les conversations tournent autour des congés maternité, des temps partiels, de la difficulté de concilier vie personnelle et vie professionnelle, notamment au parquet.

Les expressions de sexisme sont ordinaires et reposent sur trois bases : i) la comparaison (« les femmes sont plus dures et plus autoritaires que les hommes »), ii) l'essentialisation (« les femmes meilleures en ressources humaines, elles ont des qualités humaines, elles sont très bien organisées ») et la dévalorisation (« vous n'êtes là qu'à la faveur des quotas, il fallait bien une femme »).

Le ministère de la Justice n'a jamais élaboré de pensée sur le sujet, aucun écrit n'existait jusqu'à la saisine de l'Inspection générale de la Justice et son rapport d'octobre 2017. Il n'existe aucune stratégie ministérielle. Une politique

interministérielle devrait pourtant s'appliquer, mais l'Inspection le constate : « La politique d'égalité entre les femmes et les hommes est désormais considérée comme une politique publique à part entière. Le ministère de la Justice accuse un certain retard dans la mise en œuvre de celle-ci ». En effet le ministère de la Justice n'a pas décliné le protocole d'égalité professionnelle du 8 mars 2013, il ne s'est pas engagé dans le processus de labellisation, il n'émet pas de rapport de situation comparée.

Quant à l'application de la loi Sauvadet de 2012, le ministère de la Justice n'a pas respecté le quota de 40 % de primo nomination en 2016 et vient d'être condamné à une amende de soixante mille euros. Il le sera de même en 2017 puisque depuis sa nomination Madame Belloubet, actuelle Garde des sceaux, n'a nommé que des hommes aux postes d'administration centrale importants et visibles : Directeur de l'administration pénitentiaire, Directeur des affaires criminelles et des grâces, Directeur des services judiciaires et Secrétaire général adjoint.

Au sein des juridictions la situation est la suivante au 1^{er} janvier 2018 :

— Cf. cartes pages suivantes —

Il faut y ajouter quelques repères :

Postes jamais confiés à des femmes dans la magistrature en soixante-dix ans : Directeur de l'École nationale de la magistrature, Ins-

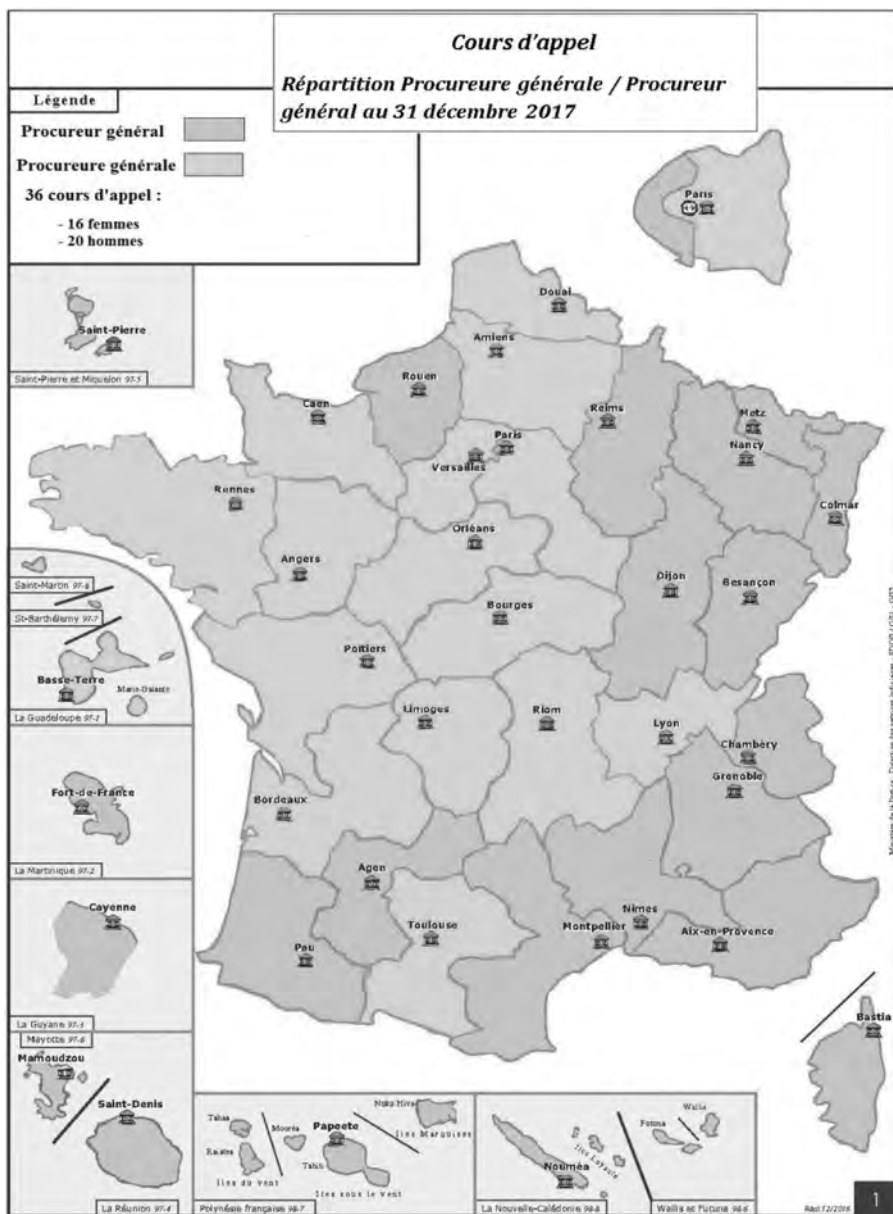


pecteur général de la justice, Procureur près le Tribunal de grande instance de Paris, Procureur général près la Cour de cassation et Président du Tribunal de grande instance de Bobigny et de Créteil.

Postes confiés à une femme une seule fois en soixante-dix ans : Première présidente de la Cour de cassation (Madame Rozes de 1984

à 1988), Présidente du Tribunal de grande instance de Nanterre puis de Paris (Madame Arens de 2008/2010/2014), Procureure générale de la Cour d'appel de Paris (Madame Champrenault depuis 2015).

En 2015, sur les dix postes de Premier président libres au cours de cette année-là, le CSM a nommé 10 hommes.



Les leviers à utiliser sont : du côté des femmes, travailler sur l'autolimitation et le plafond de verre ; du côté du système, remettre en cause la mobilité géographique, la linéarité des parcours, la présentation des qualités masculines attendues pour les postes de responsabilités (présentisme, exercice de l'autorité, prise de parole en public).

La situation n'avancera qu'en utilisant les deux moyens : la loi et le plaidoyer. Il faut concevoir une loi Sauvadet 2, par exemple en rendant obligatoire dans chaque ministère la nomination de directeurs d'administration centrale à 50 %. Il faut continuer inlassablement à porter le sujet, à en faire un objet de politique publique au sein de toutes les organisations.

Les femmes et les métiers du droit : le regard d'un membre du Conseil d'État¹

Lucienne Erstein

Membre honoraire du Conseil d'État

La justice administrative est toujours un peu à part. Mais vous ici qui étudiez le droit administratif, vous êtes aussi un peu des marginaux dans les études juridiques, largement occupées par les privatistes. Alors il ne faut pas que vous soyez étonnés par mes propos. Vous non plus, Monsieur le Professeur. Vous avez décrit avec beaucoup de conviction et malheureusement de réalisme une situation générale qui concerne plus précisément les praticiens du droit que sont les avocats. Pour ma part, je ne parlerai que du milieu que je connais, celui des magistrats administratifs, et la réalité est toute différente. Permettez-moi Monsieur le Professeur, malgré l'optimisme de ce que je m'apprête à décrire, de ne pas me ranger dans le groupe de vos ennemis, celui des femmes qui nient le sexisme. Il me paraît essentiel à tout débat, surtout dans le temple de la pensée qu'est l'Université, qu'aucune opinion ne soit *a priori* dénigrée, avant même qu'elle ne soit exprimée.

C'est la raison pour laquelle je ne suis pas du tout désolée d'affirmer que j'ai cherché en vain dans l'ordre de juridiction auquel j'appartiens des motifs d'inégalité dont les femmes seraient victimes. Peut-être est-ce par absence d'enjeu, financier notamment. Pas de pouvoir, pas d'argent, les femmes peuvent s'y épanouir en toute liberté. Pas d'argent c'est sûr, ce n'est pas la première caractéristique du service public que d'enrichir ses agents. Pas de pouvoir, c'est plus discutable, bien que l'on ne soit pas dans une forme primaire de pouvoir. Mais pourquoi pas ? On peut voir dans l'absence de pouvoir et d'argent une bonne raison au champ libre laissé au groupe des femmes. Mais d'autres explications pourraient s'ajouter à celles que vous avez si justement décrites, Monsieur le Professeur.

Certes, comme les avocats, comme les magistrats de l'ordre judiciaire, comme même les professeurs de droit à l'Université, nous n'avons pas tout de suite été admises dans les prétoires et l'histoire des juridictions commence bien avant que l'on en pousse les portes. Mais il n'y avait aucun interdit dans l'ordre juridictionnel administratif. Simplement, le poids de la tradition, l'habitude, et puis aussi l'absence de femme énarque, l'ÉNA étant le vecteur privilégié de recrutement des magistrats administratifs. Or, ce n'est qu'en 1947 que l'ÉNA ouvrit ses portes à la première femme... Et elle choisit l'administration préfectorale. Le Conseil d'État commença à se féminiser en 1953. Deux femmes entrèrent cette année-là au Palais-Royal, sous l'œil dit-on à la fois intrigué et amusé de leurs nouveaux collègues. Une révolution, c'est sûr, surtout pour les commissaires du Gouvernement, les ancêtres de nos rapporteurs publics, qui ne pouvaient plus désormais, comme ils en avaient l'habitude, entamer leurs conclusions à l'audience par un tonitruant « Messieurs ». En 1953, les conseils de préfecture prirent le nom de tribunaux administratifs et je n'ai trouvé là, en revanche, aucune trace de l'apparition de la première femme parmi les juges du fond. L'événement a dû être suffisamment banal... Quoi qu'il en soit, comme je vous le disais, je ne vois rien dans la juridiction administrative qui trahirait une inégalité qu'il conviendrait de combattre.

Démonstration par les chiffres : 32 % des membres du Conseil d'État sont des femmes, 30 % président des chambres et 31 % sont rapporteurs publics. Mais il faut être honnête, à ce jour, aucun Vice-président du Conseil d'État n'a été une femme... Aucune femme non plus n'a encore été Président de la Section du contentieux. Mais c'est une femme, qui succède à une

1. Le style oral de l'intervention a été conservé.

autre femme, qui préside la Section du rapport et des études. C'est une femme qui dirige le Secrétariat général et ses deux adjoints sont également des femmes. C'est encore une femme qui préside la Mission d'inspection des juridictions administratives. La moitié des cours administratives d'appel et 27 % des tribunaux administratifs sont présidés par des femmes. Et il faut noter que ce sont elles qui président les tribunaux les plus importants. La Cour administrative d'appel de Marseille, la plus importante de sa catégorie, est également présidée par une femme. Et le tiers des magistrats ayant le grade de président sont encore des femmes. Ces chiffres sont à rapprocher du pourcentage de femmes dans les juridictions du fond : 43 %.

On se rend compte que quand on grimpe dans la hiérarchie des cours et des tribunaux, les femmes sont surreprésentées par rapport à leur importance numérique dans les grades et les emplois.

Comme le relevait le Vice-président du Conseil d'État lors d'un colloque que la cour que je présidais a organisé à Marseille en novembre dernier, et qui avait pour thème « La jurisprudence administrative et les femmes », « cette situation n'est pas l'effet d'une vertu propre, ni d'une quelconque obligation juridique, moins encore d'une sorte de condescendance, mais plutôt d'une conviction : l'évidence du choix des meilleures et de celles qui avaient le plus grand potentiel pour exercer les fonctions auxquelles elles étaient candidates ou devaient l'être ». On ne peut être plus clair. J'ajouterais personnellement et d'une manière assez banale qu'il ne suffit pas que les femmes soient les meilleures, encore faut-il que l'organe de décision accepte de reconnaître leurs talents et les magistrats administratifs femmes doivent beaucoup à cet égard au Vice-président actuel du Conseil d'État qui a veillé scrupuleusement à un examen parfaitement égalitaire des candidatures aux postes de responsabilité. À l'embauche, si je puis dire, les discriminations sont encore plus difficiles, l'entrée dans la fonction publique se faisant par concours. Pour nous c'est l'ÉNA, comme je vous le disais, mais il y a aussi le recrutement direct par concours. Et puis il y a le recrutement sur dossier qui n'est pas spécialement réputé pour faire la part belle aux hommes, ni aux femmes d'ailleurs.

J'évoquais à l'instant néanmoins la volonté du Vice-président pour un égal accès des hommes

et des femmes aux fonctions à responsabilité dans la justice administrative. On pourrait, par cette remarque, estimer que cette égalité est bien fragile et n'est finalement pas acquise car dépendant de la volonté d'un seul homme. Pourquoi pas, mais la place des femmes est désormais tellement assise dans la juridiction administrative, elle est tellement entrée dans les mœurs, qu'un retour en arrière me paraît relever de la fiction. Et en envisageant cette objection, il me vient à l'esprit une phrase de Thucydide : « il n'y a pas de liberté sans vaillance ». Il faut rester à la hauteur de ce qui a été acquis, et rien ne l'est définitivement. Je ferais à cet égard un parallèle, peut-être inattendu, avec la juridiction administrative d'un pays qui n'est pas spécialement réputé pour une parfaite égalité entre les hommes et les femmes, c'est l'Algérie. Nous – i.e. le Conseil d'État et la Cour administrative d'appel de Marseille – connaissons bien le Conseil d'État algérien pour rencontrer ses représentants au moins une fois par an. Et bien sachez qu'il est présidé par une femme dont il ne viendrait à l'esprit d'aucune personne censée d'imaginer qu'elle n'exerce pas pleinement ses fonctions, comme l'institution elle-même d'ailleurs. Et cette femme a pour prédécesseur une autre femme encore. Cette parenthèse pour éviter tout triomphalisme national et seulement pour souligner en contrepoint combien les inégalités entre hommes et femmes, quand elles existent dans le monde du travail, le seul dont il est question aujourd'hui, ont un aspect archaïque, qui finalement ne fait pas regretter d'être une femme... Et je vois d'ailleurs dans cet archaïsme, dans cette pensée reptilienne d'un autre âge, dans la persistance çà et là du sexisme, comme une forme de mauvaise éducation, de manque de savoir-vivre qui déshonore davantage celui qui s'en rend coupable qu'il n'en affecte l'objet de sa ségrégation. J'y vois aussi beaucoup de bêtise quand un groupe se prive volontairement d'une compétence parce qu'elle est en jupons. Tant mieux pour ceux qui osent piocher dans le vivier de leurs homologues féminines, comme vous expliquez le faire, Monsieur le Professeur, dans l'exercice de votre autre profession d'avocat.

Je referme la parenthèse et retourne à ma « cuisine », celle de la juridiction administrative. Il faut reconnaître que les matières et les affaires que nous traitons laissent peu de place à une différenciation qui serait fondée sur le genre du

magistrat. Je ne vois aucun contentieux dont il conviendrait de tenir les femmes à l'écart ou au contraire les encourager à traiter. Marchés publics, fonction publique, droit fiscal, urbanisme, environnement, police, responsabilité. Il faudrait quelque imagination pour envisager des matières plus spécialement réservées aux femmes ou qui leur seraient contre-indiquées. Le droit administratif en général, et le contentieux administratif en particulier, reposent essentiellement sur le raisonnement, comme l'ensemble du droit d'ailleurs, et les considérations personnelles sont rarement prises en compte dans ce contentieux souvent objectif. Le fussent-elles d'ailleurs qu'une quelconque discrimination ne serait pas davantage justifiée sauf à penser que les femmes sont susceptibles d'une plus grande compassion que les hommes, ce qui serait mal les connaître... ou d'une plus grande sévérité... C'est la même chose. Le contentieux administratif, c'est quasiment une démonstration mathématique, plus ou moins rapide, plus ou moins complexe. Alors sauf à remarquer qu'une seule femme a obtenu la médaille Fields – l'équivalent du prix Nobel pour les mathématiques – et c'était récent, il n'y a que trois ans, et donc que les femmes seraient moins disposées à cette démonstration mathématique, là encore, aucune source de discrimination ne peut être sérieusement dénoncée. La recherche est tout aussi vaine au regard des fonctions. Un conseiller de tribunal administratif ou de cour administrative d'appel est rapporteur ou rapporteur public. La plupart des décisions sont rendues en formation collégiale et je n'ai pas le souvenir de débats dominés par principe par les magistrats hommes, ni femmes d'ailleurs. Et quant à la prise de parole en public, que supposent les fonctions de rapporteur public, je ne vois là encore aucun interdit dont les femmes seraient destinataires. Restent les juges uniques, qui traitent des référés et des éloignements que l'on appelait avant reconduites à la frontière. Ces procédures d'éloignement sont celles qui surprennent parfois les jeunes magistrats, seuls face à un étranger dont le sort, du moins administratif, est scellé en quelques heures. Mais l'accoutumance nécessaire à ces procédures humainement difficiles concerne aussi bien les magistrats hommes que femmes.

Les chiffres que je viens de vous donner démontrent que les femmes ne sont pas écartées

des fonctions de président, de présidents de juridiction, comme plus souvent de présidents de chambre. Je ne voudrais pas manifester un enthousiasme excessif et peut-être aussi angélique à l'égard de la juridiction administrative, bien qu'à titre personnel je n'aie pas du tout à m'en plaindre, mais j'ai plus d'une fois remarqué le modernisme de cette institution pourtant toujours très attachée à ses traditions. Et je crois qu'il faut voir dans cette modernité au sens noble du terme, *i.e.* cette capacité à évoluer, à s'adapter au temps qui est, le socle d'un traitement égal des hommes et des femmes.

La juridiction administrative a acquis le culte de l'urgence en quelques semaines au début des années 2000 lors de l'introduction des procédures de référé. En quelques mois, l'image d'une juridiction qui arrive toujours après la bataille, par la longueur de ses délais de jugement, a été balayée. En trois semaines, le nouveau juge des référés est intervenu, certes à titre provisoire, mais le fond a très vite suivi. Bien entendu, les moyens nécessaires, en magistrats notamment, ont été mis à la disposition des juridictions administratives. Mais le changement mental d'approche du contentieux a été immédiat. L'introduction des téléprocédures, des échanges dématérialisés, s'est effectuée également sans aucune difficulté. Parallèlement, la tradition est maintenue, qui se manifeste, par exemple, par la place essentielle réservée à la jurisprudence. La sécurité juridique, l'égalité de traitement des justiciables, la prévisibilité de la décision de justice, ne souffrent pas de cette prise en compte de la solution déjà apportée à un litige similaire. Tradition encore dans la rédaction et dans toutes les précautions d'expérimentation qui sont prises actuellement pour aboutir à une façon plus intelligible de rédiger les décisions de justice sans que le raisonnement juridique n'en pâtisse.

Alors s'il est vrai qu'au cours d'un temps, aujourd'hui largement révolu, les femmes étaient absentes de la justice administrative, elles ont été peu à peu intégrées à cet ordre de juridiction sans doute avec la lenteur qui sied à une intégration réelle mais qui a abouti aujourd'hui à une absence totale, à une disparition de toute discrimination, en dehors – il y a une exception – de nos tenues vestimentaires qui sont toujours différentes, selon que l'on est un homme ou une femme.

Les femmes et les métiers du droit : le regard d'un avocat à la Cour¹

Paul Lignières
Avocat à la Cour

Nous aurions sans doute préféré ne pas avoir à traiter ce sujet. D'autant qu'il est très facile d'ignorer ce sujet. Personne ne vous reprochera jamais de ne pas en avoir parlé, en particulier ici à l'Université. Le déni est le premier des obstacles à l'égalité. D'autant que nous avons le sentiment, l'impression que les métiers du droit sont des métiers féminins : il y a plus d'étudiantes que d'étudiants en droit, à Paris il y a plus d'avocates que d'avocats et les promotions de l'École nationale de la magistrature (ENM) et de l'École de Formation professionnelle des Barreaux de la Cour d'appel de Paris (EFB) sont à majorité féminine (65 % pour l'EFB). Il n'y a quasiment que des femmes à cette tribune et toutes occupent des postes très prestigieux. Est-ce que cela signifie que les métiers du droit sont moins affectés que d'autres en matière d'égalité ?

En réalité, il ne s'agit que d'une illusion trompeuse : là où est le pouvoir et/ou l'argent, le paysage change de façon radicale. On retrouve alors un monde très largement dominé par les hommes. C'est parce qu'ils sont allés au-delà de l'illusion que je remercie le professeur Perroud et les étudiants du mastère pour l'organisation de cette conférence.

En partant de ce constat, celui de l'absence d'égalité dans les métiers du droit, nous avons réfléchi à l'objectif de cette conférence : il s'agit d'analyser les moyens permettant d'atteindre l'égalité. La conclusion de mes réflexions sur le sujet est que le problème de l'égalité n'est pas un problème de nature juridique. Autrement dit, ce n'est pas parce que le droit n'est pas respecté que nous sommes confrontés à un problème d'égalité. Ce problème existe alors même que le droit est parfaitement respecté. Nos réflexions seront donc en grande partie non-juridiques : c'est une conférence de juristes sur les juristes et

pour les juristes mais qui ne sera pas juridique. Il y a eu des combats politiques et juridiques pour faire reconnaître l'égalité dans le droit. C'était une première étape. On a pu penser que cette étape était suffisante. Or cette étape a été nécessaire mais elle n'est pas suffisante. De même, la vigilance quant au respect du principe de non-discrimination, principe dont le non-respect est pénalement sanctionné, cette vigilance est nécessaire mais elle n'est pas suffisante. C'est pourquoi notre conférence ne sera pas une conférence juridique.

Le constat sera fait par chacune des intervenantes. Si elles ont accepté de participer, c'est sans doute qu'elles considèrent qu'il y a des problèmes non réglés et qu'elles ont envie de les dénoncer et de proposer des solutions.

Quand on regarde les postes de pouvoir d'abord : le Conseil National des Barreaux (CNB) et l'Ordre des avocats qui sont les plus grandes institutions représentatives des avocats, sont toutes deux dirigées par des femmes. Il faut néanmoins rappeler que Marie-Aimée Peyron n'est que la troisième femme à avoir été élue Bâtonnier alors que l'institution existe depuis des siècles et que le mandat de Bâtonnier est de deux ans. Martine Lombard nous parlera sans doute des inégalités dans les postes de pouvoirs au sein de la magistrature.

Côté avocats, les magazines qui consacrent des articles aux avocats ne citent quasiment que des hommes. Valérie de Senneville, journaliste aux Échos et chroniqueuse judiciaire, a écrit un livre dont le titre est *Les grands fauves du barreau* et elle consacre deux pages aux femmes pour constater qu'elles sont absentes de son livre. Si l'on regarde plus en détail le monde des avocats, il y a deux types d'inégalités flagrantes : inégalités en fonction des spécialités, inégalités

1. Le style oral de l'intervention a été conservé.

en fonction de la position hiérarchique dans les cabinets. Partout dans le monde, ce qui fait un très grand cabinet d'avocats est sa réputation en fusions/acquisitions, d'une part, et en contentieux, d'autre part. En anglais, le *M&A* et le *litigation*. Ce sont les matières-reines dans les cabinets et souvent les plus rentables, je le dis d'autant plus que ce ne sont pas mes spécialités. Quand on regarde l'un des guides d'avocats les plus sérieux qui est le Chambers & Partners, on trouve 54 avocats dans la rubrique *M&A*, classés en 5 catégories : je n'ai compté que 2 femmes. Ce guide est réalisé à partir d'entretiens avec des clients et avec des avocats. Parmi les 10 arbitres les plus demandés en France, on ne compte qu'une femme. Dans la rubrique « droit pénal des affaires » (« *white collar crime* »), 30 avocats hommes sont cités et seulement 2 avocates. En contentieux général, 50 avocats et 5 avocates. En droit public, 29 noms sont cités et seulement une femme et elle est en quatrième catégorie. Quand on prend l'autre guide de référence des avocats, le Legal 500, ils ont fait la liste récemment des quatre-vingt avocats français qui ont les carrières les plus accomplies, ceux qui sont au pinacle de la profession, les leaders du Barreau en quelque sorte. Combien de femmes ? Seulement 8 ! On pourrait croire que c'est une question de génération mais ce n'est pas le cas, car il y a beaucoup de quadras dans ces classements.

Inégalité flagrante en fonction des spécialités donc. Les inégalités en fonction de la position hiérarchique dans les cabinets sont faciles à constater : grosso modo, les cabinets les plus rentables, et donc les plus prestigieux, sont très largement à dominante masculine au niveau des associés. Quand on regarde la hiérarchie, il y a souvent une égalité homme-femme au niveau des jeunes collaborateurs puis le plus on monte dans la hiérarchie, le moins on compte de femmes. Il est fréquent que le pourcentage de femmes associées dans les cabinets les plus prestigieux soit aussi faible que le pourcentage de femmes dans les classements dont je parlais. Mon cabinet par exemple avait été novateur à Londres pour être le premier à adhérer au 30 % Club qui rassemble les entreprises qui se sont fixées comme objectif d'atteindre 30 % de femmes au sein du management, donc 30 % associées, en 2020. Il faut noter que la Grande-Bretagne est bien plus avancée que la

France sur le nombre de femmes associées dans les cabinets.

Enfin, je veux signaler que la situation des grands cabinets est la face émergée de l'iceberg. Il y a aussi les positions de marché détenues par des petits cabinets et les avocats individuels. Il est évident que dans ce segment-là du marché qui est largement majoritaire en nombre de personnes, les inégalités homme-femme sont sans doute encore plus fortes.

Au total, Madame le Bâtonnier le dira, la différence de rémunération est de 50 % entre les hommes et les femmes chez les avocats alors qu'elle est de 30 % environ au sein des cadres supérieurs en France. Pas mal, pour une profession à majorité féminine ... et l'on essaie régulièrement de nous faire croire que depuis que l'égalité de droit est acquise entre les femmes et les hommes, il n'y a plus de combat à mener !

Il est vrai que les hommes sont bien organisés pour se protéger. Le Barreau, pour cela, n'est pas différent des autres milieux. Prenez les obédiences maçonniques, dont on sait qu'elles sont utiles pour les affaires : ces obédiences sont en très grande majorité masculines. Les obédiences, les loges, les grades les plus élitistes sont quasiment toujours entre les mains d'hommes. Prenez les clubs privés, où l'on se retrouve pour parler, échanger et finalement travailler. Là encore les plus prestigieux sont réservés aux hommes. Seul le Cercle de l'union Interalliée est mixte. Pourquoi ? Parce qu'une femme forte, l'épouse du maréchal Foch, l'a imposé dès l'ouverture au lendemain de la Première guerre mondiale. L'Automobile Club, place de la Concorde, à côté de l'hôtel de Crillon, est réservé aux hommes. Le Jokey Club est aussi réservé aux hommes. Je passe sur les associations officielles et officieuses de chasseurs du Palais et des amateurs de vins et de cigares ou bien encore les auto-proclamés spécialistes de telle ou telle branche du droit qui se réunissent entre hommes bien sûr. Ah oui, au fait, je parle de Paris aujourd'hui. Je ne suis pas en train de décrire le Paris de Balzac, ni celui du siècle dernier.

Pensez-vous que ces organisations, ces classements, ces modes d'organisation, ce partage du pouvoir et de l'argent vont évoluer dans quelques années si on laisse faire ? Ou pensez-vous que tout cela est bien caché et bien verrouillé ? La réponse est dans la question...

Il faut aussi savoir qu'au sein de ces cercles, le sujet dont on parle aujourd'hui fait non seulement l'objet d'un déni absolu mais qu'il est généralement purement et simplement censuré. J'en ai fait l'expérience à deux reprises : alors qu'une femme m'avait demandé un exposé sur un sujet proche de celui que l'on traite aujourd'hui, j'ai appris la veille de ma présentation que mon temps de parole avait été réduit à cinq minutes alors qu'il avait été annoncé de vingt minutes avant que le sujet soit connu. Non, ce n'était pas au siècle dernier, mais il y a deux ans.

Est-ce que tout cela compte finalement ? Ne devrait-on pas penser qu'au final la qualité et le professionnalisme l'emportent ? En réalité, dans un monde ultra compétitif, dans un univers de haute performance, tout compte. Sur la ligne d'arrivée, c'est un millième de seconde qui fait la différence. Dans nos métiers, lorsqu'un chef d'entreprise ou un directeur juridique hésite entre plusieurs profils, tous sont presque équivalents. Il suffit d'un mot, voire même d'un regard pour faire pencher la balance en faveur de tel ou tel avocat pour une affaire importante. Alors, oui, le fait d'avoir croisé un tel dans un club, à la chasse, dans une loge, le fait d'être recommandé par un membre de l'un ces cercles compte. C'est cela qui fait souvent – voire toujours – la différence.

Plus globalement, ces milieux conditionnent des comportements, qui se traduisent par des micro-incitations (les « *nudges* » en anglais) dont aucune n'est en soi scandaleuse mais dont la somme influence le classement final. Ces comportements, que l'on ne peut pas qualifier de sexistes car ils sont toujours à la limite du sexisme, permettent aux hommes d'éliminer 50 % de la concurrence. Bref de continuer à se partager l'argent et le pouvoir.

Au-delà de ces moyens de préservation de la rente, il existe des stéréotypes de genre qui sont reproduits et développés volontairement ou pas au plus grand profit des hommes. J'ai observé cela en exerçant la fonction de *managing partner* de mon cabinet pendant six ans. J'ai dû voir arriver et partir environ cent-cinquante à deux cents avocats dans mon cabinet pendant ces années-là. J'avais instauré une politique de tolérance zéro sur les comportements sexistes. J'avais aussi favorisé – avec le soutien du management global du cabinet qui est à Londres – une politique

inclusive pour permettre aux femmes de monter dans la hiérarchie. Le constat est pourtant sans appel : égalité au moment du recrutement, premières différences significatives après quatre ou cinq ans où le ratio passe alors à environ sept hommes pour trois femmes et après neuf ou dix ans, on arrive à huit ou neuf hommes pour une ou deux femmes. Au total, après avoir enquêté, réfléchi, analysé, fait appel à des consultants extérieurs, un constat : il existe un plafond de verre lié aux stéréotypes de genre.

Là encore, ce sont les quelques arbres des grands cabinets qui cachent la forêt : mon cabinet est scruté, policé, transparent, challengé. Je sais que le retard dans la grande majorité des petits cabinets est bien pire.

En conclusion, l'inégalité ne provient pas du non-respect de la loi. Je pense même que les pires inégalités ne proviennent même pas de comportements sexistes ou discriminatoires. La source de l'inégalité est invisible comme l'est le plafond de verre. « La plus belle des ruses du Diable est de vous persuader qu'il n'existe pas ! » disait Baudelaire. Oui, c'est dans les milieux les plus sophistiqués, les plus policés, les plus cultivés, les plus riches, les plus puissants que les inégalités sont les plus difficiles à percevoir et à remédier.

Lorsque le sujet est parfois posé sur la table, inscrit à l'ordre du jour, qu'il est devenu incontournable, alors les défenses s'organisent et elles sont efficaces. D'abord, la négation du problème et le rappel de l'égalité de droit. Ensuite, le témoignage de femmes qui expliquent ne jamais avoir souffert de discrimination. C'est très efficace comme défense. Parfois les stéréotypes flatteurs et hypocrites : les femmes sont bien meilleures, bien plus fines que les hommes, elles ont des qualités qu'ils n'ont pas et ce sont elles qui vont diriger le monde très vite.

Enfin, les fausses bonnes idées, les mensonges et l'ouverture des boîtes de Pandore : je cite en vrac : « il suffit d'attendre un peu et elles prendront le pouvoir » ou bien « et *quid* des autres inégalités comme les inégalités sociales ou le racisme anti-seniors » ou bien encore « pensez-vous que les quotas soient nécessaires ? ». Allez, une dernière qui marche bien : « Il faudrait aussi peut être penser aux femmes dans les pays en développement. On voit bien que dans notre société, les femmes sont privilégiées quand même ».

Alors que faire ? Ce n'est pas si compliqué mais il faut juste le faire. Ce ne sera pas une révolution, une grande loi, ni un décret qui changeront la société. Nous n'avons pas de baguette magique. Il faut mener des actions expérimentales et pointillistes. Faire preuve de pragmatisme et de détermination.

Je propose quatre solutions concrètes. La première s'adresse à toute la communauté des juristes : accepter la vérité, cesser le déni et les mensonges. Identifier le plafond de verre. Ne pas céder au Diable qui veut nous faire croire qu'il n'existe pas. Ce que nous tentons de faire avec cette conférence. La deuxième s'adresse aux institutions, à l'Ordre, aux organisations professionnelles, aux syndicats et universités. Les mesures incitatives de *soft law* sont efficaces. Je dis toujours que je suis plus incité à mettre en œuvre des politiques d'égalité par mes associés anglais que par l'Ordre des avocats. Un formidable exemple de *soft law* en France est la Charte de la diversité initiée par Bebear. On va faire des États généraux ? Est-ce pour entrer dans tous les faux débats que je citais plus haut ou pour mettre en place de vraies mesures utiles et éprouvées ailleurs ? Compte-tenu du retard du pays et de

notre profession dans notre pays, ne devrait-on pas simplement reprendre des solutions dégagées ailleurs plutôt que de parler entre nous ? La troisième solution s'adresse au management des cabinets et plus généralement aux personnes en situation de responsabilités : i) politique de tolérance zéro sur le sexisme, et ii) promotion systématique et volontariste des initiatives type HeforShe, training spécifiques obligatoires sur les stéréotypes de genre, programme de leadership pour les femmes, coachings spécifiques. La quatrième solution est la plus importante car elle s'adresse à chacun ; deux choses : i) s'engager : comprendre, étudier ces sujets, approfondir – personne n'est obligé de tout lire de Simone de Beauvoir ou de Judith Butler, mais on ne peut plus ignorer aujourd'hui la question du plafond de verre ou celle des stéréotypes de genre, et ii) ne pas se laisser piéger. Ce week-end, je découvre que le nouveau mot tendance chez les noirs américains n'est plus le mot « *cool* » mais le mot « *woke* », qui vient du verbe « *wake* », être éveillé. Il faut être sur ses gardes car le plafond de verre existe et l'ignorer est la meilleure façon de se laisser assommer.

Je vous remercie.

Les femmes et les métiers du droit : le regard d'un Bâtonnier¹

Marie-Aimée Peyron

Avocat à la Cour

Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris

Madame la Présidente de la Cour administrative d'appel de Marseille, Lucienne Erstein,

Madame la Présidente du TGI de Pontoise, Gwendola Joly-Coz,

Madame la Professeure, Martine Lombard – elle est également membre du collège de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes,

Mes Chères Consœurs, Mes Chers Confrères, dont Mathilde Jouanneau et Paul Lignières qui interviennent,

Il nous faut garder présent à l'esprit que la Justice est représentée par la déesse grecque Thémis, symbolisant la justesse divine de la Loi. Allégorie de la Justice et du Droit, elle personnifie la permanence et l'impartialité. Évoquer, invoquer Thémis, nous rappelle à l'ordre afin que le corps professionnel de la Justice cesse d'être l'objet de clivages, de discriminations et de disparités entre les femmes et les hommes. Si l'accès même aux professions du droit est acquis, c'est désormais le combat de l'égalité réelle au sein de la profession qui reste à mener. J'ajouterais que l'accès aux professions du droit ne s'est pas imposé comme une évidence et que les résistances ont été grandes : il a fallu attendre 1900 pour que Jeanne Chauvin puisse prêter serment ; il a fallu attendre 1946 pour que la magistrature soit ouverte aux femmes – il en va de même des huissiers de justice et des notaires qui ont respectivement accédé à ces métiers en 1948 et 1949.

Le Président Emmanuel Macron a fait de l'Égalité Hommes/Femmes une grande cause de son quinquennat. J'entends, avec Monsieur le Vice-Bâtonnier Basile Ader, en faire l'une des grandes causes de notre mandat. Il est largement temps de faire sauter le plafond de verre. Ce

plafond de verre demeurera opaque tant que les discriminations liées à la maternité, aux rémunérations et au sexisme ne seront pas réglées, et tant que certains agissements intolérables auront encore cours dans le secret de certains cabinets.

Force est de constater que nous sommes à 54 % un Barreau féminin, et que les promotions d'élèves avocats qui nous rejoignent chaque année sont composées à 70 % de femmes. Force est de déplorer qu'en moyenne, les femmes gagnent 50 % de moins que les hommes, à compétences égales. Les femmes ne représentent que 32 % des associées, qui plus est, au sein de petites structures spécialisées en droit social et en droit de la famille. Les femmes ne représentent que 20 % des associées au sein des cabinets d'affaires, et beaucoup moins dans les plus gros cabinets. La proportion de femmes collaboratrices s'élève à 60 % ! Cette situation est parfaitement anormale.

Il convient également de mettre un terme aux discriminations, voire aux mauvais traitements dans le cadre de la collaboration libérale et des stages, des ruptures de contrat lorsqu'une femme annonce sa future maternité. Je pense aussi aux jeunes pères, que l'on dissuade trop souvent de prendre leur congé paternité, comme si la parentalité était un monopole des femmes.

Il est certain que l'évolution des mentalités est la clef du changement. Non seulement, celles des hommes mais, celles des femmes. Il existe malheureusement aujourd'hui une forme de déterminisme, fruit de notre éducation et de notre environnement. Les femmes ont sans doute tendance à s'autocensurer elles-mêmes en faisant le choix de spécialités qui leur sont réputées réservées, et qui sont toujours moins lucratives.

1. Le style oral de l'intervention a été conservé.

tives, ou des choix de carrière aussi qui les portent moins loin que leurs homologues masculins.

Pourtant c'est l'évidence, je le constate depuis toujours au sein de mon Barreau comme ailleurs, le talent, la compétence et le travail n'ont pas de genre. Si les femmes se limitent parfois, il serait injuste de leur en faire porter la responsabilité car en réalité, s'imposer dans un monde encore soumis aux codes des hommes n'est pas aisé. Nombreuses sont les femmes qui relatent le fait qu'elles sont exposées à des remarques peu amènes de la part de leurs homologues masculins.

Fort heureusement, cette forme de sexisme devrait s'estomper depuis que la parole des femmes s'est récemment libérée. C'est donc avec impatience et espoir que nous attendons le projet de loi sur la lutte contre les violences sexistes et sexuelles.

Depuis de nombreuses années le Barreau de Paris s'implique en faveur de l'instauration de l'Égalité Hommes/Femmes au sein de notre profession. Notamment, sous le Bâtonnat de Christiane Féral-Schul, le Barreau de Paris a voté un plan d'actions en vue d'assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes avocats. Le 4 juillet 2012, Madame le Bâtonnier Christiane Féral-Schul a signé le Pacte de l'Égalité conçu par le Laboratoire de l'Égalité. Le Barreau de Paris s'est également doté d'une Commission Égalité professionnelle. Il s'est agi notamment de renforcer la protection des avocates collaboratrices de retour à leur cabinet à l'issue d'un congé maternité : une période d'immunité de deux mois a été instaurée, période au cours de laquelle leur contrat ne pouvait être rompu. Deux ans plus tard, le Barreau de Paris a adopté le principe d'un congé paternité de quatre semaines pour les collaborateurs jeunes pères, ce qui nous met à la pointe au plan national. Parce que je l'évoquais tout à l'heure, pour que l'égalité profes-

sionnelle advienne, il faudra nécessairement que l'égalité dans les responsabilités familiales et le soin aux autres intervienne. À défaut, nous continuerons à faire peser un poids trop lourd sur les épaules des femmes.

Nous poursuivrons ce combat. Nous entendons poursuivre les agissements inadmissibles, instaurer des sanctions disciplinaires de manière systématique. Ces sanctions s'appliqueront à toutes les formes de discriminations que ce soit à l'embauche ou durant le développement de la carrière, et évidemment aux faits de violences et de harcèlement sexuels. C'est le sens du dispositif qui sera sans nul doute voté par le Conseil de l'Ordre ce 6 mars, qui met en place un système d'accueil des victimes sécurisé et transversal, de l'EFB à l'Ordre, et prévoit des mesures d'accompagnement et de poursuites des auteurs. C'est également la raison pour laquelle nous avons consacré lors de notre premier conseil de l'année la prohibition des agissements sexistes, en mentionnant expressément dans le Règlement intérieur du Barreau de Paris (RIBP) qu'ils constituaient des manquements à nos principes essentiels. Notre volonté est de déployer une politique globale d'égalité, sensibilisation aux stéréotypes, développement de carrières, égalité des rémunérations, sanction des dérives... Bien évidemment, nous sensibilisons aussi les élèves-avocats à cet enjeu fondamental.

Parce que je crois en l'action et à notre capacité à transformer, je suis résolument optimiste ! Les outils sont en place... Les mentalités évoluent... Prenons conscience que nos spécificités constituent une valeur ajoutée. Ne limitons pas les champs du possible ! Construisons notre avenir ! Nous remémorant cette pensée de Sénèque : « Ce n'est pas parce que les choses sont difficiles que nous n'osons pas... C'est parce que nous n'osons pas qu'elles sont difficiles ».

Les femmes et les métiers du droit : le regard d'un avocat à la Cour¹

Mathilde Jouanneau

Avocat à la Cour

Ancien membre du Conseil de l'Ordre

Ancien membre du Conseil National des Barreaux

Pour aborder ce sujet, j'ai, par curiosité, consulté le site du forum de *L'étudiant* sur les métiers du droit, en pleine actualité pour les futurs bacheliers, et à la fiche « Avocat », j'ai été quelque peu surprise par la définition de ma profession :

« Avocat(e) :

Sa fonction fascine. Tout comme son art du discours et son goût prononcé pour la théâtralité. L'avocat exerce un métier culte, au même titre que le pompier (sic) ou l'instituteur... Et si l'image de l'homme de loi, en toge noire, défendant avec hargne la veuve et l'orphelin suscite toujours de nombreuses vocations, les avocats pénalistes sont ceux qui gagnent le plus mal leur vie – exception faite de quelques ténors du barreau ! ... ».

À la lecture de cette définition, pour le moins très masculine, je me suis demandé comment les jeunes filles pouvaient encore avoir envie de faire ce métier.

Après les interventions de mes confrères, Paul Lignières et la Bâtonnière Marie-Aymé Peyron, qui ont dressé le constat des inégalités persistantes dans notre profession (écart de rémunération de plus de 50 %, plafond de verre, sexisme et autres harcèlements) qui elle-même s'appauvrit, il faut bien du courage aux étudiantes en droit pour décider d'embrasser notre belle profession, alors même pourtant que le besoin de Droit est croissant...

Très simplement, je vous propose à l'aune de mon parcours d'avocate généraliste et de mon parcours dans les institutions représentatives de la profession, de vous faire part de ma propre expérience sur l'« égalité » hommes-femmes en son sein.

J'ai prêté serment en 1993 et j'ai intégré un cabinet d'une dizaine d'avocats, spécialisés en droit social : cabinet mixte, avec peut-être un peu plus d'avocates collaboratrices qu'associées. Je n'ai nullement croisé le sexisme... en tous les cas au cabinet. En revanche, lors des audiences devant le conseil des prud'hommes, les réflexions misogynes n'ont pas manqué...

I. La Conférence du stage du Barreau de Paris

J'ai passé la Conférence du stage très vite après mon inscription au Barreau et j'ai été élue secrétaire de la Conférence en 1994. Une des fiertés de notre promotion 1994 a été de compter quatre femmes sur douze secrétaires élus et, qui plus est, une Première secrétaire. Or, elles ne sont pas nombreuses les Premières secrétaires de la Conférence, et les femmes secrétaires de la Conférence non plus. Sur les dix dernières promotions (2008-2018), en effet, on dénombre une seule Première secrétaire (en 2016) et une moyenne de moins de quatre avocates secrétaires de la Conférence par promotion. Cette année 2018, la promotion compte trois avocates sur douze secrétaires de la Conférence. En résumé, depuis 25 ans, entre 1994 et 2018, pas d'évolution : les avocates sont plus que minoritaires au sein de la Conférence du stage, alors que la profession s'est pourtant fortement féminisée et que les jeunes avocates sont largement majoritaires au sein de mon Barreau. Que faut-il en conclure ? Les concours d'éloquence sont-ils encore et seront-ils toujours une scène réservée aux seuls tribuns ? Des concours pour les hommes, dont l'organe serait plus approprié à

1. Le style oral de l'intervention a été conservé.

l'art oratoire ? Des concours de gladiateurs ? L'éloquence n'est-elle pas féminine ? Appartient-elle aux seuls hommes ? Les réponses sont dans les questions...

II. Le Conseil de l'Ordre

Quand je me suis présentée au Conseil de l'Ordre, j'étais collaboratrice, je n'avais pas encore tout à fait trente ans et j'avais la chance de travailler avec mon père. Je n'étais pas encore très expérimentée, mais j'avais une très forte envie de faire évoluer les droits des jeunes collaborateurs et collaboratrices, d'entrer et de représenter les confrères plus jeunes dans une institution qui à l'époque était composée par des hommes, plutôt murs, plutôt blancs...

La maternité et le Conseil de l'Ordre : institution où on t'explique en l'an 2000 que ce n'est pas ta place, parce que tu es jeune, que tu as de jeunes enfants, que tu es une femme (non, cela on ne vous le dit pas directement, pas franchement, mais on vous le fait sentir, les plus anciens vous le font comprendre... gentiment). Et puis en l'an 2000, une fois que tu es élue, contre vents et marées, on souhaite absolument que tu t'occupes de la Commission Sociale de l'Ordre.

Et tu regardes ton bâtonnier, jeune père, jeune parent comme toi en somme, mais à qui on ne demande jamais d'aller s'occuper de son jeune enfant... À force d'abnégation et de patience, tu accèdes à des postes pour mettre en place par exemple les permanences d'avocats pendant les gardes à vue, tu travailles sur le statut des collaborateurs, jeunes ou moins jeunes avocats et avocates, au service d'un confrère, d'une structure....

Qu'en est-il aujourd'hui 18 ans après ? Le Conseil de l'Ordre et les institutions représentatives se sont largement féminisées et rajeunies, mais cela ne s'est pas fait tout seul et je suis persuadée que sans la loi sur la parité d'août 2014, ladite parité, gagnée aujourd'hui, n'aurait jamais été atteinte et les avocates ne seraient pas présentes dans de telles proportions (c'est-à-dire juste la moitié) ! Le coup d'accélérateur de la loi du 4 août 2014 a, à lui seul, permis de féminiser l'institution, dans une profession composée par plus de femmes que d'hommes : les commissions sont aussi aujourd'hui petit à petit présidées par des femmes, mais attention les principales d'entre elles sont, comme par hasard, occupées

par leurs homologues masculins. Attention là aussi à veiller à ne pas abandonner les postes de pouvoirs non garantis par la parité ; il en va de la responsabilité des hommes et des femmes qui composent les conseils de l'Ordre d'y veiller.

III. 2003 : La création de mon Cabinet... féminin

Au sortir du Conseil de l'Ordre, j'ai créé ma structure, modeste : petite structure « généraliste » qui compte aujourd'hui six avocates. Exercice du métier assez libre : on gère les congés maternité, mais pas toujours facilement (période difficile pour le cabinet de cette taille), ce qui nécessite des réflexions sur les aides que peut apporter notre Ordre, pour protéger encore les collaboratrices à cette période charnière de leur vie professionnelle et les cabinets pour lesquels elles travaillent. La période cruciale de la maternité, l'évolution de notre société de la parentalité, la prise des congés de paternité institués par les Ordres sont autant de sujets qu'il faut traiter pour faire avancer l'égalité dans notre profession.

IV. Le Conseil National des Barreaux (CNB) et l'Association « Femmes et Droit »

Je ne me suis pas présentée à cet organisme national comme beaucoup de mes confrères à la sortie de mes trois années au Conseil de l'Ordre, j'avais mon cabinet à faire fonctionner. Ce n'est qu'en 2013, dix ans après avoir quitté le Conseil de l'Ordre, qu'à l'invitation de Dominique Attias, je me suis présentée au CNB, sur la liste « Femmes et Droit ». J'ai découvert à l'occasion de cette campagne les réseaux féminins. J'ai pris conscience de la réelle difficulté pour les femmes, pour les avocates, de l'ascension professionnelle, à Paris comme en province. Nous avons été à Paris sur cette mandature trois élues femmes de la liste « Femmes et Droit », liste vivement critiquée et attaquée pour sa connotation « féministe ». J'ai constaté la difficulté de bousculer ceux et celles qui ont conquis le pouvoir, j'ai affronté le refus des quotas, le refus des politiques incitatives et même la difficulté de faire adopter les chartes et ce qu'on appelle la *soft law*.

Le CNB, notre organisme de représentation nationale auprès des pouvoirs publics, est également aujourd'hui composé d'autant de femmes que d'hommes (toujours grâce à la loi 2014), et est présidé pour la première fois par une femme, ancienne Bâtonnière, Christiane Feral-Schuhl.

Parallèlement à ce mandat et postérieurement, j'ai continué à la tête de l'association « Femmes et Droit » mon activité militante, et rencontré d'autres associations de femmes, participé aux différentes commissions égalité et surtout participé à la création de la nouvelle Commission Égalité du CNB, créée en 2015 et présidée avec brio, pour sa première mandature par Clotilde Lepetit, élue « Femmes et Droit » sur la mandature 2015-2017. Le CNB a adopté la charte égalité RSCA et les outils diagnostics créés par la Commission. Nos institutions doivent se soucier maintenant du rayonnement de leurs travaux au sein des cabinets et de leur application dans les structures d'avocats.

Nos institutions font donc actuellement preuve de bonne volonté sur l'égalité Homme-Femme et particulièrement sous le signe d'une présidence féminine au CNB et au Conseil de l'Ordre. Madame La Bâtonnière nous l'a rappelé, son Conseil de l'Ordre va présenter plusieurs mesures pour lutter contre les inégalités, les discriminations et les infractions sexistes. Mais si ces institutions, aujourd'hui paritaires, tentent de montrer l'exemple et de faire progresser les mentalités, elles ont encore du mal à véhiculer le

respect de cette égalité au sein des cabinets d'avocats. Politiques pas assez contraignantes, laxisme des sanctions ? Peu importe au fond, ce laisser-faire rime avec un « laisser-fuir » qui touche de nombreuses femmes de la profession...

Je rejoins Paul Lignières sur ses propositions et celles qui seront, je l'espère, votées et mises en application par le Barreau de Paris et par le CNB, et j'ajouterai les pistes suivantes :

i) Une politique plus incitative pour faire progresser l'égalité : instaurer des politiques plus fermes, ne pas avoir peur des quotas. L'exemple des trois institutions citées plus haut est assez éclairant : la Conférence du stage n'a aucune obligation de parité, laquelle parité est loin d'exister en son sein ! La conclusion ne s'impose-t-elle alors pas ?

ii) Faire nommer un référent égalité au sein des cabinets pour recueillir la parole des victimes d'attaques sexistes.

iii) Faire respecter les politiques de parentalité et inciter les pères à la prise du congé paternité.

iv) Agir à l'école, à l'Université, à l'EFB, faire cet effort de formation sur l'histoire de cette égalité dans nos sociétés occidentales.

v) Ne pas négliger l'importance des réseaux féminins face aux réseaux masculins ; ne pas avoir honte de les faire exister et coexister.

vi) Créer des réseaux de femmes, comme les hommes le font.

Les femmes et les métiers du droit : propos conclusifs¹

Martine Lombard

Professeure à l'Université Panthéon-Assas

Membre du Collège de l'Autorité de régulation

des communications électroniques et des postes (ARCEP)

Le thème qui nous réunit aujourd'hui, celui de l'égalité réelle des hommes et des femmes dans les métiers du droit, pourrait paraître daté. Il devrait d'ailleurs l'être mais il ne l'est hélas pas du tout. Vous l'avez bien montré : cela fait longtemps que les jeunes filles sont majoritaires dans les universités de droit, qu'elles y réussissent excellentement au point d'être encore plus nombreuses que les hommes lors de la prestation de serment d'avocat et d'être même ultra majoritaires parmi les candidats reçus au concours d'entrée à l'École nationale de la magistrature (ENM); puis elles disparaissent... du moins des rôles et postes les plus visibles.

Merci d'autant plus aux étudiants et étudiantes du master 2 de Droit public de l'économie, dont je salue le dynamisme, d'avoir organisé cette conférence.

Merci aussi à tous ceux qui sont présents dans l'auditoire. Je constate avec plaisir que les hommes sont en nombre parmi vous. Vous me direz peut-être que, dans cette auguste Salle des Conseils de la vieille Faculté de droit de Paris, c'est leur absence qui eût été pour le moins inusuelle... mais je m'en réjouis d'autant plus que la réalisation effective de cette ambition d'égalité réelle ne pourra être que collective, portée et partagée par tous.

Merci donc à Thomas Perroud et à Paul Lignières qui se sont mobilisés pour organiser cette journée avec les étudiants. Il faudrait beaucoup d'hommes tels que ceux qui sont présents, humanistes, donc féministes, pour relever ce défi. Je voudrais aussi remercier nos présidentes, la Présidente de la Cour administrative d'appel de Marseille, la Présidente du Tribunal de grande instance de Pontoise, et bien sûr Madame le Bâtonnier de Paris, non seulement pour ce

qu'elles ont dit, mais aussi pour ce qu'elles représentent par elles-mêmes, comme exemples et comme valeurs. Merci enfin aux fondatrices de deux belles associations : « Femmes et Droit » tournée vers le Barreau, créée et animée par Mathilde Jouanneau, et « Femmes de Justice » pour la magistrature judiciaire, créée par Marie-Françoise Lebon-Blanchard et Gwenola Joly-Coz, qui est donc ici à un double titre. L'une et l'autre ont su fédérer beaucoup de talents.

Au départ, je l'avoue, j'ai été sceptique face à de telles associations dont je craignais qu'elles ne cultivent l'entre-soi. Je suis maintenant convaincue qu'elles sont nécessaires pour contribuer à faire évoluer les esprits, tant l'objectif de l'égalité réelle semble reculer au fur et à mesure que le nombre des femmes augmente dans les métiers du droit.

Il faut en effet en finir avec cette idée reçue selon laquelle l'arrivée des femmes dans le monde du droit est tellement puissante que l'évolution vers une égalité réelle se fera toute seule, comme inéluctablement.

C'est faux, car cela fait par exemple si longtemps que les femmes réussissent très bien aux concours de l'ENM qu'elles sont maintenant majoritaires dans toutes les tranches d'âge au sein de la magistrature judiciaire, comme l'a montré Madame Joly-Coz, y compris donc dans les classes d'âge susceptibles d'accéder aux plus hauts postes de responsabilité. Or, elles sont pourtant sensiblement moins présentes que les hommes dans ces fonctions, et cela à un degré qui ne s'explique plus par un moindre nombre de candidatures féminines.

Il a certes existé une femme Premier président de la Cour de cassation, mais cela fait exactement trente ans – c'était en 1988 – que Madame Simone Rozès a quitté ces fonctions. Cela ne

1. Le style oral de l'intervention a été conservé.

s'est plus jamais revu, alors qu'entre-temps les femmes sont devenues quasiment omniprésentes dans la magistrature, à un point que certains jugent même problématique. Il est question maintenant de « sur-féminisation » de la Justice, à laquelle il faudrait d'urgence remédier...

Est-ce une solution au déficit quantitatif des hommes que de les nommer en plus grand nombre aux postes qualitativement les plus visibles ? Faut-il de ce point de vue rendre hommage, avec un sourire, au Conseil supérieur de la magistrature (CSM) qui a renouvelé en 2015 près du tiers des postes de Premier président de cour d'appel en y nommant dix hommes, sans pouvoir trouver une seule femme digne de cet emploi parmi les nombreuses candidates ?

Le pire est peut-être de constater que les prises de conscience ne sont pas suivies d'effet, voire peuvent provoquer une « réaction » au sens littéral du terme. Alors que le CSM auquel j'ai appartenu a consacré en 2012 un rapport sur le thème de la parité, en essayant de comprendre par quels mécanismes d'exclusion explicite ou implicite il y avait encore si peu de femmes chefs de juridictions, du moins pour les plus importantes d'entre elles, il a fallu attendre un rapport réalisé en 2017 par l'Inspection générale de la Justice pour trouver des chiffres sur les taux de réussite comparés des femmes et des hommes candidats aux fonctions de responsabilité. Ce rapport a conclu, à partir des nominations faites tant au siège qu'au parquet, qu'il y avait quasiment un égal accès des hommes et des femmes aux postes de chef de juridiction, mais en construisant une statistique sur quelques mois seulement... omettant toute l'année 2015.

Cela pourrait paraître désespérant, mais cela ne doit pourtant surtout pas nous décourager. Il faudra d'ailleurs attendre début 2019 pour faire un bilan aussi nuancé et complet que nécessaire et ajuster le cas échéant les remèdes.

Concernant la Justice toujours, une femme Bâtonnier de Paris, c'est en soi un beau symbole, même si cela ne rend pas compte non plus de toute la réalité du Barreau français, comme vous l'avez tous souligné.

Et il y aura sans doute un jour une femme à la présidence de la Section du contentieux du Conseil d'État, voire au-delà. Mais ce n'est pas encore le cas...

En l'état, il faut s'attaquer aux causes profondes de ces phénomènes.

Vous avez tous et toutes porté des diagnostics sur les causes de cet état de fait – et proposé des remèdes de façon bien sûr liée puisque les remèdes consistent avant tout à s'attaquer aux causes de ces phénomènes. Il existe un consensus possible, me semble-t-il, autour de quatre idées.

1. Il faut s'attaquer à l'emprise des stéréotypes à tous les niveaux. Nous avons beaucoup parlé de stéréotypes, souvent dans l'abs-trait, parfois en donnant quelques exemples concrets, mais il faut parfois se tourner, en l'état, vers la littérature scientifique, notamment anglo-saxonne, pour les trouver étayés d'études rigoureusement documentées. J'en donnerai deux exemples, l'un bien connu, l'autre moins.

Il est maintenant établi à partir d'études nombreuses que le fait d'avoir des enfants est un atout pour la carrière professionnelle des hommes (vu en effet comme un gage de maturité et de responsabilité) et plutôt un handicap pour les femmes (non seulement à cause des congés de maternité mais aussi parce qu'elles sont trop souvent considérées comme ne pouvant plus ensuite se consacrer pleinement à leur métier).

Un autre exemple a donné lieu à des expériences menées par des chercheurs américains puis plus récemment britanniques. Un texte identique est lu à des auditoires composés à la fois d'hommes et de femmes, par une voix grave pour un premier auditoire puis plus aiguë pour un autre composé selon les mêmes critères. Il leur est ensuite demandé si ce qu'ils ont entendu leur paraît clair et convaincant. Le texte lu par une voix grave est jugé bien argumenté, posé et de nature à emporter l'adhésion. Les réserves sont nettement plus fortes dans le second cas, certains restant sceptiques quant à la crédibilité du propos. Les réactions des femmes sont d'ailleurs équivalentes à celles des hommes, montrant que le biais tenant à la tonalité de la voix est assez également partagé.

Les stéréotypes sont en effet d'autant plus forts qu'ils sont trop souvent intériorisés par les femmes comme par les hommes, puis propagés y compris par ces dernières, comme si elles justifiaient ce qu'elles ont vécu comme le reflet de l'ordre naturel des choses et trouvaient juste et légitime que les autres femmes passent ensuite

par les mêmes épreuves et doivent surmonter les mêmes obstacles indus. Les hommes sont alors encore moins tentés d'y renoncer !

Il n'est hélas pas invraisemblable que ces stéréotypes jouent encore plus dans un monde aussi empreint de traditions que l'univers du droit.

Ne faut-il pas d'ailleurs nous interroger sur une responsabilité spécifique des universitaires ? Ne sommes-nous pas ceux qui transmettons les traditions, y compris les stéréotypes sur ce qui serait féminin (assistante sociale, juge des enfants, etc.) et masculin (président, directeur juridique, avocat associé, professeur – et ajouter un « e » à ce mot de « professeur », comme à celui de « procureur », risque d'ailleurs aussitôt de susciter des réactions enflammées) ?

L'un des stéréotypes les plus répandus est bien sûr que la féminisation créerait un déclassement des métiers, d'où la crainte de la « sur-féminisation » des métiers du droit. Il faut vraiment que la France se confronte à cet égard aux pays scandinaves et anglo-saxons pour mieux comprendre que c'est l'absence des femmes ou leur trop faible nombre aux postes les plus élevés qui risquent de nous dévaloriser à leurs yeux.

2. Les métiers du droit ne doivent pas perpétuer des méthodes de travail qui rendent incompatibles responsabilités professionnelles et familiales. Il faut hélas être lucide : la responsabilité des tâches familiales est encore très inégalement partagée entre les hommes et les femmes. Même s'il y a un changement progressif, notamment dans le temps passé avec les enfants, il est extrêmement lent. Il faudrait en effet organiser et valoriser la prise de congés de paternité, comme cela a été suggéré, pour accélérer un peu le mouvement.

En l'état, le culte du « présentéisme », notamment au Barreau, mais aussi dans les entreprises et même dans les juridictions, a donc clairement des effets discriminatoires. Prévoir des réunions jusqu'à 20 heures ou plus, quand ce n'est pas le week-end, est contradictoire avec l'objectif d'une égalité réelle entre les hommes et les femmes dans la conduite des carrières professionnelles.

Pour le moment, aussi longtemps que les enfants sont à la maison, les femmes ont trop souvent des responsabilités familiales telles qu'elles prennent un retard en termes de car-

rière, entre 30 et 50 ans environ, que beaucoup ne rattraperont jamais.

C'est à cela qu'il faut prioritairement remédier : aménager les conditions de travail, les horaires, concevoir un monde où il ne soit plus nécessaire de choisir entre sa famille et son métier.

Il est aussi utile, quand ce premier objectif n'a pas pu être complètement atteint, de prévoir des parcours professionnels adaptés pour les femmes qui deviennent pleinement disponibles plus tard. Il faut réfléchir à des mesures concrètes pour éviter que les portes qu'elles n'ont pas pu franchir plus tôt leur restent alors définitivement closes.

3. Le remède à l'absence d'égalité réelle n'est pas prioritairement à chercher du côté des femmes elles-mêmes.

Certes, comme je l'ai relevé tout à l'heure, les stéréotypes imprègnent souvent l'esprit des femmes autant (ou presque autant) que des hommes, tant ils sont inculqués dès l'enfance. Leur éducation peut expliquer que les femmes soient assez souvent moins sûres d'elles que leurs collègues masculins. Ensuite leur place dans la famille peut justifier qu'elles aient parfois d'autres priorités que de rester au cabinet ou au tribunal jusqu'à 21 heures, avec raison d'ailleurs. Enfin les stéréotypes sur l'exercice des responsabilités peuvent avoir pour conséquence qu'elles soient moins souvent candidates aux postes de chef de juridiction ou aux responsabilités d'associé par exemple. En fait, c'est d'ailleurs de moins en moins vrai, heureusement. Il est donc souvent question de « mentorat », de « coaching » et d'autres formes d'accompagnement pour pousser les femmes à surmonter ces obstacles.

Pourquoi pas, certes ? Toutefois cela me semble n'être qu'un petit aspect du problème et donc de la solution. Car si les femmes renoncent souvent au barreau après dix années d'exercice, si elles ne se portent pas candidates aux postes de chef de juridiction avant cinquante ans, c'est d'abord le produit de facteurs objectifs qui les y conduisent. Paul Lignières l'a très bien dit : le problème de l'absence d'égalité réelle entre les hommes et les femmes dans les métiers du droit est d'abord trop souvent le fait des hommes, qui créent des mécanismes par lesquels, consciemment ou inconsciemment, ils se réservent finalement le pouvoir. La vigilance doit évoluer, s'affiner, et cela chez tout le monde.

4. En finir avec le déni : voilà en effet ce par quoi tout commence. Cette conférence avait commencé par-là et je terminerai par-là, pour boucler le propos, en donnant un autre exemple concret.

Au moment où j'ai pris la présidence des jurys des concours d'entrée à l'ÉNA en 2008, j'ai examiné attentivement les statistiques des concours précédents sur dix ans et j'ai constaté que, le plus souvent, les candidates à l'ÉNA réussissaient aussi bien que les garçons aux épreuves d'admissibilité (écrites et anonymes) mais que leur taux de réussite chutait souvent lourdement aux épreuves d'admission (qui sont orales).

Est-ce seulement un problème des femmes, qu'il faut sûrement entraîner davantage, voire spécifiquement, aux épreuves orales, ou est-ce aussi celui des jurys ? Ne faut-il pas aussi former ces derniers pour éviter un éventuel biais consistant à pénaliser la voix des femmes indépendamment du contenu de ce qu'elles disent ? L'École nous a fait bénéficier d'une formation tendant à nous en préserver. Lors de ce concours 2008, le taux de réussite des femmes n'a effectivement pas chuté à l'oral par rapport à ce qu'il était aux épreuves écrites.

Il était intéressant cependant de lire le rapport du jury du concours suivant, au cours duquel, à nouveau, le taux de réussite des candidates avait sensiblement baissé à l'oral par rapport aux écrits. Il y a été indiqué que le jury avait refusé toute logique de « discrimination positive » ; les candidates reçues pouvaient donc être rassurées : « elles ne devaient leur réussite qu'à leurs seuls mérites ». Cette réaction, de par la violence de ce que suggérait une telle phrase, appelle quelques remarques, du plus ponctuel au plus général.

Le rapport du jury des concours 2017, qui vient d'être rendu public, relève expressément que le taux de féminisation des derniers concours de l'ÉNA a progressé et est exactement revenu à celui de 2008. Dix ans après, le concours de 2008 reste ainsi une référence. C'est d'ailleurs assez maigre en soi, avec seulement 38 % de femmes parmi les reçus, mais il est vrai que, à

l'inverse du concours d'entrée à l'ENM, le nombre de candidates à l'ÉNA est durablement inférieur à celui des candidats. Les stéréotypes ont la vie dure...

Les femmes n'ont, j'en suis d'accord, nullement besoin de « discrimination positive ». C'est toujours par leurs seuls mérites qu'elles réussissent, en parvenant à surmonter les obstacles explicites ou implicites qu'elles rencontrent. **En revanche il faut former les jurys, tous les jurys, de toute nature et dans tous les métiers, à se dégager des stéréotypes qui peuvent les conduire inconsciemment à faire de la discrimination insidieuse.**

Et ce qui vaut pour un concours, encadré par des normes conçues pour assurer une égalité des chances, vaut *a fortiori* pour les compétitions qui ne sont pas encadrées par de telles normes. Cela vaut, dans la magistrature judiciaire, pour le CSM qui est une sorte de jury siégeant quasiment en permanence pendant quatre ans. C'est aussi valable pour le Barreau, où il y a non pas « un jury », du moins après l'entrée dans la profession, mais toutes sortes de micro-jurys, et où les règles du jeu sont parfois occultes, comme cela a été dit.

Précisément, nos efforts doivent s'attacher à remonter au grand jour tout ce qui s'apparente à des biais cachés, sans quoi il serait impossible de tenter d'y remédier. Merci à Paul Lignières, notamment, d'être allé les débusquer, et son propos dépassait souvent l'univers du Barreau et pouvait être transposé ailleurs.

Peut-être de par mes fonctions actuelles dans une autorité de régulation indépendante, je crois beaucoup aux vertus de la « *sunshine regulation* ». La mise en lumière de tout ce qui fait obstacle à l'égalité réelle, pour pouvoir mieux surmonter ensuite ces pièges dans tous leurs tours et détours, c'est bien ce que vous avez permis aujourd'hui en organisant cette conférence et le débat qui doit s'ensuivre.

Bravo et surtout bon courage pour continuer sans désespérer !

Grand Deux

Au tour du droit

Grand A

Droit sans frontières

Regards sur la réforme
de la Cour de cassation

Présentation du dossier p. 46

Petit un

Propos introductifs p. 47

Petit deux

Du Tribunal à la Cour de cassation,
aperçu historique du juge
de cassation p. 52

Petit trois

Filtrage des pourvois et procédures
de jugement différenciées,
comment faire ? p. 59

Petit quatre

Mieux juger, moins juger ? (Filtrage
des pourvois : pour quoi faire ?) p. 63

Petit cinq

Contrôle de proportionnalité :
les apports de la logique p. 66

Petit six

Juger en proportionnalité p. 77

Petit sept

Les conséquences de la hiérarchisation
et de la diffusion des arrêts
sur leur portée p. 80

Petit huit

Proportionnalité : quelles conséquences
sur la motivation ? p. 87

Petit neuf

Propos conclusifs p. 98

Grand B

Perspectives

Histoire du droit

Petit un

À quoi sert l'Histoire du droit ? p. 109

Petit deux

Enjeux d'une critique fondée sur
l'histoire du droit et le droit comparé.
Naissance de la revue *Tribonien* p. 115

Petit trois

De la tablette d'argile à la tablette
numérique : passé et futur
de l'assyriologie juridique p. 120

Petit quatre

Focus sur l'Institut d'Histoire
du Droit : de l'héritage romain
au droit de demain p. 123

Grand A :

regards sur la réforme de la Cour de cassation

Présentation du dossier

L'Association des étudiants du Master 2 Recherche Droit privé général de l'Université Panthéon-Assas a pris l'initiative de proposer à la *Revue de droit d'Assas*, en cette période où la réforme de la Cour de cassation redevient de la plus haute actualité, de publier les actes du colloque (jusqu'à présent non publiés¹) que ce Master avait organisé en avril 2016 et qui était intitulé « Regards sur la réforme de la Cour de cassation ».

L'initiative est excellente car, depuis cette date, les propositions de réforme du Premier Président semblent suivre inexorablement le même cap. Ainsi, le Premier Président Louvel, a récemment tenté, avec l'appui des Premiers présidents de chambre de la Cour, de convaincre la Chancellerie qu'elle intègre un « cavalier législatif » au projet de loi de programmation sur la Justice, qui instaurait un filtrage des pourvois en cassation, sur des critères éminemment restrictifs².

La proposition a pour le moment été rejetée par la Chancellerie mais rien ne dit qu'à cette tentative de passer par la fenêtre ne succédera pas, prochainement, le projet d'entrer par la porte, dans le cadre d'une loi qui prendrait les voies de recours pour objet.

C'est dire que la réflexion sur les missions contemporaines de la Cour de cassation demeure éminemment actuelle.

Le lecteur découvrira ou redécouvrira donc avec grand intérêt les réflexions qui furent menées lors de ce colloque, qui réunissait non seulement des professeurs de droit (Jean-Sébastien Borghetti, Nicolas Cayrol, François Chénéde, Pierre-Yves Gautier, Jean-Louis Halpérin, Laurent Leveneur, Marie-Laure Mathieu, Nicolas Molfessis et Philippe Théry), mais également des hauts magistrats (Jean-Yves Frouin, Alain Lacabarats et Dominique Lottin) et des avocats aux conseils (Alain Bénabent et Didier Le Prado).

Bonne lecture à toutes et tous !

¹ À l'exception de la contribution de F. Chénéde parue au *Recueil Dalloz* (F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796).

² V. *infra* : le texte est reproduit à la fin du dossier, p. 104.

Petit un du Grand A :

propos introductifs

Propos introductifs

Laurent Leveneur

Professeur à l'Université Panthéon-Assas
Directeur du Master 2 Droit privé général

1. – En ouvrant ce dixième colloque annuel du Master 2 de Droit privé général de l'Université Paris 2, je voudrais avant tout adresser des remerciements.

D'abord au Conseil supérieur du notariat, qui, une nouvelle fois, a accepté de mettre à notre disposition cette magnifique salle, dont le confort et les équipements techniques sont particulièrement propices aux échanges et à la réflexion. Aux nombreux intervenants également, hauts magistrats, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et universitaires, qui ont accepté de prendre de leur précieux temps pour venir partager cette journée de réflexion et porter leur regard sur ce sujet.

Aux étudiants du Master 2 de droit privé général enfin, qui ont d'abord choisi le thème du colloque, puis confié à un petit groupe¹ d'entre eux le soin de l'organiser, ce qui a été fait avec beaucoup de dynamisme, de dévouement et de compétence.

2. – Le choix du thème était évidemment une étape primordiale. Il a été effectué au tout début de l'année universitaire : la promotion précédente ayant choisi de traiter de la réforme du droit des obligations, celle de cette année a fait porter son choix sur le projet de réforme de la Cour de cassation. Je dois dire que ce choix s'est révélé excellent. L'effervescence doctrinale, qui

s'est manifestée par des publications multiples pendant toute l'année universitaire, et même l'actualité jurisprudentielle, faite de quelques décisions, proprement extraordinaires, récemment rendues, se sont chargées, au fur et à mesure des semaines qui ont précédé cette journée, de montrer la pertinence du sujet.

3. – Tout est parti d'un appel à la réflexion lancé par le Premier Président de la Cour de cassation. M. Louvel, nommé dans cette fonction au début de l'été 2014, a vite fait savoir qu'il souhaitait que magistrats, avocats aux conseils et universitaires réfléchissent ensemble « aux évolutions de fonctionnement interne que pourrait induire la montée en puissance de la jurisprudence européenne, en particulier celle de la Cour de Strasbourg, et de son influence de plus en plus marquée sur la jurisprudence et les méthodes de raisonnement de la Cour de cassation »². Comme la Cour de cassation entend faire preuve de « loyauté [...] à l'égard des orientations de cette Cour de Strasbourg, dont elle n'hésite plus aujourd'hui, ainsi que le remarque le Premier Président, à anticiper elle-même toutes les implications »³, il s'agit de réfléchir à la « conceptualisation du contrôle de conventionnalité, afin d'en fixer l'étendue et le niveau »⁴, avec trois des conséquences potentielles :

1. Ce groupe était composé de Philippe Morange, Quentin Monget, Pierre Grulier, Kevin Quinsac, Clément Douté et Marie Bayon, la présidente de l'association étant Bérangère Théry.

2. B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1326.

3. *Ibid.*

4. *Ibid.*, p. 1327.

- sur la motivation des arrêts qui devrait s'enrichir de considérations plus développées sur le contexte, nécessaires à l'appréciation de la proportionnalité : et voici ce contrôle de proportionnalité dont on parle tant actuellement, vu *a priori* comme celui de la possibilité d'écarter l'application d'un texte de droit interne appelé à régir une situation « en raison de la disproportion de ses effets sur un droit fondamental dans les circonstances propres à l'espèce »⁵;
- sur la préparation des arrêts, davantage ouverte sur les institutions extérieures publiques ou privées;
- sur une sélection plus rigoureuse des pourvois afin de limiter l'intervention de la Cour de cassation, appelée à faire face à l'afflux de recours fondés sur le développement du contrôle de proportionnalité, à ceux qui s'inscrivent dans son rôle unificateur et normatif⁶.

Il y aurait également des répercussions en aval pour indiquer, par un classement des arrêts avec des lettres différentes, la nature du contrôle qui aurait été effectué⁷.

Et le Premier Président a souhaité que la réflexion soit menée sur tous ces éléments « au sein et en dehors de la Cour, et dans la liberté d'expression la plus complète »⁸. Ce colloque s'inscrit ainsi parfaitement parmi « les contributions scientifiques à ce travail collectif »⁹, qui ont été vivement encouragées. Et à n'en pas douter, il se déroulera dans la plus grande liberté d'expression !

Usant moi-même de cette liberté, qui est d'ailleurs consubstantielle à l'indépendance des universitaires, je voudrais, au titre de cette ouverture, vous faire part de deux réflexions qui me sont venues en préparant cette journée au sujet de l'évolution envisagée.

I. Un point de départ contestable

4. – La première réflexion porte sur l'un des points de départ, posé comme un postulat, de l'évolution esquissée : la loyauté de la Cour de cassation vis-à-vis de la Cour européenne des

droits de l'homme et la volonté de la première d'anticiper elle-même toutes les implications des orientations de la seconde.

C'est, me semble-t-il, dès ce stade, que le bât blesse, ou que du moins la discussion pourrait commencer ainsi que le fera peut-être tout à l'heure François Chénéde.

À cet égard remontent à la mémoire quelques propos tenus par les plus grands.

Ceux de Jean Carbonnier, dans *Droit et passion du droit sous la V^e République* : « Manifestement, la Cour de Strasbourg est sortie de son lit. L'ennui est qu'on ne voit pas comment l'y faire rentrer »¹⁰. Mais si l'on ne voit pas comment la faire revenir dans son lit, c'est-à-dire celui des quelques droits magnifiques et indiscutables qui ont été proclamés en 1950 en ayant à l'esprit la période particulièrement sombre de la seconde guerre mondiale dont on ne veut plus revivre les atrocités, ce n'est pas une raison de la suivre dans les débordements de sa jurisprudence et encore moins de les anticiper ! Rien n'oblige, me semble-t-il, la Cour de cassation à le faire, en tout cas en matière civile.

Ce sont aussi les propos de Gérard Cornu, grand civiliste et grand processualiste : « Le contrôle de conventionnalité s'enfle dangereusement. Sous couvert de principes sublimes, la chicane trouve abondante nourriture. Les plus clairvoyants dénoncent la dérive. Mais que fera le cri de quelques-uns face aux forces majoritaires de l'illusion, de l'utopie, de l'aveuglement, et de la présomption ? »¹¹.

Toutefois, à lire tout ce qui a pu être écrit sur le sujet au cours des derniers mois, on a le sentiment que les quelques-uns commencent à être assez nombreux, et je me joins bien volontiers à eux.

II. Une remise en cause de la séparation des pouvoirs aux lourdes conséquences

5. – La deuxième réflexion part d'une interrogation et se termine par une question. L'interrogation est celle que fait naître l'intitulé de ce colloque, qui évoque « la réforme de la Cour de

5. *Ibid.*, p. 1326.

6. *Ibid.*, p. 1327.

7. *Rapport Sécurité juridique et initiative économique du Club des juristes*, JCP G, 2015, 753.

8. B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », préc., p. 1327.

9. *Ibid.*

10. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 56.

11. G. Cornu, *Introduction au droit civil*, Montchrestien, 2007, 13^e éd., n° 262.

cassation ». La réforme tout court, non pas « les perspectives de réforme », ni « vers une réforme de la Cour de cassation »... Bref, comme si cette réforme était déjà entrée en vigueur. Pourtant, aucune loi, aucune ordonnance – nombreuses par les temps qui courent –, aucun décret n’a été édicté récemment qui porterait cette réforme ...

Nous en avons discuté avec l’équipe d’organisation du colloque, au moment de lancer les invitations et d’imprimer les affiches. Les étudiants m’ont objecté que la Cour de cassation elle-même avait utilisé cette terminologie pour intituler la conférence-débat qu’elle a organisée dans ses locaux le 24 novembre dernier¹² et qu’on ne pouvait paraître en retrait par rapport à cela.

L’argument est certes un peu faible, on en conviendra !

Et pourtant cet intitulé n’est pas mauvais, car on peut se demander si en réalité la réforme à laquelle on veut réfléchir n’est pas déjà à l’œuvre.

Cinq décisions en sont le signe.

6. – La première est l’arrêt, déjà bien connu, de la première chambre civile en date du 4 décembre 2013¹³ sur le mariage entre le beau-père et sa belle-fille, après le divorce de celle-ci, que l’article 161 du Code civil prohibe et que l’article 184 permet à toute personne intéressée d’attaquer pendant trente ans : c’est ce qui se passe dans cette affaire et pourtant la Cour de cassation refuse de prononcer cette nullité qui aurait ici le caractère d’une ingérence injustifiée dans l’exercice du droit de l’époux au respect de sa vie privée et familiale, dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans.

7. – Se sont ajoutés en 2015 quatre arrêts.

L’un a été rendu par première chambre civile le 10 juin 2015¹⁴, sur la prise en compte dans une affaire de filiation d’une argumentation fondée sur un juste équilibre devant être ménagé, dans la mise en œuvre de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme, entre le droit revendiqué par un enfant (de 19 ans) de voir sa paternité biologique véritable établie, alors qu’il avait déjà une autre filiation établie à l’égard du premier mari de sa mère par un titre et une possession d’état de plus de cinq ans, et les intérêts des filles du second mari qui ne voulaient

pas que cet enfant hérite de leur père, et qui se prévalaient tout simplement de l’article 333 qui rend la première filiation inattaquable en pareil cas (empêchant ainsi l’établissement d’une autre filiation) : appliquera-t-on ou non le texte qui régit la situation, l’article 333 ? Ce n’est pas sûr ; cela dépend, il faut apprécier...

Les trois autres décisions émanent de la troisième chambre civile.

Deux portent sur le contrôle de conventionnalité (y compris la proportionnalité) au regard de l’article 8 de la CEDH à propos des mesures d’expulsion ou d’enlèvement ordonnées en référé. Dans un cas¹⁵ le contrôle aboutit à dire, au regard des circonstances de fait, que la nécessité de prévenir un dommage imminent caractérisé par un danger pour la sécurité (des personnes) exigeait en effet une expulsion sans délai, sans que l’article 8 s’y oppose. Dans l’autre cas¹⁶ la décision du juge des référés est cassée : celui-ci avait pourtant appliqué la règle du droit de l’urbanisme (art. R. 421-9 C. urb.) qui interdit toute construction dans un espace boisé classé par un plan local d’urbanisme en zone naturelle ; mais il fallait rechercher si les mesures de destruction ordonnées « étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale » des défendeurs !

Déjà, l’observateur commence à être pris de vertige.

Lorsqu’en 2000, dans l’affaire Mazurek, la Cour européenne des droits de l’homme a condamné la France, au sujet des restrictions de la vocation successorale de l’enfant adultérin, qu’elle a jugé contraires au droit au respect de ses biens, le législateur en a tiré la conséquence : il a supprimé les dispositions litigieuses des articles 759 et 760 du Code civil et aligné la vocation successorale des enfants adultérins sur celle des autres. Soit. C’était réglé.

Mais dans ces affaires récentes le contrôle de conventionnalité mené par le juge français le conduit tantôt à décider d’appliquer la règle interne, tantôt à l’écarter selon l’appréciation qu’il porte des effets qu’elle a dans une espèce donnée.

Voilà qui heurte la généralité de la règle de droit et la prévisibilité des solutions !

12. « Regards d’universitaires sur la réforme de la Cour de cassation », *JCP G*, 2016, supplément au n° 1-2.

13. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *Bull. civ. I* n° 234.

14. Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790.

15. Civ. 3^e, 22 oct. 2015, n° 14-21.515, *Bull. civ. III*.

16. Civ. 3^e, 17 déc. 2015, n° 14-22.095, *Bull. civ. III*.

Et c'est n'est pas fini ! À chaque pas le vertige s'accroît ! Car le cinquième arrêt, en date du 15 octobre 2015, impose, lui aussi, un contrôle de proportionnalité, alors que n'était même pas en jeu un droit fondamental – comme quoi cette proportionnalité révèle déjà sa nature de « mot-valise » à qui l'on peut faire dire tout et n'importe quoi, ainsi qu'un auteur en a exprimé la crainte¹⁷ – ! C'était un contrat de construction de maison individuelle conclu sans respecter les dispositions d'ordre public de l'article L. 231-2 du Code de la construction et de l'habitation ; la Cour d'appel l'avait annulé et, en conséquence, ordonné la démolition de la construction : c'est le retour au *statu quo ante* qu'impose la logique de la nullité. Eh bien non, il fallait rechercher si la démolition de l'ouvrage constituait « une sanction proportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités que l'affectaient ». En fonction de la réponse, on appliquera ou on n'appliquera pas la règle de droit !

Le contrôle de proportionnalité conduit en réalité à modifier la règle, en rendant la nullité facultative.

8. – On se rend ainsi compte de la dimension exceptionnellement importante de la réflexion ouverte.

Il ne s'agit pas seulement d'aspects techniques du fonctionnement interne de la Cour de Cassation ou de sélection des pourvois, qui intéresseraient uniquement les magistrats de la Cour et les avocats aux Conseils, des aspects de procédure civile spécialisée – au demeurant déjà en eux-mêmes en réalité très importants, puisqu'ils mettent en jeu l'égal accès de tous à la justice – ; il ne s'agit pas non plus seulement de questions de technique de rédaction des arrêts et de motivation, points sur lesquels d'ailleurs un certain consensus pourrait sans doute être trouvé s'il s'agissait d'améliorer parfois cette motivation (sans tomber tout de même dans l'excès), ce qui serait sans doute bon pour la sécurité juridique, comme Nicolas Molfessis en parlera tout à l'heure.

Mais bien au-delà, c'est l'organisation de l'ordre juridique français et même l'État de droit¹⁸ qui sont concernés.

À ce qu'on sache, la Cour de cassation ne s'est pas instituée toute seule : c'est la loi qui l'a créée en lui conférant un rôle bien précis. Il sera d'ailleurs particulièrement intéressant d'entendre un historien, Jean-Louis Halpérin, nous rappeler dans quelles conditions et avec quelle mission elle a été instituée.

S'il s'agit aujourd'hui de la réformer et de lui donner une autre mission, de la charger à côté du contrôle de légalité d'un contrôle de proportionnalité, on peut penser que ce n'est pas à elle, mais au législateur qu'il revient de le faire.

En outre, plus fondamentalement, ce sont les rôles respectifs de la loi et du juge qui sont en jeu.

Dans notre organisation institutionnelle, fondée, en tout cas depuis la Révolution française, sur le dogme de la séparation des pouvoirs, le rôle du juge est d'appliquer la loi, non de la refaire : le juge « tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables », dit l'article 12 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, et ceci vaut au premier chef pour l'application de la loi, source écrite, très abondante, de règles de droit.

Et dans ce système, le rôle de la Cour de cassation est avant tout de veiller à une application uniforme de la loi à toute la République comme cela ressort très clairement de l'article 3 de la loi du 27 novembre 1790 (Le tribunal de cassation annulera « tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi »), toujours en vigueur, et de l'article L. 411-1 du Code de procédure civile (« Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation »).

Il n'est certes pas question de nier ici que le juge joue aussi un certain rôle, concrètement, dans la création de règles de droit « jurisprudentielles », par des décisions qui peuvent parfois, avoir une « portée normative »¹⁹ : tel est le cas dans les vides inéluctablement laissés par la loi ici ou là, puisque l'office de celle-ci n'est tout de même pas de tout prévoir, ainsi que l'a magnifiquement dit Portalis²⁰. Mais ce rôle créateur complémentaire ne peut être joué que tant que le législateur le veut bien : si une solution jurisprudentielle ne plaît pas au pouvoir législatif, il

17. D. de Béchillon, « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *JCP G*, 2016, supplément au n° 1-2, p. 29.

18. Cf. en ce sens D. de Béchillon, « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *préc.*, p. 29.

19. V. sur la nécessité de ne pas confondre portée normative et mission normative, B. Haftel, « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », *D.*, 2015, p. 1379.

20. « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière » (Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*).

peut y mettre fin en édictant une règle de droit écrit contraire. On vient de le voir à plusieurs égards avec l'ordonnance du 10 février 2016, spécialement au sujet de la rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de contrat. Alors le juge doit appliquer la loi.

D'ailleurs, la loi des 16 et 24 août 1790, texte fondateur, est toujours en vigueur : son article 10 proclame toujours haut et fort que « les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture ».

C'est pourtant ce à quoi peut aboutir le contrôle de proportionnalité : en fonction d'une appréciation portée par le juge sur les effets de l'application d'une règle législative ou réglementaire, il décidera de l'appliquer ou non dans une affaire donnée.

9. – Et voici donc que monte la question annoncée pour ce deuxième point : que restera-t-il de la séparation des pouvoirs si l'on persévère dans la voie de cette réforme ? Et qui ne voit dès lors s'élever le spectre du jugement en équité ? « Dieu nous garde de l'équité des Parlements »²¹, proclamait la sagesse populaire dans les anciens temps...

Voici que la réforme en question voudrait renouer avec ce passé : progrès ou régression ? On y verrait volontiers une nouvelle illustration des « tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain »²², ce phénomène si bien décrit par Oppetit.

Que le législateur confie parfois au juge le soin de se livrer à une appréciation en équité (comme aux articles 565 et 1579 du code civil), soit.

Que les parties lui donnent le pouvoir de statuer en amiable compositeur, ainsi que le permet l'article 12 alinéa 4 du Code de procédure civile, soit.

Mais que le juge envisage tout seul de se doter de ce pouvoir, voilà qui suscite un vif éton-

nement, à moins d'y voir une nouvelle confirmation de la célèbre formule de Montesquieu : « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser »²³.

À quoi bon moderniser notre droit des obligations, comme cela vient d'être fait en intégrant les acquis de la jurisprudence, spécialement là où il y avait des lacunes de la loi, pour rendre plus facilement accessible et plus sûr ce corps de règles juridiques, si la certitude de son application est affectée par le pouvoir d'appréciation de ses effets dont le juge serait doté ?

Il me semble qu'il pourrait y avoir là un vif sujet d'inquiétude pour la pratique de tous les professionnels du droit : comment un avocat pourra-t-il conseiller ses clients dans un litige si l'application des règles écrites mêmes les plus claires n'est plus garantie en justice²⁴ ?

Et que dire de la confiance des citoyens dans leur justice que le Premier Président de la Cour de cassation souhaite certainement accroître par cette réforme dont le but annoncé est de « traiter la fracture que l'on constate entre le juge et la société et de mieux prendre en compte les attentes de la seconde »²⁵ ? Voici qu'un plaideur agit en nullité d'un mariage : il a pour lui les articles 161 et 184 du Code civil ; le délai légal de l'action est loin d'être écoulé ; il gagne en appel, car la Cour d'appel applique la loi ; mais l'arrêt est cassé sans renvoi par la Cour de cassation qui décide de ne pas appliquer les textes du Code civil dans cette affaire et déboute le demandeur en nullité en le condamnant aux dépens et à verser au défendeur la somme de 3 500 € au titre de l'article 700. C'est ce qui s'est passé avec l'arrêt du 4 décembre 2013²⁶...

Il n'est pas sûr que ce genre de décision rapproche la justice des citoyens. En tout cas, la moitié d'entre eux : ceux qui en définitive pâtiront de l'appréciation portée par le juge sur les effets de la règle de droit dont ils ont demandé l'application.

21. V. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 1999, 4^e éd., Litec, n° 93.

22. B. Oppetit, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 317.

23. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chapitre IV.

24. V. en ce sens, A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité un brin disproportionné ? », *D.*, 2016, p. 137 ; P.-Y. Gautier, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : l'anti-Daguesseau », *JCP G*, 2016, 189.

25. Entretien avec Bertrand Louvel, *JCP G*, 2015, n° 1122.

26. Préc.

Petit deux du Grand A :

du Tribunal à la Cour de cassation, aperçu historique du juge de cassation

Du Tribunal à la Cour de cassation, aperçu historique du juge de cassation¹

Jean-Louis Halpérin

Professeur à l'École normale supérieure

J'exprime ma gratitude aux organisateurs de cette rencontre qui me donne l'occasion de soutenir ma thèse pour la deuxième fois, plus de trente ans après sa soutenance à Paris II. À celles et ceux d'entre vous, parmi les étudiants, qui ont l'intention de faire une thèse, je souhaite qu'après un temps habituel de relatif désintérêt pour votre objet d'étude, vous éprouviez le plaisir de revenir, sans nostalgie, c'est-à-dire sans la douleur du retour, mais avec un sain mélange d'oubli et de recul, à une thématique que vous aurez choisie et approfondie. Je suis en tout cas heureux de reparler de l'histoire de la Cour de cassation, qui commence avec le Tribunal de cassation, institué par la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, et avec la période révolutionnaire, que j'ai traitée dans ma thèse.

J'ajoute aussitôt que cette problématique de l'organe de cassation et de son fonctionnement suscite de la part de l'historien du droit, comme d'autres questions, un mouvement de recul quand on lui demande son avis, son éclairage,

sur une réforme à venir : un mouvement de recul face à une possible utilisation, ou pire encore une certaine instrumentalisation de l'histoire, sur un débat qui porte sur des perspectives à venir et donc étrangères à l'histoire. Il n'y a pas de lien entre prospective et histoire, et si l'histoire est faite par des hommes et des femmes du présent, utilisant le vocabulaire actuel, et partant des problématiques contemporaines, auxquelles nous nous intéressons, l'histoire doit se faire indépendamment des préoccupations utilitaristes associées à l'action présente. L'histoire ne peut être prescriptive. Il n'y a pas de leçon de l'histoire et l'on ne peut induire des faits du passé, pas plus que de ceux du présent, des normes qui relèvent, elles, du « devoir être ». L'histoire, de plus, n'est pas un développement linéaire ayant un sens ou une direction qui seraient inexorablement guidés vers un but, indiquant la route de l'avenir. De la gangue confuse, ou du moins entrecroisée des faits, c'est nous qui dégageons et analysons des lignes dont plus aucun historien ne croit qu'elles

1. La forme orale de l'intervention a été conservée.

sont continues ou univoques. S'il faut bien découper son sujet, il faut être conscient de la part d'arbitraire de ce découpage, des discontinuités, des ruptures apparentes ou cachées.

Partisan des théories positivistes, qui affirment la possibilité d'une étude rigoureuse et empirique du droit comme de l'histoire par un observateur extérieur, modérément externe, je ne suis pas non plus très à l'aise avec la notion d'institution. Les ordres juridiques étant, selon les positivistes, composés de normes, législatives ou jurisprudentielles, et j'aurais tendance à dire dès l'abord uniquement législatives et jurisprudentielles, je crains toujours une forme d'essentialisme et de spiritualisation lorsque l'on considère sous le nom d'institution un faisceau de normes qui seraient dirigées par une ou plusieurs idées-forces.

La prudence s'impose quand on veut voir, ou quand on veut imaginer je ne sais quel esprit ou âme de la Cour de cassation planant à travers plus de deux siècles d'histoire. La prudence s'impose sur la continuité des institutions portées par des normes, et je vous renvoie aux belles pages que Jellinek a consacrées aux concepts et aux institutions au début de sa *Théorie générale de l'État*, pour montrer que, très souvent, les juristes ne voient pas que la métamorphose d'institutions ou de concepts a pour effet de changer de concepts et d'institutions, et donc devraient nous amener même à abandonner le nom de ces concepts et de ces institutions. Je vous renvoie également aux propos de l'historien du droit britannique Maitland, affirmant que si le juriste se doit d'être orthodoxe, il y a une contradiction de principe entre l'histoire et l'orthodoxie. Je serais donc tenté de vous proposer ici une sorte de déconstruction de l'histoire officielle, du récit traditionnel de la Cour de cassation. Mais rassurez-vous, je vais vous montrer aussi, ou essayer de vous montrer, qu'il y a bien dans l'histoire du Tribunal et de la Cour de cassation beaucoup d'éléments de continuité, peut-être même plus que vous ne le croyez, dans la fonction de cette juridiction, son activité, la conception de la cassation et de ses ouvertures, la motivation des arrêts, le développement précoce d'une jurisprudence source de droit, sa diffusion et le traitement d'un contentieux de masse.

Tout cela a commencé sous la Révolution, et dès ses débuts. J'ai été désagréablement surpris, en reprenant cette question, de voir qu'un

député, Jean-Luc Warsmann, avait proposé en 2006 l'abrogation de la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, proposition qui a abouti effectivement à l'insertion dans la loi du 20 décembre 2007 sur la simplification du droit d'un article qui abroge cette loi révolutionnaire. Là n'est pas le problème, les lois sont faites pour être abrogées un jour ou l'autre. Je suis plus surpris de l'argument de cette proposition de loi, qui affirme que la Cour de cassation n'avait plus aucun rapport avec le Tribunal de cassation, celui-ci étant plus un instrument au service du législateur qu'une véritable juridiction au sens actuel du terme. Manifestement, ce député, et il n'est pas le seul, n'avait pas lu ma thèse. Je vais donc essayer de vous montrer quels sont ces éléments de continuité, structurelle mais aussi technique, qui traversent l'histoire du Tribunal et de la Cour de cassation depuis sa création, et puis bien évidemment aussi les éléments de changement qui nous amèneront à la situation actuelle et au débat, sinon aux perspectives de réforme.

La première continuité, même si on ne croit pas aux institutions, c'est bien évidemment celle d'une juridiction qui a agi et siégé sans aucune solution de continuité depuis 1791, le temps de mettre en application la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 jusqu'à nos jours. Aucune guerre, aucun événement n'a interrompu, en tout cas de manière durable, l'activité de cette juridiction. Une juridiction, c'est-à-dire quelque chose de différent de ce qu'était le Conseil du roi et les réunions qu'on qualifie de Conseil privé, ou des parties. Le Conseil du Roi n'était pas une juridiction. Il était inséparable de la personne du monarque, il ne donnait, comme le Conseil d'État dans la phase de justice retenue, que des avis. Dès le départ, le Tribunal de cassation, que l'on n'a pas appelé « Conseil de cassation », est une juridiction, et dès le départ ses membres sont des juges. Quand ce Tribunal prend le nom de Cour, c'est l'effet du sénatus-consulte du 16 mai 1804 qui institue l'Empire et qui transforme d'autres tribunaux, les tribunaux d'appel, en cours. Il n'y a aucune solution de continuité, aucune différence entre le Tribunal et la Cour de cassation, sinon que l'historien doit bien prendre conscience qu'il doit parler d'un Tribunal, et donc de jugements jusqu'en 1804, et d'une Cour et d'arrêts depuis 1804. On a glosé très longtemps, et apparemment certains continuent d'y attacher

de l'importance, sur le fait que la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 établissait le Tribunal de cassation « auprès du Corps législatif ». Il s'agirait d'un aspect de subordination du Tribunal au Corps législatif. C'est à mon avis une erreur de perspective. C'eût été une violation manifeste de la séparation des pouvoirs par l'assemblée constituante, et d'ailleurs cette formule a été abandonnée très tôt dans les textes constitutionnels. Dès la constitution de 1795, le Tribunal de cassation n'est plus « auprès » du Corps législatif, ce qui signifiait tout simplement qu'il devait siéger dans la même ville que le Corps législatif, que c'était dès le départ un Tribunal unique pour tout le territoire, celui d'une monarchie constitutionnelle en 1790, celui de la République à partir de 1792. Un Tribunal, une Cour, qui a été toujours composé de juges. Qu'ils soient élus, sous la Révolution ou pendant une partie de celle-ci, qu'ils continuent d'être élus sous des formes très particulières par le Sénat, et finalement avec le choix de l'Empereur sous le Consulat et l'Empire, ou qu'ils soient nommés, depuis 1814, les membres de la Cour de cassation ont toujours été des magistrats, partageant le même statut au siège, mais aussi au Parquet. Le fait qu'il y ait un parquet est un élément qui renforce cet aspect judiciaire. Je passe sur l'augmentation du nombre des membres de la Cour de cassation, qui est un phénomène essentiellement du xx^e siècle, et qui n'a pas changé fondamentalement cette unité. Le Tribunal puis la Cour de cassation ont été divisés en sections et en chambres. Au départ, seulement deux sections : celle des requêtes, qui reprenait une formation du Conseil du roi, le bureau des requêtes, et la section de cassation, au départ unique, mais rapidement divisée entre une section civile et une section criminelle. On en dira quelques mots tout à l'heure, c'est l'effet de la première croissance du contentieux criminel.

Le deuxième élément de continuité, c'est le recours en cassation. Le fait d'abord, et ici encore c'est une rupture par rapport à l'Ancien Régime, que le recours en cassation est établi par la loi : sous l'Ancien Régime, il n'y a aucune loi qui établisse formellement le recours en cassation. C'est bien évidemment différent avec la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790. Et si le recours

en cassation a été conçu, dans la tradition de l'Ancien Régime, comme un recours extraordinaire, c'est-à-dire qui se distingue d'un second appel ou d'un troisième degré de juridiction, c'est un recours tout à fait ordinaire dans la mesure où il est fondé par la loi, et comme l'a rappelé le Professeur Leveneur, ouvert à tous. Les articles 2 et 3 de la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 enfoncent le clou de manière très nette : « le tribunal de cassation se prononcera sur toutes les demandes, il annulera toutes les procédures contraires aux lois, il annulera tous les jugements contenant une contravention expresse à la loi ». Cela signifie notamment, pour les créateurs révolutionnaires du Tribunal de cassation, que cette juridiction s'étend sur tout l'ordre judiciaire. Alors que toute la réforme judiciaire de la Révolution est fondée sur la séparation des juridictions civiles et pénales, le Tribunal de cassation est à la fois un tribunal de contrôle en matière civile et en matière pénale. Ça n'empêche pas des différences entre un recours en matière civile, un peu contraint par l'absence d'effet suspensif et par l'obligation de la consignation d'amende, et un recours en matière criminelle, très ouvert notamment par la décision prise en 1791 de la suspension des condamnations à mort, et plus généralement de l'exécution directe des peines en cas de pourvoi en cassation. C'est la loi bien évidemment qui, reprenant les mécanismes de l'Ancien Régime, mais les rigidifiant, et leur donnant un caractère absolu, a affirmé que le Tribunal de cassation ne doit pas connaître du fond des affaires, et qu'en cas de cassation, il doit obligatoirement renvoyer le fond de l'affaire devant une autre juridiction de renvoi. C'est la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, complétée sur un point important par la Constitution de 1791, qui a tiré les conséquences de l'existence d'un parquet, devant le Tribunal de cassation, un parquet qui n'existait absolument pas devant le Conseil du roi, et qui manifeste encore le caractère judiciaire de l'institution, en instituant le recours dans l'intérêt de la loi², et le recours dans les cas où par leurs actes, formule plus générale que les jugements, les juges auraient excédé leurs pouvoirs, recours qu'on peut qualifier de recours « pour excès de pouvoir » – l'expression figure dans quelques textes

2. Article 25 de la loi des 27 novembre-1^{er} décembre et 1790, repris par l'article 88 de la loi du 27 Ventôse An VIII.

révolutionnaires – qui lui a été institué par l'article 27 du chapitre 5 du titre 3 de la Constitution de 1791, avant de passer dans l'article 80 de la loi du 27 Ventôse An VIII. Ces deux recours sont très importants, ils ont pu être interprétés comme une forme de subordination du Tribunal à l'égard du législatif, sauf que le recours dans l'intérêt de la loi est intenté par le chef du Parquet de la Cour de cassation, qui n'a pas d'instruction à recevoir du Corps législatif, et que le recours pour excès de pouvoir devait être intenté sur l'ordre du ministre de la Justice, et donc d'un responsable de l'exécutif, et non pas du législatif. Par le recours pour excès de pouvoir, à une époque où la dualité juridictionnelle n'existe pas encore mais où après discussion le contentieux administratif a été exclu des compétences du Tribunal de cassation, celui-ci a été amené dès le début à participer au respect de la séparation des fonctions administratives et judiciaires, mais de manière unilatérale, pourrait-on dire, uniquement pour faire respecter cette séparation par les juridictions, et non pas par l'administration. Une remarque : l'exclusion du contentieux administratif, décidée par la constituante après un court débat, des compétences du Tribunal de cassation doit être combinée avec la décision de la même constituante, qui a perduré jusqu'à nos jours, de soumettre tout le contentieux des impôts indirects aux juges judiciaires, et donc son contrôle aussi, au Tribunal de cassation. Notre fameuse séparation entre droit public et droit privé ne doit rien à la logique, mais uniquement aux déterminations législatives et jurisprudentielles, dont celle-ci est un exemple, et c'est dès la période de l'empire qu'apparaît l'exception d'illégalité en matière pénale, qui va être légalisée par la réforme du Code pénal de 1832.

D'autres éléments de continuité sont liés à la pratique, à la technique utilisée, d'abord par le Tribunal de cassation, et ensuite par la Cour de cassation. De manière très précoce, le Tribunal de cassation, héritant de la notion d'ouverture à cassation, le mot même est dans la loi et se trouvait dans le vocabulaire de l'Ancien Régime, le Tribunal a élargi les ouvertures en cassation. À la contravention expresse à la loi, ou à la violation des formes de procédure, les deux seules ouvertures prévues dans la loi de 1790, auxquelles il faut ajouter en matière pénale dans une autre loi, celle du 16 septembre 1791, la fausse application de la loi en matière pénale qui permet de

sanctionner par exemple des juges qui auraient appliqué un mauvais article du Code pénal, se sont ajoutées très vite, c'est-à-dire dans les premières années de la Révolution, la fausse interprétation de la loi pénale, c'est-à-dire la fausse qualification de l'infraction, puis la fausse interprétation de la loi étendue ensuite aux matières d'enregistrement et d'impôts indirects, du fait de leur connexité, et finalement à toutes les matières civiles. C'est ce qu'on appelle sous la Révolution la « contravention négative à la loi ». Interpréter faussement la loi est aussi grave que lui contrevenir de manière expresse. Dès l'époque de la Révolution, on parle également de dénaturation, ou plus exactement on utilise le verbe « dénaturer », la loi ou le contrat. Plusieurs décisions de la Révolution utilisent cette expression et sont très proches du contrôle de la dénaturation, dont plusieurs ouvrages continuent d'expliquer qu'il n'apparaît que dans les années 1870. Ou encore le moyen d'ordre public en matière de violation des formes, la théorie, même s'il n'y a pas encore le nom, du moyen nouveau... Tout cela naît sous la Révolution, de même que la jurisprudence sur l'excès de pouvoir a eu certainement une influence considérable sur notre juridiction administrative après 1800.

Les constructions jurisprudentielles, elles aussi, apparaissent très tôt. D'abord en matière pénale. Toute la jurisprudence très abondante sur les questions qui doivent être posées au jury : la condamnation des questions complexes, alternatives, l'affirmation des questions analytiques... tout cela est posé déjà dès la Révolution. Les jurisprudences relatives aux lois révolutionnaires des 12 Brumaire An II sur les enfants naturels, du 17 Nivôse An II sur les successions, sont des jurisprudences innovantes. Certaines des questions d'interprétation de ces lois avaient donné lieu à des référés, à des questions posées par le Tribunal de cassation au Corps législatif, comme le prévoyait la loi. Le Corps législatif n'ayant jamais répondu à ces questions, à la fin de la Révolution, c'est le Tribunal de cassation qui répond lui-même dans des arrêts, et donc qui pose une véritable norme jurisprudentielle. La norme jurisprudentielle, elle existe en 1797 et 1798, et elle ne va cesser de se développer au XIX^e siècle : jurisprudence sur la dot mobilière des premières décennies du XIX^e siècle, jurisprudence sur l'article 1382, notamment un arrêt de 1837 qui affirme que les patrons sont responsables des accidents

arrivés dans leurs usines, et que la responsabilité ne doit pas porter sur l'ouvrier lui-même ou sur les autres ouvriers, bien avant les grands arrêts de la fin du ^{xix}^e siècle et du début du ^{xx}^e siècle sur la responsabilité objective, ou contractuelle. Bien sûr il y avait ce fameux référé législatif, ré-institué ou réformé en 1800, avec le rôle conféré au Conseil d'État, puis en 1828 avec cette curieuse réforme qui entendait donner le dernier mot aux cours d'appel, avant la fameuse loi de 1837. Mais aucune de ces lois n'a été un obstacle au développement de la jurisprudence du Tribunal puis de la Cour de cassation, aucune de ces lois n'a empêché très précocement le Tribunal puis la Cour de créer des normes. À une époque qui est voisine de la loi de 1837, et à mon sens sans effet direct de la loi de 1837, la Cour de cassation n'avait pas besoin de cette loi pour comprendre qu'elle était habilitée par le législateur à interpréter la loi et à poser de normes jurisprudentielles. C'est à cette époque que se situe la grande controverse judiciaire sur l'adoption des enfants naturels, une lacune dans le Code civil, et personne, aucun juriste, ne s'est étonné en France que la Cour de cassation dise en 1841 que cette adoption était licite, puis en 1843 qu'elle n'était plus licite, et à nouveau en 1846 qu'elle était licite. Le débat a eu lieu entre les civilistes, pour savoir quelle était l'opinion la plus juste ou la plus proche du Code civil, mais personne n'a discuté que la Cour de Cassation puisse faire la pluie et le beau temps, pour parler familièrement, en décidant oui, non, puis finalement en imposant le oui. Car les juristes français, très tôt, savent que les arrêts de la Cour de cassation ont la force de loi. Et ces arrêts ils les connaissent bien, dès l'époque de la Révolution par des placards, diffusés, par l'état des jugements, envoyé tous les ans par la Tribunal de cassation au Corps législatif, par le premier bulletin, un petit peu oublié et dont il ne reste que quelques exemplaires, qui démarre en 1797, puis par le bulletin actuel, qui débute à la fin de la Révolution et sans solution de continuité, par les recueils de jurisprudence, innovation française du début du ^{xix}^e siècle, le *Sirey*, le *Journal du Palais*, le *Dalloz*... Ces recueils sont déjà des références, dès le début du ^{xix}^e siècle, et tous les juristes savent, y compris les professeurs de droit qui citent peu d'arrêts au début du ^{xix}^e siècle, que le droit en train de se faire, il est dans ces recueils, dans les arrêts de la Cour de cassation. À mon sens, l'originalité du

droit français ce n'est pas seulement la codification napoléonienne, c'est l'association dès le début du ^{xix}^e siècle de ces deux jambes, de ces deux aspects : la codification et la jurisprudence, laquelle vient compléter et corriger la codification.

Un autre élément de continuité est ce que je serais tenté d'appeler « l'économie de la cassation », c'est-à-dire la manière dont la Cour de cassation a, je ne dirais pas « géré », car une juridiction ne gère pas des flux qu'elle ne contrôle pas, mais a pu quand même réaliser un certain nombre d'équilibres. Le Tribunal puis la Cour de cassation, c'est d'abord une *success story* : des pourvois qui affluent, et qui vont donner de l'influence à cette juridiction. Alors que le Conseil des parties jugeait à la fin de l'Ancien Régime entre 150 et 200 arrêts par an, pour produire entre 5 et 25 cassations non motivées, donc n'ayant aucune influence sur le cours du droit et la jurisprudence, le Tribunal de cassation, on cite souvent ce chiffre (dans la notice Wikipédia de la Cour de cassation c'est là que ma thèse est citée, mais peut-être pas pour le chiffre le plus caractéristique), n'a jugé la première année que 557 affaires et n'a prononcé que 67 cassations. Début modeste, direz-vous. Mais il faut connaître la suite. 1792-1793 : 1 842 jugements. 1793-An II : 2 686 jugements. Ans III et IV : 2 679 jugements. En l'An IV, il faut créer une section temporaire ajoutée à la section des requêtes pour traiter de l'afflux des pourvois : on est déjà en 1796-1797 dans la question de l'afflux des pourvois. Et le Tribunal de cassation navigue à la fin de la Révolution, sous le Directoire, avec une moyenne de 3 500 jugements par an, chiffre qui n'est pas dépassé pour l'ensemble du ^{xix}^e siècle où, c'est ce que j'appelle « l'économie de la cassation », avec des variations bien sûr, des périodes de reflux ou d'afflux, mais la moyenne globale pour tout le ^{xix}^e siècle est entre 2 000 et 3 000 arrêts par an. Cela correspond d'ailleurs à une stabilité du contentieux civil et d'une partie du contentieux pénal. Il y a plus d'arrêts en matière pénale qu'en matière civile. Ce n'était pas le cas au début de la Révolution, mais ce phénomène est apparu avec le succès des pourvois en matière pénale : le fait que le pourvoi suspende la peine, même s'il y a la mise en état en matière pénale, assurait le succès du Tribunal de cassation, donnant l'idée à tous les criminels condamnés de faire un pourvoi, et donc d'ali-

menter la Cour. On se situe au ^{xix}^e siècle, entre la moitié et les deux tiers des arrêts sont rendus en matière criminelle, et seulement un tiers en matière civile. La fameuse chambre des requêtes rend entre 500 et 1 000 décisions par an, en général d'avantage de rejets que d'admissions, ce qui fait que l'unique section civile rend, effectivement, un petit nombre d'arrêts, autour de 200 par an, en majorité d'ailleurs de cassation. Mais il ne faut pas s'y tromper, il faut replacer ce contentieux de la section civile dans l'ensemble du contentieux, et rappeler que les arrêts de la section des requêtes, y compris des arrêts de rejet, je serais tenté de dire surtout des arrêts de rejet (car c'est là que s'arrête le processus de cassation), font jurisprudence. Vous avez tous appris par exemple, en matière de responsabilité objective, la série des arrêts de la chambre des requêtes : en 1904, la canalisation qui explose, jusqu'en 1914 l'affaire du siphon d'eau de Seltz. Ce sont tous des arrêts de rejet de la chambre des requêtes qui ont fait jurisprudence, qui ont créé une norme jurisprudentielle. Pour en revenir aux chiffres, les choses changent au début du ^{xx}^e siècle. On passe un premier palier dépassant les 5 000 arrêts en 1900. Cela correspond à une augmentation globale du contentieux, notamment du contentieux civil, c'est la Belle Époque avec sa prospérité. Peut-être aussi les effets de la loi de 1892 qui a considérablement allégé la fiscalité judiciaire, qui a été une grande loi républicaine dans la direction de la gratuité de la Justice. Et puis bien évidemment l'apparition de nouveaux contentieux : il y a eu sous la III^e République un contentieux électoral, tout à fait nouveau pour la Cour de cassation, et un contentieux social qui se développe. Les paliers suivants se situent dans l'entre-deux-guerres, notamment juste après la guerre, du fait de la législation sur les loyers. Plus de 10 000 arrêts sur la législation sur les loyers, mais ce phénomène retombe à la fin des années 1930. Puis après la suppression de la chambre des requêtes en 1947, au milieu des années 1950, on retrouve un chiffre qui dépasse les 5 000 arrêts, et même de beaucoup plus, qui va aller vers les 10 000. C'est le moment où le nombre d'arrêts civils dépasse celui des arrêts criminels, ce qu'il faudrait expliquer. Et je ne pense pas qu'on puisse analyser cela simplement

comme l'effet de la suppression de la chambre des requêtes, ou alors il faudrait croire que cette seule suppression aurait soudainement créé un appel d'air et ouvert les vannes à un contentieux plus important. Je ne le crois pas : tant que la section ou la chambre des requêtes ont existé, elles gonflaient les statistiques de la Cour de cassation, puisque dans certaines affaires civiles il y avait deux arrêts au lieu d'un seul.

Pour les éléments de changement, je serai beaucoup plus bref et je mentionnerai simplement quelques liens très ténus pouvant être faits avec l'histoire.

En ce qui concerne bien évidemment les réformes elles ont été importantes, surtout après 1947 avec la multiplication de chambres de la Cour de cassation, et avec l'évolution du contentieux : le développement du contentieux de la responsabilité, du contentieux commercial, du travail, de la sécurité sociale, et l'évolution d'un contentieux criminel où les assises jouent un rôle moins important et où le correctionnel prend de plus en plus d'importance.

Le changement affecte également les rapports avec les autres juridictions, ou les autres institutions. Le rapport avec le Conseil d'État, qui n'existe pas sous la Révolution, devient un élément important de l'histoire de la Cour de cassation depuis 1800. Notre dualité juridictionnelle a fait que depuis 1800, les deux juridictions cohabitent, coexistent, ce qui ne veut pas dire qu'elles collaborent toujours. Le ^{xix}^e siècle a été marqué dès le début par des conflits. Des arrêts du Conseil d'État annulent des arrêts de la Cour de cassation sous l'Empire. Le Conseil d'État étant le maître des conflits beaucoup plus que le chef de l'État jusqu'en 1872, c'est lui qui détermine la frontière entre compétence administrative et compétence judiciaire. Et l'on sait aussi que dans le Tribunal des conflits, celui éphémère de 1848 et surtout celui institué en 1872, pendant longtemps le poids du Conseil d'État, surtout quand il était renforcé par la voix de partage du ministre de la Justice, l'a emporté sur les voix de la Cour de cassation. Je le rappelle, la décision *Blanco*³ a été remportée par le choix du ministre de la Justice en 1872. Et ce n'est pas le seul exemple, beaucoup de grands arrêts de la jurisprudence du Tribunal des conflits de la fin du ^{xix}^e siècle sont

3. Tr. des conflits, 8 févr. 1873, *Blanco*, 1^{er} suppl., *Rec. Lebon* p. 61.

des arrêts de partage par le ministre de la Justice en faveur de la juridiction administrative. Il ne faut pas non plus grossir ce trait : la décision *Bac d'Eloka*⁴ doit beaucoup au Procureur général Matter, qui était le représentant de la Cour de cassation à l'intérieur du Tribunal des Conflits. Les rapports avec le Conseil constitutionnel, bien évidemment, n'ont aucun précédent avant 1958, sinon qu'il faut rappeler que par deux fois au moins, la Cour de cassation s'est aventurée très près du contrôle de constitutionnalité. Outre les arrêts *Levaillant et Fouet* de 1851, que Jean-Louis Mestre a mis en évidence sur la compétence des juridictions militaires dans une situation d'état de siège, ce qui peut évoquer certaines choses, au moment de la II^e République, il y a un arrêt moins connu du 26 décembre 1825, *Martin et le Préfet de la Seine-Inférieure*⁵, où la Cour de cassation s'est payée le luxe d'écarter une disposition de la Constitution de l'An VIII, ravalée au rang législatif, mais jugée contraire à la Charte de 1814. Puisque le Professeur Leveneur évoquait récemment des questions d'interprétation des règles du Code civil sur le mariage, je me plais à rappeler une jurisprudence, née dans les cours d'appel, qui en ont eu l'initiative, et consacrée par la Cour de Cassation en 1867. Celle-ci a considéré que les enfants nés d'une union incestueuse entre beau-frère et belle-sœur pouvaient, une fois cette union régularisée, ce que permet la loi de 1832, être légitimés par mariage, contrairement à la lettre de l'article 331 qui disait expressément que cette légitimation par mariage était impossible. Si l'on n'appelle pas cela une manière d'écarter la loi par une interprétation, je ne sais quel sens donner à ce type de jurisprudence. Le fait est que la Cour de cassation, beau-

coup plus que le Conseil d'État par rapport aux conseils de préfecture ou aux tribunaux administratifs, est reliée aux cours d'appel par un courant jurisprudentiel constant, et il me semble qu'on néglige trop souvent le fait que les jurisprudences innovantes de la Cour de cassation ont pris leur origine, très souvent, dans les cours d'appel. Ce n'est pas la Cour de cassation qui, de son Olympe, les décide. Elle voit remonter un certain nombre de jurisprudences qu'elle accepte ou n'accepte pas, et cela a été en particulier le cas de la jurisprudence *Jacques Vabre*⁶ et du contrôle de conventionnalité, qui n'est pas né à la Cour de cassation, qui est né dans les cours d'appel, et que la Cour de cassation a utilisé comme un énorme levier.

J'en termine par deux remarques très banales. La première, c'est que pour évaluer à la fois les continuités et les changements dans l'histoire de la Cour de cassation, il faut tenir compte du contexte juridique, social, politique. C'est ce contexte, beaucoup plus finalement que la Cour, qui a changé et, en particulier, dans les dernières décennies. La seconde conclusion, et elle revient à mes propos introductifs, c'est que l'histoire ne doit pas conduire nécessairement au respect de la tradition. D'abord parce qu'il faut s'entendre sur ce qu'est la tradition : dans ce que nous appelons tradition il y a beaucoup de traditions inventées, par exemple celle qui voudrait faire croire que la jurisprudence serait un phénomène récent ou ne serait pas une source du droit. Ensuite parce que la tradition ne doit pas être un obstacle à la réforme. Bien au contraire, tout ce qui est ancien a été nouveau, comme le disait Portalis.

4. Tr. des conflits, 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec. Lebon p. 91.

5. Civ., 26 déc. 1825, *Bull.* 1826 I, n° 1.

6. Ch. Mixte, 24 mai 1975, n° 73.13-556, *Bull. arrêts en Ch. Mixte* n° 4.

Petit trois du Grand A :

filtrage des pourvois et procédures de jugement différenciées, comment faire ?

Filtrage des pourvois et procédures de jugement différenciées, comment faire ?

Dominique Lottin

Première présidente de la Cour d'appel de Versailles
Présidente de la Conférence des Premiers présidents

Pour répondre à la question comment filtrer les pourvois et mettre en place des procédures de jugement différenciées, il faut, d'abord, répondre brièvement à la question : « pour quoi faire ? ».

La première réponse qui s'impose en faveur d'une réforme – et d'une réforme globale – est évidemment la **judiciarisation à l'excès des litiges** que l'on connaît dans notre pays avec une absence totale de filtrage dès la première instance.

La deuxième réponse est que, ces dernières années, il y a eu une **généralisation et une multiplication des voies de recours** voulue par le législateur, parce que c'est peut-être l'esprit français, mais il n'y a plus aucun filtre, y compris pour la voie de l'appel. Ceci n'est pas sans poser un certain nombre de questions et de difficultés pour le justiciable. Deux exemples peuvent être donnés. Ceux des expulsions et du droit au logement : ce contentieux relève à la fois du Tribunal d'instance (en référé et au fond), du

juge du surendettement, du juge de l'exécution ; toutes ces décisions peuvent donner lieu à des appels et l'on ajoutera encore le pouvoir du Premier président de suspendre l'exécution provisoire de ces décisions. Pour un même litige, cinq juges peuvent intervenir, prendre des décisions contradictoires, ce qui multiplie et allonge démesurément les délais de procédure. Le temps du procès ne correspond aujourd'hui absolument plus au temps de notre société sur un plan économique, social, ni aux individus eux-mêmes qui, si l'on rajoute le délai de tous les recours européens, sont bien souvent contraints d'attendre plus d'une dizaine d'années pour avoir une décision définitive. Ceci ne paraît pas correspondre aux besoins de notre société à tous points de vue : aussi bien pour le justiciable qu'au plan économique et social.

Au-delà d'un manque d'efficacité et d'efficience, c'est la **perte de sens de l'intervention du juge**. Il y a une vraie difficulté, en France, à l'heure actuelle, à recentrer le juge civil sur sa

fonction première, essentielle, de dire le droit, de régler les litiges mais pas de régler tous les maux de la société ; à défaut, on en perd le sens et le juge perd aussi de l'intérêt pour ses fonctions. Tous les jours, on voit des magistrats désabusés, qui n'en peuvent plus et qui se perdent dans le traitement des contentieux de masse et de l'urgence. Certains finissent par quitter la magistrature. Il est temps de repositionner le juge. Si cette multiplication des recours relève d'une volonté affirmée du législateur, elle est peut-être aussi la conséquence du comportement des juges qui sont parfois allés trop loin dans leur positionnement. En outre, à ces multiples recours nationaux s'ajoutent désormais la question prioritaire de constitutionnalité et les recours devant les cours européennes.

Évidemment, l'une des difficultés majeures de ces multiples recours est **l'insécurité juridique permanente ainsi créée qui pourrait être accrue par un contrôle de proportionnalité généralisé** à la première instance.

Naturellement, les jurisprudences des cours européennes nous invitent à procéder à ce contrôle, mais alors que les juges de première instance et d'appel statuent de plus en plus à juge unique, il peut y avoir un risque majeur à ce que le juge, par méconnaissance du sens de ce contrôle, ne le dévoie pour appliquer des convictions personnelles. Ceci serait tout à fait regrettable et nuirait fortement à notre institution judiciaire. L'exemple de la notion « d'intérêt de l'enfant » est très parlant au regard du contrôle de proportionnalité. L'arrêt de la Cour de cassation concernant la transcription à l'état civil de l'acte de naissance d'un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui s'appuie sur le principe de l'intérêt de l'enfant. Il ne s'agit pas de commenter ou critiquer cet arrêt mais il y a deux façons de voir l'intérêt de l'enfant. Évidemment, il y a l'intérêt de l'enfant en cause dans la procédure, et chacun s'accordera à dire que l'intérêt de tout enfant est d'avoir un état civil reconnu et une existence légale, juridique. Qui pourrait dire que l'intérêt de l'enfant, qui n'a pas choisi la façon de venir au monde, n'est pas d'avoir droit à un état civil ? L'intérêt de l'enfant peut aussi être pris très différemment : l'intérêt de l'enfant de manière générale. Aujourd'hui, la gestation pour autrui est interdite : elle n'existe pas dans nos textes. Si tel est le cas, c'est que le législateur a considéré que ce n'était peut-être pas l'intérêt

de l'enfant au regard d'un certain nombre d'avis de professeurs de médecine, de psychologues, de psychiatres... Est-ce que l'intérêt général, au-delà de celui de l'enfant en cause dans la procédure, n'est pas aussi de défendre l'intérêt des enfants futurs à partir de principes généraux et d'éthique ? Mais, évidemment, quels principes généraux et quelle éthique devrait-on alors appliquer ? Le risque est alors grand de dériver sur des conceptions qui soient très personnelles au juge. Un autre exemple s'est présenté au début des procès sur les demandes en changement d'état civil à la suite des opérations chirurgicales pratiquées à la demande de transsexuels. Les premiers procès se sont déroulés à Rouen car il y avait là un professeur de médecine qui pratiquait ces opérations. Les magistrats ont cherché à comprendre ce qu'était le transsexualisme. Ce professeur avait, notamment, expliqué tous les risques de dérive lorsque des individus vont se faire opérer dans des pays étrangers où les règles d'éthique ne sont pas celles que nous connaissons en France. Le transsexualisme recouvre une réalité médicale très précise et ce n'est pas seulement un problème psychologique ou psychiatrique chez des individus. Un recours à la chirurgie est nécessaire mais, avant, le diagnostic doit avoir été posé avec rigueur. Pour le juge, ne faut-il pas prendre en compte l'intérêt de tous les malades pour les préserver et essayer de ne pas favoriser des opérations sauvages, souvent à l'étranger et parfois dans des conditions éminemment douteuses, qui peuvent être regrettées quinze ans plus tard ? Dans ces conditions, le juge ne doit-il pas refuser certains changements d'état civil même s'il y a eu opération ? Ces deux exemples ont pour objet d'illustrer les difficultés d'interprétation de principes généraux qui peuvent recouvrir des réalités très différentes avec tous les risques que cela comporte. Si tous les juges s'emparent du contrôle de proportionnalité sans avoir véritablement posé les vraies questions, les bonnes questions, il y a lieu de penser que les risques seront grands, non seulement d'insécurité juridique mais, au-delà, pour la société elle-même qui pourrait craindre un certain nombre de dérives. C'est aussi naturellement la remise en cause de la loi votée par le Parlement et un pouvoir exorbitant confié au juge qui pourrait s'exonérer de toute limite.

Enfin, l'une des autres causes de la judiciarisation excessive en France, est constituée par le

retard pris dans le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges. Le législateur commence à l'introduire dans les textes mais sans sanction, le justiciable doit justifier d'avoir eu recours préalablement au règlement amiable de son litige. Par rapport à bien d'autres pays européens, ce n'est pas encore dans la culture française et c'est une vraie difficulté dans la mesure où les tribunaux ont à traiter de recours multiples qui pourraient se régler bien autrement que par une application stricte de règles juridiques qui, d'ailleurs, bien souvent, notamment en matière de successions ou de règlement des régimes matrimoniaux, ne résolvent en rien les conflits que rencontrent les parties à ces moments-là. Il faut absolument développer les modes alternatifs de règlement des litiges. Nous n'y parviendrons que si nous donnons aux plus démunis la possibilité d'y avoir recours avec un accompagnement. Autrement dit, il faut réfléchir, comme cela se fait dans d'autres pays dont l'Allemagne, au financement de l'aide juridictionnelle pour le règlement amiable des litiges et pas seulement pour l'introduction des procédures judiciaires. On atténuerait là un certain nombre de difficultés.

Voilà, à grands traits, les réponses à la question : « un filtrage, pour quoi faire ? ».

Et tout cela pour expliquer que **l'on ne peut pas s'interroger sur la question du filtrage des pourvois en cassation sans se poser celle de l'ensemble de l'architecture de la chaîne des recours judiciaires**. C'est la position prise par la Conférence des premiers présidents en mai 2015 : il faut absolument revoir l'ensemble de la chaîne procédurale, notamment au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – sur l'accès à un tribunal pour tout justiciable et à un tribunal impartial, de qualité, pour un procès équitable. C'est la raison pour laquelle la Conférence a proposé une architecture générale dont les principes fondateurs seraient schématiquement les suivants.

Tout d'abord, un **renforcement de la juridiction de première instance** alors que jusqu'à présent tout a conduit à renforcer les recours et à multiplier les appels en développant et généralisant le juge unique en première instance. Au contraire, ce renforcement passe par la **réintroduction de la collégialité en première instance** en donnant toute sa place aux litiges de fond. La dérive actuelle en France est que, de

plus en plus, le législateur, parce que les juridictions sont trop lentes, développe et impose des procédures d'urgence. Le résultat est que les juridictions de première instance, en grande partie, traitent ces procédures d'urgence au détriment des procédures de fond, qu'il s'agisse de la matière civile ou pénale. Les juridictions ont le plus grand mal à rendre des décisions de qualité sur le fond des litiges les plus complexes. En résumé : réinstauration de la collégialité, renforcement de la première instance tout en développant les modes alternatifs (sinon apparaîtront nécessairement des questions de moyens).

Ensuite, la Conférence soutient l'idée qu'il faut **abandonner la voie de l'appel voie d'achèvement pour un retour à la tradition française de l'appel réformation** avec, bien sûr, quelques aménagements tels que pour le contentieux familial en cas de survenance de faits nouveaux entre le premier et le second degré de juridiction. Il existe un projet de réforme en cours de discussion, préparé par la Chancellerie, qui ne va pas jusque-là et se limite à demander aux parties d'expliquer en quoi le jugement de première instance devrait être réformé. C'est un premier pas, mais une réforme qui n'est pas assez ambitieuse.

Enfin, la Conférence s'est positionnée sur **l'instauration d'un filtrage des pourvois** via une procédure d'autorisation d'exercice d'un pourvoi en cassation, comparable au modèle allemand, et confié à une commission dans chaque cour d'appel avec la possibilité d'un recours à la Cour de cassation. C'est une procédure que l'on a pu voir fonctionner, de façon très différente, en Angleterre, où il y a des filtrages bien antérieurs et des conditions d'intervention du juge incomparables. Le juge qui a rendu la décision statue lui-même sur la possibilité d'appel et de recours : ce serait difficilement possible en France.

Si ce filtrage devait être confié à la Cour de cassation, alors faut-il donner au parquet général un rôle accru ? La place du parquet général est aujourd'hui difficile à la Cour de cassation, notamment suite à un certain nombre de décisions de la Cour de Strasbourg mal interprétées. Le parquet de la Cour de cassation n'est pas le parquet de première instance, il n'a pas le pouvoir de poursuite, il est membre de la Cour de cassation, il peut siéger éventuellement au côté des magistrats du siège. On pourrait donc lui confier

un rôle accru en matière de filtrage – modalité d’appréciation différenciée des recours, développement des non-admissions – et il serait sans doute très intéressant d’avoir éventuellement un avis motivé du parquet général qui pourrait permettre d’alléger l’examen de l’affaire par les juges du siège dans les cas de non-admission.

On peut ajouter (c’est la position personnelle de l’auteur) qu’il est également indispensable de parvenir à une réforme et à une réduction du nombre de cours d’appel en France. Trente-six juridictions d’appel est un chiffre trop élevé d’un point de vue juridique à une époque de spécialisation et de complexité des litiges. Dans des cours d’appel qui n’ont pas de taille critique, la spécialisation, qui devient nécessaire, n’est pas possible. Elle l’est d’autant plus si l’on en vient à un appel voie de réformation. Tout cela est particulièrement lié, indépendamment des problèmes d’administration et de gestion qui semblent ne plus correspondre aux réalités. Il ne faut sans doute pas supprimer de sites judiciaires mais regrouper des cours d’appel par région avec des chambres détachées spécialisées sur différents sites. Cette opinion n’est pas partagée par l’ensemble des Premiers présidents.

Il faut également **revoir le taux d’appel** comme l’ont fait les juridictions administratives

et augmenter le seuil. Mais se pose alors la question du recours en cassation pour tous les « petits » litiges, notamment ceux actuellement rendus par la justice de proximité. C’est une solution globale d’ensemble à repenser.

En conclusion, nous sommes aujourd’hui confrontés à la nécessité de revoir la chaîne des recours pour rendre la justice judiciaire plus efficiente et garantir une plus grande sécurité juridique dans des délais raisonnables. Il nous faut aussi réfléchir au positionnement de notre Cour suprême par rapport à la Cour européenne de justice et surtout par rapport à la Cour européenne des droits de l’homme. L’institution judiciaire française et la Cour de cassation doivent savoir parfois résister à certaines jurisprudences dont les motivations ne correspondent pas nécessairement aux principes fondamentaux de notre droit. La cohérence de l’ensemble s’en trouve compromise. La Cour doit aussi résister comme les cours d’appel résistent parfois à la Cour de cassation et peuvent entraîner des revirements de jurisprudence en Assemblée plénière. La Cour de cassation a un rôle majeur à jouer pour maintenir les équilibres entre notre droit national, le droit européen et les principes généraux.

Petit quatre du Grand A : **mieux juger, juger moins ?**

Mieux juger, juger moins ? (Filtrage des pourvois : pour quoi faire ?)

Alain Bénabent

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation
Agrégré des facultés de droit

Je veux tout d'abord remercier les étudiants du master d'avoir reconduit cette habitude qu'ils ont prise depuis quelques années de m'inviter à leur « grand-messe » annuelle, et leur dire le profond plaisir que j'y trouve à chaque fois.

Et cette année peut-être plus encore puisque, par une mesure qui est sans doute de faveur, c'est en réalité deux sujets qui m'ont été attribués : qui pourrait penser en effet qu'il pût y avoir un rapport quelconque entre « mieux juger » et « juger moins » ? Quel enseignant a-t-il jamais suggéré à tel ou tel de ses étudiants : « pour travailleur mieux, vous devriez travailler moins » ? Et à plus forte raison en présence d'une mission de service public : concevrait-on que l'on conseille aux établissements hospitaliers de soigner moins pour le faire mieux, et de « filtrer » les malades ?

Je ne peux donc, je ne veux donc en rien croire que, dans un tel cadre, il puisse y avoir une corrélation quelconque entre ce que je tiens à regarder comme les deux sujets qui m'ont été proposés distinctement, et que j'envisagerai donc successivement.

I. Mieux juger ?

C'est une grande habitude – que l'on dit française par proximité mais qui se retrouve dans

beaucoup d'autres pays – de vilipender le système dans lequel on se trouve et l'état de la situation dont on déplore quotidiennement un certain nombre de défaillances : l'exercice est si facile de pointer la moindre faiblesse, comme on vient encore d'en avoir l'illustration il y a quelques instants. Facile, parce que chacun sait que la perfection n'est pas de ce monde et que tout quotidien comporte son lot de déceptions.

Mais pour ce qui est de la Cour de cassation – peut-être à l'opposé des juges du fond – il faut le dire avec force : elle fait partie des institutions françaises qui fonctionnent bien, elle remplit son rôle et elle le remplit dans des conditions satisfaisantes parce que l'immense majorité de sa production répond à ce que l'on attend d'elle avec qualité dans un délai qui, après avoir connu des excès, est revenu à quelque chose de tout à fait raisonnable.

Et les propos catastrophistes venus de l'extérieur pour traquer et grossir les cas d'imperfections, peut-être non dénués d'une sorte de coquetterie à la Zorro (« voyez où vous en êtes, mais j'arrive... »), appellent qu'on rétablisse une vérité statistique habilement exploitée mais grossièrement travestie : si l'on avance le chiffre gonflé de trente mille pourvois par an, c'est en s'appuyant sur toutes les déclarations de pourvois et sans tenir compte des nombreux désistements.

Or il faut savoir que, s'il y a un gros différentiel entre le nombre de pourvois inscrits et soutenus, c'est parce que beaucoup sont inscrits et jamais soutenus : il faut avoir l'honnêteté intellectuelle d'apprécier la production de la Cour de cassation sur la base du nombre de pourvois qui viennent jusqu'au jugement. La matière pénale joue ici un rôle corrosif car nous sommes encore dans une procédure pénale datant de Fouquier-Tinville où il faut former son pourvoi dans les cinq jours, dans les trois jours dans certaines matières, ce qui fait qu'il y a un taux de déchets considérable. Une fois rétablie la soustraction, le nombre des seuls pourvois jugés ne dépasse pas dix mille en matière civile et trois mille en matière criminelle.

Quant à la qualité de la production, il faut conserver à l'esprit ce qui peut de temps en temps échapper au milieu universitaire : la Cour de cassation a deux fonctions. Ce dont on s'occupe à l'Université, c'est de connaître les arrêts qui ont une vocation à créer un précédent, à préciser les cas où la loi n'est pas claire. C'est la partie « noble » de la fonction, la partie émergée de l'iceberg mais, quantitativement, ce n'est pas du tout la plus importante. La plus importante est l'autre fonction : veiller au bon fonctionnement du service public juridictionnel. Au sommet de la pyramide juridictionnelle, il y a une juridiction qui doit s'assurer du bon fonctionnement des juridictions inférieures et il faut que l'on puisse accéder à ce niveau de contrôle pour faire sanctionner les décisions erronées qui ont pu être rendues. Cette fonction, partie immergée de l'iceberg, est fondamentale : elle correspond aux raisons pour lesquelles la Cour de cassation a été instaurée et autant cette partie de la production de la Cour de cassation n'intéresse pas l'Université parce qu'elle ne concerne pas la formation du droit, autant elle intéresse le fonctionnement de l'institution judiciaire dans le pays, à la manière d'une clé de voûte dont il est impossible de se passer. Il est assez inopportun d'utiliser à ce sujet le qualificatif péjoratif de « disciplinaire » qui prend un côté quasi-militaire : il s'agit simplement de s'assurer, comme dans n'importe quel organisme public où il y a plusieurs niveaux, que le niveau supérieur peut rectifier les mauvais fonctionnements des niveaux subordonnés. Là aussi, il faut constater que, globalement, la Cour de cassation assure sa fonction et que celle-ci est grandement utile et nécessaire, puisque le taux

de cassations prononcées en matière civile est d'environ 30 %.

Si bien que la Cour de cassation parvient, n'en déplaise aux Cassandre, à remplir correctement ses deux missions, sans que son rôle hiérarchique ne nuise à la qualité de son rôle créateur : et peu importe que dix ans séparent les arrêts *Chronopost* et *Faurecia*, si l'on songe aux treize années ayant séparé le projet Catala et l'ordonnance du 10 février 2016...

À la première question, celle du « mieux juger », objectif toujours louable, il faut donc répondre que le niveau de départ de l'ambition est déjà excellent. Quant à la longueur des motivations, souvent évoquée, personne n'a véritablement l'ambition de vouloir concurrencer les juridictions anglo-saxonnes ou les arrêts européens dont les enseignements sont finalement plus difficiles à dégager que ceux d'un arrêt de la Cour de cassation. Que parfois une formule soit si ramassée qu'elle devienne un peu difficile à percer et que l'on puisse en espérer une amélioration est évident, mais il s'agit surtout d'une question de rédaction. Là comme partout, il y a des gens qui écrivent très bien, des gens qui écrivent bien, des gens qui écrivent assez bien, des gens qui écrivent presque bien... Tout organe collectif et collégial passera par la nécessité d'amalgamer ces manières de s'exprimer. Le langage même a, dans le choix des mots et l'économie de leur agencement, des perceptions qui font que tel lecteur trouvera particulièrement évocatrice une expression que tel autre ne comprendra pas tout de suite. C'est à peu près inévitable, et il ne faut pas que la recherche d'une plus grande clarté soit aveuglée par l'idée de la longueur : plus un texte est long et plus on y trouve « à boire et à manger », et en allongeant le texte, on fournira le plus souvent des moyens pour qu'un interprète se serve d'une phrase de la fin pour contester ou modérer l'une de celles du début. L'exécution est toujours améliorabile, la méthode ne paraît pas devoir faire l'objet de toutes les critiques qui appelleraient une remise en cause de fond en comble.

Mieux juger ? Oui, c'est toujours stimulant mais, dans l'ensemble, la production de la Cour de cassation est de qualité. D'ailleurs, la publication qui, pendant un temps, était un phénomène d'élitisme, a rendu tous les arrêts accessibles par l'instauration de Légifrance. Ainsi sont publiés des arrêts moins bons que les autres, mais le

degré d'information fourni à la communauté juridique est d'une qualité exceptionnelle. Dans certains pays, le problème des juristes est de connaître les décisions de la Cour suprême : nous avons la chance immense de les connaître et, si l'on peut dire, de les connaître un peu trop. C'est un mal bien moindre que l'inverse.

II. Juger moins ?

Nous voici donc à aborder ce second sujet qui, mis en lumière en lui-même, peut susciter l'étonnement : il y a de quoi être dubitatif sur la possibilité et, à vrai dire, sur la légitimité d'une telle ambition. Dans un système démocratique qui fait de la justice un service public n'ayant de raison d'être que s'il est accessible à tous, il est tout à fait naturel que le justiciable puisse faire contrôler la correction et la pertinence de la décision de justice qui a été rendue sur son action. N'instaurer ce système de recours que pour certains justiciables et vouloir faire une discrimination – on a dit un filtrage mais c'est aussi pudique que dire que l'on va neutraliser les terroristes : neutraliser veut dire tuer et filtrer veut dire éliminer – est une idée à la mode : il n'y a aucune raison, si l'on ne filtre ni en première ni en seconde instance, que l'on vienne filtrer l'accès à la Cour de cassation. Si un système existe, la démocratie impose qu'il soit ouvert à tous ceux qui sont susceptibles d'en avoir besoin.

Tous ceux des critères que l'on envisage apparaissent injustes. D'après le montant ? Mais cela ne changera pas grand'chose : qu'on supprime l'accès à la Cour de cassation pour les décisions

des juges de proximité, ce n'est pas comme ça que l'on va modifier les statistiques du nombre. Ce serait un coup d'épée dans l'eau car le justiciable est déjà raisonnable. Le juge d'appel pourrait décider lui-même en mettant en place une commission ? Outre qu'il alourdirait encore le travail des cours d'appel, ce système ne serait pas compris de la population des justiciables, à qui l'on ne fera jamais admettre que c'est un organe, perçu comme administratif même s'il représente le pouvoir judiciaire, qui va ouvrir lui-même ou non la barrière de la contestation de sa décision. C'est comme si l'on réservait aux préfets le droit d'autoriser le recours pour excès de pouvoir contre leurs propres décisions. C'est indéfendable ! La Cour choisirait elle-même les cas lui semblant intéressants ? Mais quelle institution publique peut revendiquer pareil *imperium discretionnaire* ? Aucun des systèmes de filtrage, d'élimination, ne peut correspondre à une vision démocratique. Où serait la légitimité d'expliquer à un plaideur qu'il a perdu, qu'il existe une procédure de pourvoi en cassation mais que lui n'y aura pas accès ? Et puisqu'il y a environ 30 % de cassations, comment justifier de laisser délibérément devenir définitives autant de décisions erronées en droit ?

Et au bout du compte, où serait la logique d'une institution qui fixerait les règles mais refuserait d'en contrôler le respect et l'application ?

Ni justifiée, ni légitime, ni cohérente, la voie d'une sélection de l'accès à la Cour de cassation en précéderait de peu la disparition.

Je vous remercie.

Petit cinq du Grand A :

contrôle de proportionnalité : les apports de la logique

Contrôle de proportionnalité : les apports de la logique

Marie-Laure Mathieu

Professeur émérite de l'Université de Montpellier

La question du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, a déjà fait couler beaucoup d'encre¹, et notre ambition est seulement ici, à la demande des étudiants organisateurs du colloque, d'apporter quelques éclairages objectifs susceptibles d'être fournis par la logique, au-delà des passions que suscite cette question².

Parmi les arguments utilisés à l'encontre de ce contrôle figure en bonne place la question de la remise en cause du fameux syllogisme judiciaire : si on suit l'argumentation des opposants au contrôle de proportionnalité, le raisonnement du Juge français est un raisonnement syllogistique, ce qui garantit sa rationalité, or l'intervention du contrôle voulu par la Cour européenne des droits de l'homme fausserait cette démarche, et il est donc inacceptable d'introduire un tel contrôle, qui serait contraire à notre exigence de rigueur :

un jugement soigneusement motivé, reposant sur deux prémisses (l'une relative à la loi, l'autre aux faits qualifiés), et aboutissant « nécessairement » à la conclusion qui s'impose, est le seul raisonnement correct envisageable.

Or, que l'on soit favorable ou non à l'introduction du contrôle de proportionnalité, il convient de se demander si la « faille logique » est bien réelle, et s'il est opportun de se situer sur le plan de la logique pour éventuellement combattre ce contrôle, alors que les vives réactions que suscite l'éventualité de l'introduction de celui-ci cachent en réalité, selon nous, bien davantage des enjeux de pouvoir que des interrogations sur la validité formelle du raisonnement, exactement comme dans le cas de la question relative à la marge nationale d'appréciation³, à moins que les commentateurs n'aient qu'une vision bien restrictive de ce qu'est la logique...

1. G. Canivet, « Cours suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'homme », discours prononcé à la Cour de cassation le 21 janv. 2005 (disponible en ligne à l'adresse suivante : https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications_diverses_2039/publications_2201/nationales_convention_8451.html); B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1326; P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061; C. Jamin, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTD civ.*, 2015, p. 263; P. Deumier, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.*, 2015, p. 2022.

2. Cette communication a connu une suite : M.-L. Mathieu, « Rédaction des arrêts et contrôle de proportionnalité », colloque du CREDESPO intitulé « Comment rédiger une décision de justice au 21^e siècle ? » (à paraître).

3. M.-L. Mathieu-Izorche, « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ? », (Conférence faite au Collège de France le 13 juin 2005), *RSC*, 2006, p. 25. V. aussi M. Delmas-Marty et M.-L. Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit, Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, 2000, p. 753.

Que certains instrumentalisent à dessein la logique, pour s'opposer au contrôle de proportionnalité, ou (ce qui est tout aussi vraisemblable) que d'autres pensent sincèrement que le syllogisme ne peut s'inscrire que dans une logique du « tout ou rien », il nous a été demandé d'éclairer le débat, ce que nous nous proposons de faire, et cela sans parti-pris : il ne s'agit pour nous que de l'aspect scientifique et non politique de la question.

Nous nous proposons simplement, dès lors, de tester l'hypothèse selon laquelle l'introduction du « facteur proportionnalité » porterait atteinte à validité logique du raisonnement judiciaire.

Dans le cadre d'une communication relativement brève, nous avons dû nous restreindre à l'examen de trois questions.

La première ne relève pas *a priori* de la logique, mais résulte d'un choix politique. Il s'agit de la question du *domaine* du contrôle de proportionnalité. Cependant, ce choix conditionne le raisonnement, puisqu'il permet de définir les contours de l'univers de référence du discours sur les questions de logique : dès lors, il nous paraît nécessaire de l'évoquer brièvement (I).

La réponse à la seconde question, qui se pose dès lors que l'on admet l'introduction du contrôle de proportionnalité, correspond quant à elle à un choix stratégique : c'est la question de la *situation* du contrôle dans le déroulement du raisonnement, qu'il convient d'éclairer par des considérations logiques, et qui mérite de plus amples développements (II).

Le troisième aspect de notre interrogation, nous apparaît comme une nécessité tant juridique que logique : il s'agit de la *motivation* du contrôle de proportionnalité (III).

I. Le domaine du contrôle de proportionnalité : un choix politique

Il est possible d'envisager trois conceptions de ce point de vue : une conception très large selon laquelle il faudrait que la Cour de cassation atténue systématiquement la rigueur de la loi à travers un contrôle de proportionnalité (A); une

deuxième conception très restrictive qui tendrait à exclure l'intervention du critère proportionnalité (B); une conception sans doute plus réaliste, qui tend à intégrer le contrôle de proportionnalité sans pour autant occulter le contrôle de légalité, en restreignant le premier à un domaine clairement délimité (C).

A. L'admission généralisée du contrôle de proportionnalité

Il est vrai que la rigueur de la loi laisse parfois perplexe et que la *justesse*⁴ d'un raisonnement appliqué rigoureusement aboutit à des solutions qui laissent un sentiment de malaise. Que penser par exemple d'un arrêt⁵, qui, pour écarter l'excuse atténuante de minorité, n'a pas hésité à calculer d'heure à heure l'âge d'un mineur qui avait commis un crime le jour de ses seize ans, provoquant ainsi un basculement considérable relatif au *quantum* de la peine encourue, en s'appuyant sur un décalage de quelques heures ? Certes, ici il s'agit de droit pénal ; certes, la loi est générale et abstraite, et le seuil d'âge qu'elle détermine doit être pris en compte. Mais peut-être peut-on considérer qu'elle est bien trop générale et abstraite, et qu'il convient parfois de l'assouplir (par exemple lorsqu'on se trouve dans un cas se situant à la marge d'un seuil légal), même s'il s'agit de la loi pénale.

C'est cette conception très large qui a fait l'objet de l'approbation d'un auteur, saluant l'initiative de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, qui, dans un tout autre domaine, a exigé du juge du fond un contrôle de proportionnalité, alors que rien dans les textes ne l'y obligeait⁶. En l'espèce, une Cour d'appel avait appliqué strictement les prescriptions d'ordre public du Code de la construction et de l'habitation, et requis en conséquence la démolition d'une maison construite en application d'un contrat annulé pour violation des dispositions légales. Pourtant, la décision des juges du fond fut censurée : une telle posture, sans doute très indulgente à l'égard du justiciable, pose de nombreux problèmes théoriques, car elle reviendrait à faire de la Haute Cour un troisième degré de juridiction, qui rejugerait l'affaire en droit et en fait, voire seulement

4. La justesse renvoie à la validité logique. Celle-ci, bien que nécessaire, n'est pas suffisante à assurer la « justice » au sens commun de ce terme.

5. Crim., 3 sept. 1985, n° 85-93.591, *Bull. crim.* n° 283, *Gaz. Pal.*, 1986, I, 20, note J.-P. Doucet ; *RSC*, 1986, p. 355, obs. A. Vítu.

6. Civ. 3^e, 15 oct. 2015, n° 14-26.312, *D.*, 2015, p. 2423 note C. Dubois ; *D.*, 2016, p. 121, obs. J.-P. Chazal.

en équité, ce qui ne pouvait que susciter une vive réaction, à l'appui de l'éviction pure et simple du contrôle de proportionnalité.

B. L'éviction du contrôle de proportionnalité

À l'appui d'une critique de cette décision, on pourrait faire valoir qu'il n'appartient pas au juge de modifier la loi pour qu'elle s'adapte au fait, et encore moins de l'évincer purement et simplement, s'érigeant ainsi, de sa propre initiative, en législateur des cas particuliers. C'est la raison pour laquelle un autre auteur fustige cette décision en date du 15 octobre 2015 qui, écrit-il, statue « sans prendre même la peine de se référer à un introuvable droit de l'homme mais par une simple évocation d'une "sanction" qui ne serait pas proportionnée »⁷.

Le même auteur conteste d'ailleurs ce courant jurisprudentiel qu'il qualifie de « vogue », et qui consiste à exercer un contrôle de proportionnalité lorsque les droits de l'homme sont en jeu. Or, dans cette hypothèse, il semble qu'on ne puisse en faire l'économie. Il convient alors d'examiner la délimitation précise du domaine dans lequel ce contrôle pourrait s'exercer sans que le juge se voie reprocher de « rejeter la prédominance de la loi »

C. L'admission du contrôle de proportionnalité dans un domaine déterminé

Le contrôle de proportionnalité est tout d'abord inévitable lorsque c'est la loi elle-même qui le prévoit : ainsi en va-t-il notamment de l'article L. 1121-1 du Code du travail, aux termes duquel « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni *proportionnées* au but recherché ». En un tel cas, c'est justement pour respecter la prédominance de la loi que le juge doit exercer un contrôle de proportionnalité⁸.

Ce même contrôle peut apparaître nécessaire, ensuite, lorsque le demandeur invoque un des

droits consacrés par la CESDH, puisque la Cour de Strasbourg est susceptible d'être saisie, et de condamner la France pour violation de la Convention, comme elle l'a fait à diverses reprises⁹. C'est sans doute la voix de la raison qui incite à admettre le contrôle de proportionnalité dans de telles hypothèses, et *seulement dans celles-ci*, dès lors que la loi elle-même ne l'exige pas. Cependant, cette exigence de proportionnalité ne doit pas conduire à l'arbitraire, même en ce domaine limité, et il convient, pour tenter d'éclairer ce point, de se poser la question de la situation du contrôle.

II. Situation du contrôle de proportionnalité

On pourrait entendre la question de la situation du contrôle d'un point de vue procédural, en se demandant si ce contrôle doit être opéré *seulement* par les juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation (qui se cantonnerait alors à un examen de la qualification de la proportionnalité par les premiers juges), ou s'il peut l'être directement par la Haute Cour, qui s'emparerait des faits. Mais cette question semble déjà résolue, puisque la Cour de cassation a décidé de l'exercer directement à plusieurs reprises ces dernières années. Par conséquent, nous écarterons cette approche procédurale.

Par *situation du contrôle*, nous entendons poser la question suivante : quelle est la place, dans la chaîne du raisonnement opéré par la Cour de cassation, du contrôle de proportionnalité ?

Cette question elle-même se dédouble : on peut l'entendre comme une interrogation sur le caractère *nécessaire ou suffisant* de ce contrôle ; on peut y voir aussi un questionnement sur la *localisation*, dans la succession des éléments du raisonnement, de ce contrôle particulier, que nous désignerons par contrôle de « l'acceptabilité », au regard de l'exigence de proportionnalité, de la solution frappée de pourvoi. Or le choix de cette « situation » ne correspond pas tant à des impératifs logiques qu'à des considérations

7. A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.*, 2016, p. 137, et, en réponse, J.-P. Chazal, « Raisonnement juridique (suite) ; sortir de la liturgie doctrinale », *D.*, 2016, p. 417.

8. Il en va de même, en matière de cautionnement, puisque l'article L. 332-1 C. conso. prévoit expressément ce contrôle.

9. En ce sens : C. Jamin, préc., qui admet que la Haute cour « se "juridictionnalise" un peu plus quand il s'agit de statuer – et *seulement quand il s'agit de statuer* – sur des questions de droits fondamentaux liés à la Convention EDH » (nous soulignons).

stratégiques, dont il convient de bien les différencier (A). Toutefois, la logique est susceptible d'éclairer les diverses configurations envisageables (B)

A. Aspects logiques et stratégiques

On l'a vu, il paraît raisonnable de penser que la Cour de cassation se donne pour mission de contrôler à la fois la légalité et l'acceptabilité (au sens de compatibilité avec l'exigence de proportionnalité) de la solution rendue par les juges du fond, dans le domaine retenu.

Hormis le cas où l'acceptabilité est déjà *contenue* dans la légalité, hypothèse que nous écartons provisoirement, on se trouverait alors en présence d'une *conjonction* logique : la décision correcte serait celle qui est légale *et* suffisamment conforme au principe de proportionnalité, ces deux aspects étant indépendants l'un de l'autre. En un tel cas, la « place » des points de contrôle, entendue tant comme *poids* relatif de chacun d'eux que comme *ordre d'intervention*, est parfaitement neutre, car dans une conjonction logique, les termes sont nécessaires et permutable¹⁰.

Par conséquent, d'un strict point de vue *logique*, et abstrait, il suffirait par exemple que la décision des premiers juges ne soit pas conforme à la loi pour que l'arrêt (ou le jugement) soit censuré, sans qu'il soit procédé à un plus ample examen de l'acceptabilité. Mais si on quitte le terrain strictement logique, et qu'on se place d'un point de vue stratégique, la question peut se poser de savoir si, même en ce cas, il reste utile de s'interroger au sujet de la proportionnalité.

De même, toujours au plan logique, il suffirait que la solution ne soit pas « acceptable » en termes de proportionnalité, pour que la solution du juge du fond soit censurée, sans qu'il soit nécessaire de contrôler la légalité de cette décision. Mais il se peut que la Cour de cassation tienne à réaffirmer son rôle historique, celui du contrôle de légalité.

En effet, *dans une perspective stratégique*, il apparaît que l'*ordre* dans lequel on pose les questions *n'est pas neutre* : si on pose d'abord la

question de la légalité, et qu'il y a matière à cassation, on peut éviter d'avoir à se poser la question du respect du principe de proportionnalité. En revanche, si la question du principe de proportionnalité intervient la première, il est clair que ce critère devient en quelque sorte plus « lourd » que celui de la légalité *car il pourrait être suffisant à une décision de cassation, en dépit de la légalité de l'arrêt*¹¹.

Or, il convient ici de bien distinguer le *cheminement intellectuel* effectué par le juge de cassation de la *présentation* qu'il en donne à voir, car c'est ici qu'intervient le choix stratégique.

Il est fort probable qu'en réalité, le juge de cassation se pose les deux questions, et qu'il tienne compte du cumul des réponses qu'il y apporte, mais il faut se demander si, dans la solution qu'il rend, il *montrera* qu'il se les est posées, et, si oui, dans quel ordre montrera-t-il qu'elles sont intervenues. Toutes ces questions relèvent de ce que nous nommons la *situation* du contrôle, situation qui révèle la *hiérarchie éventuelle* que le juge de cassation entend établir entre le contrôle de légalité et le contrôle de proportionnalité.

Dans cette perspective, la logique permet d'envisager les différentes configurations possibles, afin d'observer à quel moment, dans le raisonnement *explicite* de la Cour de cassation, le contrôle de proportionnalité intervient, et quel est son poids dans la décision finale.

B. Configurations envisageables

Il peut être utile, pour comprendre ce questionnement, d'écarter tout d'abord une première situation, qui en réalité est neutre au plan stratégique : celle dans laquelle la loi interne contient elle-même une exigence de proportionnalité (1).

La question stratégique ne se pose vraiment que dans la deuxième situation, celle où l'exigence de proportionnalité, issue de la CESDH, s'ajoute à l'exigence de légalité. Dans cette hypothèse, il conviendra d'interroger les deux configurations possibles, fondées principalement sur l'ordre d'intervention des deux points de contrôle : dans une première figure, la question de la légalité serait explicitement posée la pre-

10. Par exemple (on nous pardonnera cet exemple arithmétique, mais très parlant), il revient au même de chercher un nombre pair et multiple de trois, ou un multiple de trois qui soit pair. Ne seront pas retenus, par conséquent, les nombres impairs, ainsi que ceux qui ne sont pas multiples de trois, même s'ils sont pairs. Il suffit, pour rejeter le « candidat » qu'il ne soit pas pair ou qu'il ne soit pas multiple de trois...

11. Ce cas correspond à la décision précitée relative à la démolition d'une construction : le juge du fond avait parfaitement respecté la légalité, mais la Cour de cassation a censuré l'arrêt, ajoutant une exigence de proportionnalité.

mière et la question de la conformité au principe (ci-après désignée par le terme « acceptabilité ») serait éventuellement posée en second (2). Dans la seconde figure, l'ordre des questions serait exactement l'inverse, ces deux figures relevant de stratégies *a priori* différentes (3).

Il convient alors d'examiner ces trois hypothèses successivement, *en supposant provisoirement que dans tous les cas, à la question de l'acceptabilité, on ne puisse répondre que par oui ou par non*.

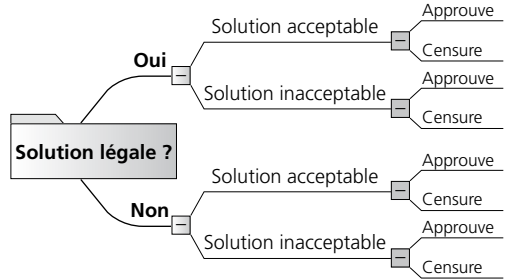
1. Première situation : exigence de proportionnalité contenue dans la loi

La première situation est très simple, et ne soulève aucune question de stratégie *du point de vue de la situation* du contrôle de proportionnalité, puisque c'est la loi elle-même qui pose cette exigence. Le *contrôle de légalité absorbe*, par conséquent, le *contrôle de proportionnalité*. Ainsi en va-t-il de l'article L. 1121-1 du Code du travail, déjà évoqué. En un tel cas, le contrôle de la motivation des juges du fond, au regard de ce texte, suffit à assurer le contrôle de proportionnalité, ainsi qu'en témoigne par exemple une décision du 1^{er} juillet 2015¹² qui censure un arrêt pour défaut de base légale, dans une affaire relative à la liberté d'expression des salariés.

En revanche, lorsque l'exigence de proportionnalité est extérieure à la loi interne, se pose la question de savoir dans quel ordre le juge de cassation fera ostensiblement intervenir les deux aspects du contrôle, ce qui correspond à la deuxième situation, pour laquelle deux figures peuvent être envisagées.

2. Deuxième situation – Première figure : priorité au contrôle de légalité.

Le schéma ci-dessous illustre les cas envisageables *a priori*, sans préjuger de leur vraisemblance, sous l'hypothèse d'une priorité donnée au contrôle de légalité :



Dans le cadre de cette première figure, en prenant soin de vérifier en premier et explicitement la légalité du jugement, la Cour de cassation réaffirme son rôle traditionnel.

L'arborescence présentée ci-dessus permet d'envisager toutes les issues *a priori* envisageables (même si, répétons-le, certaines d'entre elles sont invraisemblables), sur un plan purement abstrait. Nous nous limiterons aux principales hypothèses.

Examinons en premier lieu la branche supérieure de ce schéma, qui représente le cas où le raisonnement de la Cour d'appel est *valide*, c'est-à-dire ici *conforme à la loi*, la question se posant ensuite de l'acceptabilité de la décision.

Si la solution valide est en outre *proportionnée*, la Cour de cassation peut l'approuver sans nécessairement *faire apparaître* qu'elle a contrôlé l'acceptabilité.

Si en revanche la solution valide n'est *pas proportionnée*, le Juge pourrait être tenté de se retrancher derrière la légalité pour approuver la solution et refuser de vérifier la conformité au principe de proportionnalité. Une telle attitude est désormais inenvisageable, puisqu'elle reviendrait à contredire les arrêts d'Assemblée plénière du 15 avril 2011¹³. Il est donc plus que probable que, malgré la validité du raisonnement d'un strict point de vue légal, la Cour de cassation censure la décision. C'est ce qu'elle n'a pas hésité à faire dans une décision très remarquée du 4 décembre 2013¹⁴, dans laquelle, au nom de la proportionnalité, elle a écarté l'application de

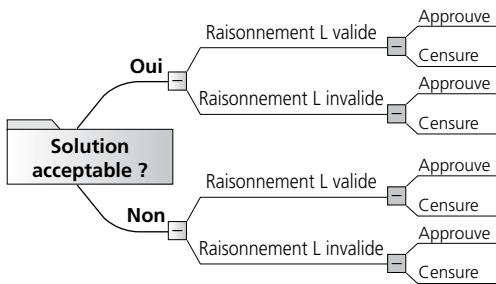
12. Soc., 1^{er} juil. 2015, n° 14-13.871, inédit.
13. Ass. plén., 15 avr. 2011, 4 arrêts : n° 10-17.049, n° 10-30.313, n° 10-30.316 et n° 10-30.242, D., 2011, p. entretien G. Roujou de Boubée ; D., 2011, p. 1713, obs. V. Bemaud ; D., 2012, p. 390, obs. K. Parrot ; A.J. pénal, 2011, p. 311, obs. C. Mauro ; Constitutions, 2011, p. 326, obs. A. Levade ; RSC, 2011, p. 410, obs. A. Giudicelli ; RTD civ., 2011, p. 725, obs. J.-P. Marguénaud. Ces arrêts très remarquables énoncent solennellement que « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ».
14. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, Bull. civ. I n° 234 ; D., 2014, p. 179, note F. Chénédé ; D., 2014, p. 153, point de vue H. Fulchiron ; D., 2014, p. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam., 2014, p. 124, obs. S. Thouret ; AJ fam., 2013, p. 663, point de vue F. Chénédé ; RTD civ., 2014, p. 88, obs. J. Hauser ; RTD civ., 2014, p. 307, obs. J.-P. Marguénaud. En l'espèce, une femme avait épousé le père de son ex-mari, lequel l'avait assignée en annulation de ce mariage, célébré 20 ans auparavant.

la loi (en l'espèce l'article 161 du Code civil), alors même que le raisonnement des juges du fond était parfaitement valide.

Si à présent le raisonnement n'est pas valide et que la solution n'est donc pas conforme à la loi, la Cour de cassation peut choisir de censurer directement la décision pour défaut de base légale, sans avoir à entrer dans le contrôle de proportionnalité. Cette stratégie n'est cependant pas économe de moyens, car il lui faudrait éventuellement vérifier dans un second temps l'acceptabilité de la décision de la cour de renvoi.

La Cour de cassation peut donc avoir intérêt, dans le cas où il lui apparaît que la décision des juges du fond n'est ni valide, ni acceptable, justifier sa cassation pour ces deux raisons, dans un souci de bonne administration de la justice. Les solutions sont sensiblement identiques, mais *présentées* de manière différente dans l'hypothèse de la deuxième figure.

3. Deuxième situation – Deuxième figure : priorité au contrôle de proportionnalité



Le fait que la Cour de cassation examine l'acceptabilité en premier semble indiquer l'importance qu'il convient d'attacher au critère de proportionnalité ; mais le fait qu'elle examine la légalité du jugement même si la solution est acceptable, ce qui représenté par la première branche de ce schéma, montrerait son attachement au respect de la loi, et son refus du jugement d'équité. Cette figure ferait apparaître que, pour la Cour de cassation, la proportionnalité est certes nécessaire, mais qu'elle ne saurait être suffisante : dans ce cas, cela signifie que le poids de l'acceptabilité n'est pas tel qu'il absorbe le critère de légalité.

Si donc la solution est acceptable et le raisonnement valide, la Cour de cassation ne peut que l'approuver. À l'inverse, si, toujours sous cette hypothèse d'une solution acceptable, le raisonnement était invalide, on devrait logiquement aboutir à une cassation fondée sur le critère de légalité : dans ce cas, on pourrait se demander pourquoi la Haute cour a posé la question de la conformité en premier, si ce n'est pour montrer toute l'importance qu'elle lui donne.

Si la solution n'est pas acceptable, on retrouve les mêmes hypothèses que précédemment : un raisonnement même valide qui aboutit à une solution disproportionnée sera rejeté, et c'est là précisément que le juge va devoir déployer des trésors d'ingéniosité pour motiver sa décision, car il se peut que, sans même examiner la légalité de la décision, la Cour de cassation censure la décision du juge du fond pour n'avoir pas examiné la question de la proportionnalité, comme le montre un arrêt récent du 10 juin 2015¹⁵.

Dans cette espèce la Cour de cassation a censuré pour *défaut de réponse à conclusions* un arrêt qui n'avait pas répondu au moyen qu'elle qualifie « d'opérant », et « qui était de nature à écarter l'application stricte de l'article 336 du Code civil » : ce moyen faisait valoir le « juste équilibre qui doit être ménagé », dans la mise en œuvre de l'article 8 CESDH, entre le droit de voir établir sa filiation biologique et les intérêts patrimoniaux de l'autre partie.

Cette décision montre à n'en pas douter que le juge de cassation a pris en compte les conséquences éventuellement disproportionnées auxquelles pourrait aboutir une application stricte de la loi. Mais ici, la Cour de cassation ne fournit par sa propre appréciation relativement à l'acceptabilité de la décision : simplement, elle reproche au juge du fond de n'avoir pas examiné cette question, qui pourtant lui était posée.

Elle a donc pris le parti, dans cet arrêt, de contraindre le juge du fond à vérifier la portée de sa décision, en termes de proportionnalité, ce qui suppose que cette appréciation soit non seulement effectuée, mais également motivée. Et c'est sur cette motivation qu'elle pourra à son tour être en mesure d'exercer son contrôle.

15. Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790, inédit ; *RTD civ.*, 2015, p. 596, obs. J. Hauser ; *RTD civ.*, 2015, p. 825, obs. J.-P. Marguénaud. V. aussi, pour le même type de démarche, Civ. 3^e, 17 déc. 2015, n° 14-22.095, *Bull. civ.* III n° 60, D., 2015, p. 72 ; *AIDA*, 2015, p. 2467.

III. Motivation et contrôle de proportionnalité

L'appréciation de l'acceptabilité d'une solution, au regard du principe de proportionnalité, ne saurait conduire à l'arbitraire. Il faut qu'elle soit solidement motivée, au moins pour être suffisamment convaincante : c'est là une nécessité juridique (A). Mais il ne s'agit pas que de convaincre : l'intervention de ce critère peut tout à fait, *et doit* s'inscrire dans un raisonnement parfaitement structuré et donc incontestable sur le plan logique (B).

A. Nécessité juridique de la motivation et types de contrôle

Si l'on admet que, dans le domaine de compétence de la CESDH, le Juge de cassation soit désormais investi d'une double mission, à savoir le contrôle de légalité (uniquement en direction des juges du fond), et le contrôle de proportionnalité, il faut en tirer les conséquences : il est inévitablement conduit à expliciter ses analyses, relativement au second critère, en direction de ses deux interlocuteurs, qui sont tous deux des juges du fait, sous peine de se voir exclue de la discussion

En effet, à supposer qu'il fasse état de son questionnement sur la proportionnalité, encore faut-il que le Juge de cassation donne aux autres acteurs les moyens de comprendre sa décision de cassation ou de rejet sur ce critère. Par « autres acteurs », nous entendons le juge du fond (1), mais aussi la Cour de Strasbourg (2). Cette distinction entre les acteurs conduit à envisager deux types de contrôle (3).

1. Nécessité de la motivation en direction des juges du fond

Si la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel conforme à la loi mais qu'elle juge *inacceptable*, sans pour autant justifier sa décision sur ce point, elle court le risque, puisqu'il s'agit d'une mise en balance des faits, de voir la cour de renvoi apprécier différemment l'acceptabilité et donc de devoir casser à nouveau. Il est préférable, nous semble-t-il, d'adresser au juge du fond un message relativement clair, fondé sur une motivation suffisamment explicite.

Le problème de la motivation ne s'est jamais posé dans les mêmes termes, s'agissant d'une cassation fondée sur le critère de légalité (sauf

dans le cas où la loi contient une exigence de proportionnalité). En effet, s'agissant ce contrôle, la Cour de cassation n'a pas besoin en théorie d'expliquer la loi, qui est censée être claire, même si elle ne se prive pas de l'interpréter, faisant alors œuvre de création. En revanche, s'agissant du contrôle de proportionnalité elle se place sur le même terrain que celui qu'occupe normalement le juge du fond. Elle doit, par conséquent, *soit* l'obliger à vérifier le respect du principe de proportionnalité, ce qui relève de son autorité, *soit* le convaincre de l'appréciation qu'elle porte elle-même sur l'acceptabilité de la solution, et cette fois sa motivation est nécessaire pour que se manifeste une autre sorte d'autorité, en ce qu'elle revêt un rôle pédagogique. La perspective s'inverse lorsque la motivation s'adresse à la Cour européenne des droits de l'homme.

2. Nécessité de la motivation en direction de la Cour européenne des droits de l'homme

Si la Cour de cassation rejette le pourvoi contre une décision conforme à la loi mais dont l'acceptabilité est discutable, elle encourt un autre risque : celui de voir le plaideur mécontent saisir la Cour de Strasbourg, afin de faire valoir son point de vue. La Haute cour est donc contrainte de motiver sa décision relative à l'acceptabilité, à destination de la Cour européenne cette fois, puisque là aussi, elle se place sur le même terrain que l'autre acteur : le terrain des faits. Mais dans ce cas, elle ne se situe plus en position d'autorité.

Dès lors, se pose inévitablement la question du *contrôle de la motivation* et de la *motivation de son contrôle*, sur ce point.

3. Types de contrôle

Les considérations qui précèdent permettent de distinguer deux types de contrôle ; le premier, qui est classique, est le *contrôle de motivation* exercé *par* la Cour de cassation sur la décision des juges du fond, qui ne sauraient écarter sans explications un argument fondé sur la proportionnalité, comme dans l'arrêt du 10 juin 2015 évoqué plus haut.

Mais ce contrôle de motivation ne peut s'exercer utilement que si la Cour de cassation elle-même *explique pourquoi*, le cas échéant, elle n'approuve pas l'appréciation faite par les premiers juges, lorsqu'elle décide d'opérer elle-

même le *contrôle de proportionnalité*, ce qui correspond au deuxième type de contrôle.

Il est arrivé en effet que la Haute cour substitue sa propre appréciation à celle des premiers juges : ce fut le cas dans l'arrêt du 4 décembre 2013¹⁶, par lequel elle a cassé sans renvoi une décision d'annulation d'un mariage qui pourtant était parfaitement valide, et qui, du point de vue de la proportionnalité, avait été soigneusement motivée par les juges du fond.

La motivation opérée par la Cour de cassation, en matière de proportionnalité, est en réalité au centre du débat, puisqu'elle est dirigée à la fois vers le juge du fond, pour prévenir une nouvelle cassation, et vers la Cour européenne, pour prévenir un recours.

En effet, si la Cour de Strasbourg, laisse aux juridictions nationales, comme elle l'a fait pour les États, une « marge d'appréciation »¹⁷, cela ne signifie nullement que le juge soit investi d'un pouvoir souverain d'appréciation, et qu'il échappe à son contrôle.

Or, s'il est simple de déclarer qu'une solution est ou n'est pas conforme à la loi (sauf si la loi pose un critère de proportionnalité, par exemple¹⁸), puisqu'il s'agit là simplement d'une logique binaire, pour schématiser, il est beaucoup plus délicat de justifier une appréciation portant sur l'acceptabilité de la décision, et donc sur le « suffisant respect » du principe de proportionnalité, car on entre alors dans le domaine d'une logique floue, ce qui n'enlève rien à la validité du raisonnement.

B. Nécessité logique de la motivation et validité formelle

Il convient ici de bien distinguer entre d'une part, le raisonnement formel, à savoir le fameux « syllogisme » dont on a écrit qu'il serait remis en cause (1) et d'autre part le contenu des prémisses, qui peut accepter une relative indétermination des concepts mis en œuvre, ainsi que le montre le recours à la logique floue (2).

1. La prétendue remise en cause du syllogisme

Une étude approfondie de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, s'agissant de la marge d'appréciation laissée aux États, devrait pouvoir servir ici de référence, et révéler les mécanismes logiques qui interviennent à la fois dans la *détermination de la marge* et, même, en amont, dans la mise en œuvre des concepts flous intervenant lors du contrôle de conventionnalité¹⁹. Il apparaît que si on peut craindre la relative imprécision des concepts ainsi que de la « largeur » de la marge, on ne peut reprocher à cette jurisprudence d'être en contradiction avec la logique.

Contrairement à ce qu'on a pu écrire, il n'y a pas de « remise en cause du syllogisme »²⁰. On peut se demander ce qu'ont voulu dire les auteurs qui écrivent que « la balance des intérêts... laisse moins de place aux déductions logiques ». Si cela signifie que le critère d'acceptabilité *s'ajoute* désormais au critère de légalité, nous partageons leur avis. Mais l'évocation de la « remise en cause » du syllogisme laisse penser que, pour eux, c'est la logique même qui est altérée, parce qu'ils ne conçoivent le syllogisme que comme un raisonnement contraignant (ce qu'il est) dans une logique du tout ou rien (ce qu'il n'est pas nécessairement).

La *structure* du syllogisme n'est *pas altérée* par l'intervention, au sein de la chaîne du raisonnement opéré par la Cour de cassation, d'un concept flou tel que l'acceptabilité. Ce qui change, désormais, c'est que l'on *superpose* à une logique binaire (le raisonnement relatif à la légalité, en général) une logique floue (le raisonnement sur l'acceptabilité), qui n'est pas moins rigoureuse que l'autre.

Nous ne pensons pas que les faits doivent nécessairement « s'intégrer à la majeure »²¹ mais que l'on doive réaliser une *conjonction* entre le raisonnement relatif à la légalité, et le raisonnement relatif à l'acceptabilité. Il n'y a que dans le cas où la proportionnalité fait partie de la légalité, comme dans l'article L. 1121-1 du Code du

16. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, préc. note 164.

17. Cour EDH, 12 juin 2003, n° 35968/97, *Van Kück c/ Allemagne*, RTD civ., 2004, p. 361, obs. J.-P. Marguénaud.

18. En réalité, la simplicité disparaît ici en de nombreuses autres hypothèses, sans que cela n'ait ému les commentateurs, et sans que cela ait engendré un considérable contentieux, par exemple lorsqu'il s'agit de modérer une clause pénale « manifestement » excessive ou dérisoire... Sur ces questions M.-L. Mathieu, *Logique et raisonnement juridique*, PUF, Thémis, 2^e éd., 2015, p. 54 et s.

19. Cf. *supra*, note 3.

20. P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, préc.

21. *Ibid.*

travail, que le contrôle de l'acceptabilité, au regard de ce principe, s'imisce dans la majeure.

En revanche, pour que l'appréciation de l'acceptabilité mérite la qualification de raisonnement, il faut qu'elle repose sur une démarche cohérente, et sur des critères visibles, donc « discutables », au sens de « éventuellement soumis à la contradiction » soit par les parties soit par la Cour de Strasbourg. Car c'est leur « discutabilité », au sens noble du terme, qui fera leur autorité, ou du moins leur force de conviction.

Il est nécessaire, pour garantir une certaine sécurité juridique, que le raisonnement relatif à la proportionnalité soit suffisamment *construit* et *apparent*. Ce n'est que sous cette condition qu'il échappera à d'éventuels reproches fondés sur le recours à l'équité, et au « sentimentalisme » qui pourrait déboucher sur l'arbitraire, et l'imprévisible²².

Or, il est indispensable, pour dissiper la crainte de l'insécurité juridique et de l'imprévisible, de comprendre qu'une certaine imprécision des concepts ne nuit pas à la cohérence du raisonnement relatif à l'acceptabilité.

2. Le raisonnement relatif à l'acceptabilité : les apports de la logique floue

Que la proportionnalité soit exigée par la loi, ou que le contrôle de proportionnalité s'ajoute au contrôle de légalité, il s'agit toujours de motiver la décision d'acceptabilité : or il s'agit là d'une notion floue, comme le sont les notions bien connues de « clause abusive », ou de clause pénale « manifestement excessive ou dérisoire »...

On a pu se réjouir ostensiblement de l'abandon d'une application trop stricte de la loi, mais il ne faut pas oublier que la loi elle-même prévoit

souvent des mécanismes correcteurs, et que le Juge en a souvent adouci l'application, par le biais de l'interprétation : la question n'est donc pas nouvelle, comme on voudrait le faire croire.

Ce qui est nouveau est le fait que, dans la configuration qui nous occupe, la Cour de cassation se voit *contrainte de motiver* sa décision relative à l'acceptabilité, ou à tout le moins de donner au juge du fond les moyens de procéder à une telle motivation.

À cet effet, elle peut utiliser des techniques bien connues, consistant par exemple à opérer des distinctions²³, permettant de restreindre le domaine d'application d'un texte jugé trop sévère, compte tenu du cas d'espèce, ou à procéder à des hiérarchisations susceptibles d'être généralisées.

Or, ce qui importe, à des fins de prévisibilité, n'est pas de trouver une propriété spécifique de l'affaire, permettant de justifier la décision en l'espèce, mais d'abstraire *des critères* de distinction ou de hiérarchisation²⁴, la question se posant alors, pour la doctrine, de la révélation des critères²⁵.

Trois exemples permettront d'illustrer cette démarche.

Dans l'arrêt du 10 juin 2015 déjà évoqué, il apparaît qu'un droit *extrapatrimonial*, tel que le droit de faire établir sa filiation, serait susceptible de l'emporter sur un droit purement *patrimonial*, tel que le droit à l'héritage d'un parent²⁶. Dans ce cas, la Haute cour invite le juge du fond à examiner cette possible hiérarchisation.

Dans l'arrêt du 4 décembre 2013, la haute juridiction procède elle-même à l'appréciation des intérêts en présence, s'attachant à la *durée* de l'union contestée par l'ex-mari et au fait qu'il

22. Comp. M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du bon juge Madaud », in *Mélanges G. Wiederkirch*, Dalloz, 2009, p. 335. L'auteur montre que le juge peut corriger l'automatisme de l'application de la loi, à condition de « médiatiser cet exercice par la création d'une théorie ». C'est également à cette condition que la Cour de cassation pourrait sinon éviter, du moins simplifier la gestion du conflit par la Cour de Strasbourg. Il existe depuis 2013 le Protocole n° 16 à la CESDH, que la France a signé, mais pas encore ratifié, prévoyant de permettre aux juridictions nationales telles que la Cour de cassation de soumettre à la Cour européenne une demande d'avis consultatif, dans le cadre d'une affaire dont elles sont saisies. Selon les termes de l'article 1-3° ce texte, « la juridiction qui procède à la demande motive sa demande d'avis et produit les éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire pendante ». Or, dans le Rapport explicatif qui accompagne ce protocole, la juridiction nationale est invitée à communiquer, lors de sa demande d'avis, l'objet de l'affaire et les faits pertinents, les dispositions juridiques internes pertinentes, mais aussi « un exposé de son propre avis sur la question, y compris toute analyse qu'elle a pu faire de la question ». Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (disponible en ligne : <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084844>). Rapport explicatif accessible sur la même page.

23. J.-P. Marguénaud, obs. sous. Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, *RTD civ.*, 2015, p. 825.

24. M.-L. Izorche, « Réflexions sur la distinction », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 53. V. aussi, pour la dissociation des cas, M.-L. Mathieu, *Logique et raisonnement juridique*, op. cit., p. 107 et 389.

25. V. M.-L. Mathieu, « L'égalité juridique », in *Égalité et inégalités*, Université de tous les savoirs, Odile Jacob, 2003, p. 53 et s.

26. Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790, inédit, *RTD civ.*, 2015, p. 596, note J. Hauser ; *RTD civ.*, 2015, p. 825, obs. J.-P. Marguénaud. Le pourvoi invoquait également l'ancienneté de l'occupation, la longue tolérance de la commune, l'absence de possibilité de relogement pour les occupants, ainsi que l'absence de droits de tiers mis en jeu.

ne s'était pas opposé à la célébration du mariage dont il demandait la nullité. Interviennent ici les critères relatifs à la *durée* de la situation contestée et au *comportement* du demandeur. Ces critères sont d'ailleurs invoqués, parmi d'autres, par le pourvoi, dans l'arrêt dit « des caravanes » du 17 décembre 2015²⁷.

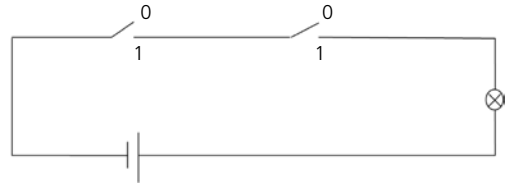
Dans une récente décision du 25 février 2016²⁸, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de n'avoir pas tiré les conséquences de leurs constatations, relatives à des investigations menées par un détective privé, à la demande d'un assureur. Le juge du fond s'était montré indulgent à l'égard de ce dernier, considérant que chacune des quatre enquêtes avait été de courte durée et que les opérations de surveillance et de filature n'avaient pas, au total, dépassé quelques jours. Il avait considéré chacune de ces investigations séparément, se limitant à considérer le seul critère temporel, et il en déduisait qu'elles ne portaient pas une atteinte disproportionnée à la vie privée de la personne qui en faisait l'objet. L'arrêt fut censuré au motif que « les investigations, qui s'étaient déroulées sur plusieurs années, avaient eu une durée allant de quelques jours à près de deux mois et avaient consisté en des vérifications administratives, un recueil d'informations auprès de nombreux tiers, ainsi qu'en la mise en place d'opérations de filature et de surveillance à proximité du domicile de l'intéressé et lors de ses déplacements », ce dont il résultait que, « par leur *durée* et leur *ampleur*, les enquêtes litigieuses, *considérées dans leur ensemble*, portaient une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée » de l'intéressé.

On pourrait tenter d'induire de ces décisions, par touches successives, une grille de lecture permettant une meilleure prévisibilité de la jurisprudence de la Haute cour : ces trois exemples montrent que si on s'attache à un effort de modélisation, d'abstraction des critères pertinents, on peut assurer la lisibilité et la cohérence de cette jurisprudence, et, par conséquent, la *sécurité juridique* que l'application rigide de la loi est censée garantir.

Dans l'exemple des investigations du détective, le Juge ne fait qu'appliquer la *conjonction* logique de *deux* données, dont les valeurs sont

floues, et qu'il apprécie, à l'aune d'une échelle qui *ne* peut être binaire : la durée (brève, modérée, longue, très longue, pour simplifier) et l'ampleur des recherches (limitée, modérée, grande, très grande), ce qui permet une appréciation fine des situations.

Or la conjonction logique peut être représentée par un schéma très simple : celui d'un circuit électrique comportant deux interrupteurs placés en série, et une lampe.

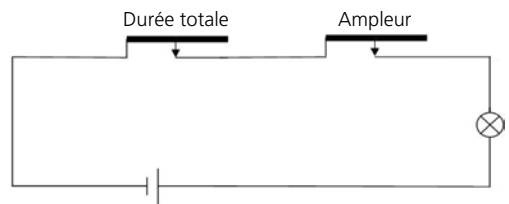


Avec des interrupteurs placés en série, et dont les seules positions possibles sont 1 (le courant passe) et 0 (le courant est coupé) la lampe ne s'allume que si les deux interrupteurs sont positionnés sur la valeur 1.

La disjonction logique (le « ou ») peut être représentée par des interrupteurs montés en parallèle : la lampe s'allume si l'un ou l'autre (ou les deux) est positionné sur 1. La négation d'une proposition s'obtient par inversion des polarités 1 et 0.

À partir de ces trois opérations élémentaires, on peut construire n'importe quel circuit, du plus simple au plus complexe, qui rende compte d'une formule quelconque en logique binaire, y compris l'implication, c'est-à-dire un énoncé du type « si... alors... ». C'est la base du fonctionnement des ordinateurs qui, à l'origine, ne traitaient que de telles valeurs simples : 1 ou 0.

Pour traiter des questions en logique floue, qui repose non plus sur le tout ou rien, mais sur des nuances, il suffit de remplacer les interrupteurs par des rhéostats.



27. Civ. 3^e, 17 déc. 2015, préc.

28. Civ. 1^{re}, 25 févr. 2016, n° 15-12.403, à paraître.

On peut donc parfaitement rendre une appréciation certes « floue » mais solidement charpentée, parfaitement logique. Tout dépend du choix des « commandes floues » (ici, durée et ampleur), de leur positionnement (et ? ou ? par exemple), mais aussi de celui des curseurs et de la définition du seuil d'acceptabilité de l'éclairage final.

Il va de soi que, plus le Juge sera explicite quant aux critères qu'il met en œuvre, plus clairement il les organisera, moins sa décision sera susceptible d'être contestée, soit par la Cour de cassation s'il est un juge du fond, soit par la Cour

de Strasbourg s'il est la Haute cour, d'autant que, dans ce dernier cas, il jouit d'une marge d'appréciation.

Au fond, un tel raisonnement ne fait qu'imiter les prises de décisions de l'homme dans la plupart des situations : il gère toute une série de paramètres en même temps, et se décide au vu d'une estimation approximative de leur « valeur »²⁹.

Le cerveau humain est tout à fait capable d'une telle prise de décision, or le Juge dispose d'un cerveau humain, donc...

29. Par exemple le piéton qui s'apprête à traverser la rue estime approximativement la vitesse de la voiture qui arrive, la largeur de la voie qu'il doit traverser, le temps qui reste avant que le feu ne passe au vert, le fait que la chaussée soit glissante etc. Il ne dispose d'aucun instrument de mesure pour cela, et, pourtant, s'il est raisonnablement prudent, il peut espérer arriver sain et sauf de l'autre côté !

Petit six du Grand A :

juger en proportionnalité

Juger en proportionnalité

Alain Lacabarats

Président de chambre à la Cour de cassation,
maintenu en activité de service

1. – Juger en proportionnalité signifie procéder à la balance des intérêts en présence. Certes, le rôle du juge est de trancher le litige opposant les parties. C'est ce qu'il fait lorsqu'il donne satisfaction à l'une d'elles et rejette les prétentions de l'autre, en constatant que les faits, les preuves produites et la règle de droit applicable justifient une telle solution. Mais dans un certain nombre d'hypothèses, chacune des parties peut se prévaloir d'un droit juridiquement protégé. Par exemple, la victime d'une atteinte à la vie privée commise par la voie de la presse dispose, avec l'article 9 du Code civil, d'une règle légale permettant de faire sanctionner par un juge ce type d'atteinte, alors que l'organe de presse est en mesure d'invoquer tout aussi utilement un autre principe fondamental, celui de la liberté d'expression. Lorsque le conflit met face-à-face des parties invoquant des libertés ou droits fondamentaux *a priori* d'égale valeur, c'est au juge qu'il appartient de faire la balance entre des intérêts contraires et de déterminer, au vu des circonstances de l'espèce, quel droit ou principe doit être privilégié.

2. – Certes, dans ce type de situation, les circonstances de fait sont importantes. La Cour de cassation n'en demeure pas moins exclusivement un juge du droit : il ne s'agit donc pas pour elle

d'apprécier la pertinence des faits et preuves invoqués par chaque partie. Même si les normes juridiques soumises à l'appréciation de la Cour sont indissociables des circonstances de fait qui constituent le cœur du litige, la réalité de ces faits ne peut être remise en cause devant la Cour de cassation. Autrement dit, le rôle de la Cour de cassation, comme juge de la proportionnalité, consiste seulement à rechercher, à partir des faits constants résultant de la décision attaquée, si l'atteinte à un droit invoqué par une partie est justifiée par la nécessité d'assurer l'effectivité d'une autre norme ayant au moins une égale valeur.

3. – La réflexion sur le contrôle de proportionnalité a été renouvelée par l'insertion de notre ordre juridique dans un ensemble institutionnel complexe assurant la prééminence des textes européens et l'autorité des jurisprudences des Cours européennes. La question se pose dès lors essentiellement lorsque sont en conflit des libertés et droits fondamentaux de la personne garantis par les textes européens, tels qu'interprétés et appliqués par ces Cours.

4. – Les décisions sur le contrôle de proportionnalité s'inscrivent dans une tradition relativement ancienne et constante de la Cour de cassation¹.

1. Civ. 1^{re}, 31 janv. 1989, n° 87-15.139, *Bull.* I n° 47 (liberté d'expression c/ atteinte à la réputation des personnes); Civ. 1^{re}, 29 oct. 1990, n° 88-19.366, *Bull.* I n° 226 (protection des convictions religieuses c/ liberté d'expression); Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 98-23.471, *Bull.* I n° 42 (protection de la vie privée c/ liberté d'expression); Civ. 1^{re}, 17 sept. 2003, n° 00-16.849, inédit (protection de la vie privée c/ liberté d'expression). *Adde* plus récemment : Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *Bull.* I n° 234 (interdiction du mariage entre proches parents c/ vie privée); Civ. 1^{re}, 10 sept. 2014, n° 13-22.612, *Bull.* I n° 143 et Civ. 1^{re}, 25 févr. 2016, n° 15-12.403, *Bull.* (droit à la preuve rapportée par des rapports de détective privé c/ droit au respect de la vie privée); Civ. 3^e, 15 oct. 2015, n° 14-23.612, *Bull.* n° 837 (caractère éventuellement disproportionné de la démolition d'ouvrage irrégulièrement construit); Civ. 3^e, 22 oct. 2015, n° 14-21.515 et Civ. 3^e, 17 déc. 2015, n° 14-22.095 (droit au logement ou à la vie privée c/ droit de propriété); Civ. 1^{re}, 6 avr. 2016, n° 15-10.552, *Bull.* (application immédiate d'un revirement de jurisprudence c/ sécurité juridique).

5. – Le rôle du juge de cassation, gardien de l'équilibre qui doit être assuré entre ces droits, suscite diverses interrogations :

– Une première question intéresse la technique de cassation : il est de principe que la Cour de cassation ne peut être saisie que de moyens de droit préalablement soumis à l'appréciation des juges du fond, à moins que le moyen soit considéré comme étant de pur droit. Est de pur droit le moyen qui ne nécessite la prise en considération d'aucun fait qui ne figure dans la décision attaquée. De ce point de vue, on doit pouvoir considérer que le moyen tiré d'une méconnaissance d'un droit fondamental peut être de pur droit, et donc invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation, à une double condition : i) qu'il s'appuie sur des faits constants retenus par la décision des juges du fond ; ii) qu'il donne lieu à un moyen de cassation articulant le grief de manière circonstanciée et en ne se bornant pas, comme trop souvent, au visa d'un texte européen prévoyant tel droit ou liberté. Il convient de souligner que l'arrêt de la Première chambre civile susvisé du 4 décembre 2013² est allé plus loin puisque c'est sur un moyen relevé d'office par la Cour que celle-ci a écarté l'application d'un texte du Code civil, comme contraire en l'espèce, dans ses conséquences, à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

– Quel contrôle la Cour de cassation doit-elle exercer sur les décisions des juges du fond ? Contrôler seulement que la balance des intérêts a été faite et s'en remettre dans ce cas à l'appréciation souveraine des juges du fond ? Substituer l'appréciation de la Cour de cassation à celle des juges du fond, puisqu'il s'agit d'apprécier comment des normes juridiques fondamentales doivent s'articuler ? Il est certain que, lorsque le litige fait partie de ceux pour lesquels un contrôle de proportionnalité doit être effectué, la Cour de cassation casse pour manque de base légale toutes les décisions des juges du fond qui n'auront pas effectué un tel contrôle (par exemple : Civ. 3^e, 15 oct. 2015 précité³, qui reproche à une

cour d'appel de ne pas avoir recherché si la démolition d'un ouvrage « constituait une sanction proportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités qui l'affectaient » ; en ce sens également : Civ. 3^e, 17 déc. 2015⁴). S'il a au contraire été fait, la Cour de cassation doit-elle s'en remettre à l'appréciation des juges du fond ? Les arrêts précités semblent démentir cette idée, la Cour n'hésitant pas à substituer son appréciation à celle des juges du fond, quant à la norme juridique qui doit prévaloir (en ce sens notamment : Civ. 1^{re}, 31 janv. 1989⁵ ; Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001⁶ ; Civ. 1^{re}, 25 févr. 2016⁷).

– Un autre écueil mérite d'être évoqué : le risque de substituer un « impressionnisme juridique » à la détermination claire des règles de droit applicables. Il est certain, par exemple, que la jurisprudence « traditionnelle » permettant de sanctionner toute atteinte à la vie privée imputable à un organe de presse, le droit à l'information et le comportement antérieur du demandeur n'étant pris en compte que pour mesurer l'importance de la réparation, présentait l'avantage de la prévisibilité et de la simplicité. Les multiples décisions rendues dans le même type de contentieux par la Cour européenne des droits de l'homme et, depuis quelques années, par les juridictions françaises, montrent bien la difficulté d'appréhender des lignes directrices claires et aisément applicables. Ce risque implique une sélection rigoureuse des hypothèses dans lesquelles le contrôle de proportionnalité doit être opéré et, peut-être, une autre manière de rédiger les arrêts, pour expliciter les différentes étapes du raisonnement suivi par les juges.

Prenons le cas le plus fréquent, qui est celui d'une restriction potentielle à un droit garanti par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le juge doit procéder à une triple recherche de base légale, de poursuite d'un but légitime et de nécessité de cette restriction. Il doit donc dans sa décision étudier trois questions :

i) La restriction invoquée est-elle prévue par la loi ? Entendue dans une conception maté-

2. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, préc.

3. Civ. 3^e, 15 oct. 2015, préc.

4. Civ. 3^e, 17 déc. 2015, n° 14-22.095.

5. Civ. 1^{re}, 31 janv. 1989, préc.

6. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, préc.

7. Civ. 1^{re}, 25 févr. 2016, préc.

rielle, et non formelle, la « loi » s'entend, bien sûr, des textes législatifs ou réglementaires publiés, mais aussi d'une jurisprudence constante. Pour reprendre un exemple déjà évoqué, le respect dû en droit français à la vie privée des personnes a bien une base légale, avec les dispositions de l'article 9 du Code civil.

ii) La disposition légale invoquée poursuit-elle un but légitime ? C'est la Convention elle-même, ou la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence, qui déterminent les buts légitimes admissibles. Parmi ceux-ci, il est admis notamment que figure la protection de la réputation de la personne, de sorte qu'*a priori* l'article 9 du Code civil, ou d'autres textes du droit français visant plus directement à protéger les individus contre des imputations diffamatoires, injurieuses ou haineuses, répondent à l'objectif de légitimité.

iii) La restriction requise à un droit fondamental est-elle nécessaire ? C'est l'étape ultime du contrôle de proportionnalité : suivant en cela les prescriptions de la jurisprudence européenne, le juge doit vérifier que la restriction invoquée répond à un besoin social impérieux, qu'elle est justifiée par des motifs pertinents et suffisants, et qu'elle ménage un juste équilibre entre les intérêts en présence. Le juge est ainsi invité à ne prononcer que les mesures strictement nécessaires à la préservation des intérêts du demandeur, sans nuire de manière irrémé-

diable aux droits dont dispose le défendeur. La jurisprudence en offre déjà de multiples exemples : limitation du domaine ou des effets d'une mesure d'interdiction de publication⁸, substitution d'une mesure moins attentatoire aux droits fondamentaux par rapport à celle requise par le demandeur⁹, rejet d'une demande d'enlèvement d'ouvrages installés sur un terrain en violation du plan local d'urbanisme, la mesure demandée étant susceptible d'être disproportionnée au regard du droit à la vie privée familiale et à un domicile garanti par l'article 8 de la Convention¹⁰, non-application immédiate d'un changement de jurisprudence affectant le droit d'accès à la justice¹¹.

6. – Motiver les décisions judiciaires au regard de ces trois exigences cumulatives ne garantit nullement aux juges français une immunité contre toute censure par la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci ne peut abandonner tout contrôle et sa jurisprudence démontre qu'elle se réserve toujours le droit d'apprécier les situations différemment. Un approfondissement du travail déjà entrepris pour une motivation plus explicite aurait cependant le mérite de mettre à la disposition de la Cour européenne, en cas de saisine à l'issue des procédures internes, des décisions détaillant les raisons pour lesquelles les droits de l'une ou l'autre des parties ont été retenus et d'afficher clairement, s'il en était besoin, la volonté des juges de s'approprier les mécanismes de garantie des droits fondamentaux.

8. Civ. 1^{re}, 31 janv. 1989, préc. ; Civ. 1^{re}, 16 juil. 1997, n° 96-12.876, *Bull.* I n° 249 ; Civ. 1^{re}, 29 oct. 1990, préc.

9. Civ. 1^{re}, 17 sept. 2003, préc.

10. Civ. 3^e, 17 déc. 2015, préc.

11. Civ. 1^{re}, 6 avr. 2016, préc.

Petit sept du Grand A :

les conséquences de la hiérarchisation et de la diffusion des arrêts sur leur portée

Les conséquences de la hiérarchisation et de la diffusion des arrêts sur leur portée

Nicolas Cayrol

Professeur à l'Université François-Rabelais de Tours
Directeur de l'IEJ François-Grúa

1. – Ce sujet repose sur un raisonnement contre-intuitif. On présentera cette hypothèse (I) avant d'essayer de la vérifier par un exemple (II).

I. Hypothèse de raisonnement

2. – À première vue, la hiérarchisation des arrêts, quelle qu'elle soit, qu'elle soit réalisée par la doctrine ou par les juges eux-mêmes, *ne peut pas* avoir de conséquence sur la portée des arrêts.

En effet, on se dit *a priori* que la portée d'un arrêt, quelle qu'elle soit (juridique, politique, économique, etc.), ne dépend pas de sa diffusion ou de sa hiérarchisation. Un arrêt est important ou il ne l'est pas, et c'est en fonction de son importance que sera décidé, par voie de conséquence, sa place dans la hiérarchie des arrêts, son mode de diffusion et s'il doit figurer ou non dans les anthologies de « grands arrêts ». La

diffusion et la hiérarchisation des arrêts sont des opérations *a posteriori*.

Donc, parler des conséquences de la hiérarchisation des arrêts sur leur portée, c'est raisonner à l'envers; c'est confondre la cause et les conséquences. Soutenir que la hiérarchisation d'un arrêt peut avoir une conséquence sur sa portée paraît contraire à la logique. C'est le baron de Münchhausen qui se sort de l'eau en se tirant par les cheveux.

3. – Pour donner un sens à ce sujet, il faut faire l'hypothèse d'un raisonnement sinon paradoxal, du moins contre-intuitif. Comment prouver par la logique que la hiérarchisation des arrêts peut avoir des conséquences sur leur portée ? Raisonnant à l'envers, partant de la conclusion, voici les prémisses nécessaires à une telle conclusion :

a) Prémisses majeures : la portée juridique d'un arrêt n'est que représentation ;

b) Prémisse mineure : or la hiérarchisation façonne cette représentation ;

c) Conclusion : la hiérarchisation a donc des conséquences sur la portée.

Formellement, le syllogisme paraît convenable. Reste à savoir ce que vaut chacune des prémisses.

4. – Prémisse majeure : La portée d'un arrêt est représentation. Dira-t-on que la « portée » d'un arrêt n'est que représentation ?

D'abord, qu'est-ce au juste que la portée d'un arrêt ? À l'analyse, le mot est équivoque. Il a plusieurs sens bien différents. Il y a déjà la portée de l'arrêt à l'égard des parties. S'il s'agit d'un arrêt de cassation, il y a aussi la portée de l'arrêt à l'égard de la cour de renvoi dont la saisine sera à la mesure de la cassation prononcée. Il y a ensuite la portée politique ou sociale d'un arrêt, lorsque la Cour de cassation rend une décision dans un domaine qui fait l'objet d'un débat de société (mariage homosexuel, GPA, etc.). Dans le même ordre d'idée, il y a la portée économique des arrêts¹. Et puis, il y a bien sûr la portée « jurisprudentielle » ou la portée « normative » des arrêts, lorsque la décision modifie le droit, en posant une règle nouvelle ou en modifiant le sens ou le domaine d'une règle existante. Examinant la portée d'un arrêt, il faudrait toujours pour être clair préciser de quelle « portée » il s'agit.

S'agissant spécifiquement de la portée normative, il est possible de soutenir qu'un arrêt n'a pas de portée normative en soi. Un arrêt n'est pas grand en soi ; il est toujours relatif d'abord aux circonstances de son espèce. Un arrêt qui tranche un problème de bail rural intéresse-t-il seulement le droit rural ou plus largement tout le droit du bail, voire le droit des obligations en général ? La portée d'un arrêt est dans ses suites, et ses suites ne dépendent pas que de lui ; elles

dépendent de la valeur que lui aura conféré l'opinion des juristes en lui prêtant cette valeur normative, l'opinion des autres juges (qui acceptent de se rallier sans résistance à la solution nouvelle) constituant ainsi une tradition ou une coutume jurisprudentielle². Sans cet assentiment, la portée de l'arrêt portant une règle nouvelle n'est qu'éventuelle. Tel arrêt qui apporte une solution inédite inaugure-t-il une ère nouvelle ? Oui, sans doute, mais seulement jusqu'au prochain ! Ce n'est qu'après coup que l'on peut dire, au futur antérieur, que cet arrêt aura eu une portée normative, inaugurant une jurisprudence nouvelle³.

Donc, la portée normative d'un arrêt est bien dans l'idée qu'on s'en fait. C'est une représentation, et cette portée ne sera grande que si cette représentation est partagée.

5. – Prémisse mineure : La hiérarchisation fait aussi la représentation. Dira-t-on que la hiérarchisation des arrêts façonne la représentation que l'on s'en fait ?

On doit pouvoir l'admettre assez facilement. Les arrêts ne sont pas « grands » en soi. La grandeur est relative et dépend du point de vue de l'observateur. Les « grands arrêts » sont ceux que les juristes considèrent comme tels. L'histoire des anthologies de jurisprudence prouve amplement qu'est « grand » l'arrêt auquel les auteurs ont conféré cette dignité. Et cette grandeur peut attendre ! Le célèbre arrêt *Canal de Craponne* de 1876 ne le devient en réalité que dans les années 1950⁴ ! La hiérarchisation des arrêts par la doctrine, que ce soit par les commentaires d'arrêt, par les recueils de grands arrêts, ou par la place qui leur est accordée dans les manuels et les traités⁵ donnent une certaine représentation de l'état du droit (en même temps d'ailleurs qu'une certaine conception des sources du droit, car présenter le droit par les arrêts c'est toujours d'une manière ou d'une autre exprimer

1. Le jour où (à la fin des années 80) la Cour de cassation a décidé que l'article 1907 du Code civil, c'est-à-dire l'exigence d'un écrit pour les intérêts de sommes d'argent, était applicable aux comptes bancaires, alors que les banques n'avaient jamais eu recours à l'écrit, ce furent plusieurs milliards d'intérêts perçus par toutes les banques pendant des années qui se retrouvèrent soudainement indus et sujets à répétition. On se souvient aussi du revirement de jurisprudence de 2003 relatif à la validité des clauses de non-concurrence dans les contrats de travail.

2. P. Jestaz, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.*, 1989, p. 150.

3. M. Deguerge, « Déclin ou renouveau de la création des grands arrêts ? », *RFDA*, 2007, p. 250 et s., spéc. p. 255.

4. Lire à ce propos la préface que Philippe Jestaz a donné aux *Grands arrêts de la propriété intellectuelle* de MM. Vivant et Bruguière, « Qu'est-ce qu'un grand arrêt ? », *Dalloz*, 2015. *Addé* G. Braibant, « Qu'est-ce qu'un grand arrêt ? », *AIDA*, 2006, p. 1428.

5. V. les arrêts à une ou deux étoiles répertoriés dans le traité de droit civil de MM. Malaurie et Aynès.

une certaine conception de la jurisprudence comme source de droit⁶).

Fait remarquable : aujourd'hui, la hiérarchisation des arrêts n'est plus seulement l'œuvre de la doctrine. Ce ne sont plus seulement les notes du doyen Hauriou qui font les grands arrêts. La hiérarchisation est aussi l'œuvre des juges, Conseil d'État ou Cour de cassation. Chacun sait que la Cour de cassation a conçu une stratégie de communication, avec un système de hiérarchisation de ses arrêts suivant, non seulement la formation de jugement, mais aussi le mode de diffusion : ce sont les arrêts PBRI⁷. Plusieurs personnalités éminentes de la Cour de cassation se sont exprimées à ce sujet⁸. La doctrine aussi⁹. Pour la Cour de cassation, il y aurait ainsi les arrêts qu'on peut ne pas lire, les arrêts qu'on peut lire à la rigueur, les arrêts qu'il faut lire, et ceux qu'il faut lire absolument¹⁰.

La hiérarchisation permet ainsi aux lecteurs de revues de jurisprudence de s'orienter et de trouver les arrêts qui les concernent spécialement, étant entendu qu'il n'est pas possible ni utile pour tout le monde de tout lire. Qu'un arrêt fasse l'objet d'un commentaire de doctrine, qu'il soit revêtu de la mention PBRI ou pas, qu'il soit accompagné d'un communiqué ou pas¹¹ oriente la réception qui en sera faite. Bref, là encore, la hiérarchisation façonne la représentation.

Mais si la hiérarchisation constitue un indice intéressant pour se faire une idée d'un arrêt, ce n'est qu'un indice parmi d'autres. L'essentiel est

dans ce que dit l'arrêt lui-même plus que dans ce qui en est dit ou dans la présentation qui en est faite.

Même parmi les éléments extrinsèques, la hiérarchisation et la diffusion ne sont que des indices parmi d'autres. On pense notamment au « titrage » des arrêts est aussi assurément un autre type d'élément extrinsèque susceptible d'orienter la réception. Par exemple, quand un arrêt de la Cour de cassation traite d'un problème de mandat, mais que sa publication porte en titre « croyance légitime d'un tiers », notion qui fait alors son apparition dans la nomenclature du Bulletin, il est permis de penser que la Cour a souhaité conférer à cet arrêt une portée doctrinale qui dépasse le mandat¹². C'est bien une forme de représentation. Il y aurait sans doute beaucoup à dire sur le titrage des arrêts, activité qui requiert des qualités éminentes de juriste¹³.

6. – Conclusion : La hiérarchisation fait la portée. Concluons donc, selon le raisonnement qui vient d'être esquissé, que si l'on concède que la portée d'un arrêt est représentation, alors la hiérarchisation des arrêts peut avoir des conséquences sur celle-ci puisqu'elle aura orienté l'*opinio juris*.

Avec cette conséquence extraordinaire qu'une erreur de classification ou une hiérarchisation abusive peut conférer une portée à un arrêt qui n'aurait pas dû la mériter. Mais est-ce si extraordinaire ? Les spécialistes de droit administratif d'aujourd'hui s'étonnent de la portée que leurs

6. Aujourd'hui la « jurisprudence source de droit » est une opinion largement partagée en doctrine, mais le sens à donner à cette formule peut varier selon les auteurs ou même selon les spécialités. Par exemple, il est frappant qu'en matière d'arbitrage, la doctrine spécialisée a une très haute idée de la jurisprudence, au point que les textes récents qui ont tenté de la traduire n'en ont pas effacé le souvenir. Mais peut-être cette jurisprudence particulière mérite-t-elle en effet cette considération ?

7. S'agissant des avis de la Cour de cassation, l'art. 1031-6 CPC prévoit la publication au *Journal officiel*. Mais il ne semble pas que ce mode de diffusion ait jamais eu vraiment d'importance.

8. V. A. Perdiau, « Les publications de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, 1-4 janv. 2003, p. 2 ; E. Lesueur de Givry, « La diffusion de la jurisprudence, mission de service public », *Rapport annuel 2003 de la Cour de cassation*, p. 280 ; A. Lacabarats, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.*, 2007, p. 889. Adde G. Canivet et N. Molfessis, « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 95.

9. R. Libchaber, « Autopsie d'une position jurisprudentielle nouvellement établie », *RTD civ.*, 2002, p. 604 ; O. Sabard, « La hiérarchisation de la jurisprudence », *RLDC*, 2009/65, p. 61.

10. Hiérarchisation que nuance le sujet considéré. Par exemple, l'arrêt de la Deuxième chambre civile du 13 mai 2015, n° 14-12.089, FS-P+B+R+I, qui a droit à tous les honneurs, est un arrêt qui doit donc absolument être lu, mais ce commandement s'adresse principalement aux huissiers de justice : « S'il engage la mesure d'exécution forcée, le commandement aux fins de saisie-vente, qui ne constitue pas un acte d'exécution forcée, ne relève pas de la catégorie des actes réservés à la compétence exclusive de l'huissier de justice et peut dès lors être délivré par un clerc assermenté de celui-ci. »

11. 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 ; voir, à titre d'exemple, le communiqué sous un arrêt de la Chambre commerciale du 3 oct. 2006, paru au *BICC* du 1^{er} févr. 2007, n° 81, qui souligne que cet arrêt « résout diverses questions de principe liées au recouvrement des impôts ».

12. V. Civ. 3^e, 2 mars 2005, n° 03-15.466, *Bull. civ.* III n° 56.

13. Le titrage est une science et un art, et il faut être excellent juriste pour bien le faire. On sait par les indiscretions de Pierre-Yves Gautier que le titrage des arrêts au *Recueil Dalloz* était l'œuvre de Pierre Seydoux (v. « Les fondements d'une revue juridique », *D.*, 2011, p. 894). Sans doute avait-il beaucoup appris avec M. Dunes, auteur d'un passionnant ouvrage sur *La documentation juridique*, Dalloz, 1977, et d'une *Esquisse d'une théorie des abstrats*, Dalloz, 1969. Les auteurs de la monumentale et très précieuse table de la *Gazette du Palais* sont anonymes, mais il est évident que seuls des juristes de haut vol purent mener ce travail à bien (et j'ajoute qu'une lecture attentive révèle aussi parfois de leur part un humour malicieux, ce qui ne va pas de soi...).

ainés ont conférée à l'arrêt *Blanco*. Et inversement, un arrêt annoncé avec trompettes et tambours peut ne pas avoir de suites si personne n'en perçoit la valeur. La portée normative effective d'un arrêt procède de plusieurs facteurs¹⁴.

Après tout, c'est le théorème de William Thomas : « si les hommes considèrent une situation comme réelle, elle est réelle dans ses conséquences »¹⁵. Ce à quoi un autre sociologue (Robert King Merton) ajoute que non seulement les conséquences sont réelles, mais que s'agissant des faits sociaux – et le droit est un fait social –, c'est la chose elle-même qui devient réelle si elle ne l'était pas. « Les droits sont des croyances » disait Emmanuel Lévy.

Un peu comme les météorologues disent qu'il y a la température réelle et la température ressentie, il y a, à côté de la portée réelle, la portée ressentie. Sauf que dans les sciences sociales comme le droit, la portée ressentie est décisive : c'est elle qui emporte la conviction.

II. Vérification par l'exemple

7. – Que vaut ce raisonnement contre-intuitif ? Il convient maintenant de l'éprouver par un exemple. Quel exemple ? Il y a l'embarras du choix. Comme ce choix n'est pas exempt de subjectivité, je l'exprimerai à la première personne.

J'aurais pu choisir un arrêt de 1915 : le fameux arrêt Clément-Bayard. Selon la tradition, cet arrêt est la base de la jurisprudence sur l'abus du

droit de propriété. J'aurais pu montrer que la portée extraordinaire de cet arrêt que tout le monde connaît encore 100 ans après n'est qu'une représentation forgée après coup ; que si cet arrêt paraît grand, c'est parce qu'il a été hissé tout en haut de la hiérarchie, en l'occurrence par la doctrine¹⁶. Pourquoi cet arrêt plutôt qu'un autre ? Mon sentiment est que la fortune de cet arrêt tient beaucoup au nom du défendeur : Clément-Bayard, sorte de chevalier du ciel avec ses dirigeables, évoque le preux chevalier Bayard sans peur et sans reproche, dont les lances glorieuses s'opposent aux méchantes piques de fer de l'ignoble et cupide Jules Coquerel qui cherchait à transpercer d'innocents ballons dirigeables.

8. – Finalement, j'ai choisi des arrêts datant de la fin de l'année 2015, qui ont défrayé la chronique parce qu'ils font référence à la grande question disputée du moment : celle du contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation.

Je fais référence aux arrêts relatifs au contrôle par la Cour de cassation de la proportionnalité des mesures ordonnées par un juge des référés saisi d'un trouble manifestement illicite (art. 809, al. 1^{er} CPP). J'en ai relevé plusieurs, mais deux sont annoncés comme dignes de figurer au rapport, et l'un d'eux a été mis en ligne immédiatement sur le site de la Cour de cassation parmi les arrêts remarquables : il s'agit de deux arrêts de la Troisième chambre civile, l'un du 22 octobre 2015, l'autre du 17 décembre¹⁷.

14. V. P. Deumier, « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? », *RTD civ.*, 2011, p. 87 : « Schématiquement, la portée normative effective d'un arrêt va procéder de deux facteurs. D'une part, l'énoncé de l'interprétation par le juge qui, à cet instant, pourra distiller des indices : par exemple, formation réunie pour se prononcer, généralité et nouveauté de la formulation de l'interprétation, sigle de diffusion. D'autre part, la réception de l'interprétation comme ayant une portée normative (V. E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, PUL, 1985 ; P. Jestaz, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.*, 1989, p. 150) : attention de la doctrine, approbation ou critique par celle-ci, réception ou résistance des juges du fond, application dans des hypothèses analogues, épreuve du temps, tant d'éléments s'agencent de façon variable pour transformer l'interprétation donnée par un arrêt en jurisprudence « constante » ou « acquise » (v. P. Jestaz, « La jurisprudence constante », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Documentation Française, 1999, p. 207). Certes, la réception sera influencée par l'énoncé de l'interprétation : l'arrêt de principe, rendu en Assemblée plénière et P+B+I+R, sera plus facilement reçu comme faisant jurisprudence. Mais un décalage entre l'intention normative de la Cour et la réception de la communauté est toujours possible. Ainsi de l'arrêt de principe P+B qui entraîne critique de la doctrine, résistance des juges du fond et difficultés d'application par les praticiens, tous éléments fragilisant sa prétention à la qualité de jurisprudence constante. En sens inverse, on trouve des témoignages de magistrats selon lesquels les interprétations doctrinales « font parfois découvrir aux chambres de la Cour des innovations ou des revirements que celles-ci n'avaient ni envisagés ni effectués » (J.-F. Weber, préc. ; également G. Canivet, « Questions et évolutions majeures de la jurisprudence : une politique jurisprudentielle de la sécurisation du droit », *RLDC*, 2005/13, suppl., p. 5) ».

15. William Isaac Thomas, sociologue américain : « If men define situations as real, they are real in their consequences ».

16. Pour une mise en perspective de cet arrêt, v. C. Atias, *Devenir juriste, le sens du droit*, LexisNexis, 2^e éd. 2014, p. 42, petit livre qui est bien d'avantage qu'un ouvrage d'initiation et qui peut être médité par des étudiants de fin d'études et même au-delà. Pour un commentaire sur l'anonymisation des arrêts, v. O. Cachard, « Aux grands arrêts, les juristes reconnaissants. Bref propos sur l'anonymisation des décisions de justice », *D.*, 2004, p. 429.

17. Civ. 1^{re}, 30 sept. 2015, n° 14-16.273, PB, *JCP G*, 2015, p. 1385, note P. Ducoulombier ; P.-Y. Gautier, « Contre la balance des intérêts : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.*, 2015, p. 2189 ; *D.*, 2016, p. 277, obs. E. Dreyer ; *D. IP/IT*, 2016, p. 42, note V. Varet. Civ. 3^e, 22 oct. 2015, n° 14-11.776, PBRJ, et Civ. 3^e, 17 déc. 2015, n° 14-22.095, PBR, *JCP G*, 2016, p. 187 avis B. Sturlère ; *JCP G*, 2016, p. 188, avis P. Bailly et p. 189, note P.-Y. Gautier ; *JCP G*, 2015, p. 1199, obs. C. Laporte ; *D.*, 2016, p. 1028, obs. A.-L. Méano et p. 1270, obs. A. Leborgne ; *Procédures*, 2015, n° 351, obs. E. Raschel ; *RDI*, 2016, p. 100, obs. P. Soler-Couteaux ; *AJDI*, 2016, p. 667 obs. F. Zitouni ; *RTD civ.*, 2016, p. 70 obs. P. Puig et p. 398, obs. W. Drossw ; Civ. 3^e, 21 janv. 2016, n° 15-10.566, PB, *JCP G*, 2016, p. 345, obs. P. Grosser ; *AJDI*, 2016, p. 442, obs. M. Morin ; *RDI*, 2016, p. 223, obs. J.-L. Bergel et p. 301, obs. P. Soler-Couteaux ; *RTD civ.*, 2016, p. 394, obs. W. Dross et p. 449, obs. N. Cayrol.

Dans l'arrêt du 22 octobre, la Cour approuve un juge des référés d'avoir ordonné l'expulsion sans délai des occupants d'un campement irrégulier, en soulignant que cette mesure était bien justifiée, même au regard de l'article 8 de la CEDH, par la nécessité de prévenir un dommage imminent, caractérisé par un danger pour la sécurité des familles occupant le camp et pour celle des usagers du boulevard périphérique situé à proximité.

Dans l'arrêt du 17 décembre, la Cour censure au contraire le juge des référés qui avait ordonné l'enlèvement de constructions édifiées au mépris des règles d'urbanisme par le propriétaire du terrain. Elle lui reproche de ne pas avoir justifié cette mesure en recherchant, comme le défendeur le lui demandait, si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile de cet habitant.

Pour les besoins de la démonstration, et éprouver la distinction entre la « portée réelle » et la « portée ressentie », je vais soutenir deux thèses contraires : soutenir d'abord l'idée qu'au regard des solutions connues en matière de référé, ces arrêts n'apportent pas grand-chose, que pour l'essentiel, ils s'inscrivent dans des solutions classiques bien connues, et que leur portée « réelle », par conséquent, est limitée ; souligner ensuite au contraire l'importance de la portée « ressentie », ce qui peut accréditer l'existence de « conséquences de la hiérarchisation des arrêts sur leur portée ».

A. Portée « réelle »

9. – Classicisme au regard des solutions admises en référé. Pour l'essentiel, ce sont des arrêts classiques en référé.

Voilà des arrêts relatifs à des cas de trouble manifestement illicite ou de dommage imminent, cas qui relèvent de l'article 809, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. Dans les deux espèces, la qualification ne soulève pas de difficulté¹⁸.

Voilà des arrêts qui présupposent une égalité entre les droits en cause, considérant que le respect des règles d'urbanisme et le droit au logement ou à une vie familiale normale sont *a priori* d'égale valeur. Ce présupposé est classique en référé. Les exemples sont innombrables. De nombreux arrêts l'expriment d'ailleurs expressément, affirmant que les droits en cause sont « d'égale valeur ». J'ajoute au passage que cette équation est non seulement classique en référé, mais qu'elle est sans doute fondamentale : tenu de statuer en faisant abstraction du principal, le juge des référés doit ne pas choisir entre les droits au fond, c'est-à-dire qu'il doit les tenir pour équivalents *même s'ils ne le sont pas*. C'est ce qui fait l'ADN du référé¹⁹. Ainsi, sans préjuger du fond, il revient au juge des référés d'arrêter la mesure qu'impose l'urgence ou la gravité de la situation, étant observé qu'une situation très grave peut appeler des mesures également très graves. Aux grands maux, les grands remèdes²⁰ ! Au juge de déterminer la mesure la plus adaptée à la situation.

À noter, parce que cela aussi est caractéristique du référé, que le juge n'est pas limité par les mesures concrètes demandées par les parties. Il doit choisir la mesure qui, selon son estime, est la plus adaptée à la gravité de la situation. De sorte que la recherche de proportionnalité de la mesure n'est pas nouvelle en référé. Il y a longtemps au contraire que les juges des référés

18. Le trouble manifestement illicite, en matière de référé, fait l'objet d'un contrôle léger depuis un arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28 juin 2000 (*Bull. civ. n° 6*) opérant un revirement par rapport à une décision de l'Assemblée plénière du 4 juillet 1986 (*Bull. civ. n° 11*).

19. « Pressés par les plaideurs de choisir entre droit de propriété et droit au logement, entre droit de propriété et droit de grève, entre liberté de la presse et respect de la vie privée (ou de la présomption d'innocence), entre liberté d'expression et respect des croyances, etc., les juges des référés assurent "un équilibre entre la protection qui est demandée et le respect des libertés essentielles qui est revendiqué. Ce juge contraint d'appréhender ces démarches contradictoires avec sa propre personnalité apprend à prendre de la distance avec ses motivations profondes et parvient, non pas dans la hâte, dans le sens péjoratif du terme, mais avec la célérité qu'imposent les circonstances, à rendre une bonne justice" (H. Le Foyer de Costil, « Le vol d'aigle du juge des référés », in *Mélanges Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 378). [...] La formule d'un arrêt rendu à propos d'une affaire où la liberté d'expression et le respect des croyances se heurtaient résume parfaitement cette démarche : "Le principe de la liberté d'expression, notamment en matière artistique, d'une part, comme, d'autre part, celui du respect dû aux croyances et le droit de pratiquer sa religion étant d'égale valeur, il appartient aux juges des référés de décider des mesures appropriées à faire respecter ce nécessaire équilibre" (Civ. 1^{re}, 29 oct. 1990, *Bull. civ. I n° 226*; D., 1992, p. 72, obs. T. Hassler). Pour la Cour de cassation, les droits sont d'égale valeur. Le juge doit donc ne pas choisir entre eux. Chaque plaideur invoquant un droit d'égale valeur doit être *a priori* accueilli avec une égale sympathie par le juge, considérant que rien de ce qui est humain ne lui est étranger (Comp. M. Villey, « L'humanisme et le droit », in *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969, p. 60). Ces équations posées, qui sont peut-être la formule algébrique de la prudence, reste à imaginer une "solution d'apaisement acceptable, parce que raisonnable et équitable" (P. Drai, « Le délibéré et l'imagination du juge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Mélanges Roger Perrot, Dalloz, 1996, p. 108). » (N. Cayrol, « Réalisme et prudence du juge des référés », D., 2011, p. 904).

20. V. « Référé civil », in *Rép. proc. civ.* Dalloz.

recherchent, parmi toutes les mesures envisageables pour mettre fin au trouble, celle qui est la plus simple, la plus économique, celle qui porte le moins atteinte au principal, étant précisé que plus la situation est grave, plus la mesure appropriée pourra être lourde de conséquences. Du classique donc.

10. – Nouveauté au regard du seul contrôle de la Cour de cassation. La nouveauté que l'on peut déceler dans ces arrêts concerne seulement le contrôle de la Cour de cassation. En effet, traditionnellement, la Cour de cassation refusait d'exercer un contrôle sur le choix de la mesure : elle reconnaissait à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation au juge du fond²¹. En censurant pour manque de base légale l'arrêt de la cour d'appel, la Cour de cassation manifeste par là-même son intention de procéder désormais à un contrôle sur les motifs du choix opéré par le juge du fond.

C'est nouveau. C'est intéressant. Voilà des arrêts qui méritent d'être mentionnés dans un traité du référé à l'usage des juges des référés, pour leur préciser qu'il convient désormais, dans leur motivation, de bien montrer qu'ils ont tenu compte des différents intérêts en présence de manière à ce que la Cour de cassation soit en mesure d'exercer son contrôle. Mais, répétons-le, cette recherche de la mesure la mieux adaptée à la situation, les juges des référés étaient déjà tenus de la faire. Pour eux, le changement est minime, et en quelque sorte formel. C'est surtout pour les magistrats de la Cour de cassation (et les avocats aux Conseils) que ces arrêts changent quelque chose. En définitive, s'ils doivent figurer quelque part, c'est surtout dans un traité de la cassation en matière civile, au chapitre des pourvois formés contre les décisions rendues en référé.

Ce n'est pas le lieu de faire le commentaire de ce changement, de s'interroger sur l'importance de ce contrôle. S'agit-il d'un contrôle lourd ?

mi-lourd ? léger ? *welters* ?²² Ce contrôle est-il opportun ? Comment va-t-il s'articuler avec un autre contrôle qui existe déjà par ailleurs, et avec lequel il semble faire double emploi ? Je pense au contrôle du Conseil d'État sur les décisions du préfet refusant le concours de la force publique à l'exécution des décisions d'expulsion ou d'enlèvement, refus qui doit être justifié par les « nécessités de l'ordre public ». Supposons que le Conseil d'État approuve un préfet d'avoir refusé le concours de la force public à l'exécution forcée d'une décision dont la Cour de cassation aura jugé qu'elle était parfaitement proportionnée ! Il n'est pas sûr que la Tour de l'horloge apprécie que le Palais Royal lui donne l'heure...

Bref, retenons seulement que la portée normative « réelle » de ces arrêts de 2015 est, selon moi, limitée à un point très particulier de procédure de cassation à l'égard d'un pourvoi dirigé contre une décision de référé²³. Qu'en est-il maintenant de la portée « ressentie » ?

B. Portée « ressentie »

11. – Controverse autour de la balance des intérêts. Elle est très différente ! Voilà des arrêts qui sont déjà grands par la hiérarchisation opérée par la Cour de cassation elle-même : l'arrêt du 22 octobre est revêtu de la mention PBRI (manque seulement le communiqué sur le site internet pour qu'il y ait tout) ; celui du 17 décembre ira aussi le rejoindre au Rapport annuel.

Et ce n'est pas tout : ces arrêts sont grands aussi par la portée que la doctrine leur a d'ores et déjà conférée en rompant quelques lances contre eux. Je pense notamment au long commentaire critique de M. Pierre-Yves Gautier à la *Semaine juridique*, commentaire rehaussé par la publication en même temps des avis des avocats généraux rendus dans ces deux affaires²⁴, au plaidoyer de M. Philippe Malaurie, également dans la *Semaine juridique*²⁵, aux questions de M. Alain Bénabent au *Recueil Dalloz*²⁶.

21. Civ. 2^e, 9 oct. 1996, n° 94-16.619, *Bull. civ. II* n° 231 ; Civ. 2^e, 12 nov. 1997, n° 96-10.603, *Bull. civ. II* n° 273 ; Com., 22 mai 2002, n° 00-13.043 ; Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 01-17632, *Bull. civ. II* n° 65.

22. En boxe olympique, la catégorie poids *welters* (entre 64 et 69 kg), se situe entre super légers (de 60 à 64 kg) et poids moyen (de 69 à 75 kg). Un poids super léger est plus lourd qu'un poids léger (de 57 à 60 kg).

23. En ce sens, P. Cornille, obs. in *Construction – Urbanisme*, févr. 2016, n° 18.

24. Note P.-Y. Gautier, *JCP G*, 2016, p. 189. *Adde*, du même auteur, « Contre la balance des intérêts : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.*, 2015, p. 2189, ainsi qu'une communication au colloque de Caen le 11 mars 2016 : « La substitution, par présupposé, de la "balance des intérêts" au syllogisme judiciaire », in C. Bléry et L. Raschel (dir.), *40 ans après... une nouvelle ère pour la procédure civile*, Dalloz, 2016, p. 107 s.

25. P. Malaurie, « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le *judge made law* à la manière européenne », *JCP G*, 2016, p. 318.

26. A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.*, 2016, p. 137.

Pour ces auteurs, la portée de ces arrêts dépasse de très loin la boutique des spécialistes du référé ou de la technique de cassation. Ils mettent en cause la conception générale de notre droit, en diluant la règle et le syllogisme juridique dans une « balance des intérêts » jugée contraire à notre culture juridique²⁷.

12. – Le droit est-il une science comme les autres ? Je n'ai pas, dans le cadre de cette communication, à entrer dans la controverse. Au départ, je me demandais seulement si la hiérarchisation des arrêts pouvait avoir des conséquences sur leur portée. Il me semble, réflexion faite et exemple à l'appui, que non seulement ce n'est pas impossible, et que c'est même sans doute assez courant. Je remercie les étudiants du master de droit privé général organisateurs de ce colloque de m'avoir donné l'occasion de réfléchir à ce phénomène tout de même bien étrange. C'est à se demander si le droit est une science comme les autres.

On raconte que dans les sciences naturelles, la classification et la hiérarchisation des éléments, fut longtemps l'essentiel de la science, donnant aux Linné, Lamarck, et autres Jussieu l'occasion de briller par la précision et l'ingéniosité de leurs observations. Mais cette conception des sciences naturelles a disparu, ou du moins elle est aujourd'hui reléguée au second plan. La classification et la hiérarchisation ne sont plus aujourd'hui la Science; elles n'en sont que les conséquences, et pas les plus importantes. Aujourd'hui, dans les sciences naturelles, d'après François Dagognet, « les grandes découvertes se répercutent [peut-être] encore en nouvelles manières d'appréhender, de regrouper ou de séparer les espèces. Mais la taxinomie n'est plus la recherche, elle est seulement son miroir »²⁸.

Il faut bien reconnaître qu'en droit, au contraire, les classifications et les hiérarchies qu'elles induisent constituent encore la base de notre savoir.

27. V. égal. J.-H. Robert, « La marée montante de la proportionnalité », note sous Crim., 16 févr. 2016, n° 15-82.732, *JCP G*, 2016, p. 401.

28. F. Dagognet, v° « Taxinomie », *Encyclopedia Universalis*.

Petit huit du Grand A :

proportionnalité : quelles conséquences sur la motivation ?

Proportionnalité : quelles conséquences sur la motivation ?

Table ronde Présidée par **Pierre-Yves Gautier**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas
Avec la participation de

Jean-Sébastien Borghetti
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Jean-Yves Frouin
Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation

Didier le Prado
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation,
Ancien président de l'Ordre

Pierre-Yves Gautier – Les méthodes de raisonnement sont communes à tous les juristes et ne sont pas propres aux juges. C'est une méthodologie que nous partageons tous, une propriété commune, si l'on peut utiliser ce terme du Code civil. Gérard Cornu a laissé plusieurs pages importantes sur la façon dont travaillent les magistrats. Au fond, le juge, que ce soit dans une méthode syllogistique d'application de la règle de droit au fait pour en tirer une conclusion ou dans un contrôle de proportionnalité, qui est essentiellement un contrôle de fait et d'équité, a comme point de départ une volonté, puisqu'il s'agit de trancher un litige, de donner raison à une partie et tort à l'autre. Quand on lit les grands

arrêts, il y a une motivation très syllogistique mais il s'agit de faire souvent avancer l'état social. Dans l'arrêt *Jand'heur* il y a une motivation assez courte, en un paragraphe très riche, pour ne pas laisser la malheureuse Lise Jand'heur et sa famille sans réparation, compte tenu du fait que la faute personnelle du défendeur n'était pas prouvée.

Que ce soit la méthode syllogistique ou le contrôle de proportionnalité, le juge ne suit-il pas, avant tout, son intuition, sa volonté, sa conviction, le reste étant affaire de rigueur juridique et de méthodologie ?

Jean-Yves Frouin – On peut être tenté de dire que cette question est tout à fait pertinente pour le juge du fond dont il n'est pas rare qu'il opte

pour la solution qui lui paraît la plus juste avant de fonder juridiquement la solution. C'est beaucoup moins vrai pour le juge du droit qui, le plus souvent, ne connaît pas la chair du dossier et se détermine avec un regard tout à fait distancié sur le litige, en prenant en compte, de manière quasiment exclusive, les seuls éléments de droit propres à lui permettre d'opter pour telle ou telle solution. Le cas de la liberté d'expression religieuse dans l'entreprise, telle que traitée par la Chambre sociale, paraît typique à cet égard en ce sens que la chambre s'est déterminée, notamment pour examiner l'affaire Baby Loup, en appréciant exclusivement les arguments juridiques qui lui paraissaient dicter la solution adoptée. Peut-être l'Assemblée plénière a-t-elle eu un regard moins distancié mais, même sur une question comme celle-ci où chacun peut avoir une appréciation personnelle, ce sont les éléments juridiques qui ont été les éléments premiers.

Jean-Sébastien Borghetti – On dit volontiers que le juge, confronté à une affaire, a assez rapidement une idée de la solution juste et cherche ensuite l'habillage juridique qui convient. Même s'il procède ainsi, cependant, la règle de droit est essentielle, car elle constitue au minimum une limite à l'arbitraire. Même s'il dispose d'une certaine marge de manœuvre, le juge ne peut pas juger en équité. On peut espérer que les règles de droit ne sont pas que pur habillage. La question de la causalité dans la responsabilité du fait des produits défectueux est par ailleurs une question délicate : la Cour de cassation a renvoyé la balle en matière de vaccin contre l'hépatite B aux juges du fond (pour apprécier librement les présomptions de fait) et l'impression se dégage effectivement que les juges du fond décident un peu en fonction de leurs sentiments sur cette question délicate. Cette situation est problématique pour deux raisons : d'une part, pour des faits analogues, les décisions vont être différentes d'une cour d'appel à l'autre ; d'autre part, la position adoptée par la Cour de cassation ne permet pas de savoir clairement quelles sont les exigences de preuve minimales dans les situations d'incertitude scientifique. Renvoyer explicitement à l'appréciation souveraine des juges du fond n'est pas une solution très satisfaisante : certains demandeurs en profiteront, d'autres non, et tout cela encouragera un contentieux abondant dont il n'est pas sûr que les victimes de sclérose en plaques sortent *in fine* gagnantes.

Didier le Prado – On oppose souvent le caractère mathématique et désincarné du syllogisme juridique à la nature plus intuitive du contrôle de proportionnalité. Je crois que c'est méconnaître la vraie nature du syllogisme à la française. Le syllogisme n'est pas une démonstration abstraite, un plan préalable au raisonnement juridique. Historiquement, le syllogisme était une manière de cantonner le juge dans un rôle d'application mécanique des lois. Mais aujourd'hui, le syllogisme n'est plus un carcan inflexible. Les catégories juridiques sur lesquelles il se fonde sont parfaitement adaptables et interprétables. L'exemple de jurisprudence qui vient d'être abordé sur le lien de causalité en matière de responsabilité du fait des produits défectueux est à cet égard assez parlant. La Cour de cassation admet que l'incertitude de la causalité scientifique n'empêche pas d'établir la causalité juridique entre la défectuosité du produit et le préjudice de la victime, dès lors que celle-ci invoque des présomptions graves précises et concordantes de causalité. La catégorie juridique « *lien de causalité* », sur laquelle la Cour de cassation exerce un contrôle de qualification des faits, peut être façonnée pour aboutir à une solution adaptée aux difficultés de preuve. Le syllogisme juridique doit donc être maintenu. Il est le modèle de raisonnement du droit continental. Il permet à la Cour de cassation d'assurer son rôle normatif, et de garantir l'application uniforme du droit français sur tout le territoire. Et il n'empêche nullement la recherche d'une solution proportionnée, la prise en compte des particularités de l'espèce, de considérations économiques, sociales, sociologiques ou philosophiques. J'ajouterai que, devant la Cour de cassation, le raisonnement syllogistique prend la forme d'une réponse à un moyen de cassation. La technique de cassation est la seule qui permet à notre juridiction suprême de répondre clairement et précisément aux questions posées, et de remplir son rôle normatif et d'harmonisation du droit. Et on ne peut pas opposer frontalement le syllogisme juridique et un certain contrôle de proportionnalité parfaitement adaptable à notre technique de cassation.

Pierre-Yves Gautier – Le contenu des arrêts, afin de rester dans le raisonnement juridique sans verser dans un contrôle de proportionnalité impressionniste et casuistique, ne devrait-il pas être plus explicite, étoffé, dans la présentation des faits, les arguments des parties et surtout la

réponse du juge – argumentée et pas seulement affirmée de façon elliptique ? D'un autre côté, dans le style judiciaire de la Cour de cassation depuis sa création, faut-il abandonner le paragraphe extrêmement concis ? Rejoindre le style juridictionnel et le type de motivation que l'on trouve devant les cours supranationales ? Dans *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, la lecture instantanée permet de mieux méditer plutôt que de perdre un temps infini, comme avec les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans l'arrêt du 6 avril 2016 de la Première chambre civile, on sent une volonté didactique, qui avait été précédée par un avis de la Cour de cassation, visant à faire comprendre que les temps ont changé et que la Cour a décidé d'être plus explicite. Effectivement il y a quelques paragraphes de plus, des références aux précédents jurisprudentiels dans le corps de la solution. Un effort pédagogique est fait mais il est un peu gâché, puisqu'il s'est agi de se prononcer sur l'absence de rétroactivité du revirement de jurisprudence et la décision a plutôt versé ici dans le contrôle de proportionnalité.

Faut-il modifier la rédaction des arrêts, pour les rendre plus compréhensibles et éviter que la doctrine en fasse trop, éviter des censures de la Cour européenne des droits de l'Homme ? Est-ce que l'on ne pourrait pas concevoir de maintenir un système de publication sélective au Bulletin, avec une motivation plus détaillée pour certains arrêts plus importants et moins détaillée pour des arrêts moins importants ? Tout cela est un laboratoire d'idées bien utile.

Jean-Yves Frouin – Il faut ramener les choses à leur juste réalité. En l'espèce, il s'agit de partir du constat simple que le style judiciaire issu de la technique de cassation est sec, souvent elliptique même pour ceux qui le connaissent et le pratiquent, parfois à la limite de l'incompréhensible et de se demander s'il ne serait pas possible de l'enrichir pour échapper à la critique qui lui est faite, y compris parfois par des spécialistes. Le groupe de travail constitué autour du président Lacabarats n'a pas pour mission et objectif de faire la révolution du style judiciaire mais simplement de partir de ce constat pour réfléchir à des évolutions possibles. Parmi elles ce groupe de travail envisage un éventail assez ouvert de solutions concernant le fond et la forme des arrêts

pour que le débat soit le plus large et le plus ouvert possible, mais dans les limites de ce qu'est le rôle d'un juge de cassation à la française : l'unification de l'application du droit sur l'ensemble du territoire. Une fois encore, ce n'est pas la révolution. Concrètement, la concision est souvent une affirmation (parfois) péremptoire plus qu'une démonstration même si elle peut contenir ou laisser deviner l'argumentation qui la sous-tend. Autrement, la possibilité ou l'idée d'une motivation enrichie c'est de développer, en tout ou partie, l'argumentation qui sous-tend la règle posée ou énoncée de telle manière qu'elle soit mieux comprise ou tout simplement comprise quand elle a pu ne pas l'être. Il est vrai qu'il y a plus qu'une distinction formelle entre concision et développement : la concision porte en elle-même l'argumentaire qu'on lui prête, qui n'est pas exprimé et qui peut n'être pas celui que lui prêtait la Cour de cassation ; le développement ou la motivation enrichie porte cette argumentation que la Cour de cassation a suivi pour parvenir à la règle énoncée. Dans le premier cas, l'argumentaire échappe pour partie à la Cour et lui échappe par suite, dans une certaine mesure, la portée de sa décision ; en revanche, dans le second cas, l'argumentation est celle de la Cour qui conserve par là une meilleure maîtrise de la portée de sa décision. Par conséquent, derrière la distinction il y a aussi probablement un rapport de pouvoir entre les commentateurs et la Cour de cassation.

Sur l'autre partie de la question, il semble que l'on pourrait concevoir que certains arrêts novateurs soient l'objet d'une motivation développée tandis que les arrêts confirmatifs de décisions acquises seraient rédigés sommairement. Il paraît pourtant que ce serait source de confusion et que l'unité de la rédaction des arrêts pourrait être brisée. Ce serait source de confusion et d'interrogations car la distinction entre arrêts novateurs et arrêts confirmatifs de solutions acquises est tout sauf simple et limpide de sorte que l'on risquerait de multiplier les questionnements au regard d'arrêts développés sans justification pertinente et d'autres qui ne le seraient pas tout en innovant au moins à la marge.

Il faut – je crois – conserver une unité de rédaction entre les arrêts de la Cour de cassation (mis à part les arrêts de rejet non-spécialement motivés), la distinction majeure restant déterminée par l'étendue de la publication. Si l'on s'orientait vers une motivation enrichie, à terme

non-éloigné, il faudrait le faire, me semble-t-il, pour tous les arrêts donnant lieu à une réponse motivée de la Cour de cassation, mais alors comment arriver à ce résultat sans accroître le filtrage puisqu'il faut beaucoup de temps pour cela.

Didier le Prado – Une citation de Jean Rivero pour commencer : « il n'y a d'unité du droit que dans la clarté de sa formulation, une cour régulatrice doit non seulement bien décider mais encore expliquer en toute clarté le pourquoi de sa décision ». Sur le plan des principes, tout ce qui peut améliorer la compréhension est légitimement envisageable. Le Conseil d'État a lancé une réflexion de même nature sur l'amélioration et l'enrichissement de la motivation des décisions des juridictions administratives. Un rapport a été déposé en 2012 par un groupe de travail animé par le Président Martin ; il a fait un certain nombre de préconisations pour améliorer la lisibilité et la compréhension des décisions. Et depuis trois ans, une expérimentation est en cours pour le Conseil d'État, juge de cassation, et pour l'ensemble des juridictions administratives. Sont explorées un certain nombre de pistes : améliorer la rédaction des motifs de droit, exposer de façon plus approfondie le raisonnement juridique, citer des références jurisprudentielles, préciser davantage les motifs de fait... Dans le cadre de ce comité d'expérimentation, une grille d'évaluation des décisions a été mise en œuvre autour de la lisibilité, de l'acceptabilité, de la rigueur du raisonnement, de la richesse de la motivation, du rayonnement et de l'homogénéité des décisions... Est expérimenté devant les juridictions administratives l'abandon de la phrase unique, la numérotation des paragraphes, l'existence de sous-titres... Est également expérimenté l'abandon du « considérant », qui suscite beaucoup de passions : se pose la question de savoir s'il nuit ou non à la rigueur du raisonnement. Si les réflexions menées au Palais Royal ne peuvent être transposées à la Cour de cassation, il est parfaitement légitime de réfléchir à la façon dont les décisions sont comprises. Pourquoi ne pas tenter d'améliorer les choses ? Mais il faut avancer prudemment et à petits pas. On peut enrichir certains arrêts mais de mon point de vue, on ne peut pas les enrichir tous : un certain nombre d'arrêts mérite sans doute davantage d'explications, notamment lorsque la solution était mal comprise par les juges du fond, alors que d'autres ne le méritent peut-être pas. À titre personnel, je pense qu'il ne

serait pas choquant que les décisions soient motivées à géométrie variable. Les arrêts de principe, les revirements, la mise en œuvre d'une jurisprudence européenne justifient sans doute plus d'explications qu'un arrêt de censure ou de rejet reproduisant une solution existante comprise et acceptée par la doctrine, après avoir été déjà dégagée par la Cour de cassation. La concision doit rester la norme.

Jean-Sébastien Borghetti – Il y a vraiment deux débats, portant respectivement sur le contrôle de proportionnalité et sur la motivation, qui sont distincts et peuvent être envisagés l'un sans l'autre. S'agissant de la motivation, il est difficile de considérer la situation actuelle comme satisfaisante, lorsqu'on voit la perplexité dans laquelle un certain nombre d'arrêts, y compris pour certains très importants, plongent la doctrine. Il est par ailleurs assez remarquable de voir toute l'énergie, le temps et l'intelligence employés à analyser les décisions de la Cour de cassation : cela représente une bonne part de l'activité doctrinale des universitaires. S'agit-il là pour autant d'un emploi rationnel des ressources intellectuelles de l'Université française ? Ce n'est pas absolument certain. S'il y avait une vraie réforme de la motivation à la Cour de cassation, les universitaires devraient revoir un certain nombre de choses, à commencer par les exercices donnés aux étudiants. Le commentaire d'arrêt est en effet un exercice qui trouve sa justification première dans la concision de la Cour de cassation. On demande aux étudiants de commenter les arrêts car leur compréhension n'est pas évidente. À l'étranger le commentaire d'arrêt n'existe pas, du moins pas sous la forme que nous lui connaissons, car les décisions sont beaucoup plus explicites que celles de la Cour de cassation française. On peut alors les commenter, les développer, mais il n'y a en général pas à les expliquer, c'est-à-dire, au sens premier, les déplier. Plus généralement, la note d'arrêt, exercice typique de la doctrine française, n'a pas du tout la même importance dans la plupart des pays étrangers. Bien sûr, les décisions de justice donnent lieu à des discussions, mais celles-ci portent d'emblée sur le bien-fondé de la position adoptée par la cour, sans que soit nécessaire tout le travail préliminaire de compréhension et de reconstitution du raisonnement auquel obligent les décisions de la Cour de cassation. Nous aurions à mon sens tout à gagner à une plus grande motivation des

décisions. Néanmoins, entre la concision actuelle de la Cour de cassation et le modèle de la Cour européenne des droits de l'Homme ou de la Cour suprême américaine on peut sûrement trouver un équilibre : entre une page et deux cents pages il y a un moyen terme possible, ne serait-ce que trois pages. Il fut d'ailleurs un temps, au XIX^e siècle, où la motivation des arrêts de la Cour de cassation était plus développée, alors même que les arrêts étaient relativement courts. Dans la situation actuelle, lorsque des arrêts créent du droit ou posent des règles nouvelles, la brièveté empêche souvent de se faire une idée de la *ratio legis* de la règle adoptée et donc de la portée de l'arrêt. L'exemple de l'arrêt *Myr'Ho* du 6 octobre 2006, qui affirme que « tout manquement contractuel est une source de responsabilité à l'égard des tiers », constitue à cet égard un exemple particulièrement flagrant : la règle prise dans sa généralité est véritablement une machine à faire sauter le contrat. Elle ne peut absolument pas être appliquée dans toute sa généralité. Que dans certains cas un tiers puisse se plaindre et obtenir des dommages-intérêts du fait de la non-exécution d'un contrat sans avoir à prouver un fait générateur de responsabilité délictuelle est une chose ; dire qu'il en va ainsi dans tous les cas en est une autre et conduit à des résultats intolérables. La règle a besoin d'être circonscrite. Or, il suffit de regarder la littérature très abondante qu'a suscitée cette question depuis 2006 pour constater qu'elle ne l'a pas encore été. Or, si la Cour de cassation avait dû motiver plus sérieusement cet arrêt, elle n'aurait sans doute pas pu formuler la règle comme elle l'a fait. Dans certains cas, l'absence de vraie motivation conduit à l'énoncé de règles qui seraient impossibles à justifier s'il y avait une motivation circonstanciée. Concrètement, il est bien évident que les capacités de la Cour de cassation, humaines et matérielles, sont limitées, mais on peut faire un distinguo entre les arrêts : tel arrêt d'Assemblée plénière qui se veut très important mériterait légitimement une motivation plus développée qu'un arrêt prononçant une cassation disciplinaire. La motivation est également un garde-fou contre des affirmations quelque peu mystérieuses et arbitraires, notamment au stade de la

qualification. L'article de Tunc et Touffait sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, qui est toujours d'actualité, est très intéressant à cet égard¹. André Tunc cite des exemples qui ont leur pendant exact trente ans plus tard, notamment quant à la qualification de la faute. Il y a par exemple cet arrêt de 2000 qui énonce que le simple fait pour un grimpeur à Fontainebleau de dévisser alors qu'il grimpe sur un rocher constitue une faute². Pourtant, il semble que l'on puisse parfois tomber sans que cela soit le résultat d'une faute. S'il y avait une définition légale ou jurisprudentielle de la faute et un minimum d'exigence de motivation, la Cour, dans un tel cas, avant de qualifier les faits de faute, devrait montrer en quoi le comportement du défendeur était effectivement anormal ou illicite. Ses affirmations peuvent sinon paraître arbitraires, surprenantes et sont susceptibles de varier d'une décision à l'autre. Il faut par ailleurs souligner que si la Cour de cassation motivait certains arrêts plus que d'autres, ceux-ci prendraient forcément plus d'importance et une hiérarchie s'établirait *de facto* entre les arrêts, en fonction de la motivation dont ils auraient fait l'objet. Il est quand même très étonnant que la Cour de cassation ne cherche pas plus à contrôler la portée de ses arrêts et laisse la doctrine divaguer sur des questions importantes, auxquelles l'ambiguïté de certains arrêts ne permet pas d'apporter de réponse claire. J'ajouterai enfin que, si l'on veut travailler au rayonnement international du droit français, rendre les décisions de la Cour de cassation plus lisibles et plus compréhensibles est certainement au moins aussi important que réformer le Code civil.

Pierre-Yves Gautier – Que les arrêts soient plus explicites ou trop elliptiques, la Cour européenne des droits de l'homme continuera à condamner la France et l'appétit doctrinal ne sera pas vraiment changé. L'activité doctrinale actuelle, avec la multiplication des publications, physiques et en ligne, fait que, de toute façon, on continuera à s'interroger inlassablement. Ce qui a été relevé sur le commentaire d'arrêt est très intéressant : peut-être dans les années qui viennent ne mettra-t-on plus dans les fiches de travaux dirigés que des arrêts « new look », qui ressembleraient

1. A. Touffait et A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.*, 1974, p. 487.

2. *Civ. 2^e*, 18 mai 2000, *Bull. civ.* II n° 85.

à ceux des cours supranationales, voire des décisions de ces cours. Quand on lit la production européenne et les décisions de droit comparé, il est vrai qu'il est beaucoup plus difficile d'analyser en détail un arrêt extrêmement long qu'un arrêt très court. C'est une question méthodologique qui concerne les étudiants, les professeurs, aussi les avocats et les magistrats, pour connaître la jurisprudence. Il y a lieu d'être attaché au commentaire d'arrêt pour des raisons de fond et de méthodologie : avec la brièveté, la clarté, les questions de droit soulevées peuvent être appréhendées par le lecteur juriste, quel qu'il soit. Il peut les classer, y réfléchir, structurer sa pensée et ensuite, dans son travail, établir sa propre pensée. La longueur, le caractère analytique d'une décision reprendra en réflexion de synthèse. Dans les pays anglo-saxons il est frappant de voir à quel point les juristes ont du mal à structurer leur pensée et avancer d'un point de vue méthodologique, lorsqu'il s'agit de commenter un arrêt, ou plus généralement, de présenter une question de droit technique dans son ampleur, avec les points de vue « Pour » et « Contre » et l'opinion qui doit s'ensuivre, pour ne pas verser dans l'analyse neutre. Il faut aussi évoquer les limites qu'il y a à poser des règles. Au fond, contrôle de proportionnalité ou syllogisme, il s'agit toujours de normes. La Cour européenne vise des textes, des principes ; la Cour de cassation, dans les décisions qu'elle a rendues sur le contrôle de proportionnalité même si ce n'est pas récent, vise des règles. L'égalité des droits est une règle, un principe, plus affirmée que justifiée. C'est un tournant de civilisation : la Cour de cassation, jusqu'à maintenant, plus que le Conseil d'État pour des raisons historiques, appliquait les règles inscrites dans les codes et déroulait son raisonnement à partir d'eux.

Dès lors que l'on commence à raisonner sur des normes extrêmement malléables, sous forme de principes, n'y a-t-il pas un risque de dilution du droit et de baisse de qualité de la technique juridique ?

Jean-Yves Frouin – Il semble que dans l'approche qui fait l'objet d'une réflexion actuellement, il est parfaitement clair et acquis que la technique de cassation, même avec une motivation enrichie, doit demeurer la manière normale de raisonner et de travailler du juge du droit. S'il peut y avoir, dans certains cas ponctuels et

exceptionnels, un contrôle de proportionnalité, il demeurerait une façon marginale et contingente de réfléchir pour la Cour de cassation. Il n'y a pas dans la possibilité d'un recours à un contrôle de proportionnalité, sans doute plus fréquent puisqu'il était pratiquement inexistant, de véritables risques d'insécurité juridique ou de non prévisibilité minimale des solutions pour l'avenir.

Jean-Sébastien Borghetti – Tout dépend de l'ampleur de ce contrôle de proportionnalité. Si on le généralise, cependant, sachant que potentiellement les droits de l'Homme sont partout, ce n'est plus vraiment la peine d'avoir de règles, ni trois degrés de juridictions (et même quatre avec la Cour européenne). Un seul degré suffirait et si le justiciable n'est pas content il pourrait aller directement se plaindre à Strasbourg, un peu comme, à une époque et dans certains pays, on pouvait en appeler à l'équité du roi lorsqu'on n'avait pas obtenu justice de ses juges. Il n'est pas sûr que la CEDH dispose de la même autorité que les rois de droit divin du Moyen-Âge, mais cette réduction du nombre des degrés de juridiction constituerait une suite logique de la généralisation du contrôle de proportionnalité – du moins dans un premier temps. L'exemple de l'*Equity* anglaise montre en effet comment le jugement en équité conduit progressivement à l'établissement de règles, du fait de l'existence des précédents. Si le roi (ou son représentant) a décidé une fois dans un certain sens, il statuera certainement dans le même sens si un cas proche se présente. Dans le droit anglais actuel, les règles d'*Equity* sont tout aussi rigides que celles du *Common Law* (sauf à laisser légèrement plus de place à la « discrétion » du juge). Une appréciation de la proportionnalité et des droits de l'Homme au cas par cas ne me paraît pas viable sur le long terme. Au bout d'un certain temps il faudra réinventer la roue et élaborer des règles, car on ne peut s'en passer.

Didier le Prado – Le professeur Gautier a parfaitement raison : la *ratio decidendi* dans un arrêt des Cours européennes est aussi brève que celle de la Cour de cassation. Et un arrêt de la Cour de cassation ne peut pas être motivé autrement qu'il l'est. Le Premier Président Canivet s'exprimait ainsi : « Le juge de cassation ne raconte pas une histoire, la décision de cassation n'est pas un récit ni une motivation globale de la solution d'un litige, c'est une succession de réponses logiques aux questions juridiques posées à ce

juge ». La richesse de la technique de cassation oblige la partie à poser une question de droit précise au juge qui lui donnera également une réponse précise, concise et claire. La concision du style permet également au juriste d'identifier rapidement le membre de phrase dans lequel la portée normative de l'arrêt se situe.

Au contraire, le style fleuve des arrêts européens oblige à lire de nombreuses pages (rappel de fait, procédure, énoncé détaillé des prétentions des parties, jurisprudence antérieure, interprétation de cette jurisprudence) avant de découvrir, enfin, la position de la Cour.

Pour revenir au contrôle de proportionnalité, ce contrôle au visa de la Convention EDH peut, je l'ai déjà dit, parfaitement s'intégrer dans la technique de cassation et le raisonnement syllogistique. On oppose le risque d'une casuistique infinie dans les solutions données. Mais dans de nombreux domaines, la Cour de cassation exerce un contrôle de qualification très poussé sur un certain nombre de notions et elle est conduite à préciser, arrêt par arrêt, la définition qu'elle donne. Il y a là nécessairement une part de casuistique. C'est le cas par exemple pour la définition de la faute. De même, pour le mandat apparent et les circonstances autorisant le tiers à croire légitimement aux pouvoirs du mandataire : précédemment évoquée, la jurisprudence se construit, arrêt par arrêt. Il y a là nécessairement une sorte de pointillisme. Mais ce n'est pas pour autant que le lecteur averti ne parvient pas à déceler une tendance générale quant à la portée de cette jurisprudence, serait-elle casuistique en raison précisément de l'étendue de ce contrôle. La situation est la même pour le contrôle de proportionnalité qu'il n'y a pas de raison de refuser. Les conventions internationales s'imposent au juge français depuis l'arrêt *Jacques Vabres*. Lorsque les parties invoquent un moyen de cassation tiré de l'article 8 ou de l'article 10 de la Convention EDH, la Cour de cassation doit y répondre ; et elle doit le faire dans le cadre de sa technique habituelle, avec le syllogisme juridique et en s'en tenant aux constatations de fait des juges du fond. Cette réponse ne remet pas fon-

damentalement en cause l'office qui est actuellement le sien et qu'elle remplit parfaitement.

Pierre-Yves Gautier – Si on lit d'abord un arrêt de la Cour de cassation, même s'il est souhaitable qu'il soit plus étoffé et ensuite, un arrêt de la Cour EDH, pour le second il faut beaucoup de temps pour arriver à comprendre le raisonnement, les précédents... Ensuite il faut essayer de réfléchir sur le sujet et, intellectuellement, il y a souvent un phénomène d'épuisement, de sorte que la synthèse ou le résumé est laborieux, au risque de perdre l'esprit critique. Ce qui est frappant dans la littérature, y compris doctrinale, relative aux décisions de la Cour EDH ou de la CJUE, est que l'effort analytique est tel qu'il y a une certaine perte d'esprit critique, le cœur de la réflexion du juriste, lecteur ou arrêviste. Ce n'est pas le cas avec les décisions de la Cour de cassation. Si celle-ci décidait de s'aligner sur les cours supranationales, la communauté des juristes éprouverait des difficultés sérieuses, on se retrouverait devant le fait acquis si celles-ci s'étaient déjà prononcées et la perspective de revirements de jurisprudence serait de plus en plus lointaine. C'est une question de civilisation qui est en train de se produire, prenons-y garde. Au sujet des précédents précisément : les cours européennes sont en train de consacrer ce principe qui nous vient des pays de *Common Law* alors que nous sommes dans un système de droit écrit. Dans l'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 2016 sont visés divers précédents. C'est didactique en apparence mais il ne faut pas en être adepte, pour trois raisons : il faut aller lire les précédents et rechercher la cohérence, d'une part, car l'arrêt ne pourra pas être compris sans eux et le travail est ainsi augmenté ; d'autre part, ladite cohérence sera souvent galvaudée et de plus en plus, on voit que les visas des cours supranationales sont assez formels. En *Common Law* c'est le système, mais chez nous, le juge applique la loi et il n'y a pas nécessairement toujours d'harmonie avec les précédents, car la loi prime, pas les décisions antérieures, des autres juges ou de la même formation juridictionnelle³. Enfin, les différences

3. C'est au demeurant la raison pour laquelle l'agitation autour de la « justice prédictive », présupposant que le juge saisi d'un cas analogue à une masse jurisprudentielle antérieure, s'alignera sagement sur celle-ci, consiste d'une part à méconnaître la liberté intellectuelle des magistrats de se prononcer comme ils l'entendent sur le cas individuel dont ils sont saisis et d'autre part, à encourager l'avocat à ne pas faire le métier pour lequel il perçoit des honoraires : réfléchir, se documenter dans les manuels, trouver l'idée ou la faille que les autres – ceux-là mêmes ayant approvisionné la compilation « prédictive » – n'auront précisément pas su apercevoir, ou pas pu, ou manqué de courage ou d'audace. La *Revue de droit d'Assas* reviendra probablement sur ce sujet dans ses colonnes.

ou les ressemblances sont souvent très étonnantes.

Comment un juge peut-il avoir une harmonie dans ses décisions, sans se rattacher à un texte de loi ?

Jean-Yves Frouin – Sur le dernier point, il est tout à fait inutile de recourir à la référence du précédent. Le groupe de travail actuel envisage toutes les évolutions possibles et y a introduit la possibilité de citer expressément les précédents. Il ne m'apparaît pas souhaitable d'y procéder. Il semble que ce que l'on fait actuellement, c'est-à-dire la reprise dans un arrêt, que ce soit comme juge du fond ou de cassation, d'une règle déjà énoncée, dispense totalement de références expresses à un précédent. À cet égard, les renvois dans le Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, de plus en plus riches et complets, sont suffisants et s'accordent, au surplus, avec l'idée que dans le système de droit écrit qui est le nôtre, la jurisprudence n'est pas *stricto sensu* une source de droit même si elle l'est par la nature des choses. Sur la comparaison entre ce que pourraient devenir nos arrêts et ce que sont actuellement les arrêts des cours supranationales, il est parfaitement clair que la réflexion en cours ne tend pas du tout à faire de la Cour de cassation une cour rédigeant de manière similaire à ces cours européennes ou à des cours étrangères. Il s'agirait simplement d'enrichir la motivation de manière à la rendre plus explicite et compréhensible là où elle est parfois elliptique et peu compréhensible sauf par une induction amplifiante qui peut confiner, dans certains cas, à une forme de divination. Il faut indiquer, à titre d'exemple, un arrêt rendu il y a quelques jours, parfaitement syllogistique adoptant une règle nouvelle, mais que celui qui est étranger aux délibérés est *a priori* incapable de comprendre parfaitement. C'est une hypothèse banale où l'on écarte l'application d'une règle générale dans un cas où elle pourrait trouver à s'appliquer mais on ne sait pas pourquoi et en lisant l'arrêt constitué d'un seul paragraphe les explications n'y transparaissent pas. Il faut compter sur de brillants commentateurs. La situation souhaitable serait un moyen terme entre ce qui existe actuellement et ce que font la CJUE et la Cour EDH.

Dans l'interview donnée par le président Louvel au journal *Le Point* il estime que « le mini-

mum est de livrer une motivation ajustée à la compréhension du plus grand nombre. D'ailleurs, le mouvement européen nous incite à motiver nos décisions avec des raisonnements de bon sens partagé même s'ils peuvent heurter parfois notre tradition juridique. [...] Il y a un moyen terme entre les arrêts très longs et argumentés de la tradition anglo-saxonne et nos décisions très courtes qui vont à l'essentiel dans un langage trop complexe ». C'est à peu de chose près la philosophie du groupe de travail présidé par Alain Lacabarats.

Pierre-Yves Gautier – Le raisonnement juridique repose sur le bon sens. On peut dire aussi que la sujétion qui est la nôtre, noble, est qu'il n'y a pas de raisonnement juridique sans démonstration : le droit n'est pas une affirmation, seule la loi peut prescrire, mais pour ceux qui ont la charge de l'appliquer, tout spécialement les juges judiciaires, la décision doit passer par une motivation. Que ce soit en un paragraphe, une page, trois pages ou plus, il y a une motivation à bâtir et c'est incontournable.

Jean-Sébastien Borghetti – Il y a des juristes étrangers qui n'ont pas de problème de conceptualisation. Beaucoup de droits étrangers n'ont pas les formes du nôtre mais cela ne les empêche pas de conceptualiser. C'est le cas du droit anglais, c'est aussi le cas de manière plus évidente encore du droit allemand, peut-être à l'excès, mais avec des décisions plus longues que les nôtres. Les deux questions ne sont pas liées : les décisions du *Bundesgerichtshof* sont sensiblement plus longues que celles de la Cour de cassation mais tout autant conceptualisées, sinon plus. Il est vrai qu'il peut être difficile de comprendre les décisions de la Cour EDH ou de la CJUE, mais parfois les arrêts de la Cour de cassation ne sont pas plus évidents à comprendre, notamment quant à leur portée. S'agissant des précédents, il me paraît évident que l'on ne peut fonctionner sans eux. Les notes de jurisprudence en témoignent amplement, qui y font toujours référence. Dès lors que la jurisprudence est publiée, les précédents acquièrent nécessairement une autorité. Il ne peut en aller autrement. Cela étant, cette autorité peut être variable. Entre le *binding precedent* du droit anglais qui s'impose par la suite aux juridictions inférieures (voire à la juridiction même qui a rendu la décision) et le *persuasive precedent* du droit améri-

cain, il y a une nette différence ; et il n'est nullement question d'adopter en France la conception « forte » du précédent qui prévaut outre-Manche. Que les précédents existent et soient pris en compte paraît évident : on n'imagine pas que les magistrats de la Cour de cassation en fassent abstraction. Une référence explicite aux précédents aurait l'avantage de renforcer le devoir de cohérence pesant sur les juges et permettrait également de rendre les revirements ou infléchissements de jurisprudence plus explicites. Il est en effet parfois difficile de situer un arrêt par rapport aux précédents connus et il serait intéressant de savoir comment la Cour elle-même a entendu se situer par rapport à eux.

Tant que la cassation est purement disciplinaire, le fait qu'une décision revête un caractère cryptique n'est peut-être pas trop grave, mais à partir du moment où la jurisprudence est une source du droit et se revendique comme telle, dès lors qu'elle pose des règles qui pourraient tout aussi bien être adoptées par le Parlement, il faut un minimum d'explications. De même que le Parlement essaie de fournir une *ratio legis* aux règles qu'il vote à travers les travaux préparatoires, il faut que la jurisprudence tire les conséquences de son statut de source du droit et s'explique un minimum sur la raison d'être et la portée des règles qu'elle crée.

Didier le Prado – La jurisprudence est bien sûr une source de droit ; et un arrêt de la Cour de cassation doit à lui seul constituer une démon-

stration. À titre personnel, je ne pense pas qu'il soit utile que les arrêts de la Cour de cassation se réfèrent à des précédents émanant de cette même juridiction dès lors que l'arrêt comporte une démonstration de la solution retenue. Il existe des travaux préparatoires qui permettent d'éclairer la loi, œuvre du législateur ; et il existe également des travaux préparatoires qui peuvent permettre d'éclairer les arrêts de la Cour de cassation : il s'agit du rapport du conseiller rapporteur et de l'avis de l'avocat général ; quant à la citation des précédents, il est possible de les trouver dans la publication des arrêts de la Cour de cassation au bulletin qui renvoie précisément aux précédents, qu'il s'agisse de ceux qui se sont prononcés dans le même sens ou en sens contraire. Il existe une jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation selon laquelle « nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée » ; dans ces conditions, il ne me semble, à titre personnel, pas indispensable que la Cour de cassation cite dans la motivation de ses arrêts ses précédentes décisions. Il est seulement souhaitable, lorsqu'elle modifie sa jurisprudence, qu'elle explique précisément les raisons pour lesquelles elle le fait. En revanche, rien ne s'oppose, de mon point de vue, à ce que la Cour de cassation, lorsque ceci est utile, cite dans le corps de sa décision les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, de la cour européenne des droits de l'homme ou les décisions du Conseil constitutionnel.

Questions de l'assistance

Philippe Malaurie – J'ai beaucoup appris dans cette journée et je retiens trois leçons. D'abord, sur le syllogisme judiciaire, c'est une vieille histoire qui remonte à la nuit des temps, à Saint Paul : « la lettre tue, l'esprit vivifie » ; mais il y a aussi la nécessité de revenir au droit en faisant abstraction de toutes nos idéologies, de tous les précédents. Le droit, tout le droit, rien que le droit. Il y a un équilibre à faire entre Saint Paul et Portalis. Deuxièmement, l'équilibre n'est pas nécessairement le compromis. Nous savons, aujourd'hui, que le compromis est souvent une astuce assez méprisable. Je reste convaincu de la valeur incomparable de l'*imperatoria brevis*. Je ne suis pas d'accord : moins il y en a, le mieux c'est. Je préfère les arrêts de la Cour de cassation gravés dans le marbre au style « spaghetti » de la Cour Européenne des droits de l'Homme. Troisième impression : cette journée a été un enchantement. J'ai senti dans mes oreilles, Gershwin, la chaleur du printemps, *April in Paris*, l'éclatement des bourgeois. Dans le plus beau lieu du monde, entre l'École militaire et les Invalides, la perfection, l'art français, l'équilibre, la mesure et ainsi je souhaite que la Cour de cassation ne pratique pas le verbalisme, le verbalisme et le *judge-made law* de la Cour européenne et de la Cour de justice de l'Union Européenne. Je souhaite, de tout cœur, *April in Paris*, qu'elle conserve dans ses motivations sa clarté, sa simplicité, son élégance et sa sobriété. Ce sont là des vertus qui font partie de notre patrimoine et de notre héritage culturel, nous devons en être les gardiens.

Laurent Leveneur – Le président Lacabarats a évoqué le risque d'impressionnisme juridique si l'on empruntait une certaine voie qui conduirait à développer le contrôle de proportionnalité. J'ai retrouvé, il y a quelques jours, quelques mots de François Gény au sujet du président Magnaud : « sous l'influence dissolvante de son flottant humanitarisme, le président Magnaud aboutit à une sorte d'impressionnisme anarchique dans l'application du droit positif ». Le bon juge de Château-Thierry a vu chacune de ses décisions être réformées en appel et, ensuite, les choses se sont assez mal passées à la Chambre des députés lorsqu'il a voulu introduire son système ayant été élu parlementaire. Nicolas Molfessis a dressé une liste d'arrêts peu compréhensibles et Jean-Sébastien Borghetti a fait mention de décisions en ce

même sens. Je voudrais faire part d'une expérience différente : chaque mois, je lis tous les arrêts de la Cour de cassation en matière contractuelle, que m'envoie un éditeur. Je les lis tous et je n'ai pas de difficultés. Que parfois nous n'ayons pas la motivation de la solution donnée, peut-être, mais au moins on la comprend. L'arrêt *Les Maréchaux* est parfaitement compréhensible en évoquant les décisions de la Cour de cassation dans lesquelles des prérogatives contractuelles ont fait l'objet d'un contrôle sur le terrain de l'article 1134 alinéa 3 et c'est précisément la clause résolutoire ; là on avait une garantie de passif qui portait atteinte à la substance d'un droit prévu par le contrat. Il suffit de prendre cela en considération. Sur l'appréciation de la valeur de la décision et sa portée, il y a peut-être trop de production doctrinale à partir de la même décision qui finit par perdre tout le monde. La faute n'est pas ici à la Cour de cassation. Dans certains cas, le développement de la motivation pourrait se justifier, notamment pour les arrêts de revirement. Finalement le système est plutôt bon.

Jean-Sébastien Borghetti – Ce qui parfois m'échappe ce n'est pas le sens des mots dont sont faites les décisions, mais les raisons profondes et la portée de celles-ci. Il est bien évident que je ne suis pas en train de prôner un passage totalement irréaliste au style des décisions de la Cour EDH et de la CJUE. Peut-être qu'un moyen terme est envisageable, cependant. La brièveté est assurément un bien, mais il me semble parfaitement hypocrite de dire que toutes les décisions de la Cour de cassation sont l'expression de raisonnements purement logiques. Je ne crois pas que l'arrêt *Jand'heur* soit le résultat inéluctable de la logique juridique. Je ne crois pas que l'arrêt *Les Maréchaux* soit le résultat inéluctable de la logique juridique, pas plus que l'arrêt *Myr'Ho*. Je ne dis pas que ce sont de mauvaises décisions, mais affirmer que l'on peut motiver ces décisions en seulement trois lignes au nom de la logique juridique pure n'est pas vrai. Arrêtons de dire que le juge ne fait que pratiquer le syllogisme.

Pierre-Yves Gautier – Tout dépend ce que l'on entend par le syllogisme. Dans le syllogisme, il y a ces considérations sociales, économiques, humaines qui font que par exemple, l'arrêt *Jand'heur* est rendu.

Jean-Sébastien Borghetti – À ce moment-là ne devrait-on pas les exprimer ?

Marie-Laure Mathieu – Justement, la structure peut être syllogistique mais il faut la distinguer de son contenu. Tout dépend de ce que le juge décide de donner à voir de ce qu'il fait en réalité. Faut-il qu'il le montre ?

Pierre-Yves Gautier – C'était le sujet de la chronique de Chabas sur « le cœur de la Cour de cassation », mais faut-il pour autant le montrer ? Il faut motiver certainement plus, mais certaines considérations ne sont peut-être pas absolument utiles.

Maxime Brenaut – Je me permettrai, pour une brève évocation de ces questions à l'aune du droit pénal, de cheminer sur la route qu'a tracée le Professeur Chénédé, en distinguant à mon tour les deux questions de la motivation et du contrôle de la proportionnalité. Pour ce qui est de la motivation, la Cour de cassation devrait se garder d'adopter les travers strasbourgeois du développement des motifs au fil de trop longues pages, et ce d'autant plus que ce n'est pas nécessaire, ainsi qu'elle a su le montrer par le passé. De fait, le moyen terme proposé par le Professeur Borghetti, conjurant l'excès de concision aussi bien que l'excès de prolixité, est familier aux lecteurs des « grands arrêts ». Un tel modèle a existé, longtemps, comme en témoigne la jurisprudence du ^{xix}^e siècle, et l'on en retrouvait encore une illustration éclatante, en matière pénale, dans un célèbre arrêt de 1979 par lequel l'Assemblée plénière explicitait la *ratio legis* de l'article 2 du Code de procédure pénale sur les conditions de recevabilité de l'action civile devant le juge pénal. Cette authentique « leçon de droit » donnée par la Cour était d'autant plus appréciable qu'un bref *obiter dictum* lui suffisait pour tout expliquer. Concise et dense, une telle motivation n'en est que plus percutante. Pour ce qui est du contrôle de proportionnalité, toutes les craintes manifestées par plusieurs intervenants trouvent à s'exprimer *a fortiori* en matière pénale, puisque sont en jeu les atteintes les plus vigoureuses aux libertés. Ce serait pourtant accepter un état de fait que de transposer ce contrôle de proportionnalité de manière officielle. À partir du moment où l'on accepte de contrôler la conventionnalité de la loi pénale et de l'écarter au profit d'un texte de la Convention européenne – rédigé d'une façon très large et que, depuis 2011, l'on doit appliquer à la lumière

de la jurisprudence de la Cour EDH qui est censée faire corps avec –, il est clair que, *de facto*, l'on a déjà offert, depuis de nombreuses années, à la Cour de cassation, et en tout cas à la Chambre criminelle, le contrôle de proportionnalité. Lorsqu'il y a, par exemple, des règles légales de perquisition extrêmement strictes, précises, notamment pour les organes de presse, que les officiers de police judiciaire les appliquent rigoureusement mais que la Chambre criminelle vérifie, par ailleurs, si ces règles sont bien « proportionnées » au regard des articles 8 et 10 de la Convention EDH, alors émerge la possibilité que tout texte soit remis en cause, et que toute procédure parfaitement respectueuse des prévisions légales puisse être annulée parce qu'un juge aura, à l'occasion de son contrôle de proportionnalité, conclu à la disproportion et donc à la violation de droits fondamentaux. La sécurité juridique ne devient-elle pas, à cet égard, un principe abstrait, consacré « pour la forme », mais dont l'effectivité est purement chimérique ? Plus prosaïquement, notre officier de police judiciaire s'apprêtant à perquisitionner n'est-il pas conduit à considérer que, au fond, les règles légales qu'il se contraint à respecter ne servent pratiquement à rien puisque leur respect scrupuleux ne le préserve pas d'une annulation de l'acte de procédure ? Cette incertitude, inhérente à l'empire du contrôle de proportionnalité, ne risque-t-elle pas de pousser les policiers, sur le terrain, à s'affranchir complètement des textes de loi tels qu'ils sont prévus en persifflant « à quoi bon » ? Ces questions méritent d'être posées, tant le contrôle de proportionnalité ouvre de larges pouvoirs au juge, qui nous rendent structurellement dépendants de son appréciation. Le contrôle de proportionnalité, fleuron de « l'état de droit », est aussi un fleuron de « l'état de justice » au sens où on l'entendait jadis. Mais c'est bien sûr avec une grande prudence – et d'une voix volontiers chevrotante – que je me risquerai à une telle affirmation puisque, à en croire le Premier Président Louvel, « le chiffon rouge du gouvernement des juges n'est en réalité agité que pour faire obstacle à l'accomplissement démocratique d'une véritable séparation des pouvoirs ». Dieu nous garde de telles arrière-pensées... mais qu'il nous garde néanmoins aussi de l'équité des Parlements et des dérives de son expression contemporaine qu'est le contrôle de proportionnalité.

Petit neuf du Grand A :

propos conclusifs

Propos conclusifs

Philippe Théry

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

1. – Ces quelques lignes ne peuvent retenir sur lui-même un colloque d'une grande richesse consacré à une réforme – acquise ? en cours ? à faire ? – dont les conséquences peuvent juste être entrevues. Tout au plus peuvent-elles clore une journée réussie, en posant quelques questions suscitées par les diverses interventions que nous avons entendues. Et, bien que le titre du colloque évoque la réforme de la Cour de cassation, les interventions et les discussions font apparaître qu'il y en a deux, assez différentes.

La première, vivement défendue par Nicolas Molfessis¹, vise à permettre à la Cour de cassation d'assurer son rôle normatif de manière optimale. La réforme est centrée sur la jurisprudence et les exigences qu'implique son caractère de source de droit. La seconde est autrement radicale qui vise à sortir, selon la formule de son Premier président, du contrôle de légalité pour lui substituer un contrôle de proportionnalité, qui se veut une autre manière de décider. Tout est alors centré sur le jugement, ce qui entraîne un basculement dans l'office de la Cour de cassation. Tous les travaux consacrés aux « cours suprêmes »² insistent en effet sur l'idée qu'une

telle cour doit – légitimement – juger au-delà du cas dont elle est saisie :

« Douteuse serait l'utilité d'une cour suprême qui aurait pour seule mission d'essayer de statuer mieux que les cours d'appel. Sa raison d'être n'est pas là. Sa fonction essentielle ne peut être que de clarifier le droit et de le moderniser [...]. Le litige dont une cour suprême est saisie n'est pour elle que l'occasion de remplir sa mission principale. Elle statue dans l'intérêt du droit – donc de tous les citoyens – plus que dans celui des plaideurs ».

Cette opinion d'André Tunc³ est partagée par tous ceux qui ont écrit sur la question⁴.

2. – Avant même d'évoquer en détail les réformes envisagées, observons que la première réforme, qui veut assurer la continuité de la fonction traditionnelle de la Cour – son rôle normatif – au moyen d'une diminution significative du nombre de pourvois requiert une intervention législative⁵, alors que la seconde, autrement profonde et nouvelle, ne dépend, techniquement du moins, que de la Cour elle-même. Leur simultanéité a d'ailleurs quelque chose d'intrigant, parce que

1. V. aussi sa communication au Colloque organisé à la Cour de cassation le 24 novembre 2015 : N. Molfessis, « Pour une sélection vertueuse des pourvois », *JCP G*, 2016 suppl. au n° 1, p. 16 et s. Dans une ligne proche, on lira avec intérêt le texte d'une conférence donnée le 13 novembre 2006 à l'Académie des sciences morales et politiques par M. Guy Canivet, ancien Premier président de la Cour de cassation : G. Canivet, « Vision prospective de la Cour de cassation ».

2. Entre autres : P. Bellet et A. Tunc (dir.), *La cour judiciaire suprême, une enquête comparative*, Economica, 1978 ; F. Zénati : « La nature de la Cour de cassation », *BICC* n° 575, 15 avr. 2003 ; et la conférence précitée de M. Guy Canivet.

3. A. Tunc : « La cour suprême idéale », in *La cour judiciaire suprême, une enquête comparative*, préc. p. 437.

4. R. Drago, à l'occasion d'un colloque des Instituts d'études judiciaires, avait dit que « pour le Conseil d'État, le requérant est une sorte de prétexte pour faire du droit administratif ».

5. Le Gouvernement a déposé, puis retiré en raison de l'opposition des groupes parlementaires, un amendement au projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire qui restreignait l'ouverture du pourvoi en cassation (reproduit *infra* en annexe).

l'opposition paraît évidente entre le rôle normatif qui, par le phénomène d'induction bien connu⁶, fait sortir le général du particulier et la proportionnalité qui semble bien s'y épuiser.

3. – Quelle explication pourrait-on trouver à cette volonté réformatrice ? Dire que ce contrôle de proportionnalité, présenté par certains comme le véritable office du juge⁷, resurgit aujourd'hui parce que le légicentrisme qui caractériserait le droit français est épuisé ? Que la supériorité de la loi est une vieille lune parce que la lumière vient de Strasbourg, de Bruxelles ou de Luxembourg ? Que, de toute manière, le juge est en position de décider très librement, approuvé en cela par un mouvement d'idées qui voit dans celui qui applique les textes le véritable créateur du droit ?

À ces arguments, on pourrait répondre que la règle du « *precedent* » constitue pour le juge anglais une contrainte autrement forte que celle de la loi pour le juge français, *a fortiori* de la jurisprudence de la Cour de cassation et que la balance des intérêts n'est sans doute pas absente de la logique du juge français même si, par atavisme, la motivation n'en fait pas état. Le juge peut bien évaluer les intérêts en cause avant de décider, sans que ce « balancement circonspect » se retrouve nécessairement dans sa décision. Dans les affaires pour lesquelles la Cour de cassation a fait appel à un ou plusieurs « *amici curiae* », c'est une certitude, sans pour autant que la rédaction des arrêts en laisse rien paraître. En réalité, cette question ne se rattache pas tant à la décision qu'à sa motivation⁸ et l'on pourrait se borner à constater que le juge français est – trop (*v. infra*) – avare des développements que le juge anglo-saxon ou européen dispense, lui, en surabondance. On peut aussi penser que la proportionnalité n'est pas totalement étrangère au droit français. Admettre, par exemple, que les nécessités de la preuve justifient la copie illicite d'un document, n'est-ce pas tenter de concilier les exigences d'un procès équitable et celles de la

propriété ? Les juges n'ont-ils pas été familiarisés avec ces raisonnements par la méthode législative qu'a introduite Jean Carbonnier qui pose la règle mais en tempère les excès possibles par un pouvoir modérateur accordé au juge, créant ainsi un nouveau type de loi, supplétive pour le juge ? La proportionnalité proposée rend toutes les lois supplétives pour le juge, en fonction des circonstances du cas.

4. – Ajoutons que la manière de réformer est bien française : le mouvement part du haut, ce qui a suscité les critiques des cours d'appel⁹. Il est vrai que la Cour de cassation se trouve en première ligne face aux foudres de la Cour de Strasbourg. Cependant, si la recherche de proportionnalité est une autre manière de juger, elle relève nécessairement de l'office du juge en général, d'autant que la prise en compte des exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme s'impose à tous les juges quelle que soit leur place dans l'institution¹⁰.

Les deux aspects de la réforme, l'une centrée sur la jurisprudence, l'autre sur le jugement, constitueront les axes des lignes qui suivent.

– I –

5. – Le nombre de pourvois portés devant la Cour de cassation est impressionnant. D'où l'idée d'un filtrage plus serré qui permettrait d'alléger le rôle de la Cour, allègement qui, nous a dit Nicolas Molfessis, est une condition de l'élaboration d'une bonne jurisprudence. À titre indicatif, M. Canivet, dans sa conférence à l'Académie des sciences morales et politiques, estimait que sur les 32 600 arrêts rendus en 2005, seuls 400 – ceux qui sont cités au rapport annuel – ont « une véritable portée normative », chiffre qui se rapproche de ceux que l'on connaît pour d'autres juridictions supérieures¹¹.

Mais ce filtrage se heurte à une forte opposition, essentiellement pour des raisons politiques. L'égalité des plaideurs serait mise à mal si l'accès

6. P. Hébraud, « Le juge et la jurisprudence » in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales, 1974, p. 329 et s.

7. P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin : « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061.

8. Sur cette distinction, v. l'article classique de J.-C. Hutcheson : « Le jugement intuitif, la fonction du "hunch" dans la pratique judiciaire », in *Recueil d'études juridiques sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, vol. II, p. 531.

9. V. la communication de Madame Lottin.

10. La Cour de cassation est assez jalouse de ses prérogatives. Les propositions du Rapport Molfessis prenaient soin de réserver à la Cour la possibilité d'aménager les revirements quoique, selon le rapport même, la question « se trouve incluse dans le périmètre "naturel" du pouvoir du juge », in *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à M. Le Premier Président Guy Canivet*, groupe de travail présidé par N. Molfessis, 2004, p. 38-39.

11. Une centaine d'affaires pour la *Supreme Court of Judicature*, 600 arrêts en audience publique pour le *Bundesgerichtshof*, 900 arrêts motivés affaires civiles et pénales confondues pour le *Hoge Raad*.

à la Cour était limité aux affaires « intéressantes ». Par ailleurs, la Cour n'a-t-elle pas réussi à maîtriser le flot des pourvois, jugés dans un délai raisonnable ? Ainsi s'explique sans doute le destin de l'amendement déposé par le Gouvernement au projet de loi « de modernisation de la justice du ^{xxi}^e siècle »¹² qui s'est heurté à une opposition unanime des groupes parlementaires en commission.

6. – Ces arguments ne sont évidemment pas sans réplique. Le recours n'est pas un droit¹³ ; la question est donc bien politique, plus que juridique. L'égalité est essentiellement assurée par l'accès aux juges du fond et même, en pratique, par les juges du premier degré puisque le pourcentage d'appels est d'environ un quart. En outre, à supposer que l'accès à la Cour de cassation soit fermé, celui de la Cour de Strasbourg s'ouvrira du même coup, les recours internes étant épuisés¹⁴.

Affirmer que la Cour de cassation maîtrise son rôle n'interdit pas de penser que la question de sa fonction reste posée¹⁵. La fonction normative peut, certes, être assurée à travers 32 600 arrêts comme à travers 400. C'est, dit-on, une simple affaire de tri. Mais, il reste légitime de se demander si la fonction normative ne serait pas mieux assurée si la Cour pouvait consacrer davantage de temps à la réflexion et à la rédaction des arrêts. On ne s'avancera pas sur ce point.

7. – En supposant qu'un filtrage plus énergique doive être mis en place, comment faut-il procéder ? À qui doit-il être confié ? Le choix est entre la Cour de cassation et les cours d'appel. Dira-t-on, au risque de passer pour le fourrier des habitudes anglo-saxonnes, que, comme Madame Lottin, on penche plutôt pour les cours d'appel. Il faut s'en expliquer. L'histoire de la Cour de cassation montre que le filtrage interne se transforme facilement en goulot d'étranglement. L'exemple de la Chambre des requêtes, qui avait

fini par juger les deux tiers des pourvois est un exemple qui n'est pas resté isolé puisque l'actuel Premier président a déploré, lors d'un colloque tenu à la Cour de cassation le 24 novembre 2015, que la Cour n'ait pas vraiment tiré des textes sur la non-admission des pourvois tout le profit qui en était escompté. Les cours d'appel seraient certainement plus sélectives et cette sélection fournirait l'occasion d'un fructueux dialogue entre la Cour de cassation et les cours d'appel. Enfin, une sélection rigoureuse ne désamorcerait-elle pas le débat sur l'égalité des plaideurs ? Si 9 plaideurs sur 10 ne peuvent aller devant la Cour de cassation, le refus d'admission est bien partagé...

8. – Le filtrage des pourvois n'épuise pas les questions que pose l'exercice par la Cour d'un pouvoir normatif. Tous les arrêts de la Cour devraient être clairs parce les parties ont le droit de comprendre ce qui leur est arrivé. Les arrêts qui prétendent à une portée normative aussi, mais il s'y ajoute une autre dimension : si règle il y a, l'intelligibilité du droit impose de savoir quelle en est la raison d'être et donc la portée.

Si la formule de Portalis selon laquelle la jurisprudence est le vrai supplément de la législation est exacte¹⁶, elle ne vaut pas pour l'explication des choix des solutions retenues. La comparaison parfois faite entre le rapport et l'avis et les travaux parlementaires est approximative. Un rapport sérieusement fait trace le cadre de la discussion sans révéler les raisons de la décision, alors que les travaux parlementaires permettent de comprendre la genèse des textes. Le délibéré législatif est public... Sans doute la Cour prend-elle certaines mesures notamment en hiérarchisant les arrêts. Mais, si l'on excepte de récentes tentatives¹⁷, la motivation des arrêts ne varie pas avec leur place dans cette hiérarchie. Les explications fournies dans les commentaires des conseillers référendaires sont discutables dans leur prin-

12. Reproduit *in fine*.

13. S. Guinchard et *alii*, *Droit processuel*, Dalloz, 8^e éd., 2015, n° 317 et s., p. 743 et s., spéc. n° 328 et s.

14. Ce qui suffit à montrer que la proportionnalité ne peut être l'apanage de la Cour de cassation.

15. V. le rapport de N. Molfessis, *préc.*

16. Dans l'exposé des motifs de la loi du 12 janvier 1895 (*DP*, 1895, IV, p. 13, col. 3) qui établissait le régime de la saisie-arrêt des salaires, il est relevé que « la lacune de la législation a jusqu'ici été comblée en France par la jurisprudence » (v. *Civ.*, 10 avr. 1860, *DP*, 1860, 1, 166 qui avait déclaré insaisissable le salaire).

17. *Civ.* 1^{re}, 6 avr. 2016, n° 15-10.552, à paraître.

cipe¹⁸ et font parfois preuve d'une solide langue de bois¹⁹.

La hiérarchie n'a en outre qu'une valeur relative. Elle n'a aucune valeur contraignante pour la Cour elle-même – nul n'a droit à une jurisprudence figée – et il arrive que des arrêts non publiés préfigurent un revirement de jurisprudence²⁰ ou tranchent une question inédite²¹. Les hésitations de la Cour peuvent aussi n'apparaître qu'à travers des arrêts non publiés. Tel a été le cas à propos de la proportionnalité du cautionnement : devait-on tenir compte des revenus attendus de l'opération cautionnée, ce qui aurait constitué une brèche notable dans le principe, pour ne pas dire un retour à l'article 2284 du Code civil ? La Première chambre civile l'avait admis et la Chambre commerciale refusé dans des arrêts non publiés²² puis la Première chambre, dans un arrêt publié²³, a fait machine arrière et un arrêt publié de la Chambre commerciale²⁴ est venu fixer la solution. La Cour a certainement développé un usage de la non-publication indépendant de la valeur de l'arrêt et qui demeure un mystère pour le monde extérieur.

Les arrêts non publiés soulèvent aussi leurs propres questions. Lorsque les circonstances de l'arrêt et celles d'un litige en cours sont identiques, quelle considération l'emportera : le fait que l'arrêt a été rendu ou le fait qu'il n'a pas été publié ? Il subsiste beaucoup d'incertitudes, mais on est en droit de penser que la question de la hiérarchie est très secondaire par rapport à celle de la motivation, parce qu'une bonne motivation devrait suffire à faire comprendre l'importance normative d'un arrêt.

– II –

9. – Les avantages²⁵ et les inconvénients²⁶ du recours à la proportionnalité ont été soulignés. On voudrait en connaître les limites²⁷. Il existe, si l'on en juge par les quelques arrêts qui illustrent cette nouvelle tendance, une incertitude sur le domaine d'application de la méthode : les affaires dans lesquelles les droits fondamentaux sont en cause – proposition (de départ ?) de M. Louvel – ou n'importe quel contentieux, selon le vœu de MM. Jestaz, Marguénaud et Jamin – comme l'illustre l'arrêt rendu par la Troisième chambre civile le 15 octobre 2015²⁸ qui casse un arrêt annulant un contrat de construction et ordonnant la démolition de la construction sans rechercher si elle « constituait une sanction proportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités qui l'affectaient » ?

Il faut aussi en mesurer les conséquences. La méthode suppose une solution sur-mesure qui transforme la règle en simple élément du débat, ce qui peut justifier le reproche d'imprécision, voire d'arbitraire qu'elle encourt. Après tout, que pourrait-on répondre, à propos de la célèbre affaire du mariage incestueux, à qui objecterait qu'il était difficile au fils de demander la nullité du mariage de son père tant qu'il était vivant ? Et, si tout est matière à débat, quelles en seront les conséquences sur la part immergée du droit, c'est-à-dire les relations juridiques qui ne donnent pas lieu à contentieux ? Le jugement, quoi que l'on dise, n'est pas la fin du droit.

10. – L'appel immédiat aux droits de l'homme qui constituent des directives plus que des règles

18. P. Deumier, « Motivation des arrêts de la Cour de cassation », Conférence donnée à la Cour de cassation le 14 septembre 2015 ; P. Deumier, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 2022.

19. On n'en voudra qu'un exemple : la Cour a progressivement transformé la garantie d'achèvement qualifiée par l'article L. 231-6 CCH de « cautionnement solidaire » en obligation principale exclusive de tout recours après paiement (Civ. 3^e, 3 déc. 2008, n° 07-20.931, n° 07-20.932 et n° 07-20.264, *Bull. civ.* III n° 192). Le commentaire (A.-C. Monge et F. Nési, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.*, 2009, p. 1231) constate que « le législateur a ainsi instauré une garantie légale d'ordre public, spécifique et autonome, distincte d'un cautionnement », escamotant ainsi la suite jurisprudentielle qui a conduit aux arrêts...

20. V. par ex., à propos de la nullité de la vente amiable consentie après un jugement d'orientation renvoyant à une adjudication : C. Brenner et P. Théry, « La saisie immobilière n'est pas une idole », *D.*, 2015, p. 1928, à propos de Civ. 2^e, 9 avr. 2015, n° 14-16.878, *Bull. civ.* II n° 96.

21. Ainsi, un arrêt du 29 avril 2002 (Com., 29 avr. 2002, n° 97-19.269) admet-il pour la première fois la possibilité de renoncer au droit de gage général en limitant son droit de poursuite à un seul bien du débiteur. Peut-être la complexité des circonstances explique-t-elle qu'il n'ait pas été publié.

22. Civ. 1^{re}, 4 mai 2012, n° 11-11.464 ; Com., 4 juin 2013, n° 12-15.518 et n° 12-18.216.

23. Civ. 1^{re}, 3 juin 2015, n° 14-13.126 et n° 14-17.203.

24. Com., 22 sept. 2015, n° 14-22.913.

25. Outre l'article de P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, préc., on lira H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », *D.*, 2016, p. 1376.

26. V. la communication de F. Chénédé.

27. V. la communication de M.-L. Mathieu.

28. Pourvoi n° 14-23.612, à paraître.

a fait, il y a plus de quinze ans, l'objet d'un jugement sévère de Pierre Manent :

« [...] les déclarations des droits de l'homme, sans doute plus nobles, sont aussi beaucoup plus vagues que les lois et constitutions nationales. Or, si l'on s'appuie à l'avenir principalement sur les droits de l'homme pour rendre justice, la "manière de juger" ne pourra être fixe. L'arbitraire, c'est-à-dire précisément ce contre quoi nos régimes ont voulu se prémunir en instituant le contrôle de constitutionnalité, ira alors croissant, et ce sera paradoxalement le fait des juges.

[...]

Enfin, une difficulté à laquelle on n'a pas suffisamment réfléchi risque de se présenter rapidement. Si les principes de la justice s'appuient immédiatement sur les droits de l'homme, pourquoi leur activation serait-elle réservée aux seuls juges ?

Les juges rendaient jusqu'ici la justice parce qu'ils détiennent la science du droit. Dès lors que la médiation des lois et du droit est balayée au profit de l'appel immédiat aux droits de l'homme, la médiation du juge perd sa raison d'être. Chaque être humain est en principe capable d'avoir connaissance des droits de l'homme et d'appliquer cette connaissance au cas qui l'intéresse. Or, c'est exactement la définition que les premiers auteurs libéraux, et en particulier Locke, donnaient à l'état de nature ! Le pouvoir des juges risque de nous ramener à l'état de nature, qui est l'autre nom de l'état de guerre »²⁹.

L'idée que le pouvoir des juges, cessant d'être soutenu par la science du droit, pourrait s'évanouir est moins extravagante qu'il n'y paraît. Dans un récent article, Rémy Libchaber s'interroge sur l'étrange affaire Sauvage qui a vu une « femme battue » graciée par le Président de la République à la suite d'une vive campagne d'opinion relayée par internet, alors que deux jurys

d'assises l'avaient condamnée³⁰. D'où vient ce désaveu des juges – professionnels et populaires confondus – sinon de cette conviction que chacun est à même de juger³¹ ?

11. – Si l'on revient à des préoccupations plus immédiates, l'introduction d'une « cassation proportionnelle » semble rapprocher la Cour de cassation des juges du fond parce que ce type de contrôle s'appuie sur les circonstances de l'espèce. Savoir si la mission propre à la Cour, instituée comme juge du droit, pourrait être remise en cause a donné lieu à débat³². On sait aussi que pour la Cour de Strasbourg, une juridiction doit pouvoir statuer *en fait et en droit*, ce qui, dans certains cas, l'a conduite à condamner le Conseil d'État³³ comme la Cour de cassation³⁴. Ce possible infléchissement du rôle de la Cour ne devrait pas surprendre. Les condamnations par la CEDH que M. Louvel entend conjurer s'expliquent, pour certaines d'entre elles, par le fait que la CEDH statue en fait et en droit et la Cour de cassation seulement en droit³⁵, la meilleure illustration de cette inégalité des armes étant donnée par l'affaire *B. c/ France* de 1992 à propos du transsexualisme.

Aussi, plus que d'une réforme, il s'agit d'une révolution dont les effets sont incertains. En conduisant la Cour de cassation à juger « comme tout le monde », le contrôle de proportionnalité pourrait renforcer l'idée qu'elle constitue un troisième degré de juridiction. Plus, le caractère subjectif de l'appréciation de la proportionnalité n'amoindrit-il pas le rôle institutionnel de la Cour ? Le contrôle de légalité permet à la Cour de cassation de fixer le droit, ce qui ne va pas de soi avec une proportionnalité mouvante. Pour reprendre l'exemple du mariage incestueux, à partir de quelle durée du mariage une annulation porte-t-elle atteinte à la vie privée et familiale ?³⁶ Le risque est ici que la casuistique transforme la

29. P. Manent, « L'empire de la morale », *Commentaire*, automne 2001, n° 95, p. 501. Ce chapitre est tiré du Cours familier de philosophie politique parue la même année.

30. R. Libchaber, « Autopsie d'un meurtre : l'affaire Sauvage », *Commentaire*, été 2016, n° 154, p. 380.

31. Cette conviction étant relayée par les réseaux sociaux si facilement accessibles et utilisables.

32. S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.*, 2015, p. 278 ; en sens inverse, P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, *préc.*

33. Cour EDH, 13 févr. 2003, *Chevol c/ France*, n° 49636/99 : « pour qu'un "tribunal" puisse décider d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil en conformité avec l'article 6 § 1, il faut qu'il ait compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi » (§ 77 et s.).

34. Cour EDH, 21 mai 2008, *Ravon c/ France*, n° 18497/03 (§ 26 et s.).

35. À la différence du Conseil d'État qui utilise plus ou moins largement la faculté de statuer au fond (art. L. 821-2 CJA ; v. C. Broyelle, *Contentieux administratif*, LGDJ, 3^e éd., 2015-2016, p. 381) la Cour de cassation n'utilise qu'exceptionnellement cette possibilité que lui ouvre l'art. L. 411-3 al. 2 COJ.

36. Comp. l'arrêt de la Première chambre civile du 4 décembre 2013 (n° 12-26.066) avec Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201.

cassation en phénomène de pure autorité fondé sur la seule position hiérarchique.

12. – Il faut encore évoquer une proposition de M. Louvel dont il n'a pas été question dans cette journée : l'obligation qui incomberait au juge de prendre en compte le « consensus européen »³⁷, notion incertaine³⁸ qu'utilise la Cour de Strasbourg pour élaborer ses propres règles à partir de l'évolution des législations du pays membres du Conseil de l'Europe. À la proportionnalité juridictionnelle qui permet de statuer « pour le cas », viendrait s'ajouter une sorte de proportionnalité normative qui vise « au-delà du cas ». Pourtant, le libéralisme politique qui inspire la majorité des pays du Conseil de l'Europe ne devrait pas permettre d'écarter des solutions minoritaires dès lors qu'elles ne sont pas contraires aux exigences de la Convention. En outre, la Cour de Strasbourg outrepasserait certainement son rôle lorsqu'elle prétend formuler des règles comme si la fonction de contrôle qui a justifié son institution n'était pas assez noble...

La proportionnalité a donc un aspect politique et ne relève donc pas de la seule Cour de cassa-

tion. Cette question a été évoquée aujourd'hui et Serge Guinchard a, depuis longtemps, souligné combien la Convention a été pour les juges judiciaires un instrument d'émancipation³⁹. Pourtant, que la Cour de Strasbourg statue en apesanteur institutionnelle est une chose, que les juridictions des États membres doivent l'imiter en est une autre. Il n'y a pas place pour une « internationale » des juges. Les juges français doivent prendre en compte la légitimité du Parlement et les mécanismes d'éviction du droit national doivent être utilisés avec prudence, en provoquant le cas échéant un véritable dialogue avec la Cour de Strasbourg⁴⁰. La chose n'est nullement impossible⁴¹ mais elle implique que l'on prenne le risque de s'opposer à la Cour de Strasbourg, si l'occasion l'impose.

Pour terminer, peut-être y a-t-il quand même un lien entre ces deux aspects de la réforme dissemblables en substance : un contrôle de proportionnalité rend plus complexe le rôle de la Cour de cassation, de sorte que l'on voit réapparaître la question du filtrage des affaires.

37. « Il s'agit de s'approprier un contrôle de type européen pour inclure dans la technique de cassation toutes les données de ce contrôle. Et notamment le procédé essentiel de la vérification des consensus européens. La Cour de Strasbourg ne se détermine pas par rapport à elle-même, mais par rapport à ce qu'elle constate de la montée des consensus au sein de la cinquantaine d'États du Conseil de l'Europe et de leurs Cours suprêmes. Et quand elle voit se former un consensus, elle l'affirme au niveau européen » (« Entretien avec Bertrand Louvel », *JCP G*, 2015, 1122).

38. F. Sudre, « La mystification du "consensus" européen », *JCP G*, 2015, 1369.

39. S. Guinchard, « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par le juge judiciaire », *Rev. Europe*, n° hors-série, octobre 1999, p. 15 ; S. Guinchard, « Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile », *Rep. Dalloz proc. civile, spéc.* n° 133 et s.

40. La question ne se pose pas seulement aux juges et on regrette que l'occasion d'un tel dialogue ait été manquée dans le feuilletton de la gestation pour autrui, quelles qu'aient pu être les raisons de ne pas aller devant la Grand-chambre.

41. V. Cour EDH, 15 déc. 2011, *Al-Khawaja et Tahery c/ Royaume-Uni*, n° 26766/05 et n° 22228/06, *JCP G*, 2012, act. 25, obs. G. Gonzalez.

Annexe 1

Journal Officiel de l'Assemblée nationale – 30 avril 2016 Amendement n° CL166 présenté par le Gouvernement

Article additionnel

Après l'article 15 bis, insérer l'article suivant :

I. – Le code de l'organisation judiciaire est ainsi modifié :

1° Après l'article L. 411-2, il est inséré un article L. 411-2-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 411-2-1. – Le pourvoi en cassation n'est ouvert à l'encontre des arrêts et des jugements rendus en dernier ressort, en matière civile, que dans l'un des cas suivants :

« 1° Si le pourvoi soulève une question de principe ;

« 2° S'il présente un intérêt pour l'évolution du droit ;

« 3° S'il présente un intérêt pour l'unification de la jurisprudence. » ;

2° L'article L. 431-1 est ainsi rédigé :

« Art. L. 431-1. – Les affaires soumises à une chambre civile sont examinées par une formation restreinte de la chambre à laquelle elles ont été distribuées qui se prononce, après avis du procureur général, sur la recevabilité du pourvoi et sur son admission au regard des cas prévus à l'article L. 411-2-1.

« Hors les cas prévus à cet article, lorsque la décision attaquée encourt un grief disciplinaire défini par décret en Conseil d'État, la formation restreinte, après avis du procureur général, casse cette décision et renvoie l'affaire devant une autre juridiction de même nature que celle dont émane la décision ou devant la même juridiction composée d'autres magistrats. » ;

3° Après l'article L. 431-1, il est inséré un article L. 431-1-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 431-1-1. – Le pourvoi est jugé, après avis du procureur général, par la chambre civile qui s'est prononcée sur son admission statuant en formation restreinte.

« Cette formation statue lorsque la solution du pourvoi s'impose. Dans le cas contraire, elle

renvoie l'examen du pourvoi à l'audience de la chambre.

« Toutefois, le premier président ou le président de la chambre concernée, ou leurs délégués, d'office ou à la demande du procureur général ou de l'une des parties, peuvent renvoyer directement une affaire à l'audience de la chambre. »

II. – Le code de procédure pénale est ainsi modifié :

1° Après l'article 567-1-1, il est inséré un article 567-1-2 ainsi rédigé :

« Art. 567-1-2. – Le pourvoi en cassation peut être formé contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire en matière criminelle, correctionnelle et de police si l'affaire soulève une question de principe, si l'évolution du droit le justifie, si l'unification de la jurisprudence est nécessaire ou en cas de violation de la loi.

« L'admission est refusée par une décision juridictionnelle si aucune des conditions mentionnées au premier alinéa n'est remplie. Si l'une de ces conditions est remplie, le pourvoi est jugé conformément aux dispositions du présent titre. » ;

2° À l'article 591, les mots : « ainsi que les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de jugement » sont supprimés ;

3° Au premier alinéa de l'article 593, les mots : « ainsi que les arrêts et jugements en dernier ressort » sont supprimés.

III. – Le présent article entre en vigueur à une date fixée par décret en Conseil d'État, et au plus tard dix-huit mois à compter de la promulgation de la présente loi.

[...]

Exposé sommaire

La Cour de cassation est saisie, depuis de nombreuses années, annuellement de près de 25 000 à 30 000 pourvois et rend autant de décisions. La multiplication des contentieux influe directement sur l'autorité de ses décisions. C'est pourquoi, il apparaît nécessaire de permettre à la Cour de cassation de mieux assurer son rôle de cour suprême de l'ordre judiciaire. À cet effet, elle doit pouvoir se prononcer sur toutes les affaires qui

posent une question de principe. De même, elle doit pouvoir se prononcer chaque fois que l'évolution du droit le justifie. Enfin, il convient qu'elle puisse unifier les jurisprudences.

Le mécanisme proposé permet à la Cour de ne traiter que les affaires relevant véritablement de son office de juge du seul droit aux fins de développement et d'unification de la jurisprudence, dans les affaires posant une question de droit nouvelle ou particulièrement délicate.

Annexe 2

Rapport de mission de la commission chargée, dans le cadre de la mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, de l'élaboration d'un projet de dispositif opérationnel de filtrage des pourvois publié le 27 mars 2018 (extraits)¹

Projet de textes

I. – Dispositions relevant du code de l'organisation judiciaire :

A – Dispositions législatives

« Article L. 411-2-1 – En matière civile, le pourvoi en cassation est, hors les pourvois du procureur général près la Cour de cassation visés aux articles 17 et 18 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967, soumis à autorisation. La Cour de cassation n'autorise le pourvoi que :

1° si l'affaire soulève une question de principe présentant un intérêt pour le développement du droit

2° si l'affaire soulève une question présentant un intérêt pour l'unification de la jurisprudence

3° si est en cause une atteinte grave à un droit fondamental.

Toutefois, l'autorisation n'est pas requise pour les matières dans lesquelles l'examen du pourvoi obéit à des délais particuliers.

« Article L. 431-1 – La demande d'autorisation de pourvoi prévue à l'article L. 411-2-1 est examinée par une formation de trois magistrats appartenant à la chambre dont relève l'affaire en raison de la matière.

« Article L. 431-1-1 – Les affaires soumises à une chambre civile, le cas échéant après autorisation du pourvoi, sont examinées par une formation de trois magistrats appartenant à la chambre à laquelle elles ont été distribuées.

« Cette formation statue lorsque la solution du pourvoi s'impose. Dans le cas contraire, elle renvoie l'examen du pourvoi à l'audience de la chambre.

« Toutefois, le premier président ou le président de la chambre concernée, ou leurs délégués, d'office ou à la demande du procureur général ou de l'une des parties, peuvent ren-

voyer directement une affaire à l'audience de la chambre par décision non motivée.

[...]

Présentation des articles

1°/ Dispositions relevant du code de l'organisation judiciaire

L'article L. 411-2-1 instaure en son premier alinéa le principe d'un filtrage des pourvois en matière de cassation civile dont est exclu, par nature, le pourvoi du procureur général près la Cour de cassation formé en application des articles 17 et 18 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 (pourvoi dans l'intérêt de la loi ; pourvoi pour excès de pouvoir).

Aux alinéas suivants, il en énonce les critères. Le texte conditionne ainsi l'admission d'un pourvoi à l'exigence d'une autorisation préalable délivrée si et seulement si l'affaire soulève une question de principe présentant un intérêt pour le développement du droit, ou si l'affaire soulève une question présentant un intérêt pour l'unification de la jurisprudence, ou encore si est en cause une atteinte grave à un droit fondamental.

Il reviendra tout naturellement à la Cour de cassation, au fil de la mise en œuvre de la procédure d'autorisation des pourvois, de fixer avec précision les contours de chacun de ces critères.

D'ores et déjà ceux-ci apparaissent susceptibles d'être interprétés comme suit :

- une question de principe présentant un intérêt pour le développement du droit s'entend d'une difficulté d'application ou d'interprétation d'un texte national ou international, non encore résolue, ou relative à une situation dans laquelle des transformations économiques, sociales, scientifiques ou sociétales appellent une évolution du droit ;

1. Le rapport peut être consulté dans son intégralité sur le site de la Cour de cassation : https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/mise_oeuvre_propositions_reforme_8181/reforme_traitement_pourvois_8640/commission_chargee_38855.html.

- une affaire soulevant une question présentant un intérêt pour l'unification de la jurisprudence vise une hypothèse de divergence avérée d'interprétation ou d'application de la loi, soit entre une ou plusieurs cours d'appel et la Cour de cassation, soit entre des cours d'appel, soit enfin entre chambres de la Cour de cassation ;
- une atteinte grave à un droit fondamental renvoie à la violation d'une intensité particulière d'un droit, d'une liberté ou d'un principe admis comme fondamentaux, notamment par les standards constitutionnels et européens.

Le dernier alinéa du texte exclut du champ de l'autorisation préalable les procédures soumises à des délais particuliers. Tel est le cas, par exemple, des contentieux relatifs aux élections professionnelles, aux élections politiques, en matière d'enlèvement internationaux d'enfants. Cette exclusion est prévue en l'état des textes spécifiques qui imposent aujourd'hui à la Cour de cassation de statuer avec une plus grande célérité dans certaines matières, indépendamment de la réflexion que la Cour appelle de ses vœux sur la pertinence des délais et des voies de recours institués dans de tels cas.

L'article L. 431-1 définit la formation chargée d'examiner cette demande d'autorisation. Il

s'agit d'une formation de trois magistrats appartenant à la chambre qui a vocation à connaître des affaires relevant de la matière de l'affaire en cause. A ainsi été écartée la formule consistant à créer, au sein de la Cour de cassation, une chambre dédiée à l'examen des demandes d'autorisation.

Les défauts, majeurs, qu'avait mis à jour le fonctionnement de l'ancienne chambre des requêtes, supprimée en 1947 (glissement d'une appréciation des conditions d'admission du pourvoi vers une connaissance approfondie de ses mérites) ont dissuadé de reproduire un pareil dispositif. En outre, une telle chambre n'aurait pu satisfaire à l'exigence de spécialisation des magistrats qu'impose la technicité des affaires portées devant la Cour et la singularité des différentes catégories de contentieux dont elle connaît.

L'article L. 431-1-1 est une reprise de l'ancien article L. 431-1, dont seul le premier alinéa est modifié pour préciser que les pourvois examinés par une chambre le sont après autorisation de ce pourvoi.

L'article L 431-3 est complété en son premier alinéa pour attribuer au conseiller référendaire siégeant dans la formation de la chambre prévue à l'article L. 431-1 voix délibérative dans les affaires qu'il est chargé de rapporter. [...]

Histoire du droit

Autour d'une discipline choisie à chaque numéro, cette rubrique « perspectives » a pour objectif d'en dessiner les contours, d'en tracer les évolutions récentes et les évolutions à venir, d'en dresser un bilan prospectif.

À cette fin la liberté de la plume est totale : les auteurs présentent un libre-propos sur la discipline en général, ou sur certains de ses aspects particuliers, sur ses évolutions récentes et futures, sur ce qu'elle pourrait devenir, sur d'éventuels souhaits pour son avenir.

Les « perspectives » de ce numéro sont consacrées à l'Histoire du droit.

Petit un du Grand B :

à quoi sert l'Histoire du droit ?

À quoi sert l'Histoire du droit ?

Boris Bernabé

Professeur d'histoire du droit à l'Université Paris-Sud,
Université Paris-Saclay
Faculté Jean-Monnet, Sceaux
Laboratoire Droit & sociétés religieuses

Une question revient souvent dans le milieu des juristes – posée par des étudiants, des praticiens et même des universitaires – c'est une antienne : « À quoi sert l'histoire du droit ? »¹. Ainsi simplement formulée, une telle question n'a rien d'illégitime : on peut bien se poser la même pour le droit des effets de commerce, le droit économique de l'environnement, le droit social ou le droit des obligations comme pour toute branche du droit ou comme pour toute discipline universitaire. Il est vrai qu'à une telle question il est possible d'apporter des réponses naturelles voire évidentes. À quoi sert le langage ? À communiquer. À quoi sert le droit ? À organiser une vie supportable en société... Mais on conviendra qu'à l'heure de la spécialisation du droit, à l'heure même de sa spatialisation, de son adaptation rapide à l'évolution des technologies ; à l'heure où le droit, en somme, est à chaque instant projeté vers l'avant, vers l'avenir, la question « À quoi sert l'histoire du droit ? » est en vérité posée comme une réponse qui induit l'affirmation même qu'elle ne sert à rien. À quoi peut bien servir, en effet, de se tourner vers le

passé, de lire des textes dont les auteurs sont morts depuis longtemps, et qui vivaient à des époques qui n'ont plus rien à voir avec notre temps, avec l'accélération de notre temps ?

En dehors même du monde du droit, l'existence de la discipline étonne, surprend, parfois inquiète. Est-ce possible qu'une telle discipline existe ? Car, s'il est admis que le droit doit bien avoir une histoire, il semble à beaucoup que cette histoire n'a que peu d'intérêt eu égard à l'énergie créatrice qui compose l'essence toujours contemporaine du droit. C'est que le droit, pense-t-on généralement, n'obtient sa réelle valeur que lorsqu'il est sanctionné. Autrement dit l'histoire du droit ne serait que le récit de formes juridiques nécessairement désuètes puisque dénuées désormais de sanction. Le droit est *vigente*, comme disent les Espagnols, il a une vigueur, ou il n'est pas. La nécessaire désuétude du droit, lorsqu'il ne s'appuie plus sur la contrainte ici et maintenant, disqualifie l'histoire du droit. Faire de l'histoire du droit reviendrait alors, en quelque sorte, à utiliser l'annuaire des télécommunications millésime 1978 pour trou-

1. La question a été en dernier lieu posée par notre collègue N. Laurent-Bonne, « Enseigner l'histoire du droit », in M. Mekki (dir.), *Réformer l'enseignement du droit en France à la lumière des systèmes étrangers*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 189-206 ; du même, « Observations sur la fonction de l'histoire dans la doctrine contemporaine », in D. Mazeaud et Th. Bonneau (dir.), *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2016, p. 11-28. Nous nous permettons de renvoyer à ces deux contributions tant sur le fond que pour la bibliographie.

ver un numéro de téléphone valable en 2018 : cela ne servirait strictement à rien. En ce sens et pour beaucoup, l'histoire du droit comme examen des normes passées est *histoire*, elle ne saurait être *droit*. La plupart des historiens du droit ont éprouvé cette expérience insolite d'avoir eu à répondre à cette question extravagante : « Que faites-vous dans la vie ? » À la réponse, après une légère pause expression immédiate de la surprise de l'interlocuteur, plusieurs réactions plus ou moins fines peuvent se faire entendre. Prudent : « Je ne savais pas que la matière existait... ». Condescendant : « Il en faut ». Naïf : « C'est du droit ? » Doctoral : « Je me souviens de mon droit romain : "*Nemo auditur...*" » Complice : « J'ai eu jadis Garrisson... C'était très intéressant. » Déçu : « Ah... » Sans évoquer ceux qui, franchement effrayés, tournent les talons et s'enfuient. J'ai gardé le souvenir, un peu amer et triste, d'une réunion où j'avais à défendre les matières d'histoire du droit dont on nous dépouillait, dans une Faculté de province où je venais d'être nommé. Un collègue agacé par mon conservatisme corporatiste, me lança sèchement, comme pour freiner mes ardeurs juvéniles : « On n'est pas dans une Fac d'histoire ici ! » Il avait raison du reste. Mais il avait oublié que si l'histoire du droit est enseignée dans les Facultés de droit, c'est parce qu'elle est une matière juridique. Certes, il faut reconnaître qu'il y a là une ambiguïté mal assumée au sein même de la communauté des historiens du droit, préférant parfois à « professeur de droit » ou simplement « juriste », l'appellation d'« historiens des facultés de droit »², par opposition aux « historiens des facultés des lettres » c'est-à-dire des facultés d'histoire³.

Il y aurait au fond une contradiction dans les termes à vouloir faire de l'*histoire* du droit, qui serait cause du malaise provoqué par l'aveu de ceux qui s'y adonnent : faire de l'histoire du droit reviendrait à nier le droit même, à nier sa nature profondément contemporaine. Certes, il peut arriver au droit de reconnaître le passé, voire de l'inventer, mais c'est afin d'organiser l'avenir – songeons ici aux « lois mémorielles ». Plus fré-

quemment, il est demandé au droit d'organiser le passé qui se formera dans un avenir déterminé, une fois un futur postérieur advenu – songeons ici à la prescription à travers laquelle il ne s'agit pas de prendre en compte un passé, mais un futur qui, au moment de l'échéance du terme pris en considération, sera devenu un passé. Ces situations n'ont rien de commun avec l'histoire du droit, dont les sources surgissent d'un passé révolu.

- I -

Les tenants de l'École historique du droit – les Allemands du XIX^e siècle avec Savigny pour chef de file – croyaient en une *historicité* du droit rendue possible par une conception *organique* de l'objet juridique⁴, comme un être vivant soumis aux dimensions de l'espace et du temps. Pour cette raison, Savigny rejetait la validité de toute codification. C'était là nier la possibilité déjà reconnue par Portalis dans son *Discours sur le ... Code civil*, d'habiller correctement le droit organique et historique. « Les codes des peuples, disait Portalis, se font avec le temps, mais à proprement parler on ne les fait pas ». Ce qui est une façon – prophétique – de freiner les élans du volontarisme. Jacques-Louis David, peintre à l'intelligence profonde, a représenté cette idée dans les deux versions (Versailles et Washington, 1812) de *Napoléon dans son cabinet de travail*. Le Code, sur lequel travaille Napoléon lui-même, est le fruit d'une étude approfondie du droit passé figuré par la bibliothèque éclairée à gauche du tableau. Bonaparte, Napoléon I^{er} depuis peu, est, dans la version de Washington, vêtu de son uniforme de colonel des grenadiers à pied. Il arbore le cordon rouge de la Légion d'honneur – ordre qu'il a créé en mai 1802 – ainsi que la médaille d'officier et la plaque de grand officier qui se portent ensemble. Entre les deux, la médaille de l'ordre de la Couronne de fer fondé en juin 1805 nous fait comprendre que Napoléon ne travaille pas spécialement au Code civil, promulgué le 21 mars 1804. C'est au fond toute l'entreprise de codification qui est visée ici par le

2. J. Krynen et B. D'Alteroché (dir.), *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Classiques Garnier, 2014, spéc. p. 12 : « Par certains côtés, ce livre se rapproche d'un classique "bilan et perspectives". C'est que nous l'avons aussi pensé pour être utile... à nous-mêmes, historiens des facultés de droit ».

3. *Ibid.*, p. 12. La désignation des historiens comme appartenant aux « facultés des lettres » est classiquement admise.

4. O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, t. XLI, 2003, n° 128, p. 129-144.

peintre, et qui fera entrer Napoléon dans l'Histoire, comme les « hommes illustres » de Plutarque, dont les *Vies parallèles* sont négligemment posées sous le bureau. « Les codes des peuples se font avec le temps... » Le génie des rédacteurs des codes, tous réunis en la figure unique de l'empereur par le peintre, a bien saisi la nature historique du droit dans sa double dimension temporelle : le temps du passé qu'il faut savoir rassembler et synthétiser ; le temps du futur qui suppose l'adaptation et réclame l'interprétation. Ces deux temps sont magistralement rendus par le peintre, qui, en surprenant Napoléon dans son cabinet de travail peu après quatre heures du matin, a saisi dans la figure centrale – l'empereur – l'urgence précaire du moment présent. À gauche de cette colonne centrale, le passé, les livres de doctrine, les coutumes et les coutumiers, les recueils d'arrêts, les monuments du droit romain. Autant de sources vivantes qui flamboient mais se consomment aussi comme les bougies de la lampe qui éclaire le travail du prince. À droite, l'avenir symbolisé par l'horloge, c'est-à-dire l'inconnu, le probable, pourtant offert à une certaine maîtrise rendue possible par les codes et par la clé, énorme, qui permet à l'homme moderne de *remonter le temps*. De le remonter et de permettre son écoulement sain, régulier, rationnel. Ces deux tableaux sont une même allégorie de la codification, mais aussi, d'une certaine manière, de l'histoire du droit, pourtant aujourd'hui tragiquement reléguée au passé qui s'éteint.

– II –

Déjà à la fin du XIX^e siècle, au moment où l'histoire du droit était érigée en discipline autonome (le concours d'agrégation en histoire du droit est institué en 1896), elle trouvait ses opposants qu'il fallait combattre : « L'histoire du droit a encore besoin d'être défendue contre bien des préjugés. Les utilitaires la dédaignent, parce qu'ils ne font cas que du droit existant ; si ce sont des juristes, ils affectent de n'y voir qu'un prétexte à la littérature ; les gens du monde ajoutent que cette littérature manque d'agréments. Nous n'aurons pas

de peine à établir contre eux que la connaissance des législations passées est nécessaire pour la pleine intelligence des législations actuelles. Il importe aussi de la justifier contre les attaques des doctrinaires de l'école rationaliste qui voient dans le droit, à côté de l'art et de la pratique, la science et la théorie, mais qui prétendent tirer les principes d'après lesquels la science juridique doit s'édifier et se perfectionner, d'un droit naturel conçu par la raison, et par conséquent immuable et universel »⁵. L'opposition existait alors entre les « utilitaires » qui ne voyaient dans le droit qu'une technique qui seule méritait d'être soutenue et les jusnaturalistes qui ne pouvaient voir dans l'histoire qu'une limitation par le temps et l'espace d'une rationalité nécessairement déliée de ce temps et de cet espace.

Le rationalisme du XVIII^e et du XIX^e siècle a poussé, on le sait, à la dissociation du droit et de la morale. Le kantisme fait son œuvre : « De même que le droit en général n'a comme objet que ce qui est extérieur dans les actions, de même le droit strict, je veux dire celui qui est pur de tout ce qui est moral, est le droit qui n'exige que des principes de détermination extérieurs de l'arbitre »⁶. Ce tracé eut pour conséquence de cantonner les aspects moraux du droit à la sphère métaphysique. « À partir du XIX^e siècle, la philosophie du droit sera de fait réservée aux philosophes, les juristes se cantonnant, sauf rares exceptions, à la technique »⁷. De même l'histoire du droit, n'appartenant pas plus au domaine de la technique « positive » (celle qui trouve à s'appliquer ici et maintenant), se voit proscrire au rang, au mieux, de « science auxiliaire » voire « ancillaire » du droit⁸. Certes, de grands noms, jusqu'à nos jours, sont venus soutenir, justifier, raffermir la position de l'histoire du droit au cœur de la compréhension globale du droit. On cite généralement l'axiome de Montesquieu : « Il faut éclairer les lois par l'histoire et l'histoire par les lois ». Brissaud, déjà cité, consolidait la tradition historique de l'école de Toulouse : « Aux utilitaires à vues étroites, nous dirons avec M. Ginoulhiac : "C'est des lois qui les régissent que les peuples doivent vivre, ce sont ces lois qu'il faut surtout étudier ; mais le droit coutumier

5. J. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français*, Paris, 1898, p. 1.

6. E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, 1^{re} partie, *Doctrines du droit*, trad. Philonenko, Paris, Vrin, 1993, Introduction § E, p. 106.

7. J.-P. Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit ou l'illusion scientifique », *Archives de philosophie du droit*, t. 45, 2001, p. 303-333, spéc. p. 308.

8. J. Krynen et B. D'Alterroche (dir.), *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, op. cit.

se rattache au présent, en fait partie, en forme un des principaux éléments ; ne l'étudions pas *parce que* passé, mais *quoique* passé" »⁹. Brisaud ajoutait à cette idée de « rattachement » une autre idée, celle de « développement » : « L'étude de l'histoire du droit a encore un autre but d'un ordre plus élevé : l'historien du droit se propose de donner une vue générale des transformations du droit et par conséquent de faire saisir la loi de son développement dans les sociétés humaines »¹⁰. Tandis que Maurice Hauriou, toujours à Toulouse, lui emboîtait le pas en assignant lui aussi deux fonctions à l'histoire du droit. Première fonction : « On peut poser en principe, croyons-nous, que le récit historique idéal est celui qui rend au passé la physionomie qu'il avait lorsqu'il était le présent. Il s'agit donc de rendre au droit passé toutes les allures du droit vivant »¹¹. Seconde fonction : « Si elle se différencie des "antiquités du droit" qui décrivent l'état du droit à un moment donné du passé, l'histoire du droit ne peut se limiter à retracer la naissance des institutions juridiques encore vivantes, car le processus de transformation du droit s'apprécie à travers les rapports unissant toutes les institutions anciennes, qu'elles aient ou non disparu par la suite »¹².

— III —

Une tendance, ici, à l'aube du ^{xx}e siècle, se dessine, qui appelle à transcender ce qui deviendra le trop rapide et très foucaldien clivage entre les *continuités* et les *ruptures* de l'Histoire : la prise de conscience de la permanence du droit à travers la permanence du langage juridique. Hauriou avait vu le phénomène, mais l'avait réduit aux transformations de la notion d'institution – une institution qui échappe aux volontés additionnées des personnes qui la composent, et vit d'une volonté propre et détachée. C'était là revivifier d'une certaine manière la vision *organique* de l'École historique allemande.

C'est Pierre Hébraud, encore un universitaire toulousain – civiliste –, qui devait trouver une formule décisive : « L'histoire n'est pas une cause

accidentelle ou une explication ; elle est le signe et le témoin des facteurs permanents »¹³. De sorte que l'histoire n'est pas le signe et le témoin de la permanence du droit et des institutions – cela n'aurait pas de sens – mais des *facteurs permanents*. Les choses, le droit, sont en perpétuelle transformation *dans le temps*. Les sociétés humaines sont en effet *en permanence* dans l'action de *faire*, de construire : telle est la fonction des *facteurs*. Or l'histoire ne saurait se confondre avec ces facteurs mêmes. Elle n'en est pas non plus le récit descriptif ou explicatif. Elle est la manifestation tangible autant que la preuve de l'existence des « facteurs permanents ». Autrement dit, refuser l'histoire, c'est refuser la possibilité de *connaître* – et non seulement de *comprendre* – la société *en train de se faire*. Cette pensée d'Hébraud est d'une puissance inouïe ; elle est d'ordre physique et renvoie à la réflexion d'Einstein sur le temps et la vitesse de la lumière qui se pose la question suivante : qu'arriverait-il si je pouvais voyager sur un rayon de lumière, à la vitesse de la lumière, muni d'un miroir. Que verrais-je dans ce miroir ? L'expérience de pensée est intéressante. Et concluante. Car si l'homme était dégagé des contraintes du temps, s'il pouvait voyager à la vitesse de la lumière, il ne verrait rien dans le miroir, les rayons lumineux réfléchis de son portrait n'ayant pas le temps de revenir jusqu'à lui. Il ne se connaîtrait pas. Il ne connaîtrait rien. Aussi, lorsqu'Hébraud nous dit que l'histoire est « le signe et le témoin des facteurs permanents », il nous dit que l'histoire est la *condition* de la connaissance humaine. Et l'histoire du droit en particulier la condition de la connaissance du droit. C'est du reste l'expérience que réalise Narcisse dans *Les Métamorphoses* d'Ovide, lorsqu'il se contemple dans le miroir du lac : il entre dans le temps, prend conscience de lui-même, de sa finitude, en même temps qu'il devient objet de connaissance. Tel est le double tranchant de l'histoire : condition de la connaissance, vanité du savoir.

Aussi, compte tenu de ce constat, ne doit-on pas envisager que tout juriste est un historien du droit qui s'ignore ? Et que tout historien du droit

9. *Ibid.*, p. 3.

10. *Ibid.*, p. 3.

11. M. Hauriou, *L'histoire externe du droit, Extrait de la Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, Librairie Cotillon, Paris, 1884, p. 12.

12. J.-L. Halpérin, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2001, n° 4, p. 12, à propos de la pensée d'Heinrich Brunner développée dans sa *Deutsche Rechtsgeschichte* (Duncker & Humblot, 1887).

13. P. Hébraud, « L'élément écrit et l'élément oral dans la procédure civile », *Recueil de l'Académie de Législation*, Toulouse, 1955, p. 40.

est un juriste en puissance ? Telle est en effet la pensée profonde de Hans-Georg Gadamer dans son maître ouvrage *Vérité et méthode*. Il s'agit pour le philosophe d'examiner « l'attitude que prennent en face d'un même texte législatif donné et en vigueur l'historien du droit et le juriste »¹⁴. Certes, Gadamer reconnaît que la plupart du temps, l'historien du droit se préoccupe de textes qui ne sont plus en vigueur. Mais il adopte ce point de vue par souci de stricte comparaison. Et il parvient à démontrer « la tension existant entre le sens juridique premier et le sens juridique présent »¹⁵. Aussi, un texte juridique – une loi par exemple – qui se déploie dans le temps n'aura pas le même sens ou la même portée au moment de son entrée en vigueur et dans les différentes étapes de son application dans le temps. Cette œuvre du temps sur le texte juridique crée cette tension entre le sens premier, dont se préoccupe l'historien du droit, et le sens présent, objet du juriste. « Le juriste saisit le sens de la loi sur la base de et en vue du cas donné. L'historien du droit, en revanche, ne dispose pas d'un cas donné dont il puisse partir ; il veut déterminer le sens de la loi, en embrassant du regard, par construction, le domaine entier auquel elle s'applique »¹⁶. Mais l'un et l'autre, nous apprend Gadamer, ne peuvent se contenter du passé ou du présent. « Pour parvenir à une connaissance exacte [du] contenu [de la loi], [le juriste] doit recourir à la connaissance historique du sens premier [...] », tandis que l'historien du droit, s'il « ne considère apparemment que le sens premier de la loi, selon l'intention et la valeur qu'elle avait lorsqu'elle fut édictée » ne saurait saisir ce sens « sans prendre conscience du changement des circonstances qui séparent l'autrefois du présent qui est le sien »¹⁷. En somme, conclut Gadamer, « il ne peut y avoir d'accès direct à l'objet historique, qui permette d'établir objectivement son importance propre ». Il n'y a donc pas de différence de méthode entre le juriste et l'historien du droit, car les deux vivent dans le même temps. Le juriste doit passer par l'histoire pour saisir, dans l'épaisseur du temps, le sens du droit qu'il doit

interpréter ; l'historien du droit doit rétablir l'écart qui sépare le droit ancien du droit de son temps pour en restituer la valeur historique. « L'historien doit effectuer la même réflexion que celle qui guide le juriste »¹⁸.

– IV –

Depuis longtemps l'histoire du droit souffre de l'emprise d'une pensée dogmatique qui ne cherche pas à *connaître* le droit pour le mettre en action, mais qui entend en proposer une mécanique fonctionnelle. Encore aujourd'hui, le droit est conçu, à commencer par le législateur lui-même, comme un tuyau, un engrenage, une rustine. Et la doctrine, qui n'est pas en reste, construit et maintient, souvent, un système de tuyaux, d'engrenages et de rustines. On juge, on interprète, on commente, non pour connaître et donc pour saisir une harmonie d'ensemble, mais pour faire en sorte, dans l'instant, que *ça marche*. C'est pourquoi il y a quelque chose d'insolite à admettre, avec Gadamer, que rien ne distingue l'historien du droit du juriste tant l'un et l'autre semblent vivre dans deux temps distincts. Qu'est-ce donc qui les rapproche ? Qu'est-ce qui les unit ? Que veut dire Gadamer lorsqu'il reconnaît pour l'historien du droit comme pour le juriste une même démarche herméneutique ? C'est que pour lui, l'art de l'interprétation – des textes juridiques en l'occurrence – est nécessairement un « processus langagier » (*sprachlich*)¹⁹. Il suit en cela Schleiermacher selon lequel « En herméneutique il n'y a rien d'autre à présupposer que le langage »²⁰. Car le langage, nous dit-il, est vraie et pure *tradition*. Les civilisations peuvent s'écrouler, les religions s'éteindre, les systèmes politiques muter, le langage demeure, certes sous des grammaires qui ont pu évoluer elles-mêmes. Mais les mots, en ce qui nous concerne, jaillissent comme des braises sous la cendre, d'un feu jadis allumé à Rome. Aussi le droit français, pour ne parler que de lui, est un droit romain en raison même de la tradition langagière. *Obligatio, locatio, venditio, consensus*,

14. H.-G. Gadamer, *Vérité et méthode*, (Tübingen, 1960), Paris, Seuil, 1996, p. 347.

15. *Ibid.*, p. 349.

16. *Ibid.*, p. 348.

17. *Ibid.*, p. 349.

18. *Ibid.*, p. 349.

19. *Ibid.*, p. 406.

20. *Ibid.*, p. 405.

actio, exceptio, dolus, sententia, appellatio... Il suffit d'ouvrir le *Vocabulaire* de Gérard Cornu. Non pas que ces mots n'aient jamais eu qu'un seul sens : « La première révélation de ce moment de synthèse [le *Vocabulaire juridique*] fut de désigner la polysémie des termes juridiques comme l'une des marques linguistiques essentielles du vocabulaire du Droit »²¹. Mais qu'ensemble ils forment à eux seuls un système : « Ainsi percevait-on que le langage du droit ne prend pas seulement corps lorsqu'il s'organise en discours, mais que, dès avant le discours, il est, déjà, potentiellement animé : et qu'il s'ouvre à la connaissance par des milliers d'entrées »²². Au-delà du discours, qui est prisonnier de son temps, le langage traverse le temps. Or cette odyssée façonne, modifie, altère l'objet. C'est ce que disait déjà Ferdinand de Saussure : « [La langue] située à la fois dans la masse sociale et dans le temps, personne ne peut rien y changer, et, d'autre part, l'arbitraire de ses signes entraîne théoriquement la liberté d'établir n'importe quel rapport entre la matière phonique et les idées. Il en résulte que ces deux éléments unis dans les signes gardent chacun leur vie propre dans une proportion inconnue ailleurs, et que la langue s'altère, ou plutôt évolue, sous l'influence de tous les agents qui peuvent atteindre soit les sons soit les sens »²³. C'est cette tradition-là que Gadamer désigne et étudie : « La compréhension d'une tradition transmise par le langage conserve, par rapport à tous les autres modes de transmission, une priorité spécifique. [...] La tradition langagière est une transmission au sens propre du terme, c'est-à-dire qu'il n'y a pas ici simplement un reste qu'il s'agirait d'explorer et

d'interpréter (*Deutung*) en tant que vestige du passé. Ce qui nous est parvenu par la voie de la tradition langagière, n'est pas un reste mais quelque chose de transmis, c'est-à-dire quelque chose qui nous est dit, soit sous la forme de la transmission orale immédiate dans laquelle le mythe, la légende, la coutume et l'usage restent vivants, soit sous la forme d'une tradition écrite, dont les signes sont pour ainsi dire destinés, de façon immédiate, à tout lecteur capable de les lire »²⁴.

Mais ce ne sont pas les histoires ou les discours qui nous sont transmis. Ce sont les mots²⁵ qui, traversant le temps, évoluent et nous parviennent, en quelque sorte, *chargés*. C'est pour-quoi, dans cette tradition langagière qui transcende les continuités et les ruptures des faits et des discours, l'écriture juridique tient une place éminente. En effet, « tout ce qui est transmis sous forme écrite est contemporain de tout présent. Il y a donc dans l'écriture une coexistence unique du passé et du présent, dans la mesure où la conscience présente accède librement à toute tradition écrite »²⁶. Or ces mots, dans l'autonomie de leur « vie propre » ainsi que l'affirmait déjà Saussure, font irruption dans le présent identique, ici et maintenant, des historiens du droit comme des juristes que l'un et l'autre doivent, de la même manière appréhender dans toute leur épaisseur. Tout historien du droit est un juriste ; tout juriste est un historien du droit. La différence entre les deux, s'il devait y en avoir une, serait alors d'ordre moral : les juristes s'efforceraient de saisir le sens des mots pour rendre la vie acceptable ; les historiens du droit pour espérer une vie meilleure.

21. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2008 (1987), p. XI.

22. *Ibid.*, p. XII.

23. *Cours de linguistique générale*, Paris, Payot, 2005 (1916), p. 110-111.

24. H.-G. Gadamer, *Vérité et méthode*, op. cit., p. 411-412.

25. Ce que les linguistes nomment des *morphèmes* : « Un morphème est l'unité minimale de signification, c'est-à-dire celle qui unit une forme signifiante et un contenu de signification et au-dessous de laquelle il est impossible de descendre, sauf à changer d'ordre et à passer aux unités, qui sont de pures formes, à savoir les phonèmes », O. Soutet, *Linguistique*, Paris, PUF, 2005, p. 245-246.

26. H.-G. Gadamer, *Vérité et méthode*, op. cit., p. 412.

Petit deux du Grand B :

enjeux d'une critique fondée sur l'histoire du droit et le droit comparé. Naissance de la revue *Tribonien*

Enjeux d'une critique fondée sur l'histoire du droit et le droit comparé. Naissance de la revue *Tribonien*

Nicolas Cornu Thénard

Professeur d'histoire du droit à l'Université Panthéon-Assas
Membre de l'Institut Universitaire de France

Nicolas Laurent-Bonne

Professeur d'histoire du droit à l'Université Clermont
Auvergne

Au mois de juin prochain paraîtra le premier numéro d'une revue reposant sur l'initiative conjointe de spécialistes de droit contemporain, de comparatistes et d'historiens du droit. Baptisée *Tribonien*, elle se présentera comme une revue critique de droit positif ayant la particularité de puiser ses arguments dans l'histoire du droit et le droit comparé. Les motifs qui ont conduit à sa création et la méthode qui sera la sienne seront exposés dans le détail à cette occasion, mais sur la suggestion du professeur Cécile Chainais, il nous a semblé opportun d'en présenter un extrait.

Les juristes accordent traditionnellement à l'histoire une importance théorique de premier rang. Pour s'en convaincre, il suffit d'ouvrir la plupart des études, manuels, traités et leçons de droit publiés depuis la première moitié du XIX^e siècle. L'écrasante majorité des auteurs y vantent la nécessité d'une approche historique du droit ; d'aucuns plaident même pour dépasser l'analyse technique ou littérale du droit positif à l'aide des recherches historiques les plus récentes. Parmi ceux qui figurent désormais au Panthéon des civilistes français, Saleilles, Gény, Capitant, Planiol, Ripert et, plus récemment, Carbonnier

ont tour à tour convoqué l'histoire pour soutenir l'interprétation juridique. La reconnaissance d'une telle autorité est le plus souvent fondée sur le postulat, théoriquement discutable, que le droit positif plonge ses racines dans un passé plus ou moins lointain. Planiol et Ripert le résumaient à l'aide d'une formule bien connue de Leibniz : « le présent est gros de l'avenir et chargé du passé »¹. Au fond, pour beaucoup, le présent serait une simple réplique du passé, jugé assez parfait pour offrir des solutions transposables et prêtes à l'emploi en vue de régler la plupart des problèmes de législation.

Cependant, la plupart de ces juristes ne tirent que rarement des conséquences méthodologiques de ces allégations. Il y a comme un décalage entre, d'un côté, l'importance théorique accordée à l'histoire et de l'autre, la pénurie de réflexions portant sur le rôle, le statut et les objectifs qui pourraient être les siens au regard du droit positif. Il faut sans doute rechercher les causes de cette lacune aux origines de la discipline. Dès les débuts de l'école historique du droit en Allemagne, il existe en effet des tensions sur la nature et les objectifs des recherches historiques appliquées au droit. Des querelles peu ou prou comparables ont pu être observées en France, dès la Restauration, quand l'histoire du droit se constituait en discipline autonome. Les positions des disciples français de Savigny, tels Jourdan, Lerminier, Klimrath, ou encore Lafferrière, étaient marquées par une équivoque sur le statut de l'histoire du droit. Devait-elle être une méthode scientifique de connaissance et d'interprétation du droit ? Ou, à l'inverse, une science historique, auxiliaire de la dogmatique juridique ? Il faut reconnaître que cette question déterminante, sinon essentielle, qui agite les juristes depuis la première moitié du *xix*^e siècle, n'a pas fait l'objet de réponses très claires, comme l'ont du reste amplement démontré les travaux de Jean-Louis Halpérin. D'un côté, Klimrath faisait par exemple de l'histoire la méthode scientifique de connaissance et d'interprétation du droit ; de l'autre, Taulier l'envisageait quant à lui comme une auxiliaire de la dogmatique juridique. Au début du *xx*^e siècle, Gény n'a pas même échappé à cette incertitude méthodologique : tout en mobilisant l'histoire

dans sa méthode de libre recherche scientifique pour laquelle il plaidait dans *Science et technique*, le doyen de Nancy ne la qualifiait pas moins de science auxiliaire. Or cette incertitude s'est conservée dans la durée. Sous la plume des juristes français, l'histoire est tantôt cantonnée au rang des disciplines ancillaires adossées à la science du droit, tantôt présentée comme pure érudition que l'on doit tenir pour inutile à l'esprit des juristes. Il en résulte un pluralisme méthodologique impensé qui se traduit, en pratique, par des trajectoires en apparence opposées.

Partons du constat suivant : les développements historiques sont souvent cantonnés aux introductions d'articles ou de monographies, qui en demeurent le lieu privilégié. Ces introductions lénifiantes constituent souvent des pavillons de culture générale, parfois des greniers à dates, indexés sur la dogmatique dominante. Dans ce zoo bigarré des sciences auxiliaires, l'histoire côtoie, le plus souvent, le droit comparé, l'économie, la sociologie, la philosophie ou encore les statistiques. Elle endosse donc d'abord une fonction propédeutique, parfois ornementale, souvent anecdotique, visant à satisfaire la curiosité du lecteur ainsi qu'à légitimer le présent. L'approche semble notamment caractéristique d'une conception évolutionniste du droit. L'historicisme du *xix*^e siècle, marqué par la doctrine biologique de l'évolution, l'a très nettement favorisée. En témoignent notamment les travaux de Laboulaye et Esmein qui concevaient l'histoire du droit comme un ensemble de processus évolutifs, susceptibles d'être comparés aux phénomènes biologiques. Cet évolutionnisme, prôné par une poignée de juristes entre la fin du *xix*^e et le début du *xx*^e siècle, a laissé des traces durables dans la doctrine contemporaine. L'histoire du droit est encore bien souvent regardée comme une introduction naturelle et nécessaire au droit contemporain, dont elle retracerait l'évolution des origines aux temps présents. Dans ces introductions graduelles, l'ancien droit est le point de départ d'une étude linéaire dont le *terminus ad quem* est le droit positif, et la réforme attendue l'apothéose. Si cet historicisme introductif satisfait certainement la curiosité, il est à craindre que la fonction propédeutique assignée à l'histoire ne renforce toutefois le caractère ancillaire de la

1. M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, *Principe généraux. Personnes. Biens*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1946, p. 10, n° 23.

discipline et ne contienne de surcroît aucune méthode pour le juriste.

Les causes de cet historicisme introductif peuvent également être recherchées dans le présentisme dogmatique de la doctrine juridique. La recherche historique conforte le dogmatique dans un présent *omnitemporel*, assurant de surcroît la cohérence du système et l'harmonie entre toutes les normes juridiques successivement édictées dans le temps. En somme, l'histoire constitue l'architecture dogmatique et narrative d'un droit organisé en système ou, dit autrement, le bras armé des « faiseurs de systèmes »². À défaut d'être assignée à une fonction propédeutique d'esthétisation du présent, celle-ci est alors instrumentalisée à des fins de légitimation du droit positif. Disons-le sans détour, cet absolutisme de la continuité n'est pas sans lien avec une orientation idéologique, jadis réactionnaire, aujourd'hui conservatrice. Au lendemain de la promulgation du code civil, de nombreux auteurs défendaient une véritable continuité, cherchant à éclipser l'épisode révolutionnaire et à relativiser l'importance des codifications napoléoniennes. Il s'agissait alors de renouer « la chaîne des temps »³, faisant du code civil l'œuvre d'une longue tradition synthétisée par ses rédacteurs. Cette expression fort célèbre de Klimrath témoigne d'un sentiment largement partagé par les premiers commentateurs du code qui se livraient en effet à une interprétation rétrospective, cherchant l'esprit de la loi nouvelle dans l'ancien droit. Loin d'être marginale au XIX^e siècle, cette trajectoire méthodologique a laissé son empreinte dans le travail des juristes. L'histoire nourrit encore parfois, mais plus rarement, ce que Michel Troper qualifie de « névrose juridique »⁴ consistant à sauver à tout le prix la loi dans sa forme supposée originelle : la propriété est, depuis Rome, le droit individuel, perpétuel et absolu de l'homme sur les choses ; le contrat est, depuis le Moyen âge central, formé par l'échange de volontés libres ; le mariage est, a toujours été et sera toujours celui d'un homme et d'une femme. Loin d'être neutre, cette recherche des constantes présente le risque de transpositions anachroniques. Cette exaltation de la continuité conduit surtout à négliger les ruptures et la dyna-

mique des ordres juridiques. Outre que la longévité ne justifie rien, il est à craindre que cette vision tout à la fois *continuiste* et mélodique de l'histoire du droit ne contienne là encore aucune méthode pour les juristes.

L'utilisation de l'histoire se réclame parfois enfin d'une conception progressiste du droit. En pareille hypothèse, les recherches historiques sont alors mobilisées pour déclasser un passé jugé archaïque, sinon obsolète, que le progrès commande d'emporter. Cette tyrannie du progrès qui repose sur une forme de pessimisme historique, n'est pas sans lien avec une orientation idéologique, jadis républicaine, aujourd'hui progressiste. Une telle approche s'observe du reste dès la fin du XIX^e siècle, notamment sous la plume d'Émile Acolas qui conteste le droit des codifications napoléoniennes. C'est la boussole du progrès qui guide le travail de ce juriste républicain traquant, sans relâche, les oripeaux de l'ancien droit réincarnés dans le code civil. Loin d'être neutre, cet emballement progressiste, désormais marginal sous la plume des juristes, est devenu courant chez le législateur qui tente d'apporter la caution de l'histoire à un arbitrage avant tout politique.

Qu'elle conduise à défendre une histoire linéaire ou à caricaturer à l'inverse un passé obsolète, ces utilisations de l'histoire relèvent de la mythologie juridique, d'une histoire-fiction ou d'une histoire-désir, qui consiste pour le juriste et le législateur à projeter dans le passé l'avenir qu'ils ont choisi. Ces trajectoires, apparemment opposées, se rejoignent en ce que l'histoire n'est mobilisée dans les débats législatifs et doctrinaux que de manière artificielle ou orientée.

C'est à ce travers que la revue *Tribonien* s'efforce de répondre. À cette fin, elle propose de solliciter l'histoire dans une perspective critique : en l'employant comme un recueil de réflexions, de raisonnements, d'arguments susceptibles de nourrir l'analyse du droit contemporain et peut-être de l'inspirer. Cette démarche n'a rien de révolutionnaire et nombreuses sont les approches qui conduisent aujourd'hui à confronter le droit actuel à l'histoire du droit ou aux droits étrangers. Beaucoup seront les bienvenues dans la revue, et *Tribonien* a d'abord vocation à être une

2. J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.*, 1951, p. 99 s.

3. H. Klimrath, *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil*, Strasbourg, 1833, p. 12.

4. C. Grzegorzczak, F. Michaut et M. Troper, *Le positivisme juridique*, LGDJ-Story-Scientia, 1992, Paris-Bruxelles, p. 40.

terre d'accueil pour ces réflexions; cependant, une méthode sera proposée, dont la teneur peut être résumée brièvement.

L'ambition d'une telle revue est critique, au sens où les Anciens envisageaient cette qualité : comme un refus d'asservir le discours à une autorité quelconque, refus qui incite à interroger les motifs des choix, des décisions et des jugements. En l'occurrence, notre démarche peut s'analyser comme une tentative de réappropriation. Nous ne souhaitons pas que les travaux des historiens du droit soient placés au service d'intérêts qui les dépassent. Il nous semble opportun, en conséquence, de confronter nous-mêmes nos réflexions au droit positif actuel et d'inciter ceux qui invoquent l'histoire pour justifier une interprétation ou une règle juridique à se faire eux-mêmes historiens du droit. La comparaison historique, au même titre que la comparaison géographique, doit nourrir une étude critique du droit contemporain.

Encore faut-il qu'une telle approche soit possible et légitime. Elle ne sera possible que si deux préjugés sont écartés. Le premier est le préjugé évolutionniste, qui présuppose le droit contemporain comme le point d'arrivée d'une histoire linéaire. Donner consistance à cette approche conduit nécessairement à invalider toute donnée ancienne, jugée nécessairement périmée ou anecdotique : il y a là un obstacle à toute approche critique. Le second est le préjugé rétrograde : préjugé inverse, qui conduit à présumer de la perfection d'un modèle ancien et à percevoir le cours du temps comme le véhicule d'une corruption nécessaire. Le vice est opposé, mais il est du même ordre : en revêtant des institutions traditionnelles du faux costume de l'éternité, il invalide par principe toutes celles qui leur ont succédé suivant un parti pris tout aussi contestable. Dans les deux cas, le sens critique est comme paralysé par une confiance excessive donnée au seul cours du temps comme clef de lecture des phénomènes. Pour rendre possible notre examen, il nous faut donc écarter le mythe d'une histoire linéaire.

Une telle approche reste néanmoins contestable et une critique traditionnelle du comparatisme pourrait lui être adressée : celle de comparer l'incomparable. Une règle juridique est toujours dépendante en effet d'un système de valeurs, lui-même inscrit dans un contexte politique, moral, religieux et plus généralement

culturel ; il semble difficile dans ces conditions d'abstraire des normes d'un tel conditionnement pour les confronter à d'autres sans qu'en résultent des remarques inappropriées, erronées ou anachroniques. Une pratique pourrait répondre à ce travers, qui consiste à s'interdire toute évaluation, en mettant en regard des expériences juridiques forgées en des lieux et des temps différents, sans en tirer davantage de conséquences. Il y a cependant dans cet expédient relativiste le renoncement à toute approche critique assumée. Nous tenterons de suivre une autre voie, et pour qu'elle soit légitime, nous renoncerons par principe à toute ambition systématique. La revue *Tribonien* ne nourrira pas le fantasme pandectiste d'un système de droit romain actuel ni ne tentera de mettre en lumière un éventuel droit commun. Elle ne prétendra pas se prononcer sur les vertus d'une règle. Nous nous concentrerons plutôt sur les motivations juridiques des interprétations. L'étude portera sur les arguments qui, en s'appuyant sur la portée d'un terme ou d'une règle de droit, peuvent étayer une interprétation en justice.

Dans cette perspective, la démarche suivie dans le cadre de notre revue pourrait être la suivante. Elle reposera avant tout sur un effort de sélection. L'étude prendra pour objet une interprétation juridique récente, tirée d'une décision de justice, d'un texte législatif ou d'un point de doctrine, et choisie en vertu de sa portée historique : dès lors que cette question aura pu susciter des positions différentes dans le temps, elle pourra être étudiée dans *Tribonien*. L'analyse conduira alors à mettre en lumière la densité argumentative du sujet : en projetant la question soulevée dans le temps et l'espace, elle fera apparaître la diversité des arguments énoncés pour y répondre. De cette façon, l'histoire du droit et le droit comparé pourront reconstituer des controverses de grande ampleur. L'exercice tendra à en révéler la dimension proprement juridique : pour que des arguments puissent se répondre, indépendamment du temps et du lieu, il faudra que leur formulation se délie de l'emprise contextuelle. Les motivations de nature immédiatement politique, religieuse, morale ou économique qui conditionnent les règles elles-mêmes laisseront place aux motifs juridiques de chaque interprétation.

Alors, l'analyse pourra peut-être délivrer des fruits. Elle permettra parfois de faire tomber des

règles prétendument soutenues par l'histoire : en révélant le caractère argumentatif d'un principe énoncé comme une vérité atemporelle, et en discutant son bien-fondé, une fois replacé dans son contexte. La critique démontrera le décor de l'argument. Elle pourra aussi mettre en lumière des raisonnements méconnus, oubliés ou méprisés que recèlent l'histoire du droit et le droit comparé, et suggérer les solutions qu'ils portent comme des alternatives aux modèles retenus aujourd'hui, parfois sans justification. Elle pourra enfin éclairer les décisions de justice et les projets de lois eux-mêmes. Lorsque les magistrats ou les parlementaires ne perçoivent plus le sens ou la portée d'une règle juridique conservée par tradition, l'étude permettra de répondre à leurs interrogations. Ainsi, en s'interrogeant sur les motifs d'une interprétation récente et en les confrontant à d'autres raisonnements offerts par une science juridique affranchie du temps et de l'espace, la revue s'efforcera d'enrichir la controverse, de manière à ce que l'argument le plus persuasif puisse l'emporter. *Tribonien* s'efforcera donc, à sa façon, de contribuer à l'exercice d'une mission essentielle des juristes, celle de préserver la certitude du droit. Arrimés aux arguments, nous solliciterons l'histoire du droit et le droit comparé comme des laboratoires de réflexions.

En profitant des dizaines de milliers de pages de casuistiques oubliées qu'il serait assurément dommage d'occulter plus longtemps, nous tenterons de former des recueils d'arguments juridiques.

Cette démarche sélective n'est évidemment pas nouvelle, et notre projet se propose essentiellement de ranimer une flamme qui a été considérablement nourrie dans le passé. À cet égard, une œuvre fondatrice est certainement la plus éloquente : celle accomplie par *Tribonien*, qui sera l'emblème de cette revue. Le juriste à qui l'empereur Justinien confia la mission de compiler la jurisprudence romaine a sans doute en effet rassemblé les arguments les plus durablement féconds. En composant ce recueil d'une richesse indépassable que constitue le *Digeste*, il a enfermé dans cet ouvrage des argumentations forgées sur plus de cinq siècles de distance et appelées à vivifier les controverses par de là le temps et le lieu. Ces controverses, la revue *Tribonien* souhaite les animer à son tour, en confrontant le droit contemporain aux créations de la science juridique.

Nous présenterons le premier volume de cette revue à l'occasion d'une prochaine séance d'étude, consacrée à la *Réforme de la Cour de cassation*, le 31 mai prochain⁵.

5. Cette séance se tiendra en Sorbonne, amphithéâtre Oury, à 14 heures 30.

Petit trois du Grand B :

de la tablette d'argile à la tablette numérique

De la tablette d'argile à la tablette numérique : passé et futur de l'assyriologie juridique

Sophie Démare-Lafont

Professeur d'histoire du droit à l'Université Panthéon-Assas
Directeur d'études à l'École Pratique des Hautes Études,
section Sciences historiques et philologiques

« L'histoire du droit commence à Sumer », pourrait-on affirmer, en parodiant le titre du *best-seller* des études mésopotamiennes écrit par le savant américain Samuel Noah Kramer au milieu des années 1950 (*L'histoire commence à Sumer*, 1956).

Et de fait, la Mésopotamie offre à l'historien du droit, un domaine d'investigation d'une richesse incomparable. Sur les quelque 500 000 tablettes retrouvées dans les sous-sols de l'Irak, de la Syrie, de l'Iran et de la Turquie et couvrant les trois millénaires précédant notre ère, les deux tiers intéressent les juristes : contrats, documents administratifs ou comptables, lois, traités internationaux, jugements, inscriptions royales et exercices scolaires, les ressources cunéiformes semblent inépuisables.

Un examen plus attentif de ce trésor documentaire tempère cependant l'enthousiasme du chercheur. En premier lieu, la répartition chronologique des sources n'est pas homogène : certaines périodes sont très bien documentées (par exemple la première moitié du II^e millénaire avant n.è.), d'autres le sont moins (par exemple l'em-

pire d'Akkad au XXIV^e siècle avant n.è. ou l'époque médio-babylonienne, dans la seconde moitié du II^e millénaire avant n.è.). Par ailleurs, d'un point de vue thématique, certains champs sont mal connus voire ignorés : les actes de mariage sont ainsi fort peu nombreux, de même que les procès criminels ; la doctrine est quant à elle totalement absente. Enfin, la principale caractéristique de ces textes juridiques est leur grande monotonie, à la fois formelle et substantielle. C'est particulièrement vrai pour les textes administratifs et comptables, très répétitifs, et dans une moindre mesure pour les contrats. Les usages lexicaux et stylistiques observés par les scribes et les notaires sont généralement stables, ce qui ne signifie pas forcément qu'ils sont uniformes : certaines variations selon les régions et les époques dessinent les contours d'une géographie juridique mésopotamienne reflétant la diversité des pratiques locales.

Bien qu'ils soient numériquement supérieurs, les actes de la pratique ont été longtemps éclipsés par les prestigieux monuments législatifs, notamment le célèbre Code de Hammurabi, qui

a focalisé l'attention des historiens et des juristes dès sa découverte au cours de l'hiver 1901-1902. Un siècle après le Code Napoléon, les Français mettaient au jour en Iran les lois d'un souverain babylonien proclamées aux alentours de 1750 avant n.è. C'est un dominicain, le père Vincent Scheil, qui lut et publia en quelques mois les quelque 3 600 lignes de caractères cunéiformes gravés sur la stèle de basalte conservée au Louvre. L'Occident rencontrait soudain une société disparue depuis 4 000 ans, urbaine, hiérarchisée et commerçante, dotée de règles juridiques particulièrement élaborées qui ne manquèrent pas d'attirer l'attention des historiens du droit.

L'assyriologie juridique est donc née au début du xx^e siècle, dans l'enthousiasme des célébrations de la codification. Les pionniers de cette discipline nouvelle ont donc logiquement concentré leur attention sur cette œuvre, remarquable à tous égards, et sur les autres sources normatives exhumées par la suite.

Parce qu'ils avaient été formés au droit romain et nourris de culture législative, les savants européens, et notamment français, ont abordé ce nouveau territoire avec les outils de la science juridique romaine et de la tradition légicentriste. Justinien et Napoléon étaient les deux figures auxquelles on comparait – plus ou moins explicitement ou consciemment – les législateurs mésopotamiens des III^e et II^e millénaires avant n.è.

La situation a changé au milieu du xx^e siècle : l'augmentation exponentielle des publications de documents et les progrès de la philologie ont fait de l'assyriologie juridique un champ d'études autonome, dans lequel la place des innombrables actes de la pratique a été largement revalorisée. Les dizaines de milliers de contrats et de textes administratifs ont révélé des informations éclairant d'un jour nouveau la chronologie, les institutions politiques, la société et bien sûr le droit. Ainsi par exemple les fastidieux reçus de grain et autres comptes de bétail ont-ils permis de mieux comprendre le fonctionnement de l'appareil administratif de l'empire sumérien de la fin du III^e millénaire avant n.è. De même, les partages successoraux et les testaments du II^e millénaire avant n.è. ont-ils dévoilé un pluralisme coutumier que la formulation figée des lois ne laissait pas entrevoir. Le développement des études d'archives a également ouvert de passionnantes perspectives, enrichies par les regards croisés des épigraphistes et des archéologues, dont les

efforts conjugués ont permis d'affiner les réflexions et les hypothèses d'interprétation.

Cette masse considérable de sources ne représente pourtant que la partie émergée de l'iceberg juridique mésopotamien, qui est constitué par la coutume. Orale par nature, elle ne laisse que des traces résiduelles et son contenu nous échappe la plupart du temps ; nous ne pouvons la saisir que dans ses applications écrites occasionnelles, à travers les contrats qui en donnent des illustrations. Le droit écrit n'est donc qu'un aspect, sans doute minoritaire, de la vie juridique mésopotamienne. La prépondérance coutumière conduit toujours à se demander si ce qui a été mis par écrit est dérogatoire ou conforme au droit commun, et incite en tout état de cause à relativiser les conclusions que l'on peut tirer des textes.

Les progrès les plus récents et les plus spectaculaires ont été obtenus depuis une dizaine d'années grâce aux nouveaux outils informatiques, qui ont véritablement révolutionné les méthodes et les questionnements de la recherche. Dans les années 1950, un chercheur expérimenté pouvait maîtriser seul l'ensemble des données concernant son domaine de spécialité, et posséder dans sa bibliothèque la quasi-totalité des publications nécessaires à ses travaux. Aujourd'hui, aucun assyriologue ne peut être sûr d'avoir dépouillé intégralement la bibliographie du sujet qu'il traite, tant les éditions de sources, de monographies et de commentaires synthétiques ou détaillés sont nombreuses. L'ère du numérique a profondément modifié les attentes de la communauté scientifique en mettant à la disposition du plus grand nombre un flux d'informations toujours plus dense. Les dictionnaires et la plupart des revues sont désormais accessibles en format électronique, et consultables de chez soi. Certains ouvrages sont aussi disponibles en téléchargement sur des plateformes scientifiques. Les sources, enfin, sont de plus en plus souvent éditées en ligne, sous forme de photos, avec ou sans copies, translittérations et traductions. Ces sites ont vocation à accueillir des quantités considérables de tablettes (plusieurs dizaines de milliers), l'objectif étant de développer une offre riche et diversifiée pour stimuler la recherche.

Et effectivement, il faut saluer la multiplication des études statistiques et quantitatives, des analyses lexicales à partir des occurrences d'un terme dans un corpus documentaire, des regrou-

pements de dossiers d'archives, des recoupements prosopographiques ou encore des comparaisons de formulaires juridiques, toutes ces réalisations étant conduites dans le cadre de projets collectifs souvent internationaux. Les échanges et la communication scientifique se sont corrélativement accélérés et la somme des connaissances mises à la disposition de tous a explosé, au point qu'il est aujourd'hui difficile d'absorber le flot continu de ces données.

Par un effet de mise en abîme, les réformes administratives d'un roi sumérien, les actes de vente dressés par un scribe babylonien ou les

créances au porteur émises par un marchand assyrien, sont virtuellement présents dans un ordinateur dont l'écran est à peine plus grand que les tablettes d'argile qui nous ont transmis ces témoins d'un passé plurimillénaire. Du calame au stylet, les prouesses de la technologie moderne nous invitent ainsi à une sorte de voyage immobile en mettant à notre portée une culture juridique à la fois familière dans ses pré-occupations et différente dans ses énoncés. Les textes sont là, et pour peu que l'on veuille se former à leur déchiffrement, de larges avenues restent encore à explorer.

Petit quatre du Grand B :

focus sur l'Institut d'Histoire du Droit

Focus sur l'Institut d'Histoire du Droit : de l'héritage romain au droit de demain

Emmanuelle Chevreau

Professeur d'histoire du droit à l'Université Panthéon-Assas

Olivier Descamps

Professeur d'histoire du droit à l'Université Panthéon-Assas

Directeur de l'Institut d'Histoire du Droit de l'Université Panthéon-Assas

Anthony Mergey

Professeur d'histoire du droit à l'Université Panthéon-Assas

Laurent Pfister

Professeur d'histoire du droit à l'Université Panthéon-Assas

La construction de l'Europe, l'essor du droit communautaire, les divers projets de codification européenne du droit des contrats ont suscité un regain de recherches sur le patrimoine juridique commun à l'Europe, en particulier sur son enracinement dans le droit romain et le *jus commune* médiéval, sur leur pénétration dans les systèmes nationaux à l'époque moderne, leurs survivances et leurs apports, avérés ou potentiels, au droit contemporain. L'exploration de ce patrimoine reste cependant un vaste chantier. C'est à le poursuivre, l'enrichir et l'approfondir que se consacre depuis quelques années l'Institut d'Histoire du Droit de l'Université Paris II Panthéon-Assas.

Né en 2001, l'Institut d'Histoire du Droit (IHD) a le statut d'une Unité Mixte de Recherche. Cette structure de recherche travaille sous l'égide de deux tutelles : l'Université Paris II Panthéon-Assas et le CNRS. Elle est le modèle qui permet de faire converger les moyens financiers et humains pour mener des investigations dans les champs d'études fixés par le laboratoire. Ainsi, chercheurs du CNRS et enseignants-chercheurs de l'Université œuvrent ensemble en menant des projets individuels et collectifs. L'IHD regroupe trois centres de recherche : le Centre de documentation des droits antiques (CDDA), le Centre d'histoire du droit et des institutions (CHDI) et le Centre d'étude d'histoire juridique (CEHJ), ce dernier demeurant par ailleurs lié aux Archives

nationales. Près d'une trentaine d'enseignants chercheurs sont membres permanents de l'IHD, sans compter les nombreux doctorants qui y sont rattachés. Il est à ce titre le second laboratoire d'histoire du droit en Europe après le *Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte* de Francfort. Grâce à l'engagement de ses membres, l'IHD a noué des relations avec des laboratoires de recherche situés en France et à l'étranger. Depuis 2007, il est aussi étroitement lié au secrétariat général de la première présidence de la Cour de cassation. Ces partenariats donnent lieu régulièrement à des collaborations scientifiques fécondes.

Le nombre des membres de l'IHD le dispute à la diversité de leurs champs de compétences. L'IHD réunit en effet des spécialistes de toutes les branches de l'histoire du droit, tant privé et public que processuel, et de toutes les périodes, depuis la Haute Antiquité (Droits du Proche-Orient ancien), jusqu'à l'Époque contemporaine, en passant par le droit romain, le droit romano-canonique médiéval et l'ancien droit français.

C'est fort de cette richesse que l'IHD s'est engagé, d'abord sous la direction du Président Leyte et actuellement du Professeur Descamps, dans la mise en œuvre d'un vaste programme de recherches sur le thème du *Droit romain et la transmission de la romanité*.

La mission qu'il s'est assigné est d'approfondir et de transmettre la connaissance du patrimoine juridique de l'Europe, en développant dans toutes ses dimensions la recherche en histoire du droit tant externe – histoire des sources, de la culture juridique, de l'enseignement du droit... – qu'interne – histoire des concepts, des techniques, des procédures, de la mise en œuvre des normes juridiques... Sans méconnaître la singularité des droits des États de l'Europe, l'ambition est notamment, à travers une approche historique et comparative, de mieux comprendre et d'expliquer les convergences entre les systèmes nationaux, et ce afin de contribuer, dans une certaine mesure, à la construction du droit européen. L'importance accordée au droit romain et à sa transmission n'est exclusive ni de l'intérêt porté aux droits plus anciens, en particulier ceux du Proche Orient ancien, ni de la comparaison avec des droits et systèmes étrangers à la tradition du droit civil.

La réalisation de la mission de l'IHD a d'ores et déjà donné lieu à de nombreuses manifestations.

On rappellera notamment l'organisation en 2016 de deux événements majeurs : la LXX^e session de la *Société Internationale pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité* « *Fernand de Visscher* » (SIHDA) sur le thème du risque dans les droits de l'Antiquité, qui a réuni près de 400 participants de 30 nationalités différentes et accueilli 150 communications ; et le XV^e *Congrès international de droit canonique médiéval*, avec 250 participants de 25 nationalités différentes et près de 170 communications. Les publications aussi sont d'ores et déjà riches et nombreuses. On citera ici la collection dirigée par le Professeur Roumy en collaboration avec les Professeurs Schmoeckel (Université de Bonn) et Condorelli (Université de Catane) sur *l'Influence du droit canonique sur la culture juridique européenne* : fruit d'ateliers trilatéraux franco-germano-italien, cette collection comporte des volumes sur le droit privé, le droit public, le droit pénal, la procédure et le droit économique et s'enrichira d'un prochain volume sur le droit international privé et public.

Nourrie de travaux individuels et plus encore collectifs, souvent menés en collaboration avec des partenaires, la mission de l'IHD se décline autour de trois axes, renouvelés et redéfinis en partie pour le nouveau contrat quinquennal.

Axe 1 : Commerce juridique et règlement des conflits

Cet axe accueille et accueillera les travaux entrepris sur trois thèmes.

Le premier concerne les statuts et libertés, la famille et le patrimoine. Il s'agit notamment de renouveler la connaissance historique de l'état et du droit des personnes, tant du point de vue du droit civil que dans leur dimension politique, d'explorer par exemple le champ qu'est celui de la construction des libertés publiques contemporaines, tout en réexaminant les sociétés fondées sur les statuts d'ordres, de corps, de communautés. Il s'agit également d'approfondir les recherches sur la circulation des biens et des richesses au sein des familles, sur les modes de gestion et de transmission du patrimoine. Le deuxième thème porte sur les obligations contractuelles et délictuelles, instruments s'il en est du commerce juridique. Les projets européens de codification du droit des contrats et de la responsabilité délictuelle justifient à eux seuls

de consacrer des travaux à ce thème, d'étudier, dans une approche diachronique et comparative, la transmission et la transformation des concepts et techniques de droit romain jusqu'au sein des droits nationaux, en essayant de relever le substrat qui leur est commun. Ce thème se justifie aussi par l'état actuel de la recherche, par le fait que plusieurs champs de l'histoire du droit des obligations, notamment l'époque médiévale ou les contrats spéciaux, demeurent largement en jachère, et par la nécessité aussi de renouveler des travaux anciens. Enfin, le troisième thème porte sur la justice et plus largement sur les modes de résolution des conflits, et sur l'argumentation juridique.

Ces thèmes ont donné lieu à de récentes publications et manifestations. Un colloque organisé avec la Cour de cassation a permis d'analyser l'usage des différentes *sources de droit dans la pratique judiciaire*, du début de l'Époque moderne jusqu'à la période contemporaine. Cette étude a systématiquement été menée en miroir, confrontant la pratique des cours d'Ancien Régime à celle des tribunaux actuels. Elle a d'abord révélé la cohérence et la logique de l'étendue du riche fonds patrimonial de la bibliothèque de la Cour de cassation. Mais elle a aussi mis en lumière les étapes du lent processus de transformation de la jurisprudence en véritable source de droit et sa capacité à assimiler l'évolution des sources normatives. L'ouvrage a paru en 2018 aux Éditions Panthéon-Assas. Également en collaboration avec la Cour de cassation, un colloque s'est tenu en décembre 2017 sur la *Romanité du droit*. Son objectif était d'analyser l'influence du droit romain sur les principales branches du droit privé : droit de la famille, droit des obligations, droit des biens, droit commercial et droit pénal, de l'Ancien Régime à la période contemporaine. Les contributions des historiens du droit étaient fondées sur l'étude du fonds patrimonial de la bibliothèque de la Cour et étaient systématiquement associées à celles de magistrats. Les actes du colloque paraîtront à la fin de l'année 2018.

D'autres entreprises sont en cours. Un ouvrage sur *La chair. Perspectives croisées* est en préparation. Son ambition est d'aborder ce thème sous ses faces les plus variées, en droit et plus généralement à travers les sciences humaines, sociales, politiques, économiques et

médicales. Il associera des membres de l'IHD à des spécialistes d'autres disciplines.

Un autre projet majeur est également en cours : l'atelier trilatéral (France, Allemagne, Italie) sur le thème de la *Causa contractus* qui est une réflexion menée de manière transversale et comparatiste sur la notion de cause dans les contrats. Le droit romain et sa réception en Europe continentale, mais aussi dans le *Common law* anglais servent de fil conducteur à une réflexion commune sur la notion de cause dans les différentes législations européennes et sur la portée, entre autres, de la réforme du droit français des obligations de 2016. L'équipe française est composée de membres de l'IHD (spécialistes de droit romain) et de docteurs et doctorants en droit international privé de l'université Paris II. Deux rencontres ont déjà eu lieu, l'une consacrée à l'approche chronologique et comparative du concept, l'autre relative à la cause comme élément substantiel de la formation du contrat et à la théorie de l'imprévision. Une dernière rencontre aura lieu en 2018 dont l'objet sera de mener une réflexion prospective sur l'avenir du concept. Les travaux seront publiés à l'issue de la troisième rencontre.

Parmi les autres projets qui auront lieu prochainement, figurent également des journées d'études sur l'histoire de l'argument juridique. Réalisées en collaboration avec l'Institut Universitaire de France, elles viseront à mesurer comment l'argument juridique se distingue des arguments moraux, religieux, politiques et économiques, et partant, de s'interroger sur la manière dont les juristes justifient une interprétation ou fondent une décision.

Axe 2 : Normativité et gouvernance

Cet axe a vocation à accueillir les travaux et les projets qui s'articulent plus particulièrement autour de trois thèmes. Le premier d'entre eux porte sur les systèmes juridiques et l'internationalisation du droit. Le développement d'une conception globale du droit conduit à renouveler l'approche de certains concepts ou notions, communs ou non aux différents systèmes juridiques, en s'appuyant notamment sur la méthode comparatiste. Le deuxième thème touche quant à lui au fondement, à la production et à la conservation de la norme. Sujet ancien mais en évolution constante, il est l'occa-

sion d'explorer, de (re)définir, de mettre en perspective des matériaux hérités de et forgés par l'histoire, qui trouvent encore aujourd'hui une résonance certaine. Le troisième et dernier objet s'empare des questionnements en rapport avec l'administration et les territoires. L'actualité du sujet, comme le prouvent les réflexions, et parfois les réformes, menées en France depuis plus de trente ans par les acteurs et les observateurs de la vie politique, incite à s'interroger sur la permanence et les transformations des cadres et des moyens administratifs de l'État, depuis le ^{xviii}^e siècle certes, mais également dans une perspective historique plus vaste.

Depuis le second semestre de l'année 2017, deux manifestations, dont la problématique était en lien avec cet axe, doivent être signalées. Il s'agit d'une part, en partenariat avec le Centre d'histoire judiciaire (UMR 8025, CNRS-Lille II) et le Centre aquitain d'histoire du droit (Bordeaux EA 503), d'une série de rencontres consacrées à l'histoire de l'économie sans travail, à savoir la masse d'opérations financières ne rémunérant ni le travail humain ni un échange de biens, dont l'impact sur l'agencement socio-économique contemporain est très important. La dernière de ces rencontres s'est tenue en juin à la Villa Finaly de Florence et était vouée à l'approche internationale historico-comparative. D'autre part, en décembre, le bicentenaire de la mort de Pierre-Samuel Du Pont de Nemours (1739-1817), économiste et homme politique fondateur de la célèbre dynastie d'entrepreneurs, donna lieu à un colloque associant juristes, historiens, sociologues et politistes dans une démarche comparatiste et pluridisciplinaire. Cette manifestation, qui bénéficia notamment de la présence d'une délégation d'une cinquantaine de personnes venues spécialement des États-Unis, entendait analyser la pensée et l'action politiques du père du fondateur de la célèbre entreprise éponyme à travers ses aspects les plus variés, allant de ses activités journalistiques ou de conseiller des princes à celles de négociateur, de diplomate ou de représentant du peuple. Les résultats de ces travaux seront publiés à la fin de l'année 2018 ou au début de l'année suivante.

Parmi les projets, trois peuvent être d'ores et déjà évoqués. Le premier est l'étude entreprise par un membre de l'unité sur le règne de Philippe I^{er}, quatrième roi des Francs de la dynastie capétienne entre 1060 et 1108. Il vise à analyser comment le renforcement progressif de la posi-

tion politique du Prince, dans le contexte d'une monarchie féodale, permet à celui-ci de développer un nouveau pouvoir normatif empruntant désormais une forme, impérative – le mandement – qui se distingue du simple privilège octroyé par ses prédécesseurs. Cette évolution entend éclairer le lent processus qui allait déboucher, au siècle suivant, sur l'apparition des ordonnances royales. La seconde entreprise, qui s'appuie sur l'expertise de juristes et d'historiens, vise à recenser et inventorier les arrêts rendus par cinq parlements de l'ancienne France – Bordeaux, Bretagne, Paris, Normandie, Flandre – au titre de leurs pouvoirs de police, afin d'aboutir à la constitution d'une base de données. Ce projet, dénommé ARPAREL (Arrêts de Règlement des PARlements), a vocation à mobiliser les chercheurs de plusieurs équipes autour de projets scientifiques visant à appréhender les particularités et les aspects méconnus du pouvoir normatif des magistrats de l'ancienne France. Ce programme a vocation à être exploré dans le cadre de futurs contrats de recherche dont l'élaboration est en cours. Enfin, un groupe de chercheurs de l'unité prépare une étude sur *La notion de service public*. Celle-ci vise à mettre à la disposition des chercheurs en histoire du droit, mais aussi des spécialistes d'autres disciplines et des étudiants, un corpus documentaire représentant le développement historique de la notion depuis l'Antiquité jusqu'à l'époque contemporaine. Elle se présentera sous la forme d'un ensemble de textes accompagnés d'introductions, de traductions et de commentaires historiques et juridiques.

Axe 3 : Exploitation et valorisation des sources

Cet axe a pour vocation d'accueillir les travaux qui mobilisent une expertise dans la valorisation des sources dont l'accès est difficile. Il se décline autour de deux thèmes.

Le premier vise à mettre à la disposition de la communauté scientifique des textes à l'abord compliqué par la langue et par la technique juridique. Différentes entreprises d'éditions de sources juridiques romaines ont été menées. La première a été l'élaboration d'une palinogénésie des constitutions des empereurs de la dynastie des Sévères, en vue de former un recueil systématique de ces actes normatifs. Le premier

volume réunit les constitutions, édits, mandats, rescrits ou décrets sont classés par ordre de succession de règne et par dynastie. Toutes les sources disponibles, juridiques, numismatiques, épigraphiques, papyrologiques et littéraires ont été exploitées en vue d'établir les textes et leurs appareils critiques. La seconde entreprise est l'enrichissement de l'édition critique des *Institutes* de Justinien (533) établie en 1895 par Paul Krüger d'une traduction française et d'un nouvel appareil de lecture à destination du public francophone. Cette nouvelle édition, bilingue, comportera un index des termes techniques, des notes historiques et un tableau synoptique des dispositions contenues dans les *Institutes* présentes aujourd'hui encore dans les codifications contemporaines, renvoyant à tous les codes juridiques des pays francophones. Une édition critique accompagnée d'une traduction française des œuvres canoniques d'Abbon de Fleury († 1004) a aussi été réalisée en collaboration avec l'Institut de recherche et d'histoire des textes. L'ouvrage établit le texte de sa *Collectio canonum* élaborée vers 996 pour défendre l'exemption monastique, le célibat clérical et condamner la simonie, dédiée à Hugues Capet et Robert le Pieux, mais également la soi-disant *Epistola XIV*, qui constitue en réalité une seconde collection abordant les mêmes thèmes, adressée à une date non déterminée à un correspondant dont le nom est aujourd'hui perdu, en forme de consultation juridique. Il comprendra une présentation historique des deux ouvrages, retraçant les conditions de leur élaboration et livrant les sources utilisées. L'ouvrage est en voie d'achèvement sous la direction du professeur Roumy et de Gillette Labory, archiviste-paléographe. Une traduction accompagnée d'un appareil critique et historique des *Coutumes de Beauvaisis* de Philippe de Beaumanoir (1283), le coutumier privé le plus marquant du Moyen âge central, a été lancée à destination de la communauté scientifique, qu'il s'agisse d'historiens du droit, d'historiens ou de philologues. Quatre chapitres de cette œuvre monumentale, relatifs à la fonction d'avocat, au douaire, aux baux, gardes et majorités, ainsi qu'à la distinction entre biens meubles et immeubles, ont d'ores et déjà été mis en ligne sur le site de l'IHD. Une édition critique accompagnée d'une traduction du *De Asse* de Guillaume Budé (1515) a aussi été élaborée. Elle livrera au public le premier grand traité humaniste sur la monnaie, per-

mettant d'apprécier les débuts d'une méthode philologique appliquée, non plus seulement à des textes littéraires, mais aussi désormais à des traités techniques et, en l'occurrence, à un ouvrage relatif à l'un des aspects les plus concrets des relations économiques et sociales. Celui-ci constitue également un exemple de diffusion de la critique textuelle italienne en France. L'ouvrage est en voie de publication sous la houlette de Luigi-Alberto Sanchi, chercheur au sein de l'IHD. Une dernière entreprise d'édition critique, actuellement en cours, concerne un des plus fameux ouvrages de l'Époque moderne se rattachant à l'*usus modernus*, *Les loix civiles dans leur ordre naturel* de Jean Domat, publié pour la première fois en 1689 et sans cesse réédité au cours du XVIII^e siècle. L'œuvre, qui a servi de base aux cours dispensés par les premiers professeurs de droit français établis par l'édit de Saint-Germain (1679), a exercé une influence considérable sur la pensée juridique de la fin de l'Ancien Régime et, par la suite, sur les artisans de la codification civile de 1804. L'édition critique est en cours de réalisation.

Le second thème relatif à l'histoire des textes et à la critique des sources a donné lieu à des travaux qui en expliquent le contexte et le sens. Une traduction de l'*Histoire du droit romain* de Mario Bretone (1987), qui constitue un *vademecum* pour tout romaniste débutant, a été réalisée et publiée en 2016. La publication de la traduction française a donné lieu à deux colloques, l'un organisé par l'IHD, l'autre par l'université de Bari. En juin prochain, l'IHD accueillera la présentation d'un ouvrage sur les œuvres de Quintus Mucius Scaevola (rédigé par J.-L. Ferrary, A. Schiavone, E. Stolfi dans le cadre du projet ERC *Scriptores Iuris Romanis*), l'un des juristes romains fondateur de la science juridique occidentale. La manifestation sera organisée en collaboration avec l'Académie des Inscriptions et Belles Lettres et le Collège de France.

Différentes études sur les décrétales et les collections de décrétales des XII^e et XIII^e siècles encore à l'état de manuscrits ont été effectuées, afin de faciliter les investigations dans la législation pontificale à l'époque de son apogée. L'IHD conçoit et héberge par ailleurs des instruments de recherche à l'instar d'une série de bases de données offrant aux chercheurs un accès privilégié à des corpus de sources et de bibliographie. Les premières de ces bases, anciennes mais tou-

jours enrichies, sont relatives aux droits de l'Antiquité et à la jurisprudence civile du parlement de Paris. La base DRANT, quotidiennement mise à jour, contient plus de 63 000 références. Elle répertorie toutes les publications parues depuis 1975 relatives aux droits du Proche-Orient ancien, de la Grèce et de la Rome antiques. Diverses bases de données permettent aux chercheurs de naviguer sur l'océan des arrêts du Parlement de Paris. Elles couvrent les ^{xiii}^e et ^{xiv}^e siècles et le début du ^{xv}^e siècle. Des bases permettent également de travailler sur le ^{xvi}^e siècle. Ces instruments concernent tant les

matières civiles que les affaires criminelles. Une nouvelle base de données dédiée aux droits de l'Orient Cunéiforme (DOC) vise à mettre en ligne un manuel de diplomatique juridique s'adressant aussi bien aux épigraphistes qu'aux historiens du droit. L'objectif n'est pas l'établissement d'un corpus exhaustif de textes juridiques, mais la présentation d'une typologie des contrats attestés au Proche-Orient ancien, présentés par thèmes (prêts, mariages, adoptions...), subdivisés en périodes chronologiques regroupant éventuellement des ensembles géographiques (paléo-sumérien / akkadien...).

COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA RDA ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la *Revue*.

*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit
par courrier électronique à l'adresse suivante :
revuededroitdassas@gmail.com*

Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

Œuvre collective, novatrice et scientifique, elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance, à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité, vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la RDA tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site
www.u-paris2.fr



ADD

■ ASSOCIÉS

Généalogie successorale
Recherche d'héritiers

SIÈGE SOCIAL : 4, avenue du Coq - 75009 PARIS Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91 Fax : +33 (0)1 44 94 91 92

AIX-EN-PROVENCE ■ BAYONNE ■ BEAUNE ■ BORDEAUX ■ CLERMONT-FERRAND
LYON ■ METZ ■ NANTES ■ NICE ■ RENNES ■ ROUEN ■ STRASBOURG ■ TOULOUSE



HO-CHI-MINH-VILLE ■ IRUN ■ RABAT ■ VARSOVIE

www.add-associes.com