

# Revue de droit d'Assas

N° 18    Mai 2019

## Portrait

**Bernard Teyssié, un directeur de recherches**

## Projet

**La chambre commerciale internationale  
de la cour d'appel de Paris**

Par François Ancel

## Dossier

**L'avenir du dualisme juridictionnel :  
continuité ou rupture ?**

Par Camille Broyelle, François Burdeau, Dany Cohen,  
Sylvain Jobert, Hervé Lécuyer, Pauline Le Monnier  
de Gouville, Jérôme Rousseau, Bertrand Seiller,  
Alexandre Trémolière et Didier Truchet

## Perspectives

**Droit de la bioéthique**

Par Jean-René Binet, Clément Cousin, Victor Deschamps  
et François Vialla

## Rétrospective

**François Gény, Science et technique  
en droit privé positif**

Par Pierre-Yves Gautier

# 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

Rédacteur en chef :

Maxime Cormier

Rédacteurs en chef adjoint :

Nathan Allix, Jeanne de Dinechin  
et Mathilde Gheeraert

Responsables de la diffusion :

Eva Helesbeux et Quentin Monget

Responsable du financement :

Claire Leveneur

Membres du comité de rédaction :

Mélinda Benhaïem, Maxime Brenaut, Guygonne-  
Bettina Deker, Flavien Dréno, Rodolphe Eugène,  
Raphaël Galvao, Simon Husser, Charlotte Labry,  
Grégoire Lemarchand-Ghica, Philippe Morange,  
Hugo Nadjar, Kevin Quinsac, Romain Raine  
et 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° 18, mai 2019, p. X  
En ligne : [www.u-paris2.fr](http://www.u-paris2.fr)

# Quelques mots de la rédaction en chef

**Maxime Cormier**, rédacteur en chef

---

L'équipe de la *Revue de droit d'Assas* est très heureuse de vous présenter cette dix-huitième parution de la *Revue* qui pourrait, sans aucun doute, être placée sous le sceau de la rupture. Que l'on se rassure : point de larmes versées ni d'assiettes brisées à l'horizon ! En revanche, une volonté nette de questionner ce qui est attendu, les frontières existantes ou encore les lignes structurantes. Qu'on en juge plutôt !

Le « Portrait » de ce numéro, consacré à Bernard Teyssié, Professeur émérite et Président honoraire de l'Université, n'est ainsi pas dressé par une unique plume universitaire comme à l'accoutumée, mais par un chœur de disciples ayant décidé de revêtir une autre robe, ainsi que par la responsable administrative qui fait vivre au quotidien le Centre de recherche fondé par le Professeur qui a marqué tant d'étudiants par la profondeur de ses enseignements et de sa voix.

La nouvelle rubrique « Projet », qui vise à mettre en avant une innovation en gestation ou récemment mise en œuvre, s'inscrit dans le même esprit de remise en cause de la tradition puisque François Ancel, Président de la nouvelle chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris, y présente une juridiction rompant avec ce qui se pratique partout ailleurs dans l'hexagone : plaidoiries dans la langue de Shakespeare, recours à des formes procédurales voisines de la *cross-examination*, etc.

Le « Dossier » du présent numéro incarne également la rupture, et ce, sans détour puisqu'il se propose de publier les actes du colloque des 20 ans du Master 2 Justice et droit du procès de l'Université Panthéon-Assas intitulé « L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ? », dont Sylvain Jobert, Maître de conférences dans notre Université, a assuré la direction scientifique. Au fil des pages, universitaires et praticiens, privatistes et publicistes, s'interrogent sur la pertinence d'une distinction qui apparaît pourtant comme fondamentale dans le jardin juridique à la française.

Les « Perspectives » consacrées au Droit de la bioéthique, quant à elles, pourront difficilement incarner la stabilité ou le classicisme. Comme le montrent les diverses contributions rassemblées dans cette rubrique, la matière est mue par des évolutions scientifiques, sociales et éthiques qui la condamnent à une perpétuelle remise en cause.

La nouvelle rubrique « Rétrospective », permettant de retrouver les textes du Cycle de conférences « Les grands textes du droit » organisé par la *Revue de droit d'Assas*, dément à son tour l'idée parfois reçue selon laquelle les œuvres passées ont vocation à prendre la poussière sur l'étagère d'une bibliothèque. Ainsi, la contribution du Professeur Pierre-Yves Gautier consacrée à *Science et technique en droit privé positif* de Gény témoigne-t-elle de la nécessité d'envisager les problématiques contemporaines avec un cadre nourri par ce qu'écrivaient les auteurs d'antan.

Et la *Revue de droit d'Assas* dans tout cela ? À son tour enivrée par cet élan de renouveau, elle a elle-même entrepris sa mue. Sur le fond, d'abord, avec l'apport des nouvelles rubriques « Projet » et « Rétrospective » qui viennent enrichir les colonnes proposées aux lecteurs. Sur la forme, ensuite, avec l'épure du sommaire qui délaisse le plan en deux parties et deux sous-parties qui a fait les délices de la *Revue* pour embrasser une architecture plus proche du contenu de la *Revue* dont l'esprit, la méthode et les objectifs demeurent.

Excellente lecture à tous !

# Sommaire

Quelques mots de la rédaction en chef	p. 3	La protection des libertés individuelles et le dualisme juridictionnel	
		<i>Dany Cohen</i>	p. 59
<b>Portrait</b>		Détention et dualisme juridictionnel – Conditions de détention : quel(s) juge(s) pour quelle(s) garantie(s) ?	
Bernard Teyssié	p. 6	<i>Alexandre Trémolière</i>	p. 63
<b>Projet</b>		Les autorités administratives indépendantes et le dualisme juridictionnel	
La chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris		<i>Hervé Lécuyer</i>	p. 70
<i>François Ancel</i>	p. 14	Le dualisme juridictionnel : l'expérience de l'hospitalisation sans consentement	
<b>Variétés autour du Droit</b>		<i>Pauline Le Monnier de Gouville</i>	p. 75
La solitude, le législateur et la personnalité juridique		La dualité fonctionnelle du Conseil d'État et le débat sur la dualité juridictionnelle	
<i>Mélinda Benhaïem</i>	p. 18	<i>Bertrand Seiller</i>	p. 87
Hissez les couleurs !		Discours de clôture	
<i>Gabriel Stettler</i>	p. 20	<i>Fany Langlois</i>	p. 94
Les études dont vous êtes le héros			
<i>Antoine Touzain</i>	p. 22		
Recension (de pot) de thèse			
<i>Maxime Cormier</i>	p. 28		
<b>Dossier</b>		<b>Perspectives</b>	
<b>L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?</b>		<b>Droit de la bioéthique</b>	
Mot d'accueil		La bioéthique : évolution ou érosion de la protection juridique de la personne humaine ?	
<i>Marie Gosselin</i>	p. 31	<i>Jean-René Binet</i>	p. 96
Propos introductifs		Le droit à la poursuite de la bioéthique : une tortue à la poursuite d'un lièvre ?	
<i>Sylvain Jobert</i>	p. 32	<i>François Vialla</i>	p. 100
Les crises du principe de dualité de juridictions		Ouverture de l'assistance médicale à la procréation : la filiation en questions	
<i>François Burdeau</i>	p. 36	<i>Victor Deschamps</i>	p. 109
Réflexions sur la contestation actuelle du dualisme juridictionnel		Les lois de bioéthique, un modèle pour écrire une loi au <sup>xxi</sup> e siècle ?	
<i>Didier Truchet</i>	p. 46	<i>Clément Cousin</i>	p. 115
La fin du dualisme juridictionnel : un point de vue universitaire			
<i>Camille Broyselle</i>	p. 52		
Le dualisme juridictionnel : le point de vue d'un praticien		<b>Rétrospective</b>	
<i>Jérôme Rousseau</i>	p. 55	François Gény, <i>Science et technique en droit privé positif</i> (1914-1924) : une consécration indirecte par l'Europe	
		<i>Pierre-Yves Gautier</i>	p. 118

# Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

---

**François ANCEL**, Président de la chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris

**Mélinda BENHAÏEM**, Étudiante à l'Université Panthéon-Assas

**Jean-René BINET**, Professeur à l'Université Rennes 1 (IODE-CRJO UMR 6262)

**Camille BROUELLE**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**François BURDEAU<sup>†</sup>**, Professeur à l'Université Rennes 1

**Jean-François CESARO**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Cécile CHAINAIS**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas et directrice scientifique de la *Revue*

**Dany COHEN**, Professeur à l'École de droit de Sciences Po Paris

**Maxime CORMIER**, ATER à l'Université Panthéon-Assas

**Clément COUSIN**, Maître de conférences à l'Université catholique de l'Ouest et Chercheur associé à l'IODE (UMR CNRS/ Rennes 1 n° 6262)

**Jérôme DANIEL**, Docteur en droit et avocat associé, Eunomie Avocats

**Nathalie DAUXERRE**, Docteur en droit et avocat associé, Eunomie Avocats

**Matthieu DEMOULAIN**, Docteur en droit et avocat

**Victor DESCHAMPS**, Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas

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

**Marie GOSSELIN**, Diplômée de l'Université Panthéon-Assas et présidente de l'Association du Master 2 Justice et Droit du Procès (2017/2018)

**David GUILLOUET**, Docteur en droit et avocat associé, Voltaire Avocats

**Sylvain JOBERT**, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

**Fany LANGLOIS**, Diplômée de l'Université Panthéon-Assas et vice-présidente

de l'Association du Master 2 Justice et Droit du Procès (2017/2018)

**Catherine LEBRET**, Responsable de la gestion administrative du Laboratoire de droit social et membre du Conseil de l'École doctorale de Droit privé

**Hervé LÉCUYER**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE**, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas et directrice des études de l'Institut d'Études Judiciaires Pierre Raynaud

**Pierre LOPES**, Docteur en droit

**Vincent MANIGOT**, Docteur en droit et avocat, De Pardieu Brocas Maffei

**Arnaud MARTINON**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Sébastien MIARA**, Docteur en droit et avocat associé, Parthema Avocats

**Jérôme ROUSSEAU**, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

**Philippe ROZEC**, Docteur en droit, avocat associé, De Pardieu Brocas Maffei

**François SEBE**, Docteur en droit et chargé d'enseignement à l'Université Paris II Panthéon-Assas

**Bertrand SEILLER**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Gabriel STETTLER**, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas

**Arnaud TEISSIER**, Docteur en droit et avocat associé, Capstan Avocats

**Antoine TOUZAIN**, Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas

**Alexandre TRÉMOLIÈRE**, Administrateur civil et chargé d'enseignements aux universités Panthéon-Sorbonne et Paris-Descartes

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

**François VIALLA**, Professeur à l'Université de Montpellier et directeur du Centre Européen d'Études et de Recherche Droit & Santé (UMR5815 Dynamiques du Droit)

# Portrait

---

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.

---

## Un directeur de recherches Éloge à plusieurs voix de Bernard Teyssié



**I**l est un usage bien établi dans l'université, celui de l'hommage des pairs, qui trouve parfois traduction dans des mélanges. Il est plus rare, en revanche, que des disciples qui n'ont pas choisi de rester dans l'école expriment, par leur voix singulière, leur reconnaissance.

Ce type d'hommage se conçoit plus aisément à l'égard des professeurs qui ouvrent des trajectoires professionnelles en dehors de l'université. Bernard Teyssié fait assurément partie de ces maîtres. Il ne se contenta pas de diplômer des étudiants en master mais il leur fit suivre, en nombre, le chemin du doctorat – les conduisant ainsi à écrire leur livre.

À l'heure où tout est quantifiable et en ligne, il est aisé de vérifier l'ampleur du travail accompli, mais il est plus difficile d'en mesurer la densité humaine.

Les lignes qui suivent portent toutes une histoire semblable, celle d'un véritable directeur, présent, exigeant et attentif.

L'autre particularité du professeur Teyssié, et dont Madame Lebreton porte, dans les lignes qui suivent, le témoignage, tient à la manière dont il a habité – pratiquement au sens propre – l'Université en général et son Laboratoire en particulier. Alors que la représentation dominante est, dans notre corps, celle d'un individu cherchant à son domicile et parfois en bibliothèque – Bernard Teyssié a, au contraire, fait le choix d'être quotidiennement présent pour son institution et ses étudiants.

C'est donc un hommage à plusieurs voix, non conventionnel ou du moins sortant des sentiers de l'université, que le lecteur est invité à découvrir ici.

Jean-François Cesaro et Arnaud Martinon

**Arnaud Teissier**

Docteur en droit, Avocat associé, Capstan Avocats

J'ai eu l'immense bonheur de croiser la route du Professeur Bernard Teyssié lors de ma quatrième année de droit à Paris 2, mon année de Maîtrise. C'était il y a plus de 20 ans... en un temps où l'on ne parlait pas encore de Master 1...

J'avais choisi d'intégrer le droit social européen à mon cursus en droit des affaires, comme une virgule entre le droit fiscal et le droit des sociétés. Le droit social n'était pas encore une majeure à l'Université de Paris 2. Je ne connaissais pas vraiment ce Professeur qui venait tout juste de rejoindre notre Université.

Ce cours a agi pour moi comme un véritable révélateur, durant cette année charnière où des choix décisifs doivent être faits pour fixer son avenir. La présence du Professeur Teyssié et sa force pédagogique m'ont imposé ma solution. Alors que j'hésitais à rejoindre les bancs d'une école de commerce, j'ai fait le choix de poursuivre mon parcours universitaire en me spécialisant en droit social. J'ai été convaincu de l'importance et de l'intérêt de cette matière que je venais de découvrir ; j'ai été passionné par le regard et l'approche que nous proposait le Professeur Teyssié.

Le Professeur Teyssié m'a ensuite fait confiance en acceptant que j'intègre la première promotion parisienne du 3<sup>e</sup> cycle Droit et Pratique des Relations de Travail (DPRT). J'ai puisé dans cette année de formation l'essentiel des repères qui me guident encore aujourd'hui dans mon activité professionnelle.

J'ai aussi à cette occasion rejoint une grande famille, celle des anciens du DPRT. Chacun des membres de la famille DPRT sait ce qu'il doit au Professeur Teyssié. J'ai conscience d'avoir beaucoup reçu. Comme nombre d'anciens, modestement, année après année, je m'efforce d'accompagner les nouvelles générations.

Ceux qui le connaissent le savent bien : le Professeur Teyssié n'aime pas trop les hommages, ni les remerciements démonstratifs. Accompagner le développement des plus jeunes, à son exemple, c'est une manière de lui témoigner ma reconnaissance.

Après mon 3<sup>e</sup> cycle, j'ai eu la joie de préparer une thèse sous la direction du Professeur Teyssié. De ces années de recherche, je garde tellement de choses... J'ai appris combien exigence et rigueur pouvaient s'appliquer avec beaucoup de bienveillance. Je ne compte pas les appels téléphoniques stimulants et motivants (même ceux du dimanche matin !). Je me revois encore prendre en compte les conseils avisés portés à la main page après page, ligne après ligne, mot après mot ; au rythme de l'avancée de mes travaux. Je me souviens de la disponibilité de mon Professeur, du temps jamais compté, de ces échanges dont on ressort plus fort, plus éclairé. On dit souvent qu'une thèse est un travail solitaire... Je n'ai jamais été seul... J'ai été porté ; je me suis senti grandi. Tout ceci (et plus encore) m'accompagne encore aujourd'hui.

\*  
\*   \*   \*

**Philippe Rozec**

Docteur en droit, Avocat associé, De Pardieu Brocas Maffei

Étudiant, doctorant puis ami. À chaque étape, j'ai appris de Bernard Teyssié.

L'étudiant (1993-1996) cherchait un cap. Il l'a trouvé, presque par hasard, en suivant dans le sombre Amphi 4 (de l'époque) une amie qui lui vantait les qualités d'orateur « hors norme » du professeur en charge des cours de droit social et arrivé récemment de Montpellier. Chacun sait ce que je découvrais alors, un propos clair et très organisé (le fameux plan...), mais dans un style et avec des intonations d'une rare richesse. Le fond ne s'oppose pas à la forme, l'un comme l'autre mérite une attention et une discipline totales : cette leçon ne m'a jamais quitté. Mes notes s'en ressentaient, positivement, et j'intégrais un autre et encore plus monacal local, celui du Laboratoire de droit social, et de son Master 2 (ex. DESS) DPRT (un peu plus loin au fond du couloir après l'Amphi 4, toujours).

Je découvrais une organisation à l'efficacité redoutable, modelée par son auteur pour apprendre, à ses étudiants, à rentrer dans la vie active. La vie d'une promotion et le réseau de ses anciens (« la cohorte »). Le Professeur Teyssié ne donnait pas qu'un cap, il était aussi un roc de rigueur martelant cette constance dans l'effort qui nous a beaucoup construit. J'ai appris à apprendre, à exercer cet esprit critique que Bernard Teyssié aimait tester lors de nos échanges. Je me suis alors orienté naturellement vers une thèse (1996-1998). « Mon » Directeur de thèse est devenu ce soutien dont le « thésard », être seul avec son sujet, avec lui-même, a besoin plus qu'un autre : « Tu écriras 2 pages par jour », ou « parle-moi du fil rouge de ta thèse » résonnaient alors comme un *credo*, plus facile à entendre en semaine que le week-end ou pendant les vacances (des autres bien sûr).

La thèse terminée, j'entrais au Barreau. J'ai, comme beaucoup de confrères, changé de cabinet. À chaque fois, l'ami Bernard était là, approuvant mes choix ou, parfois, par ses silences ou ses regards profonds, signifiait élégamment ses réticences. Une péninsule dans ces choix, ces audaces qui construisent aussi le succès d'une carrière. Aujourd'hui encore, je lui destine toujours ma première carte de vœux : par respect, par attachement, par amitié.

En somme, évoquer Bernard Teyssié c'est plonger au plus profond de soi-même, et n'est-ce pas là la marque du très grand enseignant, et du très fidèle ami ?

\*  
\*      \*

**David Guillouet**

Docteur en droit, Avocat associé, Voltaire Avocats

## **L** e boss

Août 1997. Je décroche mon téléphone, compose un numéro que des générations de docteurs connaissent par cœur et déclare : « *Bonjour monsieur Teyssié, j'ai bien réfléchi et j'aimerais bien faire une thèse sur la représentation du personnel dans les groupes de sociétés* ». Silence (angoisse). Et soulagement en entendant la réponse : « *c'est effectivement un sujet intéressant* ».

Réaliser une thèse avec le professeur Teyssié est une expérience unique. En tant que directeur, Il inspire plus qu'il ne dirige, distille avec parcimonie ses conseils (« que penses-tu de... »), corrige les fameuses « scories » qu'il a en horreur, et fixe un cadre temporel implacable au doctorant.

En effet, le « boss » garde toujours un œil sur le temps qui passe tant il a conscience que laisser au signataire de ces lignes qui n'a au fond de lui qu'une faible ambition universitaire passer 5 ans sur son ouvrage sera une perte de temps précieux pour celui-ci. D'ailleurs, au laboratoire de droit social, pas de pitié pour les trainards. Les doctorants savent que la cadence c'est minimum 20 pages par mois qu'ils déposeront en tremblant dans la fameuse bannette. Soulignons au passage que le laboratoire est un formidable incubateur. Les doctorants s'entraident, se motivent. Entre eux pas de concurrence mais une saine émulation. Le faible taux d'abandon témoigne de la pertinence de ce modèle unique.

J'ai retrouvé il y a quelques mois des pages de ma thèse annotées par le fameux stylo rouge et me suis revu ouvrant avec fébrilité l'enveloppe portant le cachet de la Présidence de l'Université et me retournant ma production du mois. Un mot encourageant et l'univers s'éclairait. Une remarque sur ma propension à m'éparpiller et le monde s'écroulait.

Juillet 1999. Soutenance, délivrance, nouvelle vie professionnelle. Au final, que reste-t-il de ces années ?

Un sentiment de totale liberté. Jamais le professeur Teyssié n'est intervenu pour me reprendre dans mes orientations. D'ailleurs, et même si nos discussions furent nombreuses, de ma thèse nous parlions peu. Aussi surprenant que cela puisse paraître, nos échanges portaient sur des sujets annexes telle la famille, la recette du lapin à la kriek (il aura fallu que je lui offre un ouvrage de cuisine pour le convaincre que cette recette ne sortait pas de mon imagination), les sorties nocturnes de son pool de doctorants (qui l'agaçaient autant qu'elles l'amusaient) et de l'état d'avancement de l'annuaire du DESS DPRT.

L'apprentissage d'une rigueur absolue dans le style. Si les idées sont libres, la manière de les exprimer l'est beaucoup moins. Ce qui se conçoit bien s'exprime sobrement. Vingt ans après, je corrige les consultations des jeunes avocats en reprenant les tics du « boss ».

Des amitiés enfin. Pour toujours. Le laboratoire de droit social nous a réunis pour un moment important de notre vie. Et quelque part, nous y sommes encore « rattachés ».

\*  
\*   \*   \*

**Sébastien Miara**

Docteur en droit, Avocat associé, Parthema Avocats

**T**out a commencé en Salle des conseils, place du Panthéon, il y a 20 ans. Déjà. Quelques minutes ont suffi aux étudiants du DEA de droit social (le Master 2 droit social du <sup>xx</sup>e siècle) pour comprendre que cet enseignement, alors consacré au Comité d'Entreprise Européen, serait différent des autres.

D'abord parce qu'il était strictement impossible de se perdre dans ce cours au plan millimétré. La méthode, la rigueur et l'exigence étaient au rendez-vous et il nous a fallu rapidement redescendre de notre séance hebdomadaire de happening « javilleriesque » (laquelle était d'ailleurs complémentaire).

Ensuite parce que le message – sur un thème plutôt technique et ardu – était porté avec une voix, une force et une conviction hors norme. Que la robe soit plus tard celle de l'Universitaire, du Juge ou de l'Avocat, nous avons trouvé là une présence et un talent oratoire source d'inspiration pour tous. Votre voix remplissait l'espace, les mots résonnaient, nous bousculaient parfois, et tous appréhendions qu'ils se ponctuent par un point d'interrogation : « mais.... qu'en pensez-vous ? », la question redoublée... nous n'étions plus là pour savoir ou ne pas savoir mais pour réfléchir et penser.

Enfin parce que toutes ces qualités étaient au service de l'Université et des étudiants. Cette expérience et cette excellence n'avaient qu'un seul but : favoriser la dynamique de la pédagogie. Tout comme Jean-François, Arnaud, Jérôme, Thibault (et tous les autres sans doute), je me souviens de la préparation des travaux dirigés lorsque nous faisions partie de votre équipe pédagogique : savoir répéter inlassablement, toujours avec la même conviction pour que la méthode soit assimilée par tous. Car, le premier de nos devoirs, était de poser un cadre permettant de ne perdre aucun étudiant en cours de route.

Rares sont ceux qui ont pu dédier leur vie à la transmission du savoir. Le monde universitaire, pas plus que les autres, n'est parfait. Mais il s'est très certainement enrichi grâce à vous. Des étudiants et des lecteurs du Code bleu par milliers, des directeurs de Ressources humaines et des avocats par centaines, des docteurs en droit et des agrégés par dizaines, une poignée de chargés d'enseignements à l'Université du Caire, tous vous sont immensément reconnaissants.

Merci, Monsieur le Professeur.

\*  
\*   \*   \*

**Jérôme Daniel**

Docteur en droit, Avocat associé, Eunomie Avocats

**L**a première fois que je l'ai vu, c'était à un entretien de recrutement pour le DPRT. Encore un peu adolescent, je me suis présenté à lui avec la naïveté de l'innocent.

J'aurais dû davantage me méfier : il a bouleversé ma vie et fait de moi un homme.

Bien-au-delà d'un Professeur de droit, c'est un mentor que j'ai rencontré.

Qu'il me soit permis de le remercier d'avoir su me former, m'encourager, m'accompagner, me secouer matin, midi, soir, jours ouvrés, jours fériés, jours chômés.

\*  
\*   \*   \*

## Nathalie Dauxerre

Docteur en droit, Avocat associé, Eunomie Avocats

**A**u-delà de ses enseignements d'une très grande richesse qui m'ont permis de conforter mon vif intérêt pour le droit des relations de travail, le Professeur Teyssié a su, à travers la rédaction d'un mémoire dans le cadre du Master II DPRT, susciter chez moi le goût de l'écriture et de la recherche indispensable à la construction naturellement d'un juriste mais plus encore d'une personne.

Je me souviendrai toujours de nos échanges dans son bureau place du Panthéon – le Professeur Teyssié étant alors Président de l'Université – lors de l'attribution de mon sujet de mémoire portant sur les accords nationaux interprofessionnels. Le Professeur Teyssié a su éveiller ma curiosité sur un sujet qui me semblait difficilement exploitable et pour lequel les écrits étaient quasi inexistantes. C'est précisément parce qu'ils étaient peu nombreux que le professeur Teyssié m'invitait à y consacrer un mémoire, « puisqu'il n'y avait pas grand-chose, j'aurai ainsi une liberté totale ». Nonobstant tout son talent et sa force de conviction, je quittais son bureau avec néanmoins un certain scepticisme. Ce sujet sera pourtant à l'origine de mon envie de poursuivre mes réflexions dans le cadre d'un doctorat que le Professeur Teyssié accepta de diriger et qui fut la période de ma vie la plus passionnante et la plus enrichissante.

Mais ce travail – dont le sujet quinze ans après n'a pas perdu de son actualité – n'aurait pu être mené sans le Professeur Teyssié. Il ne pouvait l'être qu'avec lui. Il l'a été grâce à lui, son écoute, sa présence, sa bienveillance lors de la relecture et restitution des pages de thèse (moment empreint d'une certaine inquiétude), à son humanisme, grâce à la liberté intellectuelle qu'il m'a laissée dans la construction de ma réflexion. Mais aussi grâce à sa très juste exigence, indispensable.

Il est des rencontres qui marquent une vie ; ma rencontre avec le Professeur Teyssié est de celles-là. Inéluctablement. Je reconnais ma chance extraordinaire d'avoir pu être l'une de ses élèves. Je lui serai infiniment reconnaissante.

\*  
\*   \*   \*

## Vincent Manigot

Docteur en droit, Avocat, De Pardieu Brocas Maffei

**L**e doctorat est une étape, pas un aboutissement. Il n'est dès lors pas envisageable de consacrer à cet exercice plus que le temps nécessaire. Pour parachever son esprit critique, le doctorant doit très vite se confronter à la vie active et éprouver ses concepts face aux exigences de la pratique. C'est à mon sens pour cela que, s'il a fait du Laboratoire de droit social un endroit où l'on se sentait bien, notamment pour travailler, Monsieur le Professeur Teyssié mettait néanmoins tout en œuvre pour que l'on ne s'y éternise pas. Force est de constater que les chiffres démontrent l'efficacité de sa méthode : il a fait soutenir un nombre record de thèses, pour la plupart dans des délais inférieurs à la moyenne. La recette du Professeur Teyssié est simple. Prendre une base de dévouement quotidien au bénéfice de ses étudiants, ajouter une grosse dose de charisme, une pincée de paternalisme bienveillant et un zeste d'excès habiles pour donner corps à la légende. Laisser cuire sous pression pendant quelques années et vous obtiendrez des générations d'étudiants éternellement admiratifs et reconnaissants. Illustrations : jeudi 12 novembre 2009, 8 h 24, Laboratoire de droit Social. Le très jeune doctorant que j'étais (j'avais commencé mes recherches depuis moins de trois jours) commence sa journée de labeur. Le Professeur Teyssié me salue et me demande ce que j'ai fait la veille, puisqu'il ne m'a pas vu au Laboratoire. Naïvement, j'indique avoir profité de ce jour férié en famille. Il me répond alors que ce n'était pas comme cela que je finirais ma thèse puis met fin à l'échange. J'étais piqué au vif mais le cadre était planté. Durablement et efficacement. Moins de deux ans plus tard, après avoir, grâce à lui, profondément modifié ma conception des jours fériés, des week-ends, des congés et, d'une manière générale, du temps libre, je soutenais ma thèse en le remerciant du plus profond du cœur.

Même lieu, même acteur principal, même exigence. Un samedi matin, un camarade thésard arrive au Laboratoire bien après le premier métro. Le Professeur Teyssié lui fait alors remarquer cet horaire relativement tardif. Le futur docteur tente de se justifier en invoquant sa sortie de la veille, et, appliquant l'adage selon lequel la meilleure des défenses est l'attaque, lui demande si, lorsqu'il était lui-même étudiant, il ne profitait pas, quelques fois, des vendredis soirs. Le Professeur Teyssié lui répond alors que « *se coucher à 3 heures du matin n'a jamais empêché de se lever à 5 heures* », avant de quitter la pièce, manifestement satisfait de son effet. Il nous laissait alors seuls pour disserter sur cette vérité implacable, que nous mettrions ensuite tous en pratique dans notre vie professionnelle future, et pour imaginer quels purent être les vendredis soirs de l'étudiant modèle... C'est notamment grâce à son engagement, sa rigueur au quotidien, sa bienveillance et sa conception du travail que Monsieur le Professeur Teyssié est devenu, pour moi qui ai eu la chance de le côtoyer, un guide pour une vie. Merci infiniment.

\*  
\*   \*   \*

**François Sebe**

Docteur en droit, Chargé d'enseignement à l'Université  
Paris II Panthéon-Assas

### ***D*is-moi comment tu m'appelles, je saurai comment sont mes pages.**

« *Vingt pages*, toutes les quatre semaines ! » Tel est l'objectif fixé auquel s'astreint le doctorant du Professeur Teyssié, qu'il soit « *cifrien* » ou « *contractuel* ». Ce rendez-vous mensuel rythme le travail solitaire d'écriture. Le doctorant au visage tantôt blafard tantôt radieux – fonction du nombre d'heures de sommeil ayant précédé ledit rendu et du nombre de pages – reste très souvent surpris par la voix grave du Professeur : « *j'ai tes pages* » auquel il est adjoind l'un des qualificatifs suivants : « *le prénom* » voire un « *surnom* », « *mon ami* » ou encore « *ils* ». Trois qualificatifs suffisent pour faire comprendre à l'impétrant si le rendu est ou non de qualité.

« *Le prénom ou le surnom* » : le rendu est médiocre. Le style est « *journalistique* » ou celui d'un mauvais manuel. Les phrases sont trop longues : « *sujet, verbe, complément* » assène-t-il pendant l'entretien. En état de choc, le doctorant doit se ressaisir par une cure intensive au laboratoire de droit social au risque de voir le calendrier de sa thèse s'effondrer.

« *Mon ami* » : « *les pages sont [silence] bonnes* » en dépit de quelques « *petites scories* » qui jalonnent celles-ci ; ces dernières ne sont pas moins largement raturées. Quelque peu revigoré, le thésard, muni de son scalpel, procède aux interventions chirurgicales nécessaires ôtant de-ci de-là les phrases ou paragraphes infectés.

« *Fils* » (expression du Professeur Mousseron chère au Professeur Teyssié) : le rendu côtoie l'extraordinaire ; le style est « *flaubertien* ». Les pages sont immaculées. Le doctorant est choyé par ses « *frères* »... jusqu'au prochain rendu !

Ces quelques lignes – qui se veulent humoristiques – témoignent de la reconnaissance des nombreux doctorants accompagnés par le Professeur Teyssié, infatigable relecteur de leurs pages. Ses conseils avisés, son écoute et sa grande disponibilité ont largement contribué à l'aboutissement de ces projets doctoraux.

\*  
\*   \*   \*

**Matthieu Demoulain**

Docteur en droit, Avocat

**L**a thèse : moins qu'un produit fini, le chemin pour l'atteindre.

Un chemin inenvisageable sans guide : pour rappeler la nécessaire endurance, suggérer une direction lorsque l'hésitation se fait jour, rassurer sur un chemin escarpé, encourager si l'ascension devient pénible, relever lorsque l'on se croit tombé.

En cette qualité, le Professeur Teyssié témoigna d'une attention constante, signe immédiat de bienveillance pour qui en fait l'objet.

Au service de ce cheminement, il apporta à tous ses doctorants rigueur, sens de l'effort, détermination ; préoccupations rapidement devenues nôtres.

Je n'oublie pas nos conversations juridiques et au-delà, son pas silencieux quoique déterminé à travers les bibliothèques du Laboratoire de droit social, nos débats sur l'opportunité d'une formule, les viennoiseries posées discrètement pour encourager les braves aux samedis studieux, la satisfaction lorsque les pages produites étaient prêtes à être soumises à sa relecture, le soulagement lorsqu'elles revenaient sans retouches trop nombreuses, sa détermination à nous faire affiner notre réflexion et à nous affranchir de solutions par trop éprouvées, son intérêt et sa compréhension pour tous les projets de ses étudiants.

Plusieurs années après, il apparaît certain qu'il avait à l'esprit ce qui échappait encore à beaucoup d'entre nous : déterminante, la thèse n'était néanmoins qu'une première étape dans la définition du parcours professionnel à venir.

Un parcours professionnel au sein duquel il demeure présent. Inlassablement, avec toute notre reconnaissance.

\*  
\*      \*

**Pierre Lopes**  
Docteur en droit

**L**e mois de novembre 2017 m'a donné l'occasion de méditer sur les trois années que je venais de passer auprès du Professeur Teyssié. J'étais alors en pleine préparation de ma soutenance de thèse, laquelle devait se tenir au début du mois suivant, et tâchais de rédiger les remerciements que j'adresserais, à cette occasion, à mes directeurs de thèse. Évidemment, il convenait que je remercie le Professeur Teyssié pour la confiance qu'il m'avait accordée en acceptant de diriger mes travaux de recherche et pour son suivi attentif tout au long de mon parcours doctoral. Mais ces quelques remerciements de circonstance étaient insuffisants, tant ils ne permettaient pas de rendre compte de l'influence qu'a eu le Professeur Teyssié sur le cours de mon existence. Et pour cause : s'il n'avait pas accepté ma candidature au Master II Droit et pratique des relations de travail, puis de diriger ma thèse, ma vie – aussi bien personnelle que professionnelle – serait assurément tout autre aujourd'hui.

Aussi, et peut-être même surtout, je me devais de le remercier pour l'exemple qu'il représentait et continue de représenter pour moi et dont j'ai tâché de m'imprégner – un exemple de par sa rigueur et sa force de travail ; un exemple de par son dévouement à l'égard de l'institution universitaire ; un exemple de par l'exigence mêlée de bienveillance dont il fait constamment preuve à l'égard de ses étudiants. Il m'a été difficile de trouver les mots pour lui exprimer ma reconnaissance.

Un épisode de ce même mois de novembre 2017 témoigne de tout ce que le Professeur Teyssié a pu m'apporter. Quelques jours avant ma soutenance, il m'a proposé, en guise de répétition générale, que je lui présente à l'oral mon « topo ». Ma prestation fut loin d'être satisfaisante : pris par le stress, j'ai débité mon texte à toute vitesse, d'une voix monocorde. Il ne me fit aucun mystère de ce qu'il en avait pensé : en l'état, mon propos était tout simplement inaudible. Mais il ne se contenta pas de dresser ce diagnostic. Il prit le temps de m'expliquer, presque phrase par phrase, comment placer ma voix et introduire des moments de respiration dans mon texte. Et il n'en resta pas là : les jours suivants, il me fit répéter l'exercice, jusqu'à ce que je parvienne à un résultat concluant.

Je sais que le bon déroulement de ma soutenance doit beaucoup à cette préparation et à la confiance que le Professeur Teyssié a su m'insuffler. Je sais aussi que, si le doctorat a été une expérience heureuse, je le lui dois en grande partie. Je sais enfin que ce qu'il m'a transmis dépasse largement le cadre universitaire et continuera de m'habiter.

\*  
\*      \*

**Catherine Lebret<sup>1</sup>**

Responsable de la gestion administrative du Laboratoire de droit social, Membre du Conseil de l'École doctorale de Droit privé

Certaines personnes marquent à jamais, Bernard Teyssié est de celles-là. Charismatique, chaque instant passé en sa compagnie est d'une rare intensité.

**Bernard Teyssié, une personnalité, un passionné.** – Le Professeur Teyssié inspire, il donne envie de travailler, d'apprendre, de se dépasser davantage, par et dans le travail, mais pas seulement...

Professeur, directeur de thèse, employeur, toujours attentif, visant toujours l'excellence pour lui-même comme pour autrui. Notre passion pour la lecture, et bien sûr cette passion que Bernard Teyssié voue à la science juridique en particulier, trouve l'un de ses aboutissements dans la bibliothèque du Laboratoire de droit social que nous avons créée à Paris en 1994, située alors dans les sous-sols du centre Assas.

**Bernard Teyssié, un créateur visionnaire.** – Précurseur dans le domaine du droit du travail, conscient que cette matière allait prendre beaucoup d'ampleur, Bernard Teyssié a fondé le Master Droit et Pratique des Relations de Travail, l'Institut d'études du Travail puis le Laboratoire de droit social. Président de l'Université Panthéon-Assas (1997-2002), Président du Conseil national du Droit (2008-2010), Président du jury du Premier concours d'agrégation de droit privé et de sciences criminelles (2008-2009), Directeur de l'École doctorale de droit privé (2004-2013), Directeur du Juris-classeur Travail Traité, le Professeur Teyssié a également fondé le JCP S.

Ses qualités de « bâtisseur » se retrouvent dans ses écrits : auteur d'une thèse relative au concept de groupe de contrats, il répand ses idées novatrices dans le droit social, le droit européen et le droit des personnes.

**Bernard Teyssié, un employeur.** – « Organisme privé cherche dactylographe »<sup>2</sup>... C'était « un temps que les moins de vingt ans ne peuvent pas connaître »... *Curriculum vitae* envoyé, entretien d'embauche prévu à l'Université de Montpellier. J'y rencontre Mademoiselle Medjadj puis le Professeur Teyssié qui dirige alors l'Institut d'études du travail, le DEA de droit privé fondamental et le DESS Droit et Pratique des Relations de Travail. Consciente que j'avais beaucoup à apprendre, j'entre pour la première fois dans une Université.

Entretien d'embauche avec Bernard Teyssié : à son image, sobre, rapide, énergique – triptyque qui complète celui du (DESS devenu) Master DPRT : dynamisme, volonté, efficacité.

Vient le test pratique : déchiffrer l'écriture, le style de Bernard Teyssié, retranscrire le tout sans faute d'orthographe, avec rapidité et ce grâce à un ordinateur des années quatre-vingt-dix.

**Bernard Teyssié, une collaboration.** – Le premier travail confié par le Professeur Teyssié m'a plongée durant tout l'été au sein de la Faculté de droit de Montpellier pendant que d'autres barbotaient dans la mer Méditerranée ! J'ai d'ailleurs failli me retrouver enfermée plus d'une fois entre les murs de l'Université cet été-là...

Notre collaboration est marquée par des qualités qui se sont accrues au fil de ces vingt-huit années : patience, régularité, rigueur, sens du service public, etc.

**Bernard Teyssié, une générosité.** – Comme beaucoup, je remercie le Professeur Teyssié de m'avoir offert la chance de travailler à ses côtés (ou plutôt en face...) et d'apprendre chaque jour. Grâce à Bernard, nombreuses sont les personnes que j'ai pu croiser, connaître et qui nous ont enrichi, d'abord à Montpellier, puis à Paris.

Plus d'un quart de siècle s'est ainsi écoulé. Le travail restant à accomplir nous porte.

1. Je tiens à remercier les Professeurs Jean-François Cesaro et Arnaud Martinon de m'avoir proposé d'écrire dans la *Revue de droit d'Assas*.

2. *Journal Midi Libre*, mai 1991.

# Projet

---

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

---

## La chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris

**François Ancel,**

Président de la chambre commerciale internationale  
de la Cour d'appel de Paris (CCIP-CA)

*Entretien en date du 3 janvier 2019, effectué par Cécile Chainais, Professeur à l'Université Panthéon-Assas et Directrice scientifique de la Revue de droit d'Assas*

**Cécile Chainais (C.C.). – Vous présidez, depuis le mois de septembre dernier, la nouvelle chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris, qui a été instituée en février 2018. Voyez-vous cette création comme une révolution, ainsi que certains ont semblé la percevoir, ou plutôt comme un « *aggiornamento* » nécessaire de notre système judiciaire, en prise avec un nouvel environnement ?**

**François Ancel.** – L'objectif est rappelé par le protocole de procédure ayant institué cette chambre, qui a été signé le 7 février 2018 entre la cour d'appel de Paris et le barreau de Paris, en présence de la Garde des sceaux : cette chambre a vocation « à répondre aux attentes des opérateurs économiques qui souhaitent pouvoir bénéficier d'un système juridictionnel attractif ». Il s'agit de tirer les conséquences de la mondialisation du droit. Il existe désormais une pluralité de normes européennes et internationales qui offrent aux parties à un contrat international la possibilité de minimiser les risques en cas de litiges transfrontaliers : elles peuvent choisir tant la loi applicable à leur contrat que le forum susceptible de trancher leur éventuel différend. Ces différentes options ont indirectement fait émerger une concurrence entre les systèmes juridiques et judiciaires, dont les États ont peu à peu pris conscience. L'influence stratégique, mais aussi les enjeux économiques, les conduisent à renforcer l'attractivité de leur système juridique et judiciaire pour conserver ou attirer ces contentieux. En instituant une chambre commerciale internationale à la cour d'appel de Paris, la France entend s'inscrire dans ce mouvement. Sans être une « révolution », ce mouvement est révélateur d'une nouvelle approche institutionnelle selon laquelle il ne revient pas à la société de s'adapter à un système judiciaire, mais plutôt au système judiciaire de s'adapter aux besoins de la société – en l'occurrence, aux besoins des acteurs économiques – pour mieux y répondre.

### **C.C. – Le Brexit est-il venu accentuer l'opportunité d'une telle création ?**

**François Ancel.** – S'il n'en est pas le facteur déclencheur, le contexte particulier lié au *Brexit* a contribué à accélérer la réflexion et les travaux en faveur de la création de cette chambre, comme en témoigne le rapport qui est à l'origine de cette création, rédigé sous la présidence de Monsieur Guy Canivet<sup>1</sup>. Le fait que la place de Paris puisse tirer avantage de sa position au sein de l'espace judiciaire européen – espace judiciaire dont les juridictions du Royaume-Uni ne pourront plus bénéficier après avoir quitté l'Union européenne, sauf accord particulier – a milité en faveur de l'accélération de ce mouvement.

### **C.C. – Peut-on penser qu'à terme, des acteurs économiques qui naguère se tournaient vers l'arbitrage international seront plus enclins à revenir vers la justice étatique ?**

**François Ancel.** – Il ne s'agit pas, avec la création de cette chambre, de concurrencer l'arbitrage qui, en tant que mode alternatif de règlement des litiges, est consacré en France depuis de nombreuses années et a été même renforcé lors de la dernière réforme introduite en 2011<sup>2</sup>. Il s'agit de proposer, à côté de l'arbitrage, une offre juridictionnelle étatique adaptée pour résoudre les litiges du commerce international. On a ainsi voulu permettre aux acteurs économiques de disposer d'une réelle alternative et de choisir entre ces deux voies en prenant en considération les avantages et les inconvénients de chacune d'elles. Afin que l'alternative soit crédible, la création de cette chambre s'accompagne au demeurant de l'adoption d'un protocole de procédure qui vise notamment à donner aux parties une meilleure prévisibilité sur le déroulement des procédures introduites devant elle, par la mise en place d'une mise en état approfondie des dossiers et la fixation d'un calendrier impératif.

### **C. C. – Dans vos fonctions antérieures, vous avez été étroitement associé à la réforme du droit des contrats lorsque vous étiez à la chancellerie. Quel regard portez-vous sur cette réforme, avec le recul et la pratique que vous en avez désormais, dans un cadre international ?**

**François Ancel.** – Il est encore un peu tôt pour établir un bilan de cette réforme. Je constate simplement qu'elle a suscité et suscite encore un vif intérêt à l'étranger ; le fait de proposer une vision d'ensemble et renouvelée sur certains aspects du droit français des contrats et des obligations, en mettant en œuvre un plan structuré, y a largement contribué. La réforme participe ainsi au renforcement de l'attractivité du système juridique français, de même que la création de la chambre commerciale internationale participe au renforcement de l'attractivité de notre système juridictionnel. Ces deux aspects ne sont pas tout à fait autonomes l'un par rapport à l'autre. Ce sont les deux axes d'un même mouvement, qui interagissent.

L'interaction entre le droit applicable et le choix du forum (le juge saisi) est d'ailleurs susceptible de connaître des évolutions significatives dans les prochaines années, selon la qualification qui sera donnée à certaines dispositions issues du nouveau droit des contrats. Même si le droit français des contrats n'est pas choisi par les parties, il appartiendra en effet aux juridictions d'identifier parmi les articles issus de cette réforme ceux qui pourraient le cas échéant être qualifiés de « lois de police » et ainsi conduire le juge français à écarter l'application du droit étranger. La question pourrait notamment surgir à propos de l'article 1171 du Code civil relatif à la lutte contre les clauses abusives. Supposons qu'un contrat soit soumis à un droit étranger qui ne permettrait pas le contrôle des clauses abusives entre professionnels : une juridiction française saisie d'un litige portant sur un tel contrat pourrait-elle être amenée à assimiler l'article 1171 à une loi de police et ainsi à écarter le droit étranger ? On perçoit combien, selon la réponse donnée à cette question, les parties pourraient reconsidérer – ou non – le choix de porter leur litige devant une juridiction française.

1. Rapport du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris portant « Préconisations sur la mise en place à Paris de chambres spécialisées pour le traitement du contentieux international des affaires », rendu le 3 mai 2017. V. not. p. 5 et s. (rapport disponible en ligne sur le site internet du Haut Comité de la place financière de Paris).

2. V. le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011.

**C.C. – En quoi la mise en état de l'affaire est-elle particulièrement poussée devant la chambre de commerce internationale ? Dans quelle mesure la preuve testimoniale s'y trouve-t-elle revalorisée ?**

**François Ancel.** – Le protocole de procédure applicable devant la chambre prévoit la tenue de plusieurs audiences de mise en état. Celles-ci remplissent plusieurs finalités : d'abord, recueillir le consentement des parties pour appliquer le protocole de procédure ; ensuite, examiner les mesures d'administration de la preuve que les parties souhaitent mettre en œuvre au soutien de leurs demandes (audition des parties, des témoins et/ou des experts, communication de pièces...) ; mais également, fixer un calendrier impératif afin de prévoir les différentes échéances de la procédure (auditions, clôture de la mise en état, plaidoiries, prononcé de la décision...) ; enfin, préparer l'audience consacrée aux débats (notamment si des auditions et des mesures de traduction doivent être mises en place). L'objectif est donc d'adapter la procédure aux besoins du litige et d'assurer aux parties une plus grande prévisibilité quant au déroulement de leur procédure.

Dans ce cadre – et même si la procédure devant la chambre commerciale internationale est régie par le code de procédure civile et, partant, est écrite et encadrée par des délais et une représentation obligatoire par avocat – le protocole de procédure entend donner toute sa place à l'administration judiciaire de la preuve, en invitant le juge à user effectivement de toute la palette des mesures qui sont prévues par le code de procédure civile, dont il est rarement fait usage, faute de temps. Les auditions des parties, témoins et experts en font partie. Si elles ne sont pas nécessairement décisives, puisqu'elles doivent se fonder sur les déclarations écrites produites au dossier, elles permettent à tout le moins de donner une meilleure compréhension des enjeux d'un litige. Elles sont en outre particulièrement pertinentes en matière commerciale, où la preuve est libre.

Enfin, la place plus grande ainsi faite à l'oralité dans le déroulement du procès permet aussi de proposer aux acteurs économiques un traitement procédural qu'ils sont habitués à pratiquer devant les juridictions des pays de Common Law ou en matière d'arbitrage international. La création de cette chambre et l'application du protocole de procédure sont ainsi une occasion unique pour dégager des standards internationaux de droit processuel et développer une approche renouvelée du déroulement du procès en matière civile à mi-chemin entre les pays de Civil Law et ceux de Common law, et entre les procédures juridictionnelles étatiques et les procédures d'arbitrage.

**C.C. – L'anglais devient une langue de la procédure devant la chambre. Cette possibilité est-elle effectivement mise en œuvre par les acteurs ? Certaines pratiques (ou leurs dérivés) comme la cross-examination font-elles ainsi leur entrée dans le prétoire, le changement linguistique conduisant, peut-être, à des changements dans la pratique ?**

**François Ancel.** – L'adhésion au protocole permet en effet une communication des pièces en langue anglaise sans qu'il soit nécessaire de produire une traduction. Nous avons d'ores et déjà des documents produits en langue anglaise et sans traduction, dans plusieurs dossiers. La seule exigence imposée à la Cour est de traduire en français les passages sur lesquels elle entend appuyer sa motivation dès lors que l'arrêt, comme les autres actes de procédure (déclaration d'appel, conclusions), doit être rédigé en français. Par ailleurs, le protocole autorise les parties à plaider ou faire entendre des témoins ou des experts également en anglais, de sorte que l'anglais devient une langue possible de la procédure.

Un pas vers la « *cross-examination* » est fait puisque l'article 5.2.1 du protocole stipule, s'agissant de l'audition des parties, que « le juge procède à l'interrogatoire des parties, en posant les questions qu'il estime utiles sur tous les faits dont la preuve est admise par la loi. Chaque partie peut ensuite être invitée par le juge à répondre aux questions que les autres parties souhaitent poser ». Ce texte demeure cependant très proche de l'article 189 du code de procédure civile qui autorise aussi la confrontation des parties « si l'une des parties le demande » et même de l'article 193 de ce même code, qui prévoit que « Le juge pose, s'il l'estime nécessaire, les questions que les parties lui soumettent après l'interrogatoire ». La différence est ici affaire de nuances. Mais cette possibilité ouverte par le protocole emportera, *in concreto*, des modifications de la pratique classique de l'audition des parties, afin de permettre un tel interrogatoire croisé par les parties à l'invitation et sous le contrôle du juge.

L'ouverture n'est pas cantonnée à l'usage de la seule langue anglaise, mais plus largement à l'usage de toutes langues étrangères. À cet égard, s'agissant des mesures d'instruction (auditions), le proto-

cole de procédure prévoit deux situations : si les débats ont lieu en français, ils peuvent faire l'objet d'une traduction simultanée par un interprète aux frais avancés par la partie qui le demande (art. 3.2). Si l'audition des parties, des témoins ou des experts se déroule dans une langue étrangère, « une traduction simultanée est assurée par un traducteur choisi d'un commun accord entre les parties aux frais avancés de celle ayant sollicité l'audition (en cas de désaccord sur le choix du traducteur, c'est le CME qui procède à sa désignation) » (art. 3.3).

**C.C. – Après seulement quelques mois, quel premier bilan tirez-vous des activités de la chambre ?**

**François Ancel.** – Le recul est encore insuffisant pour dresser un premier bilan, même si quelques décisions ont d'ores et déjà été rendues. Nous avons une vingtaine de dossiers inscrits au rôle de la chambre en ce début d'année 2019. Ce chiffre devrait progresser dans les mois prochains, notamment en raison de l'attribution à compter du mois de janvier 2019 de la connaissance des procédures de référé en matière de commerce international ainsi que des litiges relatifs à l'arbitrage international.

**C.C. – Comment voyez-vous l'avenir de cette chambre ? Certaines évolutions vous semblent-elles souhaitables ? Quels défis aura-t-elle à relever ?**

**François Ancel.** – Cette chambre doit montrer sa capacité à juger dans des délais raisonnables et selon des modalités renouvelées les litiges du commerce international. Le premier défi est donc de passer d'une approche théorique du traitement de ces contentieux à une approche pratique. Nous devons aussi porter nos efforts pour encore mieux faire connaître la chambre et son protocole de procédure auprès des praticiens et des acteurs économiques. Pour cela, notre objectif est notamment de travailler à l'élaboration d'un véritable guide de procédure complet afin de permettre aux parties de connaître plus précisément les modalités de déroulement d'une procédure devant cette chambre. L'expérience tirée des premiers mois d'exercice de la chambre sera précieuse pour nourrir ce guide.

**C.C. – De manière plus générale, pensez-vous, à titre personnel, que la création de juridictions spécialisées soit l'une des clefs de réforme et de modernisation de la justice française ? Le cas échéant, de quelles précautions devrait-elle s'accompagner ?**

**François Ancel.** – Au regard de l'extraordinaire complexité (croissante) du droit, la spécialisation me paraît inévitable et même souhaitable. Tout l'environnement professionnel du juge est d'ores et déjà spécialisé : le droit (le droit commun, le droit spécial), l'enseignement du droit (cf. les multiples diplômes universitaires spécialisés), les professions du droit (nombre d'avocats sont spécialisés dans un type de contentieux) et même l'organisation judiciaire (cf. la multiplication des fonctions spécialisées – JAF, JAF, JE, JI – ou la création de parquets ou de juridictions spécialisées – le PNF et bientôt le PNAT, la JUB...). Face à cet environnement ultra-spécialisé, le juge ne peut plus demeurer un généraliste isolé.

Bien sûr, il ne faut pas nier les dangers de la spécialisation ; comme l'écrivait Jean Carbonnier, le « juge, trop spécialisé, trop bien organisé, trop surchargé du même travail, perd la faculté et le temps de douter. À partir de là, il va prendre peu à peu les qualités et les défauts de l'administrateur ». La limite de la spécialisation doit donc être, pour le juge, de préserver en toutes circonstances sa capacité à douter et de ne pas se vivre comme « le » spécialiste d'une question. Une connaissance plus fine du contentieux par le juge n'est pas exclusive du doute. Pour bien douter, il n'est pas nécessaire d'être ignorant. Celui qui connaît la matière saura au contraire porter son doute là où se trouve le cœur du problème juridique, le cœur du litige et douter à bon escient ou en connaissance de cause. Son doute sera plus juste (au sens de plus « précis »), il portera sur le point le plus délicat qui se posera et ne se laissera pas nécessairement guider là où les parties voudront le mener. Cette connaissance précise du droit lui permettra en outre de le faire évoluer, en connaissance de cause.

Un doute en toute connaissance de cause, un doute « positif », et non un doute qui cacherait une méconnaissance de la règle, voilà ce que doit permettre la spécialisation des juges, laquelle ne doit pas être conçue comme un rempart de conservatisme et d'automatisme dans la solution des litiges mais comme l'assurance d'être entendu par un juge dont on sait qu'il sait de quoi il est question et qui saura pour chaque litige appliquer le droit. Je suis partisan d'une spécialisation assumée du juge, laquelle s'entend d'une spécialisation « ouverte », garantissant la transparence sur ce qui nourrit sa réflexion.

# Variétés autour du droit

---

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

---

## La solitude, le législateur et la personnalité juridique

**Mélinda Benhaïem**

Étudiante à l'Université Panthéon-Assas

**L**e 15 mars 2017, le fleuve néo-zélandais Whanganui s'est vu attribuer la « personnalité juridique, avec tous les droits et les devoirs attenants »<sup>1</sup>. Plus précisément, cette consécration s'est faite au bénéfice du Te Awa Tupua, qui signifie – pour rappel à ceux qui auraient préféré investir dans un Code civil à jour de la loi de ratification de la réforme du droit des contrats, plutôt que dans un *Bescherelle* néo-zélandais – « idole » en maori. Ce nouveau compatriote néo-zélandais est identifié comme « entité vivante et à part entière, des montagnes à la mer, incluant tous ses éléments physiques et métaphysiques »<sup>2</sup>. Une excentricité pas si absurde car la loi de 2017 marque la dimension profondément spirituelle entre l'Iwi (« tribu ») Whanganui et son fleuve ancestral, inscrivant dans le marbre un accord politique trouvé en 2014<sup>3</sup>. Cet accord mît fin à un différend entre le gouvernement et

les Iwi maoris locales, datant de plus de 150 ans, depuis le découpage administratif du Whanganui par le gouvernement britannique lors de la colonisation, en rives, berges, lits et autres, assortis de droits de propriété et d'usage<sup>4</sup>.

Bien mieux protégé qu'un étudiant désargenté face à son propriétaire, les intérêts du Te Awa Tupua pourront être garantis *via* sa « face humaine » : un couple de Te Pou Tupua, un représentant étant désigné par la Couronne, l'autre, collectivement par tous les Iwi Whanganui. Leur mission – s'ils l'acceptent – sera de protéger ce nouvel être juridique pour les générations actuelles et futures des Iwi, par exemple à l'encontre de projets industriels par ailleurs approuvés par l'État. À cette fin, pas de *Google Translate* de la volonté du fleuve, mais seulement la force des traditions et croyances maories, assortie d'un petit coup de pouce : une dotation

---

1. Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Bill, Government Bill n° 129-2, accessible *via* le lien suivant : <http://www.legislation.govt.nz/bill/government/2016/0129/latest/DLM6830851.html?src=qs>.

2. Pour ceux qui voudraient s'inspirer du style du législateur néo-zélandais pour une thèse, un mémoire et autres joyeusetés, v. *Ibid.* Sub-Part 2, § 12.

3. *Deed of Settlement*, 5 août 2014, <https://www.govt.nz/treaty-settlement-documents/whanganui-iwi/whanganui-iwi-whanganui-river-deed-of-settlement-summary-5-aug-2014/>

4. V. David, « La rivière Whanganui, sujet de droit » (2015) cité par E. Pattée, « Nouvelle-Zélande : les droits et devoirs du fleuve Whanganui », *Libération*, 28 mars 2017.

d'environ 25 millions d'euros pour mener des actions de protection ou de restauration du fleuve, ainsi qu'une compensation financière d'environ le double. Mais la personnalité juridique du fleuve n'est pas que « positive », si l'on peut dire : elle peut également jouer de façon négative, le fleuve pouvant être débiteur d'obligations. Ces obligations vont en vérité *limiter* le droit à l'existence intègre du fleuve, en lui imposant, par exemple, le devoir de ne pas rendre la vie des exploitants du cours d'eau impossible<sup>5</sup>.

« Les écologistes s'avancent et sous leurs pas font éclore l'anthropomorphisme. Ils entendent les gémissements de la forêt que déchire l'auto-route, les plaintes du fleuve menacé d'un barrage », écrivait par anticipation Carbonnier<sup>6</sup>. Et ces *plaintes* – qui revêtent en l'espèce un caractère éminemment sacré – ont été entendues. Le juriste parisien peut remercier le législateur néo-zélandais de cette fenêtre ouverte sur les exotiques ressources du droit, et cette histoire pourrait rester dans la qualification d'« anecdote », soumise au régime afférent – c'est-à-dire (i) obligation de minimiser sa portée et (ii) caractère infiniment subsidiaire parmi les exemples à donner dans une copie d'examen.

Mais, pour le plus grand plaisir du juriste explorateur, différents législateurs nationaux se sont fait narrateurs de cette histoire. En 2008, l'Équateur a octroyé à la *Pacha Mama*, c'est-à-dire la « Nature, où se reproduit et réalise la vie », un droit, à l'article 71 de sa Constitution, « à ce que soient intégralement respectés son existence, le maintien et la régénération de ses cycles vitaux, sa structure, ses fonctions et ses processus évolutifs. Toute personne, communauté, peuple ou nationalité pourra exiger à l'autorité publique, l'accomplissement des droits de la nature ». La Bolivie a adopté en 2010 une *Ley de Derechos de la Madre Tierra* (« loi sur les

droits de la Terre Mère »), accordant aux ressources naturelles un droit à la régénération, à la vie, et à la diversité, en sanctuarisant l'eau, l'air, et empêchant les activités humaines pouvant générer des dégâts irréparables sur ces ressources. Le 20 mars 2017, la Haute Cour de l'État himalayen de l'Uttarakhand au nord de l'Inde a reconnu le statut d'« entités vivantes ayant le statut de personne morale » au Gange et à la rivière Yamuna, son principal affluent<sup>7</sup>.

Alors, l'État moderne, un état de désenchantement ? Il ne semblerait pas. Et malgré l'emprise nettement moins forte des croyances panthéistes en France, ces différentes *anecdotes* font un écho particulier à certains débats autour de la personnalité juridique, des animaux dans les années 2000, des robots aujourd'hui... de la Seine demain ? Tout coule, rien ne demeure, comme disait Héraclite, et qui sait ce que réserve le droit à la personnalité juridique dans les prochaines années ?

Certes, le juriste – dans son illustre scepticisme – pourrait interpréter cette reconnaissance de la personnalité juridique à certains éléments naturels, comme un échec du droit à imposer – et faire respecter – aux individus des obligations en matière environnementale, et crier à l'instrumentalisation du droit... Et si l'année 2019 était l'année de la mansuétude ? Comprenez : le législateur, las de ne toujours donner la parole qu'aux humains ou à leurs groupements, ne peut-il pas s'essayer à l'excentricité, et donner la parole aux *non-humains* ? Face à l'immense solitude de l'Homme, pourquoi ne pas peupler le monde du droit d'une infinité de vies – elfes, gnomes, extra-terrestres, reptiliens... ? Après tout, comme l'indiquait Albert Camus, « l'absurde naît de cette confrontation entre l'appel humain et le silence déraisonnable du monde ».

5. M.-A. Hermitte, « La Nature, sujet de droit ? », *Revue des Annales*, 2011, p. 173.

6. J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, p. 370.

7. MCC 139/2017, *Lalit Miglani v. State of Uttarakhand*.

# Hissez les couleurs !

**Gabriel Stettler**

Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas

*A noir, E blanc, I rouge, U vert, O bleu, voyelles,  
Je dirai quelque jour vos naissances latentes*

A. Rimbaud, *Voyelles* (sonnet)

Que la vie politique et sociale française soit haute en couleur n'aura échappé à personne. Bien qu'il suffise pour s'en convaincre de considérer le plumage bariolé de nos formations politiques lorsqu'elles se succèdent au perchoir, l'actualité des derniers mois en aura encore fourni aux plus aveugles des voyants une illustration éclatante. Ce sont en effet succédés à nos écrans des feux d'artifices aux tons les plus criards : le bleu d'abord, vague trépidante d'une victoire qu'il n'est plus besoin de rappeler, le vert ensuite lorsque le dernier rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) déclencha une prise de conscience de l'urgence climatique, le jaune enfin qui ne cesse d'accaparer le devant de la scène malgré la traditionnelle trêve hivernale (!). Ce déferlement en fait présager d'autres, et voilà que certains appellent à une manifestation de soutien au gouvernement sertis de foulards rouges.

Tant et si bien que l'ensemble de la scène sociale paraît désormais partager cette indigestion photonique que seul un adjectif allemand pourrait rigoureusement résumer<sup>1</sup>. Toute ? Non car le Droit, parent pauvre de l'arène médiatique, colporte encore et toujours cette perception publique de grisaille digne d'une base militaire lorientaise, que l'on peut tenter d'expliquer à défaut de comprendre : le gris de l'indifférence, de l'entre-deux ni chaud ni froid, ni noir ni blanc, de la banalité du macadam comparable à celle d'une réforme du droit des obligations pourtant inversement proportionnelle à leur importance respective au quotidien ; ou sinon le gris des cellules, du pelage de leurs occupants, des détentions provisoires, erreurs judiciaires et surpopula-

tion carcérale qui viennent à l'esprit du profane dès l'évocation malheureuse d'une vocation judiciaire lors d'un dîner de fêtes ; ou enfin le gris d'une zone indéfinissable à la fois proche et lointaine, évidente et sibylline dont on ne sait s'il faut s'en acoquiner ou s'en méfier (mais demandons tout de même au susmentionné étudiant si cette donation est susceptible d'abattement, sait-on jamais).

Certes, le Droit n'a pas à rougir d'être une matière grise. Mais s'il ne doit pas non plus verdir à la vue de la parure de ses collègues académiques c'est que la sienne n'a rien à leur envier, pour qui s'abandonne à son imagination, qui paraît-il serait la meilleure école du Droit (à moins que ce ne soit l'inverse). Laissons-nous donc tenter par un inventaire à la Prévert et somme toute très personnel des couleurs juridiques<sup>2</sup>.

**Rouge** : Si le droit tout entier tenait en une couleur, ce serait bien celle-ci. Rouge de l'hermine des juges et des professeurs, rouge qu'arborent nombre d'ouvrages incontournables<sup>3</sup>, le rouge flamboyant autant qu'impérieux, qui laisse toujours planer la menace d'une rature rageuse sur une copie d'étudiant<sup>4</sup>. Pourtant, le rouge évoque en nous instinctivement et de manière quasiment incompréhensible le champ plus restreint du droit administratif. Est-ce en raison de cette association puérile du carmin à l'idée de puissance ? Ou bien serait-ce lié à la volonté morbide de découvrir le contenu de nos veines à la troisième lecture de l'arrêt Arcelor Mittal ?

**Jaune** : Ne vous déplaie, le jaune c'est le droit civil. C'est la couleur des fleurs innombrables, boutons d'ors ou narcisses, qui tapissent un chemin forestier. Certes elles n'ont peut-être pas les atours exotiques des orchidées que sont le droit animalier ou du cyberspace, mais elles sont là, omniprésentes dans la forêt juridique et lors-

1. « Bunt », pour être exact.

2. L'auteur de ces lignes déclare n'être sous l'influence d'aucune substance psychotrope, à moins qu'un traité sur la responsabilité civile par R. Savatier ne soit inclus dans cette catégorie.

3. Dont la *Revue de Droit d'Assas*, si, si vérifiez !

4. Fantasma somme toute fort désuet puisque les copies sont corrigées au graphite plutôt qu'à la dynamite.

qu'on les respire gaiement, on risque fort de se retrouver avec du stabilo sur le bout du nez.

**Orange** : Souvent associé à la gaieté, la sensualité, correspondra bien au droit des sociétés.

**Bleu** : Plus évident, le bleu évoque le droit européen, non pas tant en raison de la sérénité que dégage habituellement cette coloration, que pour l'écho aquifère qu'il fait subitement naître dans le for intérieur de l'étudiant, en référence aux flots de réglementations dans lequel il ne pourra que se noyer. Un bleu plus pâle, turquoise, tendra vers le droit international privé, faisant rêver aux cieux lointains qu'un cas pratique nous fait traverser. Plus étonnant par contre, un bleu sombre, bleu qui se fond dans la nuit et descend dans l'âme humaine, un bleu presque Klein répliqué à l'envi sur les portes des cachots éveille le frisson du droit pénal.

**Vert** : De banalité en banalité, le vert sied au droit de l'environnement. Outre la référence évidente à ce que l'on appelait encore au <sup>xxi</sup><sup>e</sup> siècle des « plantes vertes » dépourvues de feuilles en plastique, le vert c'est aussi la peur qu'exerce un principe de précaution encore trop vert, la jalousie que ressent ce droit à l'égard de certains concepts privilégiés de droit privé et qui motivent son insurrection, en vert et contre tous.

**Rose** : Le rose, l'insouciance, les jours heureux, les unions qui durent et la confiance réciproque, autant de raisons de l'associer au droit de la famille, ou du travail, au choix.

**Argent** : Habille convenablement les matières de procédure, si l'on en croit la symbolique des couleurs, tirée de la philosophie chinoise du Feng Shui pour qui la couleur métal est synonyme de précision, de concentration et d'unité, servant avant tout à mettre en valeur les autres couleurs.

**Or** : Droit des affaires. À noter que le droit fiscal, lui, est incolore en raison de sa transparence.

**Marron** : Se dit généralement d'un avocat, mais selon une source autorisée, le marron susciterait aussi par la contemplation de la boue automnale un sentiment de nostalgie devant la dégradation et l'entropie, que partagent probablement les adeptes des procédures collectives.

**Violet** : Le violet est la couleur du mystère. Pourpre, il évoquera les intrigues cardinales seyant à l'histoire du droit, lilas, il fera revivre le parfum capiteux d'un arrêt sur le sous-cautionnement, tirant vers le bordeaux il rappellera surtout une aubergine.

**Beige** : Convient sans hésitation au droit international public : entre les moquettes feutrées de l'ONU et le vacherin genevois, la coïncidence est trop forte !

**Blanc** : Pour clore cet inventaire qui a tout l'air d'en être cousu, le blanc signifie pour tout un chacun l'innocence et la pureté et rappelle par son association avec la neige ces joies enfantines consistant à échafauder des constructions instables par empilement. Voilà pourquoi il fait immédiatement écho à la théorie du droit.

# Les études dont vous êtes le héros

**Antoine Touzain**

Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas

**C**et hiver, l'excellente série dystopique « *Black Mirror* » s'est enrichie d'un nouvel épisode intitulé « *Bandersnatch* »<sup>1</sup>. Dans cet épisode, le spectateur devient acteur en choisissant telle ou telle action des personnages. La méthode, récemment développée dans le non moins excellent jeu vidéo « *Detroit : Become Human* », existait déjà en littérature et les nombreux « livres dont vous êtes le héros » : pourquoi ne pas la transposer aux études de droit ?

**1. L1.** Fraîchement auréolé de votre diplôme de baccalauréat et débarrassé des mathématiques, matière à laquelle vous vouez une haine tenace (haine qui est d'ailleurs réciproque), vous commencez des études de droit. Un algorithme au fonctionnement obscur vous a envoyé dans une université parisienne, dont les étudiants de première année sont affectés non loin du Parc des expositions. Ravi de commencer votre nouvelle vie, vous décidez de travailler sérieusement...

...vos travaux dirigés de droit civil : allez au n° 2.

...vos travaux dirigés de droit constitutionnel : allez au n° 6.

...vos relations personnelles : votre année est fort agréable. Une fois celle-ci terminée, vous avez hâte de recommencer : allez au n° 1.

...vos travaux dirigés de droit civil et de droit constitutionnel : on ne vous croit pas vraiment. Mais si c'est le cas, vous validez votre année. Lancez un dé à dix faces : si vous faites un 6 ou plus, vous validez avec mention. En toute hypothèse, allez au n° 7.

**2.** Quelle belle matière, le droit civil ! Au milieu du semestre, une interrogation se présente à vous. La question trois est ainsi formulée : « *La jurisprudence est-elle une source de droit ?* ». Après une intense réflexion, vous choisissez de répondre...

...positivement : allez au n° 3.

...négativement : allez au n° 3.

**3.** Vous n'avez aucun point à la question sur la jurisprudence comme source de droit. Vous êtes donc noté sur quinze. En raison de l'imprécision de vos réponses et de votre orthographe, vous êtes donc noté sur dix. Lancez un dé à dix faces pour déterminer votre note.

Lorsque votre copie vous est rendue, l'ambiance n'est pas au beau fixe. Il va donc falloir redoubler d'efforts, pour ne pas redoubler tout court. Faisant fi de la sagesse populaire, vous choisissez de mettre tous vos œufs dans le même panier et de travailler la séance consacrée...

...à la hiérarchie des normes : allez au n° 4.

...aux droits subjectifs : allez au n° 5.

**4.** À force d'étudier la hiérarchie des normes, vous vous transformez en véritable bête de Kelsen. Vous ne buvez plus que du café Jacques Vabre. Lancez un dé à dix faces.

*Vous faites deux ou moins* : un contrôle de proportionnalité sauvage apparaît. Relancez le dé et faites un huit ou plus pour vous sortir de ce guépier et valider votre année (allez au n° 7). Sinon, allez au n° 1.

*Vous faites trois ou plus* : la hiérarchie des normes tombe au partiel. Vous validez votre année. Relancez un dé à dix faces : si vous faites 8 ou plus, la hiérarchie des normes tombe en droit civil et en droit constitutionnel. Vous validez votre année avec mention. En toute hypothèse, allez au n° 7.

**5.** Vous obtenez un 16/20 dans la matière que vous avez choisi de privilégier mais récoltez un 2/20 dans l'autre matière. Lancez un dé à dix faces.

*Vous faites dix* : vous récoltez 9,5/10 en problèmes économiques contemporains et votre année est sauvée. Allez au n° 7.

*Vous faites neuf ou moins* : vous récoltez un 2/10 en problèmes économiques contemporains. Allez au n° 1.

1. Nul ne s'étonnera donc que son parcours se termine aussi bien qu'un épisode de *Black Mirror*. Bon courage !

**6.** Quelle belle matière, le droit constitutionnel ! Mais quel carnage, cette interrogation de mi-semestre... Aucun étudiant n'a la moyenne. *Lancez un dé à dix faces* : le résultat est votre note d'interrogation.

Lorsque votre copie vous est rendue, l'ambiance n'est pas au beau fixe. Il va donc falloir redoubler d'efforts, pour ne pas redoubler tout court. Faisant fi de la sagesse populaire, *vous choisissez de mettre tous vos œufs dans le même panier et de travailler la séance consacrée...*

...à la hiérarchie des normes : allez au n° 4.

...au parlementarisme rationalisé : allez au n° 5.

**7. L2.** « Mince, je ne suis plus au métro Convention ! » Vous redescendez les marches et sautez dans le premier wagon de la ligne 12. Arrivé à Notre-Dame-des-Champs, vous courez dans l'escalator et foncez jusqu'à la rue d'Assas. Vous arrivez à temps pour votre premier cours de droit administratif. La première semaine de cours est placée sous le sceau du bonheur : le plafond de l'Université vous rappelle vos plus belles soirées lycéennes et l'ameublement de la bibliothèque vous fait vous sentir comme dans un épisode de Star Trek. La deuxième semaine est déjà moins agréable : vous récoltez non pas deux fiches de TD à préparer mais bien trois (dans des matières différentes en plus !) et vous découvrez le concept de rattrapage anticipé. Vous n'avez pas le choix, il va falloir trancher : *vous décidez de travailler sérieusement...*

...le droit civil : allez au n° 8.

...le droit administratif : allez au n° 9.

...le droit pénal : allez au n° 10.

...le droit civil et le droit administratif : allez au n° 11.

...le droit civil et le droit pénal : allez au n° 12.

...le droit pénal et le droit administratif : allez au n° 12.

...le droit administratif, le droit pénal et le droit civil : votre nez s'allonge ou vous faites une dépression nerveuse. Dans les deux cas, il faut régler le problème et vous êtes hospitalisé pendant un an. Allez au n° 7.

**8.** Quelle belle matière, le droit civil ! D'autant que vous n'avez pas à réapprendre les nouveaux numéros d'articles : 1134 et 1382 ne concernent que l'erreur et les présomptions. Le droit de la

responsabilité ne vous fait pas peur et vous connaissez le droit des contrats. Dans vos copies de droit administratif en revanche, vous faites comme si tous les contrats entraient dans le cadre de l'arrêt *Granits porphyroïdes des Vosges* (que vous ne connaissez d'ailleurs pas) : votre correcteur de droit administratif a les yeux exorbités et vous inflige un 1/20. Pour ce qui est du droit pénal, vous croyez vraiment que tout n'y est que transaction ? 3/20. Votre 15/20 en droit civil ne vous sauvera pas : allez au n° 7.

**9.** Quelle belle matière, le droit administratif ! Une musique EPIC trotte dans votre subconscient à chaque fois que vous préparez vos travaux dirigés. Vous êtes l'incarnation même de l'intérêt général et le défenseur de la dignité de Gimli<sup>2</sup>. Votre crainte des wagonnets vous empêche toutefois de prendre le métro, ce qui rallonge considérablement votre temps de trajet. Il n'empêche que l'effort paye ! Avec brio, vous récoltez un superbe 11/20 au partiel de droit administratif. Jaloux, vos correcteurs de droit civil et de droit pénal ne vous font pas de Cadot et vous infligent des 5/20 : allez au n° 7.

**10.** Quelle belle matière, le droit pénal ! Vous avez toujours su obéir aux instructions et vous adorez les amandes : la matière est faite pour vous. Avouez également que n'avoir TD qu'une semaine sur deux ne vous déplaît pas. Lorsque vous apprenez que, corrélativement, le coefficient de la matière est moindre que celui applicable aux droits civil et administratif, il est trop tard. Vous espérez passer tout près de la correctionnelle mais finissez par être condamné : allez au n° 7.

**11.** Si le début d'année est difficile, vous vous rendez bientôt compte que le droit civil et le droit administratif ne sont finalement pas si éloignés que cela. Votre maîtrise du droit des contrats et votre connaissance des règles exorbitantes applicables à l'administration vous aide à vous en sortir. Vous réussissez à surligner ce qu'il faut dans le Code civil et connaissez le GAJA par cœur. *Lancez un dé à dix faces.*

*Vous faites moins de trois* : malgré tous vos efforts, votre amour pour le droit civil et pour le droit administratif n'est pas une relation synalgmatique. Vous ratez vos partiels : allez au n° 7.

2. Sur cette question, v. N. Allix, « Se faire des films... », *RDA*, n° 17, décembre 2018, p. 17.

*Vous faites entre quatre et six* : ça passe ! À vous un merveilleux été de repos (ou de travail pour financer vos études qui vont continuer). Allez au n° 13.

*Vous faites entre sept et neuf* : mention assez bien ! Le jour de gloire est arrivé, vivement la L3. Allez au n° 13.

*Vous faites dix* : mention bien ! Vous défiez toutes les probabilités. Vos camarades vous regardent d'un œil envieux et ne comprennent pas comment vous avez pu réussir ce tour de passe-passe. Allez au n° 13.

*Vous faites onze* : mention très bien ! Bon, on sait tous que vous avez triché : vous récupérez cinq ans d'interdiction d'examen. Vous décidez de vous reconvertir en chauffeur routier ; l'examen du permis de conduire est un examen national. Allez où vous voulez, mais à pieds. Si vous êtes patient, allez au n° 7.

**12.** Certes, le droit pénal n'a pas un coefficient très attractif mais quitte à choisir de travailler deux matières, vous préférez que le droit pénal en fasse partie. Cela rend votre tâche plus ardue pour les examens mais vous n'en avez cure. *Lancez un dé à dix faces.*

*Vous faites moins de cinq* : malgré tous vos efforts, votre choix de travailler le droit pénal s'avère perdant. Vous ratez vos partiels : allez au n° 7.

*Vous faites entre six et huit* : ça passe ! À vous un merveilleux été de repos (ou de travail pour financer vos études qui vont continuer). Allez au n° 13.

*Vous faites neuf* : mention assez bien ! Le jour de gloire est arrivé, vivement la L3. Allez au n° 13.

*Vous faites dix* : mention bien ! Vous défiez toutes les probabilités. Vos camarades vous regardent d'un œil envieux et ne comprennent pas comment vous avez pu réussir ce tour de passe-passe. Allez au n° 13.

*Vous faites onze* : mention très bien ! Bon, on sait tous que vous avez triché : vous récupérez cinq ans d'interdiction d'examen. Vous décidez de vous reconvertir en chauffeur routier ; l'examen du permis de conduire est un examen national. Allez où vous voulez, mais à pied. Si vous êtes patient, allez au n° 7.

**13. L3.** Vous avez votre DEUG français<sup>3</sup> ! Mais tandis que vos amis de lycée, après avoir cravaché pendant deux ans en vous répétant combien la fac est facile par rapport à la prépa, enchaînent les soirées d'intégration et de désintégration, vous avez le sentiment que le pire est à venir. Cela dit, vous ne pouvez pas vraiment vous plaindre : vous avez le choix ! *Vous décidez d'opter pour une combinaison...*

...à dominante publiciste : allez au n° 14.

...à dominante privatiste : allez au n° 17.

...mixte : vous perdez vos repères et ne parvenez plus à vous situer en société. Vos « amis » privatistes comme publicistes ne vous invitent plus aux soirées, que vous passez à vous interroger sur le statut des holdings de commandites par actions chinoises dont le siège social est situé dans la zone des cinquante pas géométriques. Vos questionnements, premier signe avant-coureur de votre dépression, n'ont aucun sens : vous redoublez. Allez au n° 13.

**14.** Les recours de plein contentieux, les servitudes d'utilité publique, les institutions européennes, le régime juridique des ambassades, les libertés fondamentales et le régime de l'abus de droit fiscal vous passionnent. *Lancez un dé à dix faces.*

*Vous faites trois ou moins* : patatras ! Vous aviez l'âme d'un privatiste ! Allez au n° 13.

*Vous faites entre quatre et sept* : vous avez dix de moyenne. Saurez-vous obtenir plus que cela grâce aux complémentaires ? Allez au n° 15.

*Vous faites entre huit et dix* : vous avez douze de moyenne. Saurez-vous obtenir plus que cela grâce aux complémentaires ? Allez au n° 15.

**15.** Vous obtenez un 1/10 en procédure civile et un 2/10 en droit du travail. Posez-vous une question fondamentale : *vous sentez-vous prêt à aller en droit public de l'économie ou en droit constitutionnel approfondi ?*

*Vous êtes plutôt droit public de l'économie* : vous obtenez un 12/20 en droit des sociétés I et un 7/10 en droit des sociétés II. Cela augmente votre moyenne d'un point. Allez au n° 19

*Vous êtes plutôt droit constitutionnel approfondi* : vous obtenez un 6/20 en droit des sociétés I et un 2/10 en droit des sociétés II. Cela diminue votre moyenne d'un point. Selon le

---

3. Même si vous avez toujours préféré les DEUG allemands...

résultat obtenu au n° 14, allez au n° 13 si vous n'avez pas la moyenne et au n° 19 si vous l'avez.

En toute hypothèse, allez au n° 16 pour essayer de vous sauver ou d'obtenir la mention.

**16.** Vous jouez le tout pour le tout à l'épreuve d'anglais. La question ultime se présente à vous : « *where is Brian ?* »

*He is in the kitchen* : vous obtenez 5/10 en anglais, coefficient 1/2. Cela ne change pas votre moyenne.

*He is in the kitten* : chat par exemple, vous obtenez 5,5/10 en anglais ! Mais coefficient 1/2. Cela ne change pas votre moyenne.

Le n° 16 ne servait donc à rien. N'en tenez pas compte.

**17.** Vous avez certes du mal à mémoriser les montants alloués au financement du CHSCT et les différences de régime entre SAS, SARL, SA, SCS, SC, SOS et autres SVP, mais la qualification du contrat de parking, la charge des réparations dans le bail, les différences entre irrégularités de fond et vices de forme (mince, c'est quoi déjà une fin de non-recevoir ?) et l'adoption plénière n'ont pas de secret pour vous.

*Lancez un dé à dix faces.*

*Vous faites trois ou moins* : patatras ! Vous aviez l'âme d'un publiciste ! Allez au n° 13.

*Vous faites entre quatre et sept* : vous avez dix de moyenne. Saurez-vous obtenir plus que cela grâce aux complémentaires ? Allez au n° 18.

*Vous faites entre huit et dix* : vous avez douze de moyenne. Saurez-vous obtenir plus que cela grâce aux complémentaires ? Allez au n° 18.

**18.** Prêt pour les matières complémentaires ? Posez-vous une question fondamentale : *vous sentez-vous prêt à aller en droit des affaires ou en droit civil ?*

*Vous êtes plutôt droit des affaires* : vous obtenez un 2,5/10 en droit administratif des biens. Lancez un dé. Si vous obtenez un sept ou plus, vous obtenez un 9/10 en droit fiscal, ce qui augmente votre moyenne d'un point; si vous obtenez un trois ou moins, vous obtenez un 2/10, ce qui baisse votre moyenne d'un point.

*Vous êtes plutôt droit civil* : vous obtenez un 2/10 en droit fiscal. Lancez un dé. Si vous obtenez un sept ou plus, vous obtenez un 9/10 en

droit administratif des biens, ce qui augmente votre moyenne d'un point; si vous obtenez un trois ou moins, vous obtenez un 2/10, ce qui baisse votre moyenne d'un point.

Selon le résultat obtenu au 17, allez au n° 13 si vous n'avez pas la moyenne et au n° 19 si vous l'avez.

En toute hypothèse, allez au n° 16 pour essayer de vous sauver ou d'obtenir la mention.

**19. Master.** Vous avez votre licence et arrivez en Master ! La sélection se fait désormais après la licence et vous vous inscrivez sur Parcours Sup<sup>4</sup>. *Vous souhaitez vous orienter en...*

...*droit civil* : allez au n° 20.

...*droit des affaires* : allez au n° 27.

...*procédure civile* : allez au n° 29.

...*droit pénal* : allez au n° 31.

...*droit social* : allez au n° 32.

...*droit public de l'économie* : allez au n° 34.

...*droit constitutionnel approfondi* : allez au n° 35.

...*droit international* : allez au n° 36.

*Lancez toutefois un dé à dix faces, représentant l'algorithme de Parcours Sup. Si vous faites cinq ou moins, vous vous retrouvez dans un autre Master (celui qui suit votre choix dans la liste ci-dessus). Si vous faites six ou plus, vous vous retrouvez dans le Master de votre choix.*

*Si vous avez eu une mention sur les années précédentes, il faut que vous fassiez quatre ou plus pour vous retrouver dans le Master de votre choix.*

*Si vous avez eu deux mentions sur les années précédentes, il faut que vous fassiez deux ou plus pour vous retrouver dans le Master de votre choix.*

*Si vous avez eu trois mentions sur les années précédentes, vous obtenez le Master de votre choix.*

*Si vous avez eu une mention très bien l'une des années précédentes, vous êtes pris en récidive de fraude. Allez en prison pendant trois ans.*

**20.** Votre maîtrise de droit civil est très agréable ! Les matières sont intéressantes, même si vous ne vous expliquez pas que le droit des instruments de paiement et de crédit soit une matière à TD. Votre goût pour le droit des sûretés est assez relatif et vous craignez une note déplorable qui

4. L'article est donc à jour de la réforme LMD (et de son application) ainsi que de la loi de janvier 2021 sur l'application de l'algorithme fort apprécié à la sélection au stade du Master.

viendrait hypothéquer vos chances de réussite. Toutefois, fort heureusement, la sélection préalable au Master 1 fait que les taux de réussite à compter de la quatrième année tournent autour de 98 %. *Comment sentez-vous les partiels de droit des régimes matrimoniaux et de droit des successions ? Plutôt...*

*mal* : vous avez une moyenne catastrophique à la fin du semestre. Il se trouve que cela découle d'une erreur de l'administration, mais votre incapacité à faire des calculs fait que vous ne vous en rendez pas compte. Vous faites partie des 2 %. Retournez au n° 19, sans pouvoir vous prévaloir de vos éventuelles mentions antérieures pour choisir votre Master.

*bien mais vous avez oublié votre calculatrice* : vos calculs sont ratés. Vous faites partie des 2 %. Retournez au n° 19.

*bien et votre calculatrice casio FX 92 new+ (vous avez bien fait de ne pas la jeter !) marche* : vous validez votre année ! Allez au n° 21.

**21.** Quel talent, vous êtes bac+5 ! Vous pouvez désormais choisir votre profession. En tant que civiliste, vous avez pas mal de choix. *Vous choisissez de devenir...*

...notaire : allez au n° 22.

...avocat dans un gros cabinet : allez au n° 23.

...avocat à votre compte : allez au n° 24.

...magistrat : allez au n° 25.

...doctorant : allez au n° 26.

**22.** Votre profession est supprimée ! Allez au n° 21.

**23.** Vous travaillez toutes les nuits, tous les jours, toutes les semaines, tous les mois, tous les ans. Heureusement, vous habitez à dix minutes à pieds de votre cabinet, grâce à votre magnifique salaire, ce qui vous permet de profiter de votre douche à l'italienne entre trois heures et trois heures et demi de matin, avant de retourner travailler. Bravo !

*Lancez toutefois un dé. Si vous faites cinq ou moins, vous êtes dans le futur de Marty et Doc et « la justice est beaucoup plus efficace depuis qu'on a supprimé les avocats ».* Allez au n° 21.

**24.** Vous travaillez toutes les nuits, tous les jours, toutes les semaines, tous les mois, tous les ans. Vu que votre logement est à plus de deux heures en transports, vous ne rentrez plus chez vous. Vous achetez un canapé et faites installer une

douche au cabinet, ce qui vous permet de vous consacrer pleinement à votre travail. Bravo !

*Lancez toutefois un dé. Si vous faites cinq ou moins, vous êtes dans le futur de Marty et Doc et « la justice est beaucoup plus efficace depuis qu'on a supprimé les avocats ».* Allez au n° 21.

**25.** Votre profession est supprimée (vive la justice prédictive...) ! Allez au n° 21.

**26.** 16 heures 30, vous sortez du cinéma. Très sympa ce film ! Vous avez un peu faim, n'ayant pas pu manger depuis deux jours, mais vous n'avez guère le temps de vous en plaindre. L'heure de votre audience de contestation de votre suppression de droits à Pôle Emploi approche et vous devez vous mettre en marche pour le tribunal. Bon courage !

**27.** Les entreprises en difficulté n'ont aucun secret pour vous (ce qui peut s'avérer utile dans votre propre vie professionnelle). Le droit des sûretés, par contre... Fort heureusement, la sélection préalable au Master 1 fait que les taux de réussite à compter de la quatrième année tournent autour de 98 %. *Comment sentez-vous les partiels de fiscalité des entreprises ? Plutôt...*

*mal* : vous avez une moyenne catastrophique à la fin du semestre. Il se trouve que cela découle d'une erreur de l'administration, mais votre incapacité à faire des calculs fait que vous ne vous en rendez pas compte. Vous faites partie des 2 %. Retournez au n° 19, sans pouvoir vous prévaloir de vos éventuelles mentions antérieures pour choisir votre Master.

*bien mais vous avez oublié votre calculatrice* : vos calculs sont ratés. Vous faites partie des 2 %. Retournez au n° 19.

*bien et votre calculatrice casio FX 92 new+ (vous avez bien fait de ne pas la jeter !) marche* : vous validez votre année ! Allez au n° 28.

**28.** Quel talent, vous êtes bac+5 ! Vous pouvez désormais choisir votre profession. En tant qu'affairiste, votre parcours est tout tracé. *Vous choisissez de devenir...*

...avocat dans un gros cabinet : allez au n° 23.

...doctorant : mais que faisiez-vous donc en droit des affaires si c'est pour vous contenter de ce salaire ? Réfléchissez-y à deux fois. Si vous persistez dans votre folie, allez au n° 26.

**29.** Le droit processuel ? Facile ! La procédure pénale ? Tranquille ! Mais pourquoi donc dois-je suivre le cours de droit des affaires ? C'est à n'y

rien comprendre. Bon cela dit, le pire, c'est quand même les sûretés... *Comment définiriez-vous le cautionnement réel ? Vous répondez qu'il s'agit...*

*...d'une sûreté réelle en garantie de la dette d'autrui mais pas un cautionnement :* les conseillers à la Cour de cassation vous félicitent, votre chargé de travaux dirigés en revanche est furieux. Vous faites partie des 2 %. Retournez au n° 19, sans pouvoir vous prévaloir de vos éventuelles mentions antérieures pour choisir votre Master.

*...d'un cautionnement dont l'assiette est limitée à un bien, lequel est grevé d'un droit de préférence :* votre correcteur n'est pas certain que vous ayez compris mais il vous laisse le bénéfice du doute. Allez au n° 30.

**30.** Quel talent, vous êtes bac+5 ! Vous pouvez désormais choisir votre profession. En tant que processualiste, vous avez pas mal de choix. *Vous choisissez de devenir...*

*...avocat à votre compte :* allez au n° 24.

*...magistrat :* allez au n° 25.

*...doctorant :* allez au n° 26.

**31.** « *Non mais ça ne te dérange pas de défendre des meurtriers et des violeurs au quotidien ?* » Vous avez beau vous défendre comme vous pouvez, personne ne veut plus vous parler. Vous décidez donc d'utiliser votre connaissance du blanchiment pour essayer de racheter des amitiés. Vous finissez emprisonné, ce qui, en soi, montre que vous avez une maîtrise de la totalité du processus pénal. Bravo !

**32.** Le droit d'alerte du comité d'entreprise vous plaît bien, et le droit social européen ne vous pose aucun problème. Le droit des sûretés, en revanche... Vous avez beau lire et relire le sujet (mais toujours dans le même sens), impossible de le résoudre... À la question suivante : « *el egag tse...* », vous répondez...

*...nu egag :* certes mais cela n'a aucun intérêt comme réponse... Allez au n° 19.

*...nu tnemessítan :* non mais vraiment ? Vous n'avez RIEN compris. Allez au n° 19.

*...enu èterûs elleèr erélibom :* oui ! Quelle maîtrise/chance ! Allez au n° 33.

**33.** Quel talent, vous êtes bac+5 ! Vous pouvez désormais choisir votre profession. En tant que travailleur, vous avez pas mal de choix. *Vous choisissez de devenir...*

*...avocat dans un gros cabinet :* allez au n° 23.

*...avocat à votre compte :* allez au n° 24.

*...magistrat :* allez au n° 25.

*...doctorant :* vous êtes en CIFRE, donc en gros cabinet. Allez au n° 23.

**34.** Les publicistes vous prennent pour un affairiste et les affairistes pour un publiciste. Ils n'ont pas tort et vous le savez, donc vous le vivez bien et parvenez à valider vos années sans aucun souci. Du coup, quel talent, vous êtes bac+5 ! Vous pouvez désormais choisir votre profession. En tant que publiciste-affairiste, votre parcours est tout tracé. *Vous choisissez de devenir...*

*...avocat dans un gros cabinet :* allez au n° 23.

*...doctorant :* mais que faisiez-vous donc en droit (public) des affaires si c'est pour vous contenter de ce salaire ? Réfléchissez-y à deux fois. Si vous persistez dans votre folie, allez au n° 26.

**35.** Grâce à la QPC, votre matière est la reine des matières. Vous n'hésitez pas à le souligner auprès de vos interlocuteurs. Toutefois, vous vous rendez compte que ces derniers n'hésitent pas à formuler eux-mêmes leurs QPC et qu'ils ne songent pas à vous consulter. De toute façon, cela importe peu, puis *vous avez toujours voulu devenir doctorant :* allez au n° 26.

**36.** Vous avez toujours voulu fuir à l'étranger. N'ayant toutefois pas été formé au droit anglo-saxon et n'ayant guère de goût pour le droit continental, vous vous résignez à continuer l'étude du droit français. *Vous avez ainsi le choix entre...*

*...recommencer votre maîtrise en changeant de spécialité :* allez au n° 19.

*...devenir avocat à votre compte :* allez au n° 24.

*...devenir doctorant :* allez au n° 26.

# Recension (de pot) de thèse

**Maxime Cormier**

ATER à l'Université Panthéon-Assas

**P**lusieurs publications du paysage éditorial juridique proposent à leurs lecteurs des recensions d'ouvrages en général, et de thèses en particulier. Les quelques pages alors dédiées à ces travaux doctoraux sont d'un secours particulier pour ceux qui hésitent ou s'apprêtent à plonger dans la lecture de thèses souvent volumineuses puisque les lignes de force comme les faiblesses de la réflexion de l'auteur sont identifiées par leenseur. Néanmoins, l'exercice néglige un aspect extrêmement important de la thèse pour la suite du parcours de celui qui peut désormais arborer trois rangs d'hermine : le pot qui succède la soutenance. Le soussigné, par ailleurs rédacteur en chef de cette Revue, lance donc un appel solennel à recensions de pots de thèse pour les prochaines parutions tout en tentant lui-même de recenser le pot d'une thèse récemment soutenue au sein de l'Université Panthéon-Assas.

**Antoine Touzain, *La consignation*,  
Institut de Criminologie,  
4 décembre 2018, 5 heures**

Il fallait assurément un certain courage à Monsieur Antoine Touzain pour s'aventurer dans l'organisation du pot d'une thèse consacrée à *La Consignation*, sujet ô combien délaissé par les universitaires qui risquaient donc de boudier les festivités. Dans ces conditions, l'impétrant aurait pu s'en tenir à quelques canapés et bulles pour que les membres du jury ou de l'assistance se remettent de la soutenance et se sustentent jusqu'au dîner. Bien au contraire, sur le terrain en friche qu'on lui a confié, Monsieur Antoine Touzain a élevé une cathédrale de mets en tout genre qui a ravi les convives.

Le début du pot de thèse fut signifié par le tout jeune docteur qui, à la suite de la proclamation des résultats de la soutenance en salle Collinet, s'est empressé d'indiquer que tous étaient attendus au sein de l'Institut de criminologie de Paris situé non loin de là pour participer au pot de thèse. C'est donc non sans un certain dirigisme que Monsieur Antoine Touzain mena la

troupe à travers la place du Panthéon et jusqu'au dernier étage du centre éponyme. Après une telle ascension, il était à craindre que l'organisateur salue avec patience ceux qui franchissaient la porte de l'Institut pour mieux leur planter un couteau dans le dos, couteau prenant alors la forme d'un pot fantoche, non roboratif. Il n'en fut rien, Monsieur Antoine Touzain n'a pas échappé à ses responsabilités d'organisateur de pot de thèse – même s'il exposa tout de même les convives au péché capital de gourmandise.

Il est difficile de faire en quelques lignes la somme exhaustive de ce qui fut offert aux papilles ce jour-là. On se contentera de relever, dans un premier temps, que le pot de thèse proposé a répondu aux canons attendus de l'exercice, lequel présente une certaine unité : la célébration du travail accompli par le docteur avec des tiers auxquels il entend signifier son affection pour leur soutien dans l'aventure doctorale. Outre ceux qui ont assisté à la soutenance – membres du jury et proches –, on a aperçu parmi les invités la famille, des enseignants, des collègues, des profanes du droit ou de l'Université et – le système le veut presque naturellement – quelque pique-assiette. Tous ont profité de l'occasion pour féliciter l'ancien doctorant notamment à l'occasion de présents particulièrement pertinents que d'aucuns auront eu l'occasion d'éprouver dès le surlendemain. Monsieur Antoine Touzain n'a pas manqué, à son tour, de glisser un mot à ceux qui ont pu l'aider dans l'organisation de ce pot de thèse.

On notera aussi, dans un second temps, que ce pot de thèse n'a pas sombré dans la monotonie et que, bien au contraire, une véritable variété a pu être constatée. Côté boissons, le champagne servi à bonne température grâce à des seaux de glace opportunément disposés dans la salle – on sait trop bien que le risque des événements avec un grand nombre de bouteilles est que certaines ne soient pas assez fraîches – est venu comme une libération pour ceux qui ont assisté à la soutenance ou qui ont grimpé les quatre étages pour accéder à l'Institut. Pour les convives qui n'appréciaient pas le breuvage

champenois dans sa forme brute ou la plus pure, des bouteilles de vin et « boissons » non alcoolisées étaient à leur disposition – toujours à la bonne température. Côté nourriture, les mets proposés sur le buffet ont montré que Monsieur Antoine Touzain n'avait guère fait d'impasse : canapés traditionnels, foie gras maison, charcuterie fine, plateau de fromages bienvenu, feuilletés et financiers parfaitement exécutés, montagne de sushis, etc. À chaque bouchée, des goûts simples et francs servis par une présentation des plus claires. Le résultat ne s'est pas fait attendre : très vite, certains participants ont pratiqué la technique fort connue du « campement » devant le buffet afin d'assurer leur conservation de tel ou tel plateau. Malgré la gloutonnerie de certains, le pot aurait pu durer bien plus longtemps et c'est avec regret que peu avant 22 heures, il a fallu libérer les lieux, le risque de se faire expulser par les agents en charge de la sûreté du centre se faisant plus pressant.

Pour être remarquable et augurant, on l'espère, bien d'autres, le pot de thèse de Monsieur

Antoine Touzain n'échappe pas à certaines critiques. On pourrait ainsi regretter la quantité limitée de coupes de champagne : les discussions et déplacements conduisant nécessairement à leur désappropriation au cours du pot, il s'en suit nécessairement pour chaque convive une recherche chronophage de sa potentielle coupe. Par ailleurs, sur le fond, on notera l'intérêt relatif des verrines proposées sur le buffet ; à l'instar de petites monographies dans une bibliothèque contenant de beaux volumes, elles ralentissent la progression vers les plateaux plus intéressants. Malgré tout, ces quelques ombres au tableau n'enlèvent en rien le mérite de ce pot de thèse qui s'est poursuivi dans un autre établissement situé non loin du centre Panthéon. Pour certains camarades accompagnant Monsieur Antoine Touzain jusque tard dans la nuit – privés de nourriture et abreuvés de bouteilles dont on ne sait si elles ont été consignées – ce pot de thèse prendra très certainement dans leur mémoire la forme d'un trou noir, un trou noir au fond duquel il y a un maki.

# Dossier

## L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?

---

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

---

### **Mot d'accueil**

*Marie Gosselin*

p. 31

### **Propos introductifs**

*Sylvain Jobert*

p. 32

### **Les crises du principe de dualité de juridictions**

*François Burdeau*

p. 36

### **Réflexions sur la contestation actuelle du dualisme juridictionnel**

*Didier Truchet*

p. 46

### **La fin du dualisme juridictionnel : un point de vue universitaire**

*Camille Broyelle*

p. 52

### **Le dualisme juridictionnel : le point de vue d'un praticien**

*Jérôme Rousseau*

p. 55

### **La protection des libertés individuelles et le dualisme juridictionnel**

*Dany Cohen*

p. 59

### **Détention et dualisme juridictionnel – Conditions de détention : quel(s) juge(s) pour quelle(s) garantie(s) ?**

*Alexandre Trémolière*

p. 63

### **Les autorités administratives indépendantes et le dualisme juridictionnel**

*Hervé Lécuyer*

p. 70

### **Le dualisme juridictionnel : l'expérience de l'hospitalisation sans consentement**

*Pauline Le Monnier de Gouville*

p. 75

### **La dualité fonctionnelle du Conseil d'État et le débat sur la dualité juridictionnelle**

*Bertrand Seiller*

p. 87

### **Discours de clôture**

*Fany Langlois*

p. 94

# Dossier

## L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?

---

### Mot d'accueil

**Marie Gosselin**

Diplômée de l'Université Panthéon-Assas  
Présidente de l'Association des étudiants et anciens  
étudiants du Master 2 Justice et Droit du Procès  
(AEMJDP, 2017/2018)

Chers intervenants,  
Mesdames, Messieurs les Professeurs  
Chers camarades,  
Cher bureau de l'association  
Mesdames, Messieurs,

Avant toute chose, merci d'être présents si nombreux. Bienvenue à toutes et à tous au sein de l'Université Panthéon-Assas, et plus particulièrement en cette prestigieuse Salle des Conseils.

Au nom de tous les étudiants de la promotion *Paul Didier*<sup>1</sup>, je crois pouvoir dire que c'est un honneur pour nous d'étudier entre ces murs et d'appartenir à cette petite famille du grand Master 2 Justice et Droit du Procès dirigé par Mme le Professeur Cécile Chainais et M. le Professeur Bertrand Seiller. Ce Master 2 nous donne la possibilité d'organiser ce colloque annuel, qui s'annonce aujourd'hui des plus enrichissants, au regard des qualités et fonctions de ses intervenants.

Sans doute vous êtes-vous posé la question : « Pourquoi ce thème du dualisme juridictionnel ? ». Le choix d'un sujet pour un colloque n'est pas toujours aisé, mais je dois avouer que le Premier président de la Cour de cassation, M. Bertrand Louvel, nous a donné un petit coup de pouce avec la publication de sa tribune du 25 juillet 2017. Si on ne pouvait ignorer son scepticisme quant au principe du dualisme juridictionnel, cette tribune lui a permis de prendre

une ferme position en faveur d'une véritable unité de juridiction. Le Vice-président du Conseil d'État, M. Jean-Marc Sauvé, défendait dans le même temps le dualisme juridictionnel et sa longévité, en réfutant notamment la complexité de la répartition des compétences.

Cette actualité quasi permanente de la question du dualisme juridictionnel nous a donc amenés à considérer plus spécifiquement cette problématique de la continuité ou de la rupture de ce principe, afin d'en dégager une réflexion la plus large possible.

Cette année est justement pour nous, étudiants du Master 2, une année de réflexion autour du procès, de ses enjeux, de la Justice de manière générale, avant de nous lancer dans la préparation de divers concours ou examens, pour la plupart d'entre nous. Ainsi, ce thème nous a paru être en parfaite adéquation avec cette année de Master.

Par ailleurs, je ne crois pas prendre de risque en affirmant, pour conclure, que ce colloque sera certainement réussi, à l'image de notre Master, qui fête ses vingt ans cette année et qui est le parfait exemple d'une coopération intellectuelle entre publicistes et privatistes.

Je vous souhaite donc à toutes et à tous une très bonne journée, un merveilleux colloque et je laisse la parole à M. Sylvain Jobert, pour introduire le colloque.

---

1. Magistrat français (concours de la magistrature de 1919). Il est le seul magistrat à avoir refusé de prêter serment de fidélité à la personne du maréchal Pétain.

# Dossier

## L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?

---

### Propos introductifs

**Sylvain Jobert**

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas,  
Directeur scientifique du colloque

**L**e *dualisme juridictionnel* est une notion familière à tout juriste. Elle est apprise dès les premières heures d'enseignement que reçoit un étudiant en droit – notamment à l'occasion du cours « institutions judiciaires, institutions administratives et sources du droit » dans cette Université – et elle semble être un objet à ce point identifié que, dans des dictionnaires juridiques de référence, elle n'est parfois pas même définie.

Au demeurant, elle se laisse appréhender assez aisément. La notion de dualisme juridictionnel passe pour synonyme de l'expression « dualité de juridictions », et renvoie à un principe d'organisation du système juridictionnel français, selon lequel il existe deux ordres de juridiction distincts – l'ordre judiciaire et l'ordre administratif – chacun de ces ordres ayant à sa tête une juridiction suprême, respectivement la Cour de cassation et le Conseil d'État.

De prime abord, ce caractère familier de la notion de dualisme juridictionnel serait un motif de ne pas s'intéresser à son *avenir* : pourquoi s'interrogerait-on sur le destin d'un principe d'organisation si ancré en droit français, que l'on fait volontiers remonter à la loi des 16 et 24 août 1790 ? Y a-t-il encore matière à réflexion, alors que, depuis la décision dite « Conseil de la concurrence » du 23 janvier 1987, le Conseil constitutionnel semble avoir constitutionnalisé

l'existence de la juridiction administrative, au côté de la juridiction judiciaire ? Au demeurant, les interrogations sur le devenir du dualisme juridictionnel sont aussi anciennes que le dualisme juridictionnel lui-même<sup>1</sup> et l'on pourrait se demander s'il vaut bien la peine de les formuler de nouveau aujourd'hui : n'a-t-on pas envisagé l'hypothèse d'une implosion du dualisme juridictionnel à la fin du siècle dernier déjà ?<sup>2</sup>

Plusieurs éléments conduisent pourtant à reprendre la question à nouveaux frais et à interroger l'avenir du principe de dualité des juridictions.

Des réformes législatives récentes, d'abord, alimentent la réflexion. Ainsi, la loi du 30 octobre 2017 « renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme » a précisément renforcé la prévention d'actes de terrorisme. En la matière, l'administration s'est vue reconnaître un rôle plus important et, partant, le contrôle exercé en la matière par le juge administratif a été étendu, échappant au juge judiciaire.

Des décisions juridictionnelles, ensuite, modifient la ligne de partage entre juge judiciaire et juge administratif. En matière d'exequatur des sentences arbitrales internationales auxquelles une personne morale de droit public français est partie, un arrêt du tribunal des conflits en date du 24 avril 2017 est ainsi venu étendre la compé-

---

1. Sur ce point, v. not. M. Jorat, « Supprimer la justice administrative... deux siècles de débats », *RFDA*, 2008, n° 3, p. 456.

2. M. Basex, « L'implosion du dualisme de juridiction », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 35.

tence des juridictions administratives, au détriment du juge judiciaire.

Enfin et surtout, la prise de parole d'acteurs éminents du monde juridique – qui, par leurs positions respectives, incarnent le dualisme juridictionnel – a remis la question de l'avenir de ce principe à l'ordre du jour. Au cœur de l'été dernier, par un discours prononcé à l'École nationale de la magistrature, le vice-président du Conseil d'État a prôné le « dialogue entre les deux ordres de juridiction »<sup>3</sup>. Au terme de ce discours, M. Jean-Marc Sauvé affirme que plutôt « que des querelles stériles sur la pertinence du dualisme juridictionnel et le bien-fondé de l'ordre administratif, [il] croi[t] que ce qui marque et doit continuer à marquer [les] relations [entre ordre judiciaire et ordre administratif], c'est le dialogue et l'écoute réciproque ». Quelques jours plus tard, dans une tribune, le premier président de la Cour de cassation s'est prononcé « pour l'unité de juridiction »<sup>4</sup>. En conclusion de sa tribune, M. Bertrand Louvel fait valoir que « ni les corporatismes de part et d'autre, ni les difficultés de formation des juges au droit administratif [...], ni l'intérêt intellectuel présenté par les débats devant le tribunal des conflits, ne peuvent constituer des raisons convaincantes au maintien d'un système qui se présente pour le justiciable comme un des arcanes les plus difficiles sur la voie de l'accès à la justice et à l'intelligibilité de nos institutions ».

Si l'on avait pu souligner jusqu'alors que « la réforme du dualisme juridictionnel est d'abord, sinon exclusivement, une préoccupation doctrinale »<sup>5</sup>, tel n'est assurément plus le cas !

Toutefois, au-delà de cette effervescence inédite autour du dualisme juridictionnel, l'existence de mouvements contemporains plus vastes invite à revisiter à reprendre sous un jour nouveau la question de l'avenir du dualisme juridictionnel. En effet, des reproches jadis formulés à l'encontre du dualisme semblent retrouver une vigueur nouvelle à la faveur de considérations très actuelles.

On songe ainsi à la critique selon laquelle il serait artificiel de distinguer des ordres juridic-

tionnels qui ont pourtant beaucoup en commun... et qui ont de plus en plus en commun, devrait-on dire aujourd'hui. Ainsi, à la faveur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme notamment – qui transcende les distinctions entre ordre administratif et ordre judiciaire – les juges tendent à être soumis aux mêmes exigences, et à se ressembler davantage. Le législateur s'est, au reste, parfois fait l'artisan de ce mimétisme : la reconnaissance d'un pouvoir d'injonction au juge administratif, d'une procédure de référé devant lui ou, plus récemment, d'une médiation plus précisément réglementée ont participé de ce mouvement. La question est inévitable : là où le droit distingue moins, y a-t-il encore lieu de distinguer ?

À cette première interrogation s'ajoute le constat des difficultés suscitées par le dualisme juridictionnel. La critique est classique : l'existence de deux ordres de juridiction complique les questions de compétence, implique des incidents qui ralentissent les instances, est susceptible de conduire à des solutions divergentes. La remarque n'est pas anecdotique si l'on considère qu'elle a pu avoir des incidences très concrètes pour la France, qui a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt *Guillemin contre France*, en date du 21 février 1997, pour une violation du droit du requérant à être jugé dans un délai raisonnable : dans cet arrêt, les juges de Strasbourg ont souligné que la procédure d'expropriation présentait une relative complexité, parce qu'elle relevait de la compétence des deux ordres de juridiction, comportait le risque d'une contrariété de décisions et avait entraîné le prononcé de sursis à statuer ayant ralenti la marche du procès... L'ensemble de ces éléments contribua à caractériser le non-respect du délai raisonnable en l'espèce.

En outre, les préoccupations actuelles du législateur – spécialement son attention aux considérations économiques – se concilient mal avec cette situation. L'attractivité économique du droit français – préoccupation récurrente dans les réformes les plus récentes – n'est-elle pas d'une manière générale atteinte par la com-

3. <http://www.conseil-etat.fr/Media/CDE/Francais/Documents/Discours/Dialogue-entre-les-deux-ordres-de-juridiction>. Dernière consultation le 28 octobre 2018.

4. [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/prises\\_parole\\_2039/tribunes\\_8215/bertrand\\_louvel\\_37436.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/tribunes_8215/bertrand_louvel_37436.html). Dernière consultation le 28 octobre 2018.

5. J. Caillousse, « Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel », *AIDA*, 2005, n° 32, p. 1781.

plexité résultant du dualisme juridictionnel ? Le souci de modérer les coûts de la justice n'est-il pas incompatible avec le financement de deux ordres de juridiction ? Selon un rapport de la commission des finances du Sénat, « une décision des juridictions administratives coûte 600 euros de plus qu'une décision des juridictions judiciaires »<sup>6</sup> : partant de ce constat, il pourrait être tentant pour le législateur d'envisager une mutualisation des moyens des juridictions judiciaires et administratives, appauvrissant ces dernières pour mieux doter les premières.

L'ensemble de ces éléments conduisent, a minima, à s'interroger sur l'avenir du dualisme juridictionnel. Il pourrait même être tentant de le remettre en cause. Mais cela est-il bien nécessaire ?

Ne pourrait-on pas au contraire considérer que le dualisme juridictionnel sied bien au système juridique actuel ? Le dualisme juridictionnel tel qu'il existe aujourd'hui n'est en effet pas sans vertus, qu'à certains égards une analyse économique du droit pourrait reconnaître. Le dualisme juridictionnel offre d'abord au justiciable des juges spécialisés, en un temps de spécialisation des juridictions que l'on dit nécessaire en raison de la grande complexité du droit. Le dualisme juridictionnel peut permettre, ensuite, une amélioration de l'état du droit positif, en raison de l'émulation pouvant exister entre les ordres judiciaires et administratifs.

Dans cette perspective, le dualisme juridictionnel ne serait pas source d'appauvrissement mais d'enrichissement du droit positif. On sait, par exemple, combien les procédures d'urgence en matière judiciaire ont inspiré la création de procédures analogues devant le juge administratif. Inversement, le droit et la procédure civile mettent parfois à profit l'expérience de la juridiction administrative pour évoluer. La réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 en témoigne dans une certaine mesure : comme l'atteste le rapport remis au

Président de la République<sup>7</sup>, la prise en compte de l'imprévision par le juge administratif n'a pas été indifférente à l'intégration de la théorie de l'imprévision en droit civil français. De même, le rapport relatif à l'amélioration et à la simplification de la procédure civile fait ainsi valoir l'exemple du contentieux administratif pour proposer la création d'un tribunal judiciaire de première instance qui serait le pendant du tribunal administratif<sup>8</sup>; et c'est en vertu de la même référence que l'on envisage d'établir à terme le taux de dernier ressort à 10 000 euros devant le tribunal judiciaire.

Quoi que l'on pense du bien-fondé de ces solutions, elles démontrent que le dualisme juridictionnel a la vertu d'offrir deux modèles qui peuvent s'emprunter mutuellement pour progresser. Certes, de la sorte, juridictions judiciaires et administratives se rejoignent, mais sont-elles pour autant condamnées à fusionner ? Il est permis d'en douter. Pour reprendre une image employée par Chapus, « deux personnes qui se ressemblent n'appartiennent pas nécessairement à la même famille »<sup>9</sup>.

En outre, l'émulation entre ordres juridictionnels n'est pas la seule raison qui pourrait conduire à vouloir conserver intact le dualisme juridictionnel. On peut encore faire valoir que le dualisme juridictionnel n'est pas toujours responsable des maux qu'on lui prête. Ainsi, dans bien des cas, la complexité du système juridictionnel français ne résulte pas tant du dualisme juridictionnel lui-même que de la façon dont il est mis en place – voire instrumentalisé – par le législateur. De même, s'il est vrai que le dualisme juridictionnel a un coût, l'argument économique ne doit pas constituer l'*alpha* et l'*omega* de la réflexion sur la justice et ce coût devrait être mis en perspective avec d'autres éléments, tels la sécurité juridique et la qualité de la justice.

Chacun l'aura compris, l'avenir du dualisme juridictionnel ne se dessine pas nettement : il oscille entre *rupture* et *continuité*.

---

6. « Rapport général sur le projet de loi de finances pour 2017 : Justice », disponible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/116-140-319/116-140-3193.html>. Dernière consultation le 28 octobre 2018.

7. « Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », disponible à l'adresse suivante : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539>. Dernière consultation le 28 octobre 2018.

8. « Chantiers de la Justice. Amélioration et simplification de la procédure civile », dir. F. Agostini et N. Molfessis, spécialement p. 15. Le document est disponible à l'adresse suivante : [http://www.justice.gouv.fr/publication/chantiers\\_justice/Chantiers\\_justice\\_Livret\\_03.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/chantiers_justice/Chantiers_justice_Livret_03.pdf). Dernière consultation le 28 octobre 2018.

9. R. Chapus, « Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique », *RFDA*, 1990, n° 5, p. 739.

Sans doute, le modèle français du dualisme juridictionnel sera conduit à évoluer avec le temps. Comme l'histoire l'a déjà montré, il est vraisemblable que ce modèle s'adaptera aux différentes évolutions que l'on a pu évoquer et à bien d'autres encore, comme il s'est déjà adapté par exemple à l'apparition des nouveaux organes de régulation que sont les autorités administratives indépendantes. Faut-il aller plus loin et prédire une subversion du modèle français du dualisme juridictionnel ? En d'autres termes, doit-on considérer que le dualisme juridictionnel n'aurait *pas d'avenir* en France ?

Après tout, le modèle du monisme juridictionnel existe. On se réfère souvent, à cet égard, au modèle anglo-saxon, dans lequel il n'existe qu'un ordre de juridiction ayant à sa tête une seule Cour suprême. Mais le droit comparé nous enseigne qu'entre le dualisme juridictionnel à la française et le monisme juridictionnel anglo-saxon, des modèles très variés peuvent exister. Un modèle pluraliste est envisageable : c'est le cas en Allemagne, où il existe cinq ordres de juridiction, dont un ordre administratif. Le dualisme peut aussi exister selon des modalités différentes du droit français, par exemple en privant l'ordre juridictionnel administratif de toute compétence consultative, comme en Suède. On peut

encore imaginer que puisse exister une seule Cour suprême, mais au sein de laquelle existe une chambre spécialisée dans le contentieux administratif, comme c'est le cas en Espagne. Prenant modèle sur ce dernier exemple, faudrait-il admettre que le juge administratif emménage quai de l'Horloge et devienne une septième chambre de la Cour de cassation ? Serait-il concevable que le Conseil d'État reste au Palais-Royal, mais perde ses attributions consultatives ? Le droit comparé montre assez que des modèles très nuancés peuvent être envisagés, et qu'ils peuvent évoluer : le Royaume-Uni n'a-t-il pas fait une place à des juridictions administratives spécialisées ?

Loin de prétendre vainement déterminer avec certitude l'avenir du dualisme juridictionnel, ce colloque vise à déployer ses enjeux les plus contemporains et à ouvrir le champ des possibles en dessinant les différentes voies qu'il pourrait emprunter à l'avenir. À cette fin, le colloque envisagera, dans un premier temps, le scénario d'une *révolution* : la *fin* du dualisme juridictionnel. Dans un second temps, il envisagera plus modestement les perspectives d'une *évolution*, en s'interrogeant sur la possible *adaptation* du dualisme juridictionnel.

# Dossier

## L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?

Nota Bene : *La Revue* remercie vivement Laurent Pfister, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, de nous avoir suggéré de faire apparaître ici l'article qu'a consacré en 1990 le regretté François Burdeau à une mise en perspective historique du principe de dualité de juridictions, qui conserve toute sa pertinence aujourd'hui. Nos remerciements vont également aux éditions Dalloz qui nous aimablement donné leur accord à cette fin.

### Les crises du principe de dualité de juridictions<sup>1</sup>

François Burdeau<sup>†</sup>

Professeur à l'Université de Rennes I

À la fin des années 1910, Maurice Hauriou constatait que « les adversaires de la juridic-

tion administrative ont perdu du terrain »<sup>2</sup>. Dans les décennies antérieures, depuis que le régime

1. Ce texte a paru pour la première fois dans les colonnes de la *Revue française de droit administratif* en 1990 (p. 724 et s.) et ici reproduit avec l'aimable autorisation de la *Revue* et des éditions Dalloz. La *RFDA*, dans son n° 5/1990, a publié un dossier consacré à la dualité de juridictions en France et à l'étranger qui, outre la présente contribution, comporte les articles suivants : « L'état actuel de la dualité de juridictions », par M. Long, p. 689 ; « Être juges... et juger... », par P. Draï, p. 694 ; « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », par G. Vedel, p. 698 ; « Du principe de séparation au principe de dualité », par J. Chevallier, p. 712 ; « Dualité de juridictions et protection des libertés », par J. Rivero, p. 734 ; « Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique », par R. Chapus, p. 739 ; « Réflexions sur les symétries et dissymétries du Tribunal des conflits », par F. Gazier, p. 745 ; « Dualité de juridictions et dualité de procédures, par Bernard Pacteau », p. 752 ; « Le juge judiciaire, juge administratif », par R. Drago, p. 757 ; « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction », par Y. Gaudemet, p. 764 ; « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile », par A. Damien et J. Boré, p. 777 ; « Dualité de juridictions et autorité de la chose jugée », par G. Delvolvé, p. 792 ; « Étrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », par F. Moderne, p. 798 ; « Dualité de juridiction et unité du droit fiscal », par G. Gest, p. 822 ; « Dualité de juridictions et unité du droit douanier », par C. J. Berr, p. 842 ; « Le Conseil d'État et le droit communautaire : de la continuité au changement », par P.-F. Ryziger, p. 850 ; « La dualité du droit applicable à l'administration et la pluralité de juridictions en matière administrative en Allemagne », par C. Autexier, p. 863 ; « Unité, dualité ou trinité de juridiction en Belgique ? », par F. Delpérée, p. 869 ; « L'unité de juridiction : bien ancrée au Canada », par P. Garant, p. 872 ; « Dualité de juridictions en Finlande et en Suède », par T. Modeen, p. 875 ; « La dualité de juridictions en Grèce », par E. Spiliotopoulos, p. 877 ; « Les juges et l'administration publique en Italie : dualisme ou unité de juridiction », par E. Midena, p. 882 ; « Unité ou dualité de juridiction en matière administrative au Grand-Duché de Luxembourg », par S. Beissel-Merten, p. 886 ; « Unité de juridiction en matière administrative en Norvège », par E. Smith, p. 889 ; « Unité ou dualité de juridiction en matière administrative au Royaume-Uni », par J. Bell, p. 892 ; « Dualité de juridictions en matière administrative en Suisse », par B. Knapp, p. 895.
2. In *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis 50 ans, 1869-1919*, II, p. 10 (cité dans : *Le Conseil d'État, 1799-1974*, C.N.R.S., 1974, p. 699).

napoléonien s'est effondré, les critiques adressées au système consacré par la Révolution, puis le Consulat, paraissent effectivement plus fréquentes et plus radicales qu'elles ne le sont devenues par la suite. Dès le siècle dernier pourtant, si en matière de contentieux administratif la controverse fut souvent vive, le rejet absolu du dualisme juridictionnel ne s'exprime qu'assez exceptionnellement. Dans leur majorité, les insatisfaits se bornent à réclamer des réformes qui, sans remettre cette dualité en cause, ne visent qu'à améliorer la qualité de la justice administrative. Le projet d'une unification plus ou moins complète des juridictions a pu toutefois, à diverses reprises, rallier suffisamment de suffrages pour inviter les défenseurs du système institué à multiplier les raisons en faveur de son maintien. Une attitude aussi résolument hostile à la pérennité des deux ordres juridictionnels est sensible surtout à trois moments du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle : dans les dernières années de la Restauration ; du milieu des années 1860 au début de la décennie suivante ; dans la dernière décennie du siècle enfin.

Sous la Monarchie restaurée, si l'on dénonce à l'occasion le mauvais fonctionnement des conseils de préfecture, c'est le Conseil d'État qui est au cœur des controverses sur le sort à réserver au contentieux administratif. Ses adversaires savent se faire entendre en cette fin du règne de Charles X. A. L. A. Macarel qui écrit à son sujet : « la justice administrative... est en butte à de fréquentes attaques »<sup>3</sup> fait écho Dupin qui, à ce même propos, déclare à la Chambre des députés le 8 avril 1828 : « l'opinion communément répandue... est défavorable à la juridiction administrative : on ne se croit en sûreté que devant les tribunaux ». Dans un article anonyme souvent évoqué dans les débats à ce sujet, dû en fait à la plume du duc de Broglie, l'auteur porte encore témoignage de l'ampleur et de la généralité du mécontentement : « L'opinion publique est éveillée. Dans les tribunaux il y a révolte ; dans les Chambres, il y a récri. Le mécontentement général s'élève, tonne, grossit chaque jour »<sup>4</sup>.

Diverses circonstances expliquent cet apparent consensus dans la réprobation. Elle procède d'abord de ce qu'alors le Conseil d'État est amené à connaître de toutes sortes de questions de propriété, en raison de sa compétence en matière de contentieux des biens nationaux, ainsi que des affaires concernant les émigrés : le séquestre apposé sur leurs propriétés, la remise de leurs biens non aliénés, le règlement de l'indemnité accordée par la loi de 1825 (le « milliard des émigrés »). Il y a ensuite la brutalité et la fréquence des conflits – leur nombre s'élève notablement à la fin des années 1820 – qui indignent tout particulièrement les magistrats, scandalisés par une subordination aussi « illibérale » du judiciaire au bon vouloir de l'Administration<sup>5</sup>. À quoi s'ajoutent l'absence de toute publicité et l'immixtion d'administrateurs actifs dans les instances de jugement, qui rendent beaucoup sceptiques sur l'impartialité des magistrats administratifs, de surcroît non inamovibles.

Une pratique aussi abusive des conflits laissés à la discrétion du gouvernement, jointe à une individualisation tout juste ébauchée de la juridiction au sein du système administratif, ne pouvaient que heurter l'opinion libérale. Ses représentants reprouvent un mode d'organisation qui, au mépris des principes élémentaires de la justice, rend l'Administration à la fois juge et partie. « Dans l'état actuel des choses, écrit Duvergier de Hauranne, en 1826, la prétendue séparation de la justice ordinaire et de la justice administrative n'est que la réunion de tous les pouvoirs dans les mains du ministère et l'organisation légale de l'exercice du pouvoir arbitraire appliqué à ce qu'il y a de plus respectable au monde, à ce qui touche de plus près aux intérêts des citoyens, à la distribution de la justice »<sup>6</sup>. Quant à de Broglie, qui pourtant ne passe pas plus que Duvergier de Hauranne pour un extrémiste exalté, il va jusqu'à assimiler la justice administrative à « une justice de cadî ou de pacha »<sup>7</sup>.

Si la réprobation est vive, la plupart ne songent pas à remettre en cause l'existence d'une juridiction administrative spécifique. Tel n'est d'abord

3. *Des tribunaux administratifs*, J.-P. Robert, 1828, p. VII.

4. L'article se présente comme un compte rendu de l'ouvrage de Macarel cité n° 3, *La Revue française*, 1828, 6, p. 114.

5. Symptomatique de la rancœur des juges est l'ouvrage de F.-N. Bavoux – un magistrat, *Des conflits ou empiètement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, Aillard, 1828, 2 vol.

6. *De l'ordre légal en France et des abus d'autorité*, Beaudouin frères, 1826, 1, p. 193.

7. De Broglie, préc., p. 61.

pas le projet de ceux qui refusent au Conseil d'État toute activité juridictionnelle faute d'y être habilitée par la Constitution – la Charte de 1814 est muette sur l'institution – ou par un texte de loi. Certains peuvent bien avancer que dans un régime de justice retenue, le Conseil ne saurait être tenu pour un tribunal ni même une autorité puisque la sentence émane du roi<sup>8</sup>; ils persévèrent à réclamer le vote d'une loi réorganisatrice, sans contester nécessairement la légitimité de la dualité de juridiction.

Telle est encore l'attitude d'une majorité de jurisconsultes qui se limitent à plaider pour l'organisation d'une justice plus crédible car moins sujette aux pressions du pouvoir en place<sup>9</sup>. Nulle question pour Cormenin d'attribuer aux juges judiciaires la connaissance des litiges administratifs. Il est en revanche urgent à ses yeux d'améliorer le système par la création d'un Haut tribunal administratif, extérieur au Conseil d'État, dont les membres seraient inamovibles et détenteurs de la justice déléguée<sup>10</sup>. À l'instar de son collègue, Macarel se borne à revendiquer l'institution d'une juridiction administrative détachée du Conseil d'État, avec des juges inamovibles<sup>11</sup>.

Une contestation de la légitimité du dualisme juridictionnel s'exprime cependant ici ou là. Mais, indéniablement, cet extrémisme radical est exceptionnel. Il est significatif à ce sujet que Macarel, dans son ouvrage sur les tribunaux administratifs, ne signale, parmi les huit jurisconsultes dont il recense les opinions, qu'un seul, Bérenger, un ancien avocat général, auteur d'un livre sur la justice criminelle en France, à préconiser le renvoi aux tribunaux ordinaires de toutes les matières contentieuses<sup>12</sup>. Le cas n'est toutefois pas unique. Bavoux, dans son gros livre sur les conflits, opte pour la même solution<sup>13</sup>. Et le duc de Broglie, dont l'opinion semble avoir ébranlé beaucoup de ses lecteurs, va presque

aussi loin. Car s'il propose de laisser au gouvernement la connaissance de toute réclamation portant sur l'opportunité ou le mérite d'une mesure qu'il a prise discrétionnairement, il soutient le droit des tribunaux à être saisis des plaintes qui se fondent sur les termes exprès de la loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'un arrêté, bref de toute contestation dont la solution se trouve dans un texte<sup>14</sup>.

De telles assertions imposent que soient contredits les arguments des défenseurs du *statu quo*. Ces derniers mettent toujours en avant deux considérations : d'une part, le respect du grand principe de séparation des pouvoirs consacré par la loi des 16-24 août 1790; d'autre part, les spécificités des litiges où l'État se trouve engagé qui rendent souhaitable un traitement particulier.

Fausse raisons, rétorquent leurs adversaires. La séparation des pouvoirs implique que la totalité de la fonction juridictionnelle relève de ce pouvoir souverain qu'est l'autorité judiciaire<sup>15</sup>. Comment dire, avec Henrion de Pansey, qu'« on administre donc de deux manières. Par des ordonnances en forme de lois et par des décisions en forme de jugements »<sup>16</sup>. La justice est par nature incompatible avec l'administration : « Quoiqu'il y ait une administration, écrit ainsi un partisan de la réunification des contentieux, il n'est pas juste de dire qu'il y ait des lois administratives. Administrer, c'est agir, exécuter. L'administration est toute en action, en exécution, elle est aussi exclusive du droit de juger que celui de juger l'est de celui d'administrer »<sup>17</sup>. Les principes, d'ailleurs, ajoute un autre, n'ont rien à voir en l'affaire. Ce n'est pas le respect de la doctrine qui fonde la construction des révolutionnaires retouchée par Napoléon; mais pour les premiers, la gravité de la conjoncture qui les contraignit à soustraire leurs actes aux procédés de la justice

8. Ainsi les conseillers d'État Benoist, à la Chambre des députés du 22 avr. 1819 et Cuvier, à la même Chambre, le 27 mai 1819.

9. V. une présentation de la controverse, v. *Le Conseil d'État*, op. cit., p. 285 et s.

10. *Du Conseil d'État considéré comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*, Hérisant Le Doux, 1818, p. 103 et s.

11. Macarel, *Des tribunaux administratifs*, op. cit., p. 481 et s., Cormenin et Macarel ne sont pas seuls de cet avis. V. la proposition défendue par Méchin, lors de la discussion du budget à la Chambre des députés le 15 mai 1827.

12. *Ibid.*, p. 325 et s.

13. F.-N. Bavoux, *Des conflits ou empiètement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, op. cit., p. 56.

14. De Broglie, préc., p. 99.

15. Ainsi F.-N. Bavoux, *Des conflits ou empiètement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, op. cit., I, p. 1 et s.; de Broglie, préc., p. 97.

16. *De l'autorité judiciaire en France*, Th. Banois, 3<sup>e</sup> éd., 1827, II, p. 311.

17. F.-N. Bavoux, *Des conflits ou empiètement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, op. cit., I, p. 104.

et, pour le second, l'autoritarisme caractéristique de l'ensemble de son œuvre<sup>18</sup>. Dès lors, pourquoi rester fidèle à l'ouvrage d'une époque désormais révolue ?

Quant aux convenances alléguées au service de l'ordre institué, elles ne sont que raisons fallacieuses. Évoquer, comme on le fait souvent, le risque de voir l'administration paralysée par les tribunaux judiciaires, en vertu de leur « esprit de rivalité, d'orgueil et d'opposition »<sup>19</sup>, c'est faire injure aux magistrats. De même que c'est sous-estimer leurs compétences et leurs qualifications que de les croire inférieurs aux administrateurs pour apprécier judicieusement les droits et les intérêts en cause dans les litiges administratifs<sup>20</sup>. À ceux qui avancent enfin qu'une certaine dose d'arbitraire est nécessaire dans ce type de contentieux, que ne sauraient mesurer des juges habitués à l'application scrupuleuse de règles étroites, les tenants du pouvoir judiciaire répondent qu'au contraire il faut bannir de l'administration tout arbitraire, en établissant un Code administratif qui lui tracerait des règles uniformes, sûres et invariables<sup>21</sup>.

En ce début du XIX<sup>e</sup> siècle, un dialogue de sourds commence à s'établir entre les deux camps. Des deux côtés, on se drape sous les mêmes plis du drapeau tutélaire de la séparation des pouvoirs. Et quand les défenseurs de la juridiction administrative allèguent nécessités concrètes, contraintes pratiques, souci bien compris de l'intérêt général, leurs adversaires répondent : respect du Droit, exigence d'honnêteté.

L'avènement de la monarchie de Juillet ne mit évidemment pas fin brutalement à la crise. S'il n'était question que le gouvernement rompe soudainement avec la tradition, il entendit toutefois donner quelques satisfactions aux adver-

saires de la juridiction administrative : une ordonnance du 20 août 1830 constitua une commission pour préparer un projet de loi sur les réformes à introduire dans l'organisation et les attributions du Conseil d'État, qui concluait au retrait de certaines contestations de la connaissance de la juridiction administrative. Même si cette entreprise n'eut pas de suite, les esprits peu à peu s'apaisent. Les philippiques lancées contre la justice administratives deviennent hors de saison. Lors des interminables débats, occasionnés depuis janvier 1834 par le dépôt, au printemps de l'année précédente, d'un projet de loi relatif à l'organisation et aux attributions du Conseil d'État, qui devaient aboutir à la loi du 21 juillet 1845, tous les sujets furent abordés : problèmes des personnels et de leur carrière, organisation du Conseil, détermination de sa compétence au contentieux, questions de la justice déléguée et de l'inamovibilité des magistrats administratifs ; personne, parmi les pairs ou les députés, ne discuta la légitimité du dualisme juridictionnel. Les membres des commissions parlementaires successives furent unanimes à repousser l'idée de renvoyer devant les tribunaux judiciaires le contentieux de l'administration, que ce soit en totalité ou en partie<sup>22</sup>.

Il serait cependant abusif de supposer que les partisans de ce type de solution se soient complètement volatilisés. Un président du tribunal de Nantes, H. Colombel, qui croit percevoir encore une « répugnance des Français pour la juridiction administrative », persévère à proposer la restitution au judiciaire de tout ce qui n'est pas vraiment nécessaire à l'action administrative<sup>23</sup>. Portalis, dans son rapport à la Chambre des pairs du 25 janvier 1834, sait bien que ce genre d'opinion n'a pas disparu, puisqu'il énumère pour la

18. De Broglie, préc., p. 98.

19. Cormenin, *Du Conseil d'État*, op. cit., p. 107. C'est, de tous les ouvrages de l'époque, le plus complet dans le recensement des diverses raisons qui plaident en faveur d'une juridiction administrative (p. 103 et s.).

20. V. par ex., H.-A. Quenault (avocat aux conseils), *De la juridiction administrative*, Delaunay, 1830, p. 36. F.-N. Bavoux, *Des conflits ou empiétement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, op. cit., p. 49 et s., combat cette opinion.

21. Hély d'Oissel, rapporteur de la commission chargée de l'étude de la proposition de loi tendant à régler les attributions du Conseil d'État, évoquait l'opportunité de cet arbitraire (Chambre des députés, 26 juin 1828). L'exigence d'un code administratif se trouve chez F.-N. Bavoux, *Des conflits ou empiétement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, op. cit., I, p. 6.

22. Tel est le cas de la Commission dont Lacave-Laplagne fit rapport sur ses travaux à la Chambre des députés le 11 avr. 1835 ; celle qui donna lieu au rapport Vatout à la même Chambre le 30 juin 1837 ; celle du rapport Dalloz – Tocqueville et O. Barrot en faisaient partie – à la même Chambre le 10 juin 1840 (le rapport est publié in *Rev. de législation et de jurisprudence*, 12, 1840, p. 86-130) ; celle du rapport Persil à la Chambre des pairs, le 17 mars 1843...

23. *De la juridiction administrative en France*, Joubert, 1840. La citation est empruntée à la p. 8.

contredire toute l'argumentation qui peut la soutenir<sup>24</sup>.

Elle est malgré tout indéniablement en perte de vitesse. Le garde des Sceaux, à la Chambre des pairs, reconnaît ainsi, le 30 janvier 1843, qu'en ce qui concerne le rôle du Conseil d'État, dans le règlement des affaires du contentieux il demeure nombre de réticences ; « il nous semble cependant, ajoute-t-il, que même sous ce rapport, justice est déjà faite de certains préjugés, de certaines préventions qui auraient pu, à d'autres époques, jeter sur notre route d'assez graves embarras ».

C'est que, depuis la fin de la Restauration, diverses réformes avaient gommé les abus les plus criants et rendu moins convaincante la rigueur logicienne des ennemis de la justice administrative. Avant même la chute des Bourbons, l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 1828 avait précisé et modéré le droit d'élever le conflit. Deux ordonnances du début du règne de Louis-Philippe (2 févr. et 12 mars 1831) avaient établi la publicité des séances du Conseil d'État statuant au contentieux, accordé aux avocats le droit d'ajouter des observations orales à leurs mémoires écrits, institué un ministère public. En matière de contributions, la loi du 21 avril 1832 avait introduit un recours sans frais et cette même mesure

avait été étendue en matière d'élections des conseils d'arrondissement et des conseils généraux par la loi du 22 juin 1833. La publicité donnée aux travaux du Conseil, depuis 1835, avait de surcroît convaincu les sceptiques de ce que la juridiction administrative ne servait pas systématiquement à donner gain de cause à l'Administration. L'enseignement du droit administratif qui, à ce même moment, s'inscrit parmi les disciplines enseignées dans les Facultés de Droit, comme les nombreux ouvrages publiés alors, contribuent encore à éclairer l'opinion publique.

Avec une belle unanimité, les administrativistes justifient en effet l'existence d'un double ordre juridictionnel, tant au nom du sacro-saint principe de la séparation des pouvoirs<sup>25</sup> qu'en raison de la nature des besoins administratifs incompatibles avec la compétence du judiciaire<sup>26</sup>. Ce quasi *consensus* ne cessa pas tant que dura la seconde République. Un seul représentant, Sainte-Beuve, réédita le projet de restituer aux cours judiciaires le contentieux de l'Administration<sup>27</sup>. C'est évidemment fort peu. Le savant rapport de Boulatignier sur la réforme des conseils de préfecture, pas davantage que celui de Larcy, sur le même sujet, n'examinèrent même pas l'éventualité d'une suppression des tribunaux administratifs<sup>28</sup>. N'est-il pas vrai, comme on

24. « Les partisans de l'autorité judiciaire soutiennent que dans ces sortes de contestations, il s'agit de l'état des personnes, de la propriété, des droits civils, du libre exercice de l'industrie, et que, dès lors, le pouvoir judiciaire est le seul compétent pour en connaître. Ils ajoutent que l'administration serait juge dans sa propre cause, puisque les oppositions qui donnent naissance au contentieux administratif sont toujours dirigées contre les décisions ou les actes de l'administration. Ils ne trouvent d'ailleurs ni dans les formes de procéder de l'administration, ni dans les habitudes des fonctionnaires de l'ordre administratif, les conditions d'indépendance indispensable à qui doit remplir les fonctions judiciaires » (*Arch. parlam.*, 1834, t. 85, p. 725).

25. Une double démarche est possible à ce propos : soit celle que suit E. V. Foucart (*Principes de droit public et administratif*, Videcoq, 1844, p. 21) : il n'existe que deux pouvoirs souverains ; or, si l'exécutif se compose de l'autorité judiciaire et de l'administration, la juridiction administrative ne bafoue aucun principe ; soit celle des théoriciens « trialistes » : il existe bien trois pouvoirs, mais comme « juger l'administration, c'est administrer » (la formule apparaît, semble-t-il pour la première fois dans une communication du garde des Sceaux Barthe, à la Chambre des pairs le 15 mai 1833, *Arch. parlam.*, t. 83, p. 657 et sera, depuis lors, abondamment reprise sous des formulations diverses), l'Administration est habilitée à juger sans violer la règle. Telle est la doctrine de F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, Joubert, 1841, 2<sup>e</sup> éd., p. 598 et de A. Chauveau, *Principes de compétence et de juridiction administrative*, Cotillon, Durand, 1841, I, p. XXXII.

26. Vivien, qui refuse d'admettre que juger l'administration c'est encore administrer (*Études administratives*, 3<sup>e</sup> éd. rééd. Cujas, 1974., I, p. 132) évoque le danger, maintes fois évoqué, dans les débats parlementaires, d'absorption de toute l'administration par le judiciaire (I, p. 195) ; à ses yeux la juridiction n'est pas un prolongement naturel de l'Administration ; elle ne lui revient que pour obvier aux méfaits de l'emprise du judiciaire sur l'administratif. La séparation des pouvoirs n'est dès lors pas la cause immédiate de la juridiction administrative, mais une exigence légitime de l'organisation des pouvoirs, que troublerait la compétence judiciaire. Aussi déterminantes en ce sens sont encore, selon lui, les exigences de l'intérêt public (I, p. 141 et s.) « L'établissement d'une juridiction administrative, affirme Portalis (*Arch. parlam.*, 1834, t. 85, p. 725) n'est point une chose arbitraire. La nature des choses la commande ».

27. À l'occasion du débat sur la nouvelle loi organisant le Conseil d'État, il déposa le 23 janvier 1849 un amendement dont l'art. 2 disposait « À l'avenir le Conseil d'État ne connaîtra pas du contentieux administratif », dévolu au judiciaire. Quelques mois auparavant, le même Sainte-Beuve avait, lors de la discussion du projet constitutionnel, proposé la suppression du chapitre consacré au Conseil (*Ass. nat.*, 13 oct. 1848).

28. Le premier rapport se trouve au *JO*, 1<sup>er</sup> févr. 1851, supplément D., XI s. Le second au *JO* du 15 juil. 1851, p. 1997 s.

peut le lire dans le rapport Larcy, que « le principe d'une juridiction spéciale pour les questions administratives est universellement accepté »<sup>29</sup>. Apparemment, après une première période critique, l'affaire est entendue : la dualité juridictionnelle est aussi profondément enracinée dans les institutions qu'elle l'est dans les esprits.

Une quinzaine d'années plus tard, tel semble bien être encore le cas : « la nécessité d'une justice spéciale pour les litiges qui composent le contentieux administratif, affirme Léon Aucoc, n'est plus contestée aujourd'hui chez nous »<sup>30</sup>. Ce jugement péremptoire date de 1864. Dès 1865, il se serait bien gardé de s'exprimer comme il le faisait quelques mois auparavant, car se produit alors une incontestable recrudescence de la contestation. L'assaut contre la justice administrative devait se prolonger jusqu'aux premières années de la troisième République.

Ce regain d'hostilité n'est pas une réédition pure et simple du mouvement contestataire des temps de la Restauration. D'abord, les conseils de préfecture sont désormais, au moins autant que le Conseil d'État, la cible des attaques. C'est la justice administrative, à tous les degrés, que l'on entend bien abattre ; et si certains persistent à vouloir porter leurs coups à la tête, beaucoup estiment plus opportun de commencer par les étages inférieurs. C'est que l'évolution qu'ont connue les conseils de préfecture, depuis les premières décennies du siècle, les désigne davantage que jadis à la vindicte des administrés. Alors qu'originellement leurs fonctions étaient essentiellement contentieuses – c'est pour remplir cet office qu'ils avaient été créés en l'an VIII – diverses mesures les ont progressivement plus associés à l'administration du département. La confusion des pouvoirs en leur sein n'en devenait que plus réelle. Surtout, la configuration de leur personnel s'était notablement transformée. Jadis il était rassurant, formé de notables âgés, recrutés sur place et très fréquemment munis d'une bonne

expérience du droit acquise dans l'exercice d'une profession juridique. Mais, de plus en plus, ces conseils se peuplent de jeunes gens sans habitudes judiciaires, pour qui de telles fonctions ne sont qu'un premier pas dans une carrière administrative. Voilà qui inquiète les propriétaires locaux prompts à déceler chez ces novices le désir de ne pas déplaire au préfet, de qui leur avenir dépend, plutôt qu'un ferme engagement à servir la justice.

Ensuite, la source où puisent toutes les rancoeurs n'est plus exactement la même que dans les années 1820. Les adversaires de la justice administrative sous Charles X s'en prenaient à elle parce qu'ils la soupçonnaient d'être inique, partielle, arbitraire. À la fin du Second Empire, comme sous la République des ducs, ce type de grief n'est plus prédominant. L'animosité, sous Napoléon III, se nourrit surtout d'un autre élément : les tribunaux administratifs, comme le Conseil d'État dans son activité juridictionnelle, symbolisent cette puissance quasi-divine d'un État qui ne veut consentir à se soumettre aux mêmes règles ni aux mêmes juges que les simples particuliers<sup>31</sup>. Ils sont les ornements de ce pouvoir surhumain que les libéraux de tous bords commencent à dénoncer sous le nom d'État Providence ; cet État qui peut fouler impunément aux pieds les libertés individuelles, sous le prétexte qu'il détient la science infuse de l'intérêt général<sup>32</sup>. Le rejet de la dualité de juridiction exprime dès lors une haine de l'étatisme.

Voilà un sentiment dont les manifestations sont diverses en ce milieu de la décennie 1860. La renaissance, à cette date, de la revendication décentralisatrice témoigne d'une volonté analogue de démystifier les bienfaits d'une action étatique, démultipliée par le gonflement de l'appareil administratif et la politique interventionniste des pouvoirs publics depuis le début du Second Empire. Derrière les panégyriques des libertés locales, qui se multiplient alors, se perçoit

29. *Ibid.*, p. 1997.

30. L. Aucoc, *La juridiction administrative et les préjugés*, E. Panckoucke, 1864, p. 2. Cet opuscule est une réédition enrichie de son article publié dans le *Moniteur Universel* des 13 et 25 août 1864.

31. E. Poitou, *La liberté civile et le pouvoir administratif en France*, Charpentier et Cie, 1869, est particulièrement virulent contre cette « idolâtrie administrative » (p. XIII) qui caractérise notre culture politique et fonde les privilèges de l'Administration. Chez nous, déplore-t-il « l'administration ne peut avoir tort – ou du moins elle seule peut déclarer qu'elle a eu tort » ; autrement, « sa majesté serait offensée » (p. 191).

32. « L'État est une sorte de providence visible d'où part toute initiative, d'où découle toute sagesse » écrit E. Poitou, *op. cit.*, p. 82. Dès lors l'alternative est claire : « le pouvoir administratif tuera la liberté civile, si elle n'est pas sauvée par le pouvoir judiciaire » (p. 336).

la même volonté de libérer l'individu du carcan étatique, le même besoin d'autonomie individuelle, sous le couvert des franchises communales ou départementales. Dépouiller l'Administration de ses pouvoirs juridictionnels, c'est émanciper les hommes en les plaçant sous la protection libérale des tribunaux, de la même façon qu'amputer les pouvoirs administratifs des fonctionnaires, c'est délier les entraves qui ligotent les membres des collectivités locales. Dans l'un comme dans l'autre cas, c'est le poids de l'État, notablement accru depuis le milieu du siècle, que l'on aspire à alléger. Nulle surprise si, le plus souvent, les plus résolus des décentralisateurs sont simultanément hostiles à la justice administrative<sup>33</sup>.

Une dernière circonstance concourt à redonner alors de l'actualité au mouvement contestataire : l'Italie, par une loi du 20 mars 1865, puis l'Espagne, par un décret du 13 octobre 1868, ont supprimé leurs tribunaux administratifs<sup>34</sup>. Pourquoi la France ne se mettrait-elle pas à l'école de ses sœurs latines ?

Si la protestation perdure une fois même le régime impérial abattu, c'est que la conjoncture demeure favorable à l'expression d'acribes critiques à l'encontre des prérogatives exorbitantes de l'État. Un siècle de sa domination n'a eu d'autre résultat que de conduire le pays à la défaite et à la guerre civile. Peut-on persévérer dans cette voie ? En un temps où la France doit honorer l'énorme dette mise à sa charge par le vainqueur, la suppression de quelques centaines de juges administratifs inutiles permettrait d'appréciables économies<sup>35</sup>. L'entreprise de destruction du dualisme juridictionnel participe dès lors du même esprit de défiance à l'égard de l'État et de ses fonctionnaires que le désir d'extension des libertés locales qui continue à se manifester fortement<sup>36</sup>. Dans ce double combat, la droite, et

en tout premier lieu les légitimistes sont aux premières lignes. À leurs yeux, c'est la régénération de la société civile, non les prérogatives maintenues à la puissance publique, qui assurera le redressement national. Les républicains, quant à eux, se montrent sur ces deux questions beaucoup plus réservés qu'ils ne l'avaient été pendant la décennie antérieure. En matière de justice administrative, ils peuvent regretter ses imperfections ; ils se refusent en général à s'associer au combat que mènent les monarchistes contre elle<sup>37</sup>.

L'offensive fut lancée sous le Second Empire, dans les assemblées politiques comme à l'extérieur d'elles. Au corps législatif, l'occasion fut fournie par la discussion d'un projet de loi sur les conseils de préfecture au printemps 1865. La monarchie de Juillet avait déjà songé à réformer leur organisation, leurs attributions, la procédure en usage devant eux, mais sans y parvenir. Le Second Empire, lui, y réussit : c'est la loi du 21 juin 1865 ; mais ce ne fut pas sans mal. Un amendement déposé par Bethmont le 23 mai 1865 va alimenter la controverse<sup>38</sup>. Il disposait brutalement : « les conseils de préfecture sont supprimés », le contentieux dont ils connaissaient devant échoir aux tribunaux ordinaires. Il fallut toute l'habileté de Boulatignier pour leur éviter un sort aussi funeste. Son plaidoyer toutefois ne satisfait guère le républicain E. Picard, qui dénonça la confusion des pouvoirs à laquelle conduisait l'existence de conseils ainsi organisés.

Quelques mois plus tard, un petit ouvrage écrit par dix-neuf notables lorrains, connu sous le nom de « *Programme de Nancy* », auquel la presse avait accordé une très large publicité et qui fut bien accueilli par les diverses oppositions à l'Empire, proposait à son tour, dans le cadre d'une ambitieuse réforme décentralisatrice, la suppression des tribunaux administratifs locaux :

33. C'est le cas, par exemple, de Raudot qui reproche au Conseil d'État statuant au contentieux de renforcer encore la centralisation : « le Conseil d'État, remarque-t-il, c'est la forteresse de la centralisation qui nous énerve et qui nous tue » (*Ass. nat.*, 19 févr. 1872, *JO*, p. 1220). C'est aussi celui des auteurs du *Programme de Nancy* : V. *infra*.

34. Quentin-Bauchart, « Études sur la juridiction administrative », *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1937, n° 187, p. 130 et s., met au compte de ces innovations étrangères le regain de questionnement sur la juridiction administrative française.

35. C'est l'un des arguments que met en avant A. Lefèvre-Pontalis en 1872 pour réclamer la suppression des conseils de préfecture (*Ann. de l'Ass. nat.* 12, Ann., p. 9 et s.).

36. La loi départementale du 10 août 1871 est la concrétisation, moins décentralisatrice que les légitimistes l'eussent souhaitée, de ce mouvement.

37. Gambetta en défendit fortement le principe (*JO* 1872, p. 1220).

38. Les propos des animateurs de la controverse sont rapportés dans J.-B. Duvergier, *Collection complète des lois...* (1865), t. 65, p. 249 et s.

« Comme rien, écrivaient les auteurs, ne nous semble justifier l'existence d'une juridiction spéciale pour les affaires administratives, nous proposons de renvoyer purement et simplement aux tribunaux, maintenant beaucoup moins occupés que jadis, les décisions en matière de contentieux judiciaire que prennent aujourd'hui les conseils de préfecture »<sup>39</sup>.

La publication en 1869 du livre d'un conseiller à la Cour impériale d'Angers, E. Poitou : *La liberté civile et le pouvoir administratif en France* réveille l'attention des défenseurs du pouvoir judiciaire. L'idéal, affirmait le magistrat, serait l'abolition complète de toute juridiction administrative. La sagesse, cependant, imposait de la conserver partiellement pour peu qu'elle fût composée de juges indépendants et inamovibles et qu'on lui retirât tout ce qui, par nature, pourrait être tranché par les juges ordinaires<sup>40</sup>.

Derechef, à l'Assemblée nationale élue en 1871, le sort de la dualité de juridiction est en balance. À la commission chargée d'examiner le projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'État, une « forte minorité », parmi laquelle le duc Albert de Broglie qui reprend à son compte les arguments développés par son père Victor en 1828, a combattu le principe d'une juridiction administrative<sup>41</sup>. Le 29 avril 1871, le légitimiste Raudot dépose la proposition suivante : « les conseils de préfecture sont supprimés. Les affaires contentieuses et les contraventions de voirie actuellement soumises aux conseils de préfecture et au Conseil d'État seront jugées par la justice ordinaire ». Quand A. Lefèvre-Pontalis, le

19 février 1872, propose de retirer au Conseil d'État ses attributions en matière contentieuse ainsi que celles des conseils de préfecture, des « Très bien ! Très bien ! » s'élèvent dans les travées de l'Assemblée<sup>42</sup>. Target, qui suggère l'ajournement de la discussion sur les compétences du Conseil d'État tant que n'aura pas été réglé le sort des conseils de préfecture – ce qui laisse entendre que leur survie est réellement menacée – affirme le 29 avril 1872 que la juridiction administrative « est contestée par un grand nombre d'esprits dans et hors de cette assemblée »<sup>43</sup>. De fait, le rapport déposé le 14 juin 1872 par Lefèvre-Pontalis, au nom de la formation de la Commission de décentralisation saisie de la proposition Raudot, conclut à la suppression des conseils de préfecture et considéra cette mesure comme une première étape sur la voie de la disparition de la justice administrative tout entière<sup>44</sup>. La proposition, cependant, ne devait jamais venir en discussion à l'Assemblée. Elle rencontra toutefois un certain écho dans l'opinion. Il va de soi que des juges vinrent soutenir cette ambition d'étendre leur autorité<sup>45</sup>; et les jurisconsultes catholiques, plus hostiles que quiconque à la divinisation de l'État Providence, applaudirent à cette résolution de détruire tout tribunal administratif<sup>46</sup>.

Dans la controverse qui mit aux prises partisans et adversaires de la juridiction administrative, les arguments ne se sont guère renouvelés. Comme auparavant, le même principe de séparation des pouvoirs est tiré à hue et à dia, et sert simultanément les tenants du dualisme juridic-

39. *Un projet de décentralisation*, Dentu, 3<sup>e</sup> éd., 1865, p. 43.

40. E. Poitou, *La liberté civile et le pouvoir administratif en France*, op. cit., p. 301 et s.

41. V. le rapport Batbie (*JO*, 1872, p. 1197).

42. Évoquant les compétences juridictionnelles de l'Administration, Lefèvre-Pontalis déclare : « À mes yeux, ces attributions sont inutiles, dangereuses et, en tout cas, attentatoires au pouvoir judiciaire dont nous sommes intéressés plus que jamais faire à reconnaître et à faire respecter l'intégrité ». Et puis, ajoute-t-il, avec la justice déléguée et l'élection des conseillers d'État par l'Assemblée (ce sont les réformes introduites par la loi du 24 mai 1872) pourquoi deux justices ? (*Ass. nat.*, 19 févr. 1872, *JO*, p. 1215 s.).

43. *JO* 1872, p. 2869. Dans les sphères mêmes du pouvoir, le doute s'insinue. Au ministère de l'Intérieur, une commission, fut mise en place à propos du sort à réserver aux tribunaux administratifs. Elle remit son rapport le 20 janvier 1873. Je n'ai pu en découvrir la trace.

44. *Ann. de l'Ass. nat.*, 12, Ann., p. 9 s. Le rapporteur estime qu'après la destruction des conseils de préfecture, il faut poursuivre jusqu'à « dans un prochain avenir l'abolition de toute autre juridiction administrative », p. 16.

45. V. E. Dramard (juge au tribunal civil de Béthune), « De la séparation des pouvoirs et de la justice administrative », *Rev. pratique de droit fr.*, 1873, p. 433 et s.

46. E. Perier, « La suppression des conseils de préfecture serait-elle utile ? », *Rev. cath. des inst. et du droit*, 1874, p. 360 et s.

tionnel<sup>47</sup> et ses détracteurs<sup>48</sup>. Comme auparavant encore, aux premiers qui évoquent la nécessité d'une instruction spéciale, d'un tour d'esprit particulier pour trancher des litiges où l'État est partie et l'indispensable rapidité de la procédure en ce domaine<sup>49</sup>, les seconds rétorquent en faisant observer qu'avec le système en place, malgré tout ce que l'on peut dire, l'Administration est juge et partie<sup>50</sup>.

On découvre cependant dans cette controverse des accents ignorés jusqu'alors. Puisque désormais c'est la liberté des individus qui, pour ses adversaires, souffre de la justice administrative, ses défenseurs, R. Dareste, L. Aucoc, Th. Ducrocq, ont à cœur de soutenir que, loin de la bafouer, les juridictions administratives la protègent autrement mieux que ne le feraient les tribunaux judiciaires<sup>51</sup>. Produit de la marge d'arbitraire nécessaire à l'État, la justice administrative en vient à se ranger parmi les garanties des libertés publiques.

Passée l'année 1873, derechef la controverse s'apaise. Un radical, Talandier, peut bien, lors du débat à la Chambre des députés sur un projet de loi concernant le Conseil d'État, développer le 12 juillet 1879 un contre-projet d'une brutale simplicité : « le Conseil d'État est supprimé »<sup>52</sup>. Selon ses propres dires, son auteur ne se fait aucune illusion sur le destin de son initiative qui ne vise qu'à réveiller une opinion assoupie. Le

coup fit long feu. Avant la fin du siècle, les esprits sont ailleurs<sup>53</sup>.

La question devait de nouveau resurgir vers le milieu des années 1890. Cette dernière crise, toutefois, fut beaucoup plus limitée que celle qui l'avait précédée.

« La juridiction administrative, écrit un fonctionnaire de la préfecture de la Seine, au tout début de notre siècle, est encore l'objet de vives attaques »<sup>54</sup>. Elles sont loin pourtant de recevoir une large approbation. L. Michoud remarque en 1897 que « si l'idée d'en venir à l'unité de juridiction trouve encore des partisans, il semble bien cependant que l'idée de la suppression pure et simple (de la justice administrative) ait plutôt perdu que gagné du terrain »<sup>55</sup>. Au Parlement en tout cas, plusieurs propositions de loi tendant à la suppression des tribunaux administratifs peuvent être déposés<sup>56</sup>; elles ne vinrent jamais en discussion. Ce sont d'ailleurs ces instances départementales, beaucoup plus que le Conseil d'État, qui demeurent la cible des attaques les plus vives.

Pour la plupart, nul n'aurait à gagner à la disparition d'un contentieux administratif spécial. « En voulant donner le contentieux tout entier aux tribunaux judiciaires, écrit encore Michoud, alors que l'état des mœurs politiques ne le comporte pas, on risque de restreindre en fait l'étendue de ce contentieux et de laisser sans protec-

47. Th. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, Durand, 1863, 2<sup>e</sup> éd., p. 8. D. Serrigny, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, I, Durand, 1865, 2<sup>e</sup> éd., p. 21 et s. L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, I, Dunod, 1869, p. 44.

48. V. par ex. les déclarations d'E. Picard au Corps législatif le 23 mai 1865 (*Mon. univ.* p. 654).

49. Le rapport de Lefèvre-Pontalis est particulièrement virulent sur ce thème (*Ann. Ass. nat.*, 12, Ann., p. 9 et s.).

50. Ainsi D. Serrigny, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, op. cit., I, p. 66; L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, op. cit., I, p. 334. A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Cotillon, 1862, I, p. 425; Cotellet, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, Darmont et Dunod, 1859, I, p. 283 et s.

51. R. Dareste, *La justice administrative en France*, 1862, p. 679; Th. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 95. L. Aucoc, « La juridiction administrative et les préjugés », préc. Dufaure, en présentant le rapport sur le projet de loi réorganisant le Conseil d'État, déclare à l'Assemblée nationale (1<sup>er</sup> juin 1871) : « La jurisprudence du Conseil d'État a, dans plusieurs circonstances, protégé plus efficacement les citoyens contre les excès de zèle des autorités administratives que ne le faisait la Cour de cassation elle-même ».

52. *JO*, 1879, p. 6600.

53. Des magistrats continuent toutefois à en débattre : si H. Pascaud (juge d'instruction) (« La séparation des pouvoirs et les conflits d'attribution », *Rev. gén. d'adm.*, 1878, 3, p. 161) repousse la dévolution du contentieux administratif aux tribunaux, d'autres continuent à y songer. Ainsi, E. Fuzier-Herman (procureur de la République) (*La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, Maresq, 1870), qui écrit : « La séparation des pouvoirs ne sera complète en France que lorsqu'il n'y aura qu'une justice, de même qu'il n'y a qu'une loi » (p. 488).

54. J.-B. Simonet, *Traité élémentaire de droit public et administratif*, Pichon, 1902, p. 148.

55. L. Michoud, « Les conseils de préfecture et la justice administrative », *Rev. pol. et parlem.*, 1897, p. 269.

56. *Ibid.*, p. 267 et s.

tion des droits aujourd'hui protégés »<sup>57</sup>. La réforme aurait en outre pour résultat redoutable de permettre aux tribunaux judiciaires de donner libre cours à « une sorte d'esprit de corps hostile à l'administration »<sup>58</sup>. Si l'unité juridictionnelle est un leurre, il demeure, pense-t-on, que des progrès doivent être accomplis dans la voie d'une plus complète autonomie de la fonction juridictionnelle par rapport à l'administration active<sup>59</sup>.

Quelques-uns continuent à camper sur des positions radicales. L'Académie des Sciences morales et politiques fut ainsi, un jour de 1894, le théâtre d'une belle joute sur le thème de la dualité juridictionnelle. R. Dareste avait déclaré que là « où existe une administration centralisée, la justice administrative est un rouage nécessaire et que toute autre combinaison aboutit forcément à l'arbitraire administratif ». Le sénateur Bérenger ne l'entendit pas de cette oreille : « La juridiction administrative, rétorque-t-il, n'a sa raison d'être que dans la pensée d'ailleurs avouée par plusieurs de ses partisans, d'avoir des juges plus favorables aux intérêts de l'État. » Il revint à Aucoc de défendre savamment la légitimité d'une dualité juridictionnelle aussi basement attaquée<sup>60</sup>. Ce genre de plaidoyer ne saurait convaincre tout le monde, tel cet avocat, partagé entre le réalisme et l'utopie qui écrit : « Bien qu'elle apparaisse encore lointaine, la conquête de l'unité de juridiction, proclamée en principe depuis un siècle, ne saurait être longtemps ajournée »<sup>61</sup>.

Alors qu'en cette fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la révolte contre les abus du fonctionnarisme et la pesanteur du pouvoir administratif gronde derechef – les engagements électoraux des candidats aux législatives de 1893 et 1898 très souvent promettent la réforme administrative et la revendication décentralisatrice reprend de plus belle – la justice administrative, à la différence de ce qu'il en avait été dans un contexte analogue à la fin

du Second Empire et au début de la troisième République, n'est somme toute qu'assez faiblement remise en cause. Les plus virulents sont alors certains démocrates avancés, indignés par la survie au cœur de la République du système administratif napoléonien : « Les tribunaux administratifs, écrit alors un député proche des radicaux, sont une institution du pouvoir personnel. Ils doivent disparaître »<sup>62</sup>. « Est-il possible en effet, note-t-il ailleurs, de rien imaginer de plus monstrueux, de plus contraire au principe d'équité que le contentieux administratif qui place la justice dans les mains de l'Administration qui est à la fois juge et partie dans les procès qui l'intéressent et qui prennent naissance à l'occasion de ses propres actes »<sup>63</sup>. La gauche démocratique retrouve ainsi l'argumentation que développaient jadis libéraux et conservateurs. Elle ne devait pas s'y accrocher.

Sauf peut-être au temps où les monarchistes étaient majoritaires à l'Assemblée nationale, ces successives manifestations d'impatience n'ont guère vraiment menacé l'existence d'une justice propre à l'Administration. Ses adversaires se sont heurtés à une institution forte d'une histoire qui remontait bien au-delà du grand principe de séparation proclamé par l'Assemblée constituante et dont la nécessité était établie « par ce quadruple fait que le juge, la forme du jugement, le droit lui-même et les raisons de décider ne sont point semblables en droit public et en droit civil ou criminel »<sup>64</sup>.

Toute cette agitation ne fut peut-être pas entièrement vaine. Car, en soutenant la thèse extrême de l'unification des contentieux, les détracteurs de la juridiction administrative ont pu précipiter l'adoption de réformes qui, d'instrument assurant à l'Administration le pouvoir de se juger elle-même, en ont fait une véritable instance inscrite dans l'Administration mais distincte d'elle.

57. *Ibid.*, p. 280.

58. *Ibid.*, p. 280, n° 1.

59. V. R. Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Giard et Brière, 1889, cf. à ce propos l'article d'E. Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *Rev. dr. publ.*, 1900, n° 13, p. 214 et s., p. 470 et s.; 1900, n° 14, p. 34 et s., p. 234 et s., p. 439 et s.

60. *Séances et travaux de l'Acad. des sc. mor. et pol.*, c. r., 1894, 1, p. 87 et s.

61. G. Privat, « De l'unité de juridiction. Suppression des tribunaux administratifs », *Rev. cathol. des inst. et du droit*, 1895, p. 112.

62. Michelin, « Proposition de loi visant à l'élection des juges », *JO Doc. parlam.*, Ch. dép., 1895, p. 1421.

63. « Proposition tendant à la décentralisation administrative », *JO Doc. parlam.*, Ch. dép., 1986, p. 1785.

64. L. Béquet, *Répertoire de droit administratif*, VIII, 1891, p. 219.

# Dossier

## L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?

### Réflexions sur la contestation actuelle du dualisme juridictionnel

**Didier Truchet**

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Le dualisme juridictionnel est un « marronnier » (au sens du vocabulaire de la Presse) de la littérature juridique. Sa critique et la réfutation de cette critique sont sans doute aussi vieilles que le dualisme lui-même<sup>1</sup>. Elles peuvent sembler assez vaines puisque la séparation des juridictions judiciaire et administrative traverse le temps nonobstant toutes les mutations de notre système juridique. Pour moi aussi, la fusion des deux ordres juridictionnels est un marronnier : j'ai essayé à plusieurs reprises<sup>2</sup> d'expliquer pourquoi elle me paraissait souhaitable, sans convaincre grand'monde.

Les étudiants du Master 2 Justice et droit du procès, que je remercie pour leur invitation, ont posé à nouveau la question qui sert de titre à leur colloque « L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ? ». Elle mérite en effet de l'être pour au moins deux raisons. La première est théorique et permanente<sup>3</sup> : la liberté, et même la légitimité, de la doctrine lui commandent de ne jamais se satisfaire de l'existant. Il

lui faut, pour remplir son office, se demander en permanence si l'état du droit ne devrait pas être modifié et dire ce qu'elle croit juste, sans pesanteur institutionnelle ou professionnelle, sans certitude d'avoir raison, sans lassitude ni crainte de n'être pas suivie par ceux qui ont le pouvoir de décision. La seconde raison est pratique et conjoncturelle : le débat vient d'être relancé par un discours du Vice-président du Conseil d'État<sup>4</sup> auquel le Premier président de la Cour de cassation a immédiatement répondu par une tribune<sup>5</sup>. Si le premier plaide sans surprise pour le maintien du dualisme juridictionnel, le second conclut de manière inattendue qu'il n'a plus de justification. L'opposition entre les chefs des deux juridictions suprêmes est d'autant plus remarquable que c'est la première fois que le débat est porté sur la place publique par des praticiens du droit aussi éminents. Sans doute doit-elle beaucoup à leurs personnalités et aux circonstances (leur récente passe d'armes sur le contentieux de l'état d'urgence). J'y vois cependant la preuve que la ques-

1. V. notamment, M. Jorat, « Supprimer la justice administrative... deux siècles de débat », *RFDA*, 2008, p. 456.

2. « Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ? », 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.

3. A. Van Lang, « Le dualisme juridictionnel : une question toujours d'actualité », *AJDA*, 2005, p. 1760.

4. J.-M. Sauvé, « Dialogue entre les deux ordres de juridiction », *École nationale de la magistrature*, 21 juillet 2017.

5. B. Louvel, site de la Cour de cassation, 25 juillet 2017. V aussi, D. Cohen, « La fonte du rôle protecteur des libertés individuelles du juge judiciaire », *JCP G*, 2017, p. 1629 ; L. Cadet, « Entretien », *D.*, 2018 p. 456 ; et sur le plan financier, le point de vue d'un avocat : Y. Laurin, « Sur l'unicité du budget de la justice », *JCP G*, 2018, p. 172.

tion du dualisme ne relève pas d'une pure rêverie doctrinale et que tous les juges français ne se sentent pas à l'aise dans la partition de la justice en deux ensembles distincts – sans même parler du Conseil constitutionnel.

Sans critiquer le passé, les deux protagonistes se tournent vers l'avenir. Dans le registre qui était le mien, je n'exprimais pas davantage de réserve sur ce que le dualisme a apporté historiquement au droit et à la justice de notre pays et estimais que si ses avantages l'avaient longtemps emporté sur ses inconvénients, aujourd'hui le rapport s'était inversé. Il est important de souligner d'emblée que ce propos n'implique aucune critique de la juridiction administrative et que je souhaite qu'un juge spécialisé continue à régler le contentieux administratif. Il me semble seulement que ce juge ne doit plus être constitué en ordre juridictionnel propre et qu'il faut le réunir, sans le faire disparaître, à l'ordre judiciaire, pour donner naissance à un nouvel ordre unique. En d'autres termes, *il ne s'agit pas de supprimer la justice administrative pour la fondre dans la justice judiciaire, mais de supprimer les deux ordres*. Pour que cela soit clair aux yeux de tous, il faudrait donner une appellation nouvelle à la juridiction de tête : Cour française de justice, Cour supérieure, Tribunal national...<sup>6</sup> ?

Tel sera le sens des « réflexions » demandées par les organisateurs du colloque. Elles reposeront sur la conviction que l'unité de juridiction est devenue politiquement nécessaire à l'efficacité du droit et de la justice français (I); la disparition des inconvénients techniques du dualisme n'est à mes yeux, qu'un argument subsidiaire (II); un certain nombre des objections que l'on pourrait opposer à la fusion, ne paraissent pas pertinentes (III).

## I. L'avantage principal de l'unité de juridiction : l'efficacité du droit et de la justice français

C'est autant comme citoyen que comme juriste (mais peut-on séparer les deux qualités ?) que

j'exprime ce qui est une vision politique, un projet pour la Cité. Elle est mon argument principal, autant qu'indémontrable : notre appareil juridictionnel doit montrer que le pouvoir judiciaire et le service public de la justice ne peuvent plus raisonnablement être divisés dans la société française actuelle. La bonne administration de la justice commande qu'elle soit unifiée. En effet, si chacune de nos juridictions actuelles a sa compétence propre (et la garderait après l'unification?), toutes ont la même fonction : rendre la justice selon les règles du procès équitable.

N'est-ce pas ce que, dans une formule magistrale qui a peut-être dépassé sa pensée, le Conseil d'État a dit dans sa décision de Section, *Mme Popin* (27 février 2004) : « la justice est rendue de manière indivisible au nom de l'État » ? Indivisible ? Il faut le prendre au mot ! D'une certaine manière, c'est ce qu'a fait le législateur avec la loi du 28 décembre 2016 de modernisation de la justice du <sup>xxi</sup><sup>e</sup> siècle. La justice, pas les justices ! Certes le texte traite les différentes juridictions dans des chapitres distincts, parfois pour les soumettre à des règles voisines sinon identiques (par ex. avec la médiation ou les actions de groupe). D'ailleurs les procédures et les méthodes (notamment le contrôle de proportionnalité) des deux ordres ne cessent de se rapprocher<sup>8</sup>. Mais ce sont là des considérations techniques dans lesquelles il est inutile d'entrer : au demeurant, elles montreraient que la fusion serait moins difficile qu'autrefois, mais ne suffiraient pas à la justifier.

Ce qui la justifie, c'est la lisibilité, la cohérence, la force d'une justice unifiée, aux yeux de nos concitoyens comme des étrangers, chez qui le dualisme suscite de l'incompréhension, quand ce n'est pas de la méfiance. L'autorité même de la justice étatique suppose son unification. On retrouverait la logique initiale de la séparation des pouvoirs : un juge fort, face à des pouvoirs publics (mais aussi privés) forts. Il en résulterait un surcroît de légitimité pour nos juges, et une bien plus forte visibilité sociale. En particulier, il

6. « Cour suprême » ne conviendrait pas, en raison d'un risque de confusion avec le Conseil constitutionnel. Les considérations symboliques ayant leur poids, la nouvelle cour suprême ne devrait être ni quai de l'Horloge, ni au Palais-Royal.

7. On peut imaginer des tribunaux de première instance avec des chambres administrative, civile, pénale, commerciale, sociale, ou même, si l'unification ne se concrétise, qu'au niveau de la cassation, des tribunaux administratifs, civils, etc. de première instance qui demeureraient distincts au sein d'un ordre unique.

8. Dans le même sens, si les différents corps de juges restent soumis à des statuts très différents, les lois récentes ont considérablement rapproché leurs règles et obligations déontologiques.

serait définitivement mis fin au sentiment injurieux, mais persistant chez certains, selon lequel le juge administratif (et singulièrement, le Conseil d'État) ne serait pas un véritable juge en raison de sa proximité avec le pouvoir exécutif.

L'unité de juridiction rendrait plus lisible et donc plus performant notre système de règlement des litiges. Il y aurait d'un côté la justice étatique, avec sa puissance, ses garanties spécifiques de procédure contradictoire et impartiale, ses moyens propres d'instruction, ses voies de recours et l'autorité de la chose qu'elle a jugée ; de l'autre côté, il y aurait d'une part, les modes alternatifs de règlement des litiges, et en particulier l'arbitrage, et d'autre part, les procédures de règlement et de sanction par des autorités administratives, notamment indépendantes. Plus de confusion possible dans l'esprit des citoyens !

En outre, l'unité de juridiction compenserait l'éparpillement de la fonction de juger entre les juridictions de droit commun et les juridictions spéciales qui sont nombreuses dans chacun des ordres, ou la tendance à attribuer à une juridiction de droit commun spécifique la connaissance d'une catégorie particulière d'affaires, le cas échéant selon une procédure dérogatoire. La spécialisation des juges ou des procédures n'est pas condamnable en elle-même, et c'est pourquoi j'ai écrit « compenserait » et non « corrigerait ». Mais dans un cadre unifié, chacun verrait et saurait que, dans tous les cas, c'est la même justice qui est rendue de manière égale pour tous.

Plus fondamental encore serait l'apport de l'unité au droit français, entendu comme l'ensemble des règles applicables sur le territoire de la République, quelles qu'en soient les sources, nationales, européennes, internationales. La présence d'une seule cour régulatrice, assurant l'unité de la jurisprudence, l'identité des interprétations et une pratique uniforme de la hiérarchie des normes, lui ferait gagner beaucoup en fluidité, en homogénéité et en rapidité d'évolution.

Réunissant les deux objectifs d'autorité de la justice et d'efficacité du droit, la fin du dualisme juridictionnel français améliorerait encore la position de notre pays dans le concert juridique européen : une juridiction unique serait mieux à même de dialoguer simplement et rapidement

avec la Cour de justice de l'Union européenne, avec la Cour européenne des droits de l'Homme et avec ses homologues étrangers. Si je ne peux pas apporter la preuve de cette pétition de principe, elle me paraît relever de l'évidence.

## **II. Les avantages subsidiaires de l'unité de juridiction : la fin des inconvénients du dualisme**

Comme le note le premier président de la Cour de cassation, l'unité de juridiction mettrait fin aux inconvénients du dualisme juridictionnel. Mais, comme l'observe le Vice-président du Conseil d'État, il ne faut pas les surestimer. Il est vrai que d'une part, les professionnels du droit savent s'en accommoder et que d'autre part, le législateur<sup>9</sup>, comme la Cour de cassation et le Conseil d'État<sup>10</sup>, ont su en atténuer les effets les plus fâcheux. Leur disparition serait un avantage incontestable de la fusion des ordres, mais seulement subsidiaire car leur gravité n'est pas telle qu'elle justifierait, à elle seule, une réforme aussi considérable.

Le premier avantage serait la disparition des difficultés suscitées par le partage des compétences entre les ordres de juridiction. Des hésitations demeurerait probablement pour savoir quel tribunal précis saisir dans certains cas, mais elles se régleraient aisément : la juridiction unique ayant une compétence générale envers tout le contentieux français, il suffirait d'un mécanisme de règlement et de renvoi simple et rapide pour attribuer l'affaire au juge qui la jugera.

Dès lors, on mettrait fin à la vaine et historique recherche d'un critère général de compétence de la juridiction administrative. L'avantage ne serait pas seulement pédagogique en simplifiant la tâche des professeurs et des étudiants. Il serait aussi pratique, en délivrant les avocats de la crainte qu'ils éprouvent parfois de se tromper d'ordre de juridiction et d'exposer leurs clients à un rejet de leur cause pour incompétence. Il profiterait aussi aux juges, en leur évitant les hésitations, rares mais réelles, sur les limites de leur compétence au regard du dualisme. Surtout, il serait symbolique-

---

9. Par exemple, en confiant en 2011 au juge judiciaire l'essentiel du contentieux des soins psychiatriques sans consentement ou en simplifiant un peu en 2018 la répartition des compétences contentieuses en matière de sécurité sociale et d'aide sociale.

10. Par exemple, avec leurs jurisprudences récentes et convergentes sur la voie de fait ou sur les questions préjudicielles.

ment significatif, en épargnant aux justiciables français et étrangers l'incompréhension qu'ils éprouvent parfois devant les subtilités actuelles du partage mouvant et sinueux des compétences entre les deux ordres de juridiction. Bref, le système deviendrait bien plus confortable pour tout le monde. Or, plus un système paraît simple à ses acteurs et à ses usagers, plus il est efficace, mieux il est accepté et moins on hésite à l'utiliser.

On peut attendre aussi de la fusion qu'elle soit l'occasion d'heureuses rectifications de frontière. La jurisprudence « *Conseil de la concurrence* » (C. const., 23 janvier 1987)<sup>11</sup> n'aurait plus lieu d'être car il deviendrait inutile pour le législateur de s'interroger sur la nécessité, « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ». On pourrait faire par exemple, l'économie des transferts de compétence à la cour d'appel de Paris pour connaître de certaines décisions de certaines autorités administratives ou publiques indépendantes, fausse simplification qui a généré sa propre complexité. À tout le moins, les difficultés rencontrées seraient-elles réglées sans avoir besoin de faire un détour par le Tribunal des conflits.

Car bien sûr, ce dernier disparaîtrait. Certes, il est très rarement saisi<sup>12</sup>, mais son existence et son activité confirment la persistance et le renouvellement des problèmes que pose le dualisme juridictionnel. De même, il n'y aurait plus de questions préjudicielles d'un ordre à l'autre. Dans les deux cas, on ferait l'économie d'incidents qui ralentissent le cours de la justice, altèrent le crédit que lui portent les justiciables et sont coûteux pour eux.

Enfin, les revendications de compétence d'un ordre par rapport à l'autre cesseraient. Comment ne pas songer ici à l'inutile et vive controverse entre le Premier président de la Cour de cassation et le Vice-président du Conseil d'État à propos du contentieux des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence en vigueur de 2015 à 2017 ?

Un autre inconvénient du dualisme juridictionnel prendrait fin : les divergences de jurisprudence entre cours suprêmes et l'incertitude, au moins temporaire, qu'elles font peser sur le sens, la portée et l'application d'une même règle de droit. Avec une seule cour régulatrice, on aurait immédiatement une solution qui s'imposerait à tous les tribunaux. On dit la Cour de cassation et le Conseil d'État attentifs à la jurisprudence de l'autre et soucieux de ne pas se contredire frontalement. En général, cela correspond à la réalité. Il n'en reste pas moins que des divergences entre eux demeurent ou apparaissent sur des points particuliers dont les parties concernées et les spécialistes de la matière sont seuls conscients<sup>13</sup>, ou sur des sujets plus larges et très commentés<sup>14</sup>. Mais il n'y a pas que cela, il arrive que l'une des juridictions se prononce sur un point de droit qui n'a pas encore été soumis à l'autre<sup>15</sup> : tant que ce dernier ne l'a pas tranché, on ne peut pas être certain de l'état du droit ; on le connaîtrait définitivement avec une seule juridiction suprême.

### III. La réfutation de certaines objections à l'unité de juridiction

Dans l'hypothèse très improbable où le pouvoir politique envisagerait de fusionner les deux ordres en une juridiction nouvelle, il se heurterait certainement à de nombreuses et fortes objections, notamment techniques et venant des juges eux-mêmes. Elles ont été présentées dans les discussions antérieures sur le dualisme et rappelees, au moins en filigrane de son propos, par le vice-président du Conseil d'État.

Il me semble que certaines d'entre elles, d'ordre théorique, ne sont pas véritablement pertinentes.

L'objection historique d'abord : le dualisme serait si fortement ancré dans l'identité juridique française qu'y renoncer serait très inopportun, sinon même impossible. Il n'est évidemment pas question de nier ce que le dualisme a apporté de bon au droit de notre pays. Mais si une tradition

11. Dossier « Les trente ans de la décision *Conseil de la concurrence* », *AJDA*, 2017, p. 90.

12. Et même de moins en moins : avec de fortes variations annuelles, le nombre des décisions qu'il a rendues depuis 2000 a oscillé entre 101 (2006) et 31 (2008). La tendance est à la baisse (51 décisions par an en moyenne pour la période 2000-2004 ; 42 pour 2012-2016).

13. Par exemple, la réparation des dommages causés par une vaccination contre l'hépatite ou la sclérose en plaques.

14. Par exemple, le juge compétent et ses pouvoirs en matière d'*exequatur* des sentences d'arbitrage international.

15. Par exemple, l'application d'une nouvelle règle législative de prescription.

est hautement respectable et ne peut être remise en cause que pour des raisons impérieuses, elle ne saurait s'opposer à des évolutions nécessaires. À quoi s'ajoute cette considération que la doctrine doit, me semble-t-il, adopter une posture « uchronique » pour mieux expliquer et évaluer le présent : se demander si les choses auraient pu se passer différemment et comment. Dans notre cas, chacun sait que le dualisme n'a jamais été voulu explicitement par notre constituant ou par notre législateur : il est le fruit de choix parfois hasardeux ou d'interprétations qui n'étaient pas évidentes<sup>16</sup>. Je ne veux pas dire par là que le dualisme aurait été délégitimé d'emblée par quelle qu'erreur que ce fût ! Mais il serait excessif de prétendre qu'il serait résulté d'une volonté clairement exprimée par la Nation de l'inscrire pour l'éternité dans ses gènes juridiques. L'idée d'un « juge naturel » pour connaître d'un type d'affaires particulier n'a rien de... naturel<sup>17</sup>.

À l'unité de juridiction, on oppose fréquemment une objection constitutionnelle<sup>18</sup>. Elle a du poids mais ne me paraît pas péremptoire.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel n'a jamais dit que la Constitution imposait deux ordres de juridiction distincts, mais seulement qu'elle les « reconnaît », ce qui n'est pas la même chose (décision 2010-71 QPC, 26 novembre 2010). Il a certes jugé (dans sa décision « Conseil de la concurrence » de 1987, précitée) que « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, celui selon lequel [...] relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative, l'annulation ou la réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique [...] » ; mais ce principe ne protège la compétence de la juridiction administrative que dans la mesure où elle forme un ordre propre : s'il n'existait plus d'ordre juridictionnel administratif (non plus que judiciaire), la Constitution n'aurait plus à lui garantir une compé-

tence spécifique. L'article 65 de la Constitution institue le Conseil supérieur de la magistrature, mais est muet sur les ordres de juridiction.

En deuxième lieu, la question de constitutionnalité pourrait même ne pas se poser : en effet, la fusion des ordres n'entraînerait pas la disparition de formations dédiées au contentieux administratif au sein de la juridiction nouvelle : en ce sens, il existerait toujours une juridiction administrative, garantissant de la même manière qu'aujourd'hui les droits et libertés des personnes envers l'Administration et leur droit à un recours effectif, ce qui est le véritable objectif constitutionnel.

En troisième lieu, si le pouvoir politique était assez déterminé pour entreprendre une réforme aussi ambitieuse et périlleuse, il n'hésiterait pas à proposer une révision de la Constitution, si elle s'avérait nécessaire.

La troisième objection souvent invoquée est comparative : le dualisme juridictionnel « à la française » serait conforté par l'apparition et la généralisation d'organes spéciaux de règlement des litiges administratifs dans un nombre croissant de pays, en particulier européens<sup>19</sup> ; parmi eux, des pays de *common law*, dont la tradition juridique s'opposait pourtant à l'existence d'une juridiction administrative spécifique. La France serait donc de moins en moins isolée, faisant au contraire figure de précurseur : au moment où des éléments de justice administrative se mettent en place un peu partout, elle ne devrait pas démanteler la sienne. Que répondre à cette analyse, qui ne fait d'ailleurs pas l'unanimité<sup>20</sup> ? D'abord, que s'il est vrai que la tendance est large dans le monde pour créer des organes chargés de régler certains des litiges concernant des administrations publiques, c'est rarement dans un cadre aussi radical que le dualisme français : combien de pays ont-ils créé un tribunal des conflits ? Ensuite, que le dualisme n'a pas été transposé, en Europe même, aux cours de Luxembourg et de Strasbourg, alors que leurs méthodes ont été initialement inspirées par le

16. V. par exemple, Gilles J. Guglielmi, « L'article 4 de la loi : une "erreur de plume" fondement du droit administratif ? », in CURAPP, *La loi du 28 pluviôse an VIII*, PUF, 2000, p. 199.

17. H. Gaudemet-Tallon, « L'introuvable "juge naturel" », in *Nonagesimo anno*, Mélanges en l'honneur de Jean Gaudemet, PUF, 1999, p. 591.

18. V. J.-L. Mestre, « À propos du fondement constitutionnel de la compétence de la juridiction administrative », *RFDA*, 2012, p. 339.

19. Y. Aguila, « La justice administrative, un modèle majoritaire en Europe. Le mythe de l'exception française à l'épreuve des faits », *AJDA*, 2007, p. 290.

20. M. Fromont, « La place de la justice administrative française en Europe », *Dr. adm.*, juillet 2008, p. 8.

modèle français de justice administrative et qu'elles connaissent de différends impliquant au fond les États mais aussi des personnes privées entre elles. Enfin, que dans une juridiction française unifiée, il existerait toujours des tribunaux spécialisés pour les affaires administratives, ce qui, loin de l'éloigner d'un supposé modèle européen, voire mondial, aurait plutôt tendance à l'en rapprocher.

Faudrait-il, en dernier lieu, craindre pour l'avenir du droit administratif dans les mains d'une juridiction unifiée ? Certainement non ! Bien sûr, le principe de liaison de compétence et du fond s'exprimerait de manière nouvelle. Mais celle-ci n'empêcherait pas chacun des tribunaux spécialisés dans une matière (et notamment la matière administrative) d'appliquer plus particulièrement les règles propres à celle-ci. Au demeurant, dans le cadre même du dualisme, chaque ordre a prouvé sa capacité à appliquer le cas échéant les règles de l'autre droit, et en particulier « une jurisprudence établie » de l'autre ordre de juridiction, afin d'éviter de lui poser une question préjudicielle<sup>21</sup>. En outre, on peut invoquer l'exemple du droit pénal : quoique substantiellement proche du droit public et très différent du droit civil, il n'a pas souffert d'être appliqué par le même ordre de juridiction que ce dernier, en vertu d'une tradition que personne ne remet en cause.

## Conclusion

Les réflexions qui précèdent sont incomplètes et sommaires. Mais elles n'avaient pas pour objet de rédiger un projet de loi mettant fin au dualisme juridictionnel ! Un tel projet devrait trancher un nombre considérable de questions techniques aussi importantes que délicates : l'organisation de la nouvelle juridiction, le statut des magistrats la composant (il ne serait pas nécessairement unique<sup>22</sup>), le sort des lois de compétence, l'adaptation des règles de procédure, les mesures transitoires...

Il lui faudrait aussi se prononcer sur le sujet le plus difficile : la compétence consultative du Conseil d'État. Mais il se peut qu'il surgisse rapidement dans le débat public, indépendamment de la question du dualisme. À tort ou à raison, je pressens une nouvelle contestation de la double fonction de juge et de conseil du Conseil d'État. Au fond, elle serait éculée et injuste si elle accusait ce dernier de partialité juridictionnelle. Mais au nom des « apparences », elle pourrait provenir de manière inattendue et brutale de l'opinion publique stimulée par des associations et des médias. Il serait alors très difficile au pouvoir politique d'y résister.

De toute manière, il faudrait bien du courage à celui-ci pour mettre fin au dualisme. Quoique convaincu du progrès de société que serait l'unité de juridiction, je ne l'imagine pas en prendre l'initiative de sitôt, alors que tant d'autres sujets mobilisent son attention et son énergie.

Mais si contre toute attente, il s'y risquait, chacun alors devrait faire un effort de neutralité. La controverse entre le Premier président de la Cour de cassation et le Vice-président du Conseil d'État donne l'impression d'un combat. Ce n'est pas la meilleure manière de faire : laisser le débat tourner en un affrontement entre juges judiciaire et administratif, avec *in fine*, un vainqueur et un vaincu, serait la manière la plus sûre de compromettre la cause de l'unité ! Je redis *que parler de suppression de la juridiction administrative serait non seulement imprudent* (car le Conseil d'État s'y opposerait avec une vigueur particulière<sup>23</sup>), *mais surtout faux, car il ne s'agit pas plus de la supprimer que de supprimer la juridiction judiciaire*. L'enjeu est très différent et bien plus important : mettre fin à la structure de notre justice en ordres, au profit d'une organisation des fonctions juridictionnelles administrative et judiciaire mieux adaptée aux besoins de droit et de justice de notre société. Et cela n'est possible que si chacun adhère à cette vision.

Dans une perspective doctrinale du moins...

21. TC, 17 oct. 2011, *SCEA du Chêneau*.

22. Si les magistrats judiciaires forment un corps unique, il existe quatre corps, chacun avec son statut propre dans l'ordre administratif : Conseil d'État ; cours administratives d'appel et tribunaux administratifs ; Cour des comptes ; chambres régionales et territoriales des comptes.

23. Dont il a fait notamment preuve devant les menaces que le chef de l'État a fait peser sur lui après la décision « Canal, Robin et Godot » du 19 octobre 1962. Les subtils discours du Garde des Sceaux, Jean Foyer, lors de l'installation de la commission chargée d'étudier les problèmes posés par le fonctionnement et les activités du Conseil d'État (4 janvier 1963), puis devant l'Assemblée générale du Conseil d'État (30 mai 1963), en apportent *a contrario* des illustrations éloquentes !

# Dossier

## L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?

### La fin du dualisme juridictionnel : un point de vue universitaire

**Camille Broyelle**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**L**e rôle m'a été confié de défendre le dualisme juridictionnel. Je vais l'endosser, avec conviction.

Avant cela, j'aimerais effectuer quelques précisions.

Je ne me suis pas posé la question de savoir si le dualisme juridictionnel en tant que tel constituait ou non un bon modèle de justice ici, en France, ou partout ailleurs. Je ne défendrai pas, dès lors, le dualisme juridictionnel en tant que valeur absolue.

Je ne le défendrai pas davantage en tant que valeur relative, en tant qu'il constitue un produit de l'histoire et un monument de la tradition juridique française. Incontestablement, le dualisme juridictionnel est la marque du « génie » français. L'argument de la tradition, cependant, ne suffit pas, surtout au regard de l'intitulé que les organisateurs ont choisi pour cette matinée : « Une révolution, la fin du dualisme ». Vous invitez à la révolution. La tradition ne tient pas.

Enfin, dernière précision, je me suis posé la question « comment défendre le dualisme juridictionnel ? » en des termes « administrativo-centrés », c'est-à-dire en m'interrogeant sur les arguments militant en faveur du maintien des juridictions administratives. C'est toujours en ces termes, du reste, que la question est formulée :

s'interroger sur la pérennité du dualisme juridictionnel revient à se demander si l'ordre juridictionnel administratif doit être conservé. L'idée sous-jacente est celle selon laquelle le juge administratif serait une anomalie, un appendice juridictionnel, qui dérogerait au droit commun d'une justice rendue par le juge judiciaire.

Ces précisions faites, je vais défendre le dualisme juridictionnel non sans avoir conscience de la difficulté de la tâche. Celle-ci est difficile en effet parce que les véritables raisons qui militent en faveur du dualisme juridictionnel sont devenues aujourd'hui inaudibles (II) ou, au mieux, honteuses (I).

#### I. Les raisons honteuses

Les raisons honteuses sont liées à l'exorbitance et à l'affirmation selon laquelle l'intérêt général prime sur les intérêts particuliers. Dans les relations entre l'État, qui agit au nom de l'intérêt général, et un particulier, l'État pèse davantage. Il faut dès lors un juge spécial chargé de créer et d'appliquer un droit dont la spécificité réside dans le point d'équilibre à fixer entre des intérêts qui n'ont pas le même poids. L'argument est très classique. Il constitue le manifeste du droit administratif depuis l'arrêt *Blanco* de 1873. Aujourd'hui, cependant, il choque.

Le droit de l'Union n'y est pas pour rien : en perçant progressivement les grandes poches d'exorbitance en matière économique, il a, malgré lui et sans doute au-delà de sa cible, jeté le discrédit sur l'exorbitance elle-même et sur le principe même de la primauté de l'intérêt général sur l'intérêt particulier. Ainsi, progressivement, oublie-t-on que cette primauté constitue un projet politique, et tout se passe comme si défendre l'intérêt général signifiait défendre l'administration. Il ne s'agirait plus de mettre en balance un intérêt particulier et l'intérêt de la société tout entière, mais de privilégier l'administration par rapport au particulier. On pense à ce titre à la formule utilisée par le Premier président Louvel : le juge administratif serait « le juge de l'administration »<sup>1</sup>.

Un autre facteur de régression de l'exorbitance, positif lui, trouve son origine dans la concurrence du juge judiciaire. Celle-ci a contraint le juge administratif à faire aussi bien que lui dans le contentieux économique et en matière de protection des particuliers. Le juge administratif a alors été conduit à se doter des instruments juridictionnels qu'il avait négligés. On songe notamment aux procédures de référé.

Provoquées par ces divers facteurs, la régression de l'exorbitance et la (relative) banalisation du droit administratif nourrissent le discours en faveur de l'unité juridictionnelle et la fin du dualisme. Si les deux juges appliquent les mêmes droits, à quoi sert le juge administratif ? Le Premier président de la Cour de cassation, dans une tribune publiée en juillet 2017, intitulée « Pour l'unité de juridiction », se pose la question : « Personne ne discute plus sérieusement que [le juge administratif] réalise une défense des droits fondamentaux aussi protectrice de l'individu face à l'intérêt général que celle offerte par le juge judiciaire ». « Ce faisant », poursuit-il, « une nouvelle question prend corps et s'impose d'elle-même au débat public : quelle justification peut-on avancer aujourd'hui en faveur de l'existence de deux ordres de juridiction séparés ? »<sup>2</sup>.

Les justifications existent cependant. Si le droit administratif s'est « banalisé », restent bien sûr, même en matière économique, des parts irréductibles d'exorbitance, dont il convient de fixer le périmètre : quelle considération d'intérêt général justifie l'application d'un droit exorbitant ? C'est à un juge fabriqué dans le moule de l'intérêt général qu'il appartient de répondre. Surtout, la nature des enjeux en cause devant le juge administratif est et sera toujours spécifique, l'intérêt général occupant nécessairement l'horizon contentieux.

## II. Les raisons inaudibles

Les raisons inaudibles sont d'ordre institutionnel. Le juge administratif est mieux armé pour créer et appliquer le droit administratif non pas seulement parce qu'il est spécialisé dans les affaires administratives, mais aussi parce qu'il est proche de l'administration. Il est proche de l'administration parce que les juridictions administratives sont dominées par le Conseil d'État qui est conçu pour assurer cette proximité. Aujourd'hui, cet argument n'est pas seulement inaudible, il est mortifère. Quiconque entend défendre le maintien des juridictions administratives est tenu de le nier, ou au minimum le taire.

La proximité est disqualifiée parce qu'elle est synonyme de complicité et de partialité. On peut à ce titre citer de nouveau les propos du Président Louvel : « la critique de l'ordre administratif en tant que défenseur des libertés peut être faite en raison du double rôle du juge administratif dans l'organisation de l'État, conseil et juge, et de la finalité de sa mission orientée vers la primauté de l'intérêt général »<sup>3</sup>.

Proximité et partialité : la Cour européenne des droits de l'homme a joué un rôle majeur dans cette équation<sup>4</sup>. Ont alors été adoptés des mécanismes permettant de contrer cette disqualification : exclusion du rapporteur public du délibéré dans les tribunaux et cours administratifs, règles de déport ou encore règles de déontologie concernant les détachements... Ces

1. B. Louvel, « Pour l'unité de juridiction », tribune du 25 juillet 2017, [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/discours\\_tribunes\\_entretiens\\_2039/tribunes\\_8215/bertrand\\_louvel\\_37436.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_tribunes_entretiens_2039/tribunes_8215/bertrand_louvel_37436.html).

2. *Ibid.*

3. B. Louvel, « Audition sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation », discours du 1<sup>er</sup> mars 2016, [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/prises\\_parole\\_2039/discours\\_2202/premier\\_president\\_7084/projet\\_loi\\_33755.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/premier_president_7084/projet_loi_33755.html).

4. Que l'on songe notamment à l'arrêt CEDH, 7 juin 2001, *Kress c. France*, n° 39594/98.

mesures produisent cependant des effets ambivalents : parce qu'elles constituent des garanties, elles pointent que la proximité du juge avec l'administration n'est pas quelque chose de normal. Paradoxalement, les garanties nourrissent la disqualification de tout point de contact entre le juge administratif et l'administration.

Or, un juge qui sait comment fonctionne l'administration, qui connaît ses besoins, ses travers, n'est pas partisan mais meilleur juge de la légalité. « On ne la lui fait pas », pour dire les choses

de façon triviale. Et si l'on coupe les liens entre le juge administratif et l'administration, le juge perdra toute intelligence de l'administration et il n'existera plus de raisons de conserver la justice administrative. La proximité du juge administratif avec l'administration est devenue honteuse, plus personne n'ose la défendre et affirmer qu'elle est un élément majeur de la compréhension par le juge de l'intérêt général. Il faut pourtant la réhabiliter, de façon décomplexée. La tâche n'est pas aisée, mais elle est nécessaire.

# Dossier

## L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?

### Le dualisme juridictionnel : le point de vue d'un praticien

Jérôme Rousseau

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

**P**oser la fin du dualisme juridictionnel, c'est poser, poliment, la question de la suppression de la juridiction administrative. Entachée d'une réputation de consanguinité avec l'administration elle-même, dont effectivement elle émane, la juridiction administrative est-elle une anomalie dans l'État de droit ?

C'est en tant que praticien que je vous ferai part de mon point de vue, en commençant par vous parler de mes clients, c'est-à-dire du justiciable. Les clients ayant perdu leur procès sont toujours déçus, parfois franchement mécontents. Ils le manifestent au sujet de leur avocat, de l'adversaire, et aussi, souvent, du juge lui-même. Pour les litiges devant la Cour de cassation, ils nous font part, parfois, de craintes de complot. Mon rôle est de les ramener à des considérations plus raisonnables.

Pour les litiges devant le Conseil d'État, les critiques sont tout autres, et il faut bien l'admettre un peu plus rationnelles. Fréquemment, j'entends que le Conseil d'État n'est pas une vraie juridiction. C'était encore plus le cas lorsque le rapporteur public s'appelait encore commissaire du gouvernement. Mais la critique est encore récurrente : il y a dans l'esprit du justiciable une suspicion de collusion entre l'État et le juge de l'État qu'est le juge administratif. Le client, même s'il n'est pas historien, constate que le Conseil d'État est comme son nom l'indique le Conseil de l'État. Aujourd'hui, il subsiste des

ambiguïtés puisque le Conseil d'État conseille et juge le gouvernement et qu'au sein même du Conseil d'État, il existe un dualisme entre les sections administratives qui conseillent le gouvernement et la section du contentieux. Les conseillers d'État naviguent en outre entre le Conseil d'État et l'État lui-même (cabinets ministériels, établissements publics...).

Pour autant, je crois qu'on ne peut pas douter de l'indépendance de la justice administrative. Parce que le juge administratif a donné des preuves de son indépendance. Si l'on discute aujourd'hui de la fin du dualisme, il me semble que c'est moins par défiance envers le juge administratif que par souci de simplification et de rationalisation du système juridictionnel : l'État de droit s'accommoderait-il aussi bien d'un seul ordre juridictionnel ?

De mon point de vue de praticien, j'observe que le dualisme juridictionnel n'a pas ou peu d'inconvénients (I) et qu'il présente même certains avantages (II). Il me paraît procéder d'une nécessaire spécialisation des praticiens, et susciter une saine émulation entre les différents ordres.

#### I. Les inconvénients limités du dualisme

Le dualisme juridictionnel est communément présenté comme un facteur de complexité aussi inutile que difficilement surmontable. Cette diffi-

culté nous paraît surestimée, non seulement parce que les compétences sont réparties assez clairement (A), mais aussi parce que de récents textes facilitent et simplifient la circulation des questions préjudicielles entre les deux ordres de juridiction (B).

### **A. Une répartition assez claire des compétences**

La répartition des compétences n'est en général pas si complexe qu'on le dit. Elle a certes cette mauvaise réputation, peut-être parce que c'est par là que l'on commence les enseignements de droit administratif : on ne sait même pas encore ce qu'est le droit administratif que l'on nous parle d'EPA, d'EPIC, d'Établissement à double visage ou à visage inversé dont l'existence paraît avoir pour seul intérêt de trouver un juge ou un autre.

En réalité, dans la plupart des dossiers, on ne se pose même pas la question. J'ai pris pour exemple les derniers dossiers traités au cabinet : en contentieux de l'excès de pouvoir, un dossier de fonction publique (licenciement pour inaptitude), un refus de permis de construire, une demande d'asile, un dossier de responsabilité hospitalière, un contentieux fiscal de l'établissement de l'impôt et une sanction par une autorité administrative indépendante. Dans aucun de ces dossiers ne s'est posée une difficulté de compétence. Cela n'a évidemment aucune valeur statistique, il s'agit simplement d'une observation. Mais cela illustre que ce n'est pas une question qui se pose au quotidien.

On m'a cependant interrogé tout récemment sur un problème de compétence. Je concède bien volontiers qu'il existe toujours quelques décisions qui peuvent avoir du mal à trouver leur juge. J'ai été interrogé sur la compétence de la juridiction administrative pour connaître d'un recours contre le retrait d'une autorisation d'abattage rituel (c'est-à-dire sans étourdissement de l'animal) délivré à un sacrificateur par une instance religieuse. La compétence administrative peut sembler incongrue, si ce n'est que cette instance était agréée par l'État et qu'en l'absence d'organisme religieux agréé, c'est le préfet qui délivre l'autorisation au sacrificateur. Il se trouve que le juge des référés, qui vient de statuer, s'est déclaré incompétent. Un pourvoi en cassation a été formé. Cela faisait très longtemps que ne s'était posée à moi une question de compétence.

Cela arrive rarement mais, le cas échéant, on réfléchit et on résout.

Pourquoi rarement ? On l'a vu, des règles de compétence sont assez bien établies, avec des blocs de compétences décidés par le législateur, qui permettent d'unifier un contentieux qui pourrait se répartir entre le juge administratif et le juge judiciaire (loi du 31 décembre 1957 sur les accidents de la circulation, loi du 6 juillet 1987 portant transfert du contentieux du conseil de la concurrence à la Cour de cassation, loi du 9 janvier 1986 attribuant au juge administratif la compétence en matière de responsabilité du fait des attroupements et rassemblements).

### **B. Une meilleure régulation des questions préjudicielles**

Les litiges complexes (de droit public impliquant la résolution d'une question de droit privé et inversement) donnent lieu à des questions préjudicielles dont le traitement a été simplifié.

Une simplification procédurale d'abord : le décret du 27 février 2015 prévoit que c'est le juge qui renvoie la question préjudicielle et non les parties. La question préjudicielle est jugée par ailleurs en dernier ressort.

Au fond, les questions complexes sont plus facilement résolues. La théorie de l'acte clair s'applique non seulement pour rejeter la contestation de la validité d'un acte qui ne pose aucune difficulté, mais permet aussi au juge, désormais, d'accueillir une demande de contestation d'un acte ne relevant pas de sa compétence, si une jurisprudence bien établie le lui permet.

Dans la pratique professionnelle, le dualisme juridictionnel n'est donc pas un facteur de complication excessif pour déterminer la juridiction devant être saisie, et, une fois saisie, si le litige s'avère dépendre d'une question relevant d'une autre juridiction, des modalités de résolution peuvent être mises en œuvre. Les conflits demeurent rares, comme en témoigne le nombre limité d'affaires examinées chaque année par le Tribunal des conflits, de l'ordre d'une cinquantaine.

Il faut ajouter que toutes les décisions prises par le Tribunal des conflits ne concernent pas des questions de compétence et peuvent relever de la procédure peu connue de résolution d'une contrariété de jugements entre deux décisions de deux ordres différents pouvant conduire à un déni de justice. L'article 15 de la loi du 24 mai

1872 prévoit que lorsqu'existe entre deux décisions définitives de l'ordre administratif et judiciaire portant sur le même objet une contrariété conduisant à un déni de justice, le Tribunal des conflits peut être saisi.

Dans une affaire en cours, une infirmière ayant été vaccinée contre l'hépatite B dans le cadre de ses fonctions et ayant développé une sclérose en plaques, a vu son action contre le centre hospitalier définitivement rejetée devant le Conseil d'État, en l'absence de lien de causalité entre la vaccination et la pathologie. Dans le cadre d'un litige judiciaire introduit par la même infirmière contre le fabricant de vaccin, la Cour de cassation a validé un arrêt de la cour d'appel qui avait considéré que le vaccin n'était pas défectueux puisque c'était à cause d'un nombre anormal d'injections que la maladie était apparue. On mesure la contradiction : la justice déboute l'infirmière dans les deux cas, une fois en déniaient le lien de causalité entre les vaccins et la maladie, et une autre fois en l'imputant au trop grand nombre d'injections reçues. Il y a une contradiction, que le Tribunal des conflits résoudra peut-être, et peut-être au bénéfice de l'infirmière.

Ceci illustre que le dualisme n'est pas forcément un inconvénient.

## II. Les avantages du dualisme

Le dualisme juridictionnel, loin d'être insurmontable, se révèle au contraire profitable, voire indispensable, non seulement parce que la nécessaire spécialisation des praticiens concerne autant les avocats que les magistrats (A), mais aussi parce que les ordres juridictionnels dialoguent, se jaugent et finalement profitent l'un à l'autre (B).

### A. Le développement de l'expertise

L'inflation législative et la complexification du droit rendent illusoire l'existence d'un juge tout-sachant maîtrisant toutes les branches du droit. Si la culture juridique doit rester généraliste, la pratique commande une certaine spécialisation, que seule autorise l'affectation de magistrats spécifiques au contentieux administratif ou au contentieux de droit privé.

Si le dualisme résulte à l'origine de considérations politiques et d'équilibre des pouvoirs, il est

justifié aujourd'hui par la spécificité du droit public.

Avant d'unifier les juridictions, il faudrait peut-être unifier les droits (par exemple : suppression du statut de la fonction publique et généralisation du contrat de travail ; unification du droit des contrats, qu'ils soient publics ou privés). On doute que la société française soit encline à de telles réformes.

Avant d'unifier les juridictions, il faudrait aussi unifier le recrutement et la formation des magistrats. Aujourd'hui, les droits sont différents, techniques, spécifiques, complexes. Il faut des spécialistes. Ce qui est vrai des avocats l'est aussi des magistrats.

J'anticipe l'objection : il existe bien des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Mais nous ne sommes pas des spécialistes de tout : nous avons une spécialité, qui est la technique de cassation. Pour le reste, nous avons une culture et une pratique pluridisciplinaires, que nous mettons en œuvre sous le prisme de la technique de cassation.

La fin du dualisme, ce n'est pas seulement la fusion des magistrats du Conseil d'État et de la Cour de cassation, ce sont tous les tribunaux et les magistrats qu'il faudrait unifier, dès la première instance. Or, le dualisme, c'est la garantie de magistrats compétents, expérimentés et spécialisés.

Le dualisme présente aussi l'avantage d'une saine émulation.

### B. Une compétition « par l'excellence »

Chaque ordre juridictionnel tend naturellement à imposer son point de vue, son influence, sa culture. Ce n'est évidemment pas par la force qu'il y œuvre, mais par l'intelligence, la conviction et la pertinence des solutions adoptées.

Ce jeu d'influences se pratique dans le cadre d'une compétition par l'excellence. L'expression est empruntée au vice-Président du Conseil d'État, M. Jean-Marc Sauvé.

Par exemple, les autorités administratives indépendantes prononcent des sanctions. Certaines relèvent du juge judiciaire, d'autres du juge administratif. Beaucoup de ces autorités ont été créées sans que le législateur ne se soit vraiment préoccupé de certains principes, notamment la séparation des autorités de poursuite et de jugement : au sein de certaines autorités, c'étaient les mêmes personnes qui décidaient de

se saisir d'un cas particulier et qui ensuite participaient à la décision de sanction. Des questions prioritaires de constitutionnalité ont été posées dans ces contentieux et les premières n'ont pas été transmises au Conseil constitutionnel. Je crois que c'est la dualité juridictionnelle qui a permis de débloquer rapidement ces QPC, aucune juridiction ne voulant paraître comme étant en retard pour résoudre cette difficulté. Le Conseil d'État a fini par transmettre une question prioritaire de constitutionnalité sur ce sujet, suivi de peu par la Cour de cassation. Et le Conseil constitutionnel a prononcé pour un certain nombre d'entre elles une déclaration de non-conformité.

Pour conclure, de mon point de vue de praticien, il y a plus d'avantages que d'inconvénients dans le système dualiste : pour l'intérêt du justiciable, pour la qualité de la justice rendue, pour son indépendance.

À cet égard, l'actualité nous fournit une magnifique illustration : le Conseil d'État vient d'annuler un décret du 5 décembre 2016 qui créait l'Inspection générale de la Justice, et qui pouvait entreprendre des missions de contrôle et d'inspection de services ou de membres de la Cour de cassation. Certains pensaient que le Conseil d'État, après quelques propos critiques du premier Président de la Cour de cassation sur le dualisme juridictionnel, et un dialogue assez vif qui s'était instauré entre les chefs de cours suprêmes, ne viendrait pas au secours de la Cour de cassation.

C'est tout le contraire qui s'est produit, c'est l'honneur du Conseil d'État, de la juridiction administrative et du dualisme juridictionnel. Il nous faut deux jambes pour rester debout. Et l'État de droit aura toujours besoin de ses deux jambes, le Conseil d'État et la Cour de cassation.

# Dossier

## L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?

### La protection des libertés individuelles et le dualisme juridictionnel<sup>1</sup>

Dany Cohen

Professeur à l'École de droit de Sciences Po Paris

**J**e souhaite tout d'abord remercier les étudiants du Master 2 Justice et droit du procès pour avoir si bien organisé ce colloque et pour m'avoir donné le plaisir d'y participer.

Après les intéressantes analyses de ce matin, c'est un autre problème que nous allons aborder maintenant. Je vais pour cela tenir le dualisme juridictionnel pour acquis, en dépit de ce qu'il peut avoir d'archaïque et de contestable à certains égards.

Je suis dès lors tenté, d'une part, de reprendre l'approche qui a été celle de ma thèse<sup>2</sup>, soutenue il y a longtemps dans cette même salle, d'autre part, de mon article de septembre dernier<sup>3</sup> : partir de situations pratiques, en somme des résultats concrets auxquels mène le dualisme juridictionnel – un peu à la manière pragmatique adoptée par la Cour européenne des droits de l'Homme – pour rechercher ensuite, s'il y a lieu, les justifications théoriques ou techniques des différences découvertes et le cas échéant les effets d'ordre plus général de ces différences. Au moment de conclure, il conviendra de compléter cette approche en posant la question de l'intérêt général, largement évoquée ce matin.

Je ne m'appesantirai pas sur les lourds inconvénients pratiques que le dualisme juridictionnel peut entraîner pour les justiciables : pour ceux-ci, déterminer l'ordre juridictionnel compétent pour trancher leur litige s'apparente parfois à un chemin de croix alors qu'on imaginerait naïvement que la justice est au moins en partie conçue pour les justiciables. Afin de remédier partiellement à ces inconvénients, une réforme du Tribunal des conflits a instauré en 2015 un mécanisme de passerelle, ainsi qu'une procédure d'indemnisation lorsque la procédure devant les deux ordres est déraisonnablement longue, ce qui au demeurant est en soi éloquent... Par ailleurs, M. Rousseau soulignait ce matin que le Tribunal des conflits ne rend qu'une soixantaine de décisions chaque année, soit un peu plus d'une par semaine. Mais à cela il faut ajouter que si on l'observe sur un demi-siècle – ou même davantage – la jurisprudence du Tribunal des conflits ne fut pas été une jurisprudence du juste milieu : elle conduisit à placer un champ considérable sous la compétence des juridictions administratives. En d'autres termes, les difficultés rencontrées furent souvent tranchées en attribuant compétence au juge administratif. Peut-être

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

2. D. Cohen, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, thèse Paris II, Economica, 1987.

3. D. Cohen, « La fonte du rôle protecteur des libertés individuelles du juge judiciaire », *JCP G*, 2017, p. 950.

reviendra-t-on ultérieurement sur cette question, qui n'est cependant pas le centre du débat.

Si l'on adopte une approche pragmatique, l'on est tenté de comparer – c'est le cœur du sujet – ce que donne en pratique le dualisme juridictionnel en matière de libertés individuelles. Je ne reviendrai pas sur les questions relatives à la détention, traitées aujourd'hui par M. Trémo-lière, et envisagerai celles qui demeurent. Le paysage est à cet égard contrasté. Si l'on regarde ce qui relève presque naturellement des juridictions administratives – le statut des détenus, le droit au logement, etc. – il existe une jurisprudence protectrice des libertés individuelles, voire, sur le terrain des droits des détenus, audacieuse, (v. en particulier les diverses conclusions de M. Guyomar, rapporteur public). Si en revanche, on s'attache aux points sur lesquels il est possible de procéder à une comparaison entre les ordres judiciaire et administratif, le constat est tout autre.

J'en prendrai deux exemples. Le premier est celui des restrictions apportées aux libertés et en particulier à la liberté fondamentale d'aller et venir.

À peine est-il besoin de dire que ces restrictions ont culminé avec l'état d'urgence ; mais pour nous juristes, les situations marginales ou extrêmes sont un indicateur topique – outre qu'avec les prolongations de l'état d'urgence puis sa pérennisation partielle, ce sommet fait aujourd'hui figure de plateau. Les contentieux en cette matière ont principalement concerné les assignations à résidence qu'autorisait la loi : les personnes visées par ces assignations doivent demeurer dans un lieu déterminé (le plus souvent chez elles) durant la journée, ou pendant la nuit et une partie de la journée, et, pour que l'on puisse s'en assurer, sont astreintes à pointer plusieurs fois par jour au commissariat ou à la gendarmerie. Si l'on pense alors évidemment aux individus qui présentent ou paraissent présenter une menace terroriste pour les autres, le mécanisme dépasse tout aussi évidemment ce cadre. La difficulté tient en effet à ce que les contentieux ne concernaient pas des personnes suspectées d'appartenir à une mouvance terroriste, mais l'assignation à résidence d'un certain nombre de militants écologistes susceptibles de manifester pendant la COP 21 à Paris.

Les arrêts du 11 décembre 2015 par lesquels le Conseil d'État tranche ces litiges sont intéressants à divers égards<sup>4</sup>. Son rapporteur public a ainsi affirmé en substance – sans même tenter une esquisse de démonstration – que la police était occupée et pour cette raison ne pouvait courir après tout le monde. Et il semble avoir jugé superflu de préciser en quoi les écologistes visés par ces assignations à résidence représentaient une menace d'une gravité telle qu'elle commandât de leur interdire d'aller et venir librement. Considérant que cette mesure ne les consignait pas à domicile 24 h/24 (mais seulement 10 à 12 h sur 24), le Conseil d'État a jugé qu'il n'y avait pas là d'atteinte manifeste à la liberté d'aller et venir puisque subsistait encore pour ces personnes une petite liberté de déplacement – étant observé que leur éloignement ne pouvait guère être important puisqu'il leur fallait pouvoir revenir pointer plusieurs fois par jour au commissariat ou à la gendarmerie. La manière dont raisonne le Conseil d'État déconcerte : à le suivre, il n'y a d'atteinte notable à la liberté fondamentale d'aller et venir qu'en cas d'enfermement total, bref si ladite liberté est réduite à zéro.

Il n'était pas interdit de voir les choses autrement, en sorte qu'on admettra qu'il y a donc au moins deux façons d'appréhender la question. Ce qui m'a paru intéressant dans ce contentieux des assignations à résidence est d'une part qu'entre ces deux façons, le Conseil d'État choisit la conception la plus restrictive de la liberté d'aller et venir, d'autre part et surtout qu'il n'a vu aucun inconvénient à ce que les mesures restrictives soient prises pour des causes fort différentes de celles qui ont présidé à leur création. Ainsi rencontre-t-on ici une nouvelle et parfaite illustration du phénomène de « tache d'huile » que les juristes connaissent bien : des mesures *a priori* destinées à un petit groupe particulier jugé extrême et radical s'étendent à d'autres catégories d'individus (on pourrait également se reporter à l'exemple du prélèvement des empreintes génétiques initialement destiné aux délinquants sexuels). De ce point de vue, il me semble que l'on retrouve ici une constante dans les dernières décennies de l'histoire du Conseil d'État : des décisions *a priori* faiblement protectrices des libertés ont légitimé la place qu'a prise le Conseil

4. CE sect., 11 déc. 2015, *M. J. Domenjoud*, req. n° 394989 ; *M. Gauthier*, req. n° 294990 ; *M. Verrier*, req. n° 394991 ; *M. Boileau*, req. n° 394992 ; *Mme Saiter*, req. n° 394993 ; *Mme Crochet*, req. n° 395003 ; *M. C. Domenjoud*, req. n° 395009.

constitutionnel ces dernières décennies dans la protection des libertés fondamentales.

Un deuxième exemple concerne la protection de la liberté de création et d'expression. La rareté des décisions rend difficile de tirer des conclusions autrement que sur la pointe des pieds. On peut toutefois repenser aux affaires marquantes, à commencer par *La religieuse*, film de Jacques Rivette tourné en 1966. Ce film reçoit un premier visa positif d'exploitation, mais le ministre de l'Information intervient pour interdire le film. Cette décision sera censurée par la juridiction administrative<sup>5</sup>. Observons maintenant l'évolution en nous plaçant exactement un tiers de siècle plus tard, avec le film *Baise-moi* de Virginie Despentes (adapté de son livre) et une configuration un peu différente puisque c'est une association ultra-rigoriste qui agissait ici afin d'obtenir que le film fût interdit aux mineurs. La demande est rejetée par le ministre, qui soutient la position des producteurs et interdit seulement le film aux mineurs de moins de 16 ans. Surprise : le Conseil d'État annule la décision du ministre et juge que le film doit être interdit aux mineurs, donnant ainsi raison aux associations intégristes<sup>6</sup>. Ainsi, tandis que dans les années 70 le Conseil d'État s'érige en défenseur de la liberté de création contre le pouvoir politique, trente-trois ans plus tard il désavoue le pouvoir politique qui tentait de défendre cette même liberté.

Plus récemment encore vint l'interdiction du spectacle de Dieudonné par l'autorité préfectorale, interdiction que le Tribunal administratif de Nantes avait annulée mais qu'en appel le Conseil d'État valida par un arrêt expliquant que l'ampleur des troubles que susciterait le spectacle est susceptible de mettre en difficulté les forces de l'ordre (*sic*)<sup>7</sup>. L'honnêteté oblige à dire que voient avec ces affaires d'autres décisions du juge administratif qui ne vont nullement dans ce sens d'une moins grande protection de la liberté d'expression et de création. Par ailleurs, l'affaire Dieudonné se distingue des autres en raison d'une forte pression politique qui ne mettait pas à l'aise. Force est néanmoins de reconnaître que lorsque l'on parcourt sept décennies, de jurisprudence judiciaire cette fois, ce que l'on retient est une tradition ferme et continue de protection de la liberté d'expression et de création.

En pratique, au jour où nous parlons, il y a donc pour le justiciable des différences entre les deux ordres juridictionnels : on ne peut malheureusement attendre la même chose des juges administratif et judiciaire. Le dualisme juridictionnel ne s'en trouve pas remis pas en cause, ne serait-ce que pour une raison de rapport de force, lequel est extrêmement défavorable aux juridictions judiciaires en termes tant de charge de travail que de richesse et de puissance.

Les deux premiers facteurs sont connus. Il est juste possible de rappeler qu'en France, ces dernières années, les dépenses par tête d'habitant pour la justice varient entre 58 et 65 euros (elle se situe en Allemagne entre 103 et 111 euros et s'élève au Royaume-Uni à 150 euros), ce qui montre bien la pauvreté de la justice, contre laquelle on lutte non pas en injectant plus de moyens, mais en déjudiciarisant grâce à un certain nombre de textes. Et l'on doit aussi souligner que les juges, en matière pénale, contribuent (malgré eux ?) à la situation en raison de l'envoie de la population carcérale qui fait que le poste « pénitentiaire » pèse de plus en plus dans le budget de la justice.

Or, il faut admettre que le Conseil d'État supporte une charge de travail moins importante et, par ailleurs, dispose de leviers qui n'existent pas dans l'institution judiciaire, en raison d'un accès plus aisé aux pouvoirs décisionnaires. Ce ne sont pas les qualités du Conseil d'État qui sont en cause : ce qui est en cause – et le phénomène remonte à quelques années – c'est une volonté d'extension du domaine de la juridiction administrative au prix parfois de confrontations. Le phénomène a de quoi impressionner et l'autorité judiciaire peu de chance de contrer cet effet d'influence.

On hésite à ajouter une ultime remarque : on éprouve parfois le sentiment – est-ce parce que les conseillers d'État n'ont pas tous fréquenté les facultés de droit ? – que la voix de la doctrine n'est pas forcément aussi entendue qu'elle ne l'est en droit privé. Il ne s'agit certes pas de prétendre que cette voix soit l'alpha et l'oméga, mais il reste qu'elle émane de personnes extérieures, chercheurs, universitaires, qui s'efforcent de mener la réflexion de manière aussi cartésienne que possible – ce qui pourrait justifier

5. CE Ass., 24 janv. 1975, *Société Paris-Rome Films*, req. n° 72868.

6. CE sect., 30 juin 2000, *Association Promouvoir et Épx Mazaudier et a.*, req. n° 222194 et n° 222195.

7. V. spéc. TA Nantes, ord., 9 janvier 2014, n° 1400110 et CE, ord., 9 janvier 2014, req. n° 374508.

qu'on y prête attention. Or les discours en provenance de l'institution administrative – même si des nuances s'imposent, plus d'ouverture existant devant les tribunaux administratifs que devant le Conseil d'État – donnent parfois une impression différente et peuvent sembler empreints d'une modestie assez discrète.

En définitive, on se trouve ainsi confronté à une situation dans laquelle les lignes sont en train de se déplacer, mais l'on a par instants le sentiment qu'elles bougent davantage pour des raisons d'influence politique et de volonté de pouvoir et que sur des critères de stricte organisation de la justice.

# Dossier

## L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?

### Détention et dualisme juridictionnel Conditions de détention : quel(s) juge(s) pour quelle(s) garantie(s) ?

**Alexandre Trémolière**

Administrateur civil

Chargé d'enseignement aux universités Panthéon-Sorbonne  
et Paris-Descartes

**A**u bénéfice de témoignages, de rapports parlementaires et de la création du Contrôleur général des lieux de privation des libertés (CGLPL)<sup>1</sup>, la question des conditions de détention est devenue une question du débat politique, puis contentieux.

Les actions juridictionnelles entreprises sur ce terrain, portées tour à tour devant le juge judiciaire et devant le juge administratif, ont souligné le paradoxe propre à l'application du dualisme juridictionnel en matière pénitentiaire<sup>2</sup> : d'une part, le juge judiciaire a la maîtrise du temps carcéral, mais est dépourvu de réel moyen vis-à-vis de l'administration pénitentiaire ; de

l'autre, le juge administratif peut contraindre cette administration, allouer des indemnisations aux personnes détenues, sans pour autant pouvoir réellement prévenir l'exécution de peines privatives de liberté dans des conditions attentatoires aux droits fondamentaux.

Or, le regard que portent les détenus sur leurs conditions de détention, vécues comme une atteinte à leurs droits fondamentaux, montre les conséquences négatives de celles-ci pour la poursuite des objectifs assignés aux peines privatives de liberté<sup>3</sup>. En effet, s'il s'agit de « non seulement protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi favoriser l'amén-

1. Respectivement : V. Vasseur, *Médecin-chef à la prison de la Santé*, Paris, Le Cherche Midi, 2000 ; *Prisons : une humiliation pour la République*, Sénat, rapport d'information n° 449 du 28 juin 2000 ; loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation des libertés.

2. Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à nos précédents travaux : A. Trémolière, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *RFDA*, 2017, p. 731, n° 4.

3. J.-M. Delarue, « Les prisons, honte de la République ? », *Après-demain*, n° 30, 2014/2, p. 50 ; F. Khosrokhavar, *Prisons de France. Violence, radicalisation, déshumanisation : surveillants et détenus parlent*, Paris, Robert Laffont, 2016 ; D. Fassin, *Punir, une passion contemporaine*, Paris, Le Seuil, 2017.

dement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion »<sup>4</sup>, l'État de droit implique que la personne détenue continue à bénéficier de ses droits fondamentaux<sup>5</sup>.

L'enjeu se résume alors à une question, apparemment simple, mais en réalité complexe : la personne alléguant des conditions de détention non compatibles avec ses droits fondamentaux dispose-t-elle de moyens pour mettre fin à cette situation et, surtout, pour prévenir sa réalisation ? Autrement dit, au-delà de la multiplicité des juges qui s'intéressent à sa situation, le détenu dispose-t-il d'une voie de recours efficace ?

Si le juge administratif a pu se montrer audacieux face au juge pénal quant à l'appréhension des conditions de détention, tous deux ont intégré les contraintes propres au milieu carcéral pour moduler leur action indépendamment l'un de l'autre (I). Toutefois, les garanties qu'ils proposent, bien que complémentaires, n'apparaissent pas suffisantes pour permettre une action préventive, qui requiert une vision partagée et opérationnelle des juges chargés de la détention (II).

## **I. Du juge pénal au juge administratif : les conditions de détention face aux limites de la loi et aux contraintes de l'administration**

Développé sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH)<sup>6</sup>, le contentieux des conditions de la détention offre aujourd'hui aux personnes détenues des garanties complémentaires, tant dans leur approche que dans leur champ, mais qui s'avèrent réciproquement hermétiques.

### **A. Un contrôle a posteriori des conditions de détention**

En première ligne sur les questions pénitentiaires, le juge pénal a été invité à apprécier la compatibilité d'une détention avec le respect de la dignité humaine et la prohibition des traitements inhumains et dégradants. C'est ainsi qu'en matière de détention provisoire, la Cour de cassation, après avoir confirmé qu'il n'appartenait pas aux juges de porter une appréciation sur les conditions matérielles de l'incarcération, qui dépendent de la seule administration pénitentiaire<sup>7</sup> et sont étrangères aux prévisions de l'article 144 du Code de procédure pénale<sup>8</sup>, a estimé qu'il ne pouvait être dérogé à cette position que si le prévenu fait état d'« éléments propres à la personne concernée, suffisamment graves pour mettre en danger sa santé physique ou mentale »<sup>9</sup>.

Quant au juge de l'application des peines, si la Cour de cassation estime que le moyen doit être examiné<sup>10</sup>, aucun arrêt n'a, à ce jour, validé le principe d'un aménagement de peine tenant compte des conditions de détention, sauf dans le cas particulier de leur incompatibilité avec l'état de santé du détenu<sup>11</sup>.

Enfin, au fond, le juge pénal ne s'estime pas compétent pour apprécier les conséquences pénales à tirer de conditions de détention dégradées : il considère en effet que « les conditions de détention en maison d'arrêt, fussent-elles indignes, n'entrent pas dans les précisions de l'article 225-14 du Code pénal et ne peuvent admettre aucune qualification pénale »<sup>12</sup> et que de tels faits ne peuvent qualifier un état de nécessité propre à justifier une évasion<sup>13</sup>. Au bénéfice de cette interprétation stricte de la loi<sup>14</sup> et malgré certaines tentatives des juges du fond,

4. Cons. const., 20 janv. 1994, n° 93-334 DC.

5. V. l'arrêt de la Cour suprême du Canada, 31 oct. 2002, *Sauvé c. Canada*, 2002 CSC 68, § 40.

6. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau, « Le juge administratif et le détenu », *AJDA*, 2008, p. 128 ; M. Guyomar, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA*, 2009, p. 413.

7. Crim., 28 nov. 1996, n° 96-83.987, *Bull. crim.*, n° 438 ; Crim., 22 févr. 2017, n° 16-87.270, Inédit.

8. Crim., 27 janv. 1998, n° 97-86.014, Inédit.

9. Crim., 29 févr. 2012, n° 11-88.441, *Bull. crim.*, n° 58 ; Crim. 9 août 2017, n° 17-83.097, Inédit.

10. Crim. 7 janv. 2009, n° 08-83.364, Inédit ; Crim. 28 sept. 2016, n° 15-82.678, Inédit ; Crim. 10 mai 2017, n° 17-81.280, Inédit.

11. Crim., 7 janv. 2009, n° 08-83.364, Inédit.

12. Crim., 20 janv., n° 08-82.807, *Bull. Crim.* n° 18.

13. Crim., 6 juin 2012, n° 11-86.586, Inédit.

14. Abstraction étant faite ici du contentieux porté devant la Commission nationale de réparation des détentions. À cet égard : A.-G. Robert, « Conditions de détention : lorsque les juges nationaux prennent le relais de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit pénal*, n° 10, oct. 2013, ét. n° 15.

les magistrats judiciaires restent à distance des conditions de la détention qu'ils sont pourtant tenus de constater régulièrement<sup>15</sup>.

En regard de cette jurisprudence, celle du Conseil d'État paraît plus ouverte. Non seulement le juge administratif s'intéresse aux actes administratifs relatifs aux conditions de détention<sup>16</sup>, mais surtout deux voies procédurales permettent d'intervenir directement sur ces conditions de détention. D'une part, il est possible de présenter, y compris par la voie du référé-provision, une action du fait de conditions de détention attentatoires à la dignité humaine<sup>17</sup>. Le Conseil d'État considère même que des conditions de détention, attentatoires à la dignité humaine, engendrent, par elles-mêmes, un préjudice moral<sup>18</sup>. D'autre part, les personnes détenues peuvent saisir le juge du référé-liberté afin de faire cesser les atteintes graves et manifestement illégales à leurs libertés fondamentales. Le juge des référés est ainsi intervenu à Marseille<sup>19</sup>, à Nîmes<sup>20</sup> et à Fresnes<sup>21</sup> pour enjoindre à l'administration des mesures d'urgence destinées à faire cesser ces atteintes. Le juge du référé mesures-utiles peut également s'avérer précieux en cas de péril grave<sup>22</sup>.

Si ce rapide panorama montre que le juge administratif offre des outils aux personnes détenues qui souffrent de conditions de détention indignes, plus efficaces que ceux du juge judiciaire, on ne peut toutefois que constater que cette intervention est essentiellement *a posteriori*. Il n'est donc pas possible, malgré cette pluralité de juges aux moyens variés, de prévenir l'atteinte à la dignité de la personne détenue.

## B. L'intégration des contraintes législatives

Un examen croisé des décisions rendues par la Cour de cassation et le Conseil d'État s'agissant de la prise en compte des conditions de détention conduit à relever un autre point commun, au-delà de cette dualité de juridictions : les contraintes que font peser, sur leur office, les dispositions législatives.

En effet, d'une part, les réticences du juge judiciaire tiennent essentiellement à la circonstance qu'aucune des dispositions légales encadrant son office ne lui permet de tenir compte des conditions de détention. Une piste avait, cependant, été envisagée pour s'en extraire : la Cour de cassation avait été invitée par un de ses avocats généraux à considérer que le moyen tiré de la violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme du fait des conditions de détention à Nouméa pouvait être retenu au regard de l'article préliminaire du Code de procédure pénale<sup>23</sup>. La chambre criminelle a néanmoins préféré se référer aux seuls articles 137-3, 143-1 et suivants qui régissent la détention provisoire<sup>24</sup>. M. Yengo qui n'a donc pas pu être libéré, en dépit de la situation particulièrement dégradée du centre pénitentiaire de Camp-Est<sup>25</sup>, a saisi le juge administratif d'un référé-provision pour être indemnisé, mais également la CEDH qui n'a pu que constater un manquement de la France à ses obligations conventionnelles<sup>26</sup>.

S'agissant du juge administratif, d'autre part, il examine les conditions de détention à la lumière des critères légaux posés par l'article 22 de la loi pénitentiaire, selon lequel le respect de la dignité et des droits de la personne détenue ne

15. Art. 10 de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009.

16. Par ex. : les fouilles corporelles, CE, 12 mars 2003, *Garde des Sceaux c/ M. F.*, n° 237437, au Rec. ; le placement à l'isolement, CE, 17 déc. 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons (OIP)*, n° 293786, au Rec. ; le régime de détention, CE, 28 mars 2011, *Garde des Sceaux c/ M. B.*, n° 316977, au Rec. ; la retenue du matériel informatique, CE, 9 nov. 2015, *M. D.S.P.*, n° 383712, aux tables.

17. CE, Sect., 6 décembre 2013, *Théron*, n° 363290, au Rec. ; CE, 13 janvier 2017, *M. C.*, n° 389711, au Rec.

18. CE, 5 juin 2015, *M. L.*, n° 370896, aux tables.

19. CE, ord. réf., 22 déc. 2012, *OIP et autres*, n° 364584, au Rec.

20. CE, ord. réf., 30 juil. 2015, *OIP et ordre des avocats au barreau de Nîmes*, n° 392043, au Rec.

21. CE, 28 juil. 2017, *OIP*, n° 410677, au Rec.

22. CE, Sect., 5 févr. 2016, *M. B.*, n° 393540 et n° 393541.

23. Concl. G. Lacan (Dalloz Actualité du 17 mars 2012) sur Crim. 29 févr. 2012, n° 11-88.441, *Bull. crim.*, n° 58.

24. Crim. 29 févr. 2012, préc.

25. CGLPL, Rapport de visite au centre pénitentiaire de Nouméa, 2011, publié sur le site [www.cglpl.fr](http://www.cglpl.fr).

26. CEDH, 21 mai 2015, *Yengo c. France*, n° 50494/12.

peuvent faire l'objet « d'autres restrictions que celles résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes ».

Ces restrictions apportées aux droits et libertés des personnes détenues ne peuvent manquer d'interroger. Au-delà de l'avertissement formulé par le rapporteur du texte au Sénat (« ces restrictions, cependant, en raison de leur caractère éminemment flou, ont toujours permis aux établissements pénitentiaires de jouir, au fond, d'une autonomie considérable, car on peut tirer de telles phrases toutes les conséquences que l'on souhaite »<sup>27</sup>), il est intéressant de voir comment le juge administratif en tient compte.

En premier lieu, le droit au respect de la vie et le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, par leur caractère absolu, ne sont pas soumis à ces restrictions<sup>28</sup>. En outre, il est nécessaire qu'un droit ou une liberté fondamentale puisse être invoqué. Or, le contentieux porté devant le Conseil d'État montre que cela n'est pas toujours évident<sup>29</sup>.

En second lieu, s'agissant de ces critères restrictifs, un certain flou apparaît en pratique. S'il a pu parfois considérer que la sécurité et le bon ordre faisaient partie des contraintes inhérentes à la détention<sup>30</sup>, le juge administratif a surtout eu l'occasion à plusieurs reprises de se référer aux contraintes matérielles pesant sur l'administration, qu'il s'agisse des modalités d'installation de téléphones assurant la confidentialité des conversations<sup>31</sup>, ou de la possibilité de servir une alimentation respectant les convictions religieuses, « eu égard à l'objectif d'intérêt général du maintien du bon ordre des établissements pénitentiaires et aux contraintes matérielles propres à la gestion de ces établissements »<sup>32</sup>.

L'ordonnance rendue à l'été 2015 sur la maison d'arrêt de Nîmes<sup>33</sup> annonce une certaine précision quant à l'emploi de ce critère : d'une part, le Conseil d'État affirme que « le caractère manifestement illégal de l'atteinte à la liberté fondamentale en cause doit s'apprécier en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente » ; d'autre part, il expose la nécessité de tenir compte d'une contrainte juridique particulière pesant sur l'administration pénitentiaire, à la lumière de laquelle il apprécie les mesures déjà mises en œuvre pour prévenir les atteintes aux droits fondamentaux : l'absence de maîtrise des décisions de mises sous écrou.

Cette approche, très ancrée dans la réalité de la gestion de la détention, est pleinement conforme à la manière dont le juge administratif appréhende les questions de droits fondamentaux. Néanmoins, elle est très éloignée du juge judiciaire qui ne tient pas compte de ces contraintes administratives, dont il n'est pas évident qu'elles suffisent à caractériser les restrictions aux droits fondamentaux identifiées par la CEDH au titre du « niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention » et des « exigences pratiques de l'emprisonnement »<sup>34</sup>.

Or, si le juge administratif a pleinement montré sa capacité à appréhender la question de la dignité humaine, du droit à la vie et de la prévention des traitements inhumains et dégradants, la lecture administrative de l'exécution de mesures judiciaires privatives de liberté, bien que conforme à sa mission et palliant de manière bienvenue la carence du juge judiciaire, montre ici ses limites et la nécessité de construire une vision partagée et opérationnelle des conditions de détention.

---

27. L. Mermaz, compte-rendu intégral de la séance du 4 mars 2009.

28. CE, 28 juil. 2017, préc. ; CE, ord. réf., 28 juil. 2016, *M. A*, n° 401800, Inédit.

29. CE, ord. réf., 27 mai 2005, *OIP*, n° 280866, au Rec., concernant l'organisation d'un débat politique préalablement à un référendum ; CE, 9 nov. 2015, n° 380982, aux tables, concernant le matériel informatique ; CE, 15 juil. 2010, n° 340313, inédit, s'agissant des objectifs d'insertion et de réinsertion attachés aux peines ; CE, 3 févr. 2016, n° 376269, aux tables, concernant du matériel informatique.

30. CE, 20 févr. 2013, n° 364081, aux tables ; CE, 25 mars 2015, n° 374401, aux tables.

31. CE, 23 juil. 2014, n° 379875, Inédit.

32. CE, 25 févr. 2015, n° 375724, aux tables ; également, s'agissant de la cantine : CE, 10 févr. 2016, n° 385929, au Rec.

33. CE, ord. réf., 30 juil. 2015, préc.

34. CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96.

## II. Au-delà du dualisme juridictionnel : la nécessaire construction d'une vision partagée et opérationnelle des conditions de détention

L'ensemble des recours ouverts actuellement aux personnes détenues pour faire valoir des conditions de détention indignes laisse ouverte la question des moyens de prévenir la survenance de telles conditions. L'enjeu attaché au règlement préventif de telles difficultés appelle, plus largement, une réflexion globale sur ce que doit être le rôle du juge dans le traitement des questions pénitentiaires.

### A. L'enjeu d'un règlement préventif

Tirant les conséquences de l'absence d'ouverture du juge judiciaire à la question des conditions de détention, le juge administratif a permis l'utilisation de ses référés afin de mettre fin à certaines situations. Suivant la formule désormais consacrée, « il appartient au juge des référés, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 précité et qu'il constate une atteinte grave et manifestement illégale portée par une personne morale de droit public à une liberté fondamentale, de prendre les mesures qui sont de nature à faire disparaître les effets de cette atteinte »<sup>35</sup>. Les mesures prises ne sont alors que des mesures de sauvegarde qui, certes, préviennent la survenance d'un dommage plus important ou sa continuation, mais qui, par elles-mêmes, ne préviennent pas les atteintes aux libertés fondamentales concernées.

Cette absence de recours préventif en matière de conditions de détention constitue aujourd'hui un point d'attention soumis à l'examen de la CEDH. Dans l'arrêt *Yengo c. France* du 21 mai 2015, la Cour avait estimé qu'à l'époque des faits « le droit français n'offrait au requérant aucun recours susceptible d'empêcher la continuation des conditions de détention qu'il subissait ou d'obtenir une amélioration de celles-ci » (§ 69), relevant néanmoins l'évolution jurispru-

dentielle survenue ultérieurement à travers le référé-liberté relatif aux Baumettes. La Cour s'abstient néanmoins de préciser si cette voie de recours devant le juge administratif est suffisante pour satisfaire à l'exigence, tirée de l'article 13 de la Convention<sup>36</sup>, d'une coexistence de recours préventif et compensatoire en matière de conditions de détention. Cette question est au cœur de deux affaires actuellement pendantes<sup>37</sup>.

Or, un recours préventif effectif se caractérise, selon la Cour, par le fait qu'il permet à la personne concernée d'« obtenir des juridictions internes un redressement direct et approprié, et pas simplement une protection indirecte de ses droits »<sup>38</sup> et « le meilleur redressement possible est la cessation rapide de la violation du droit à ne pas subir des traitements inhumains et dégradants »<sup>39</sup>.

Deux éléments nous paraissent alors décisifs pour apprécier si le détenu, en France, dispose, entre « ces » deux juges, d'une voie procédurale effective pour obtenir un redressement direct et approprié au sens de la jurisprudence européenne.

D'une part, il importe que les mesures prononcées par le juge administratif soient efficaces, et qu'elles soient donc exécutées. Le juge administratif paraît disposer de pouvoirs et d'outils pertinents pour cela. Il a ainsi pu, dans le cadre du référé-liberté, prononcer des mesures efficaces : éradication des animaux nuisibles<sup>40</sup>, l'ordonnance posant certaines conditions pour que la mesure soit considérée comme exécutée ; respect des règles de sécurité prescrites par la sous-commission départementale de sécurité, suppression des matelas au sol et distribution des produits d'entretien des cellules<sup>41</sup>. Néanmoins, compte tenu des caractéristiques propres à son office en référé-liberté, le juge administratif se satisfait, pour régler une situation qu'il juge lui-même attentatoire à la vie privée des personnes détenues et susceptible de les exposer à un traitement inhumain ou dégradant, d'une injonction « de prendre, dans les meilleurs délais, toutes les

35. CE, 28 juil. 2017, préc. (nous soulignons).

36. CEDH, 10 janv. 2012, *Ananyev et autres c. Russie*, n° 42525/07 et n° 60800/08, § 98.

37. CEDH, F.R. c. France, n° 12792/15 et E.C. c. France, n° 52965/17L.

38. CEDH, 20 oct. 2011, *Mandić et Jović c. Slovaquie*, n° 5774/10 et 5985/10, § 107.

39. CEDH, 8 janv. 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, n° 43517/09, § 50.

40. CE, ord. réf., 22 déc. 2012, préc., s'agissant des Baumettes.

41. CE, ord. réf., 30 juil. 2015, préc., s'agissant de Nîmes.

mesures qui apparaîtraient de nature à améliorer, dans l'attente d'une solution pérenne, les conditions matérielles d'installation des détenus »<sup>42</sup>, ce qui ne permet pas d'apporter de réponse réellement pérenne à des difficultés structurelles.

D'autre part, et dans la mesure où l'une des limites de l'office du juge administratif tient à la prise en compte des contraintes de l'administration, l'existence d'une voie de recours appropriée ne peut résulter de la seule existence de ce référé, manifestement inadapté pour régler une situation de surpopulation carcérale, dont dépend une partie non négligeable de la problématique des conditions de détention. Dans ce contexte, et nonobstant la réserve exprimée jusqu'à présent par la Cour de cassation, c'est donc, dans le cadre du dualisme juridictionnel, une intervention réellement complémentaire du juge judiciaire et du juge administratif qui semble être la voie la plus appropriée pour assurer un traitement juridictionnel adapté des questions de conditions de détention.

### **B. Une approche juridictionnelle unifiée des questions pénitentiaires**

Alors que le contentieux des conditions de détention s'est développé sous l'influence de la CEDH<sup>43</sup>, force est de constater que les solutions admises aujourd'hui, dans le cadre du dualisme juridictionnel, ne sont pas pleinement satisfaisantes.

Évidemment, ni le juge administratif ni le juge judiciaire ne pourront suppléer la carence du législateur dans l'octroi des moyens nécessaires à la garantie de conditions de détention plus favorables dans tous les établissements. Pourtant, le champ de compétence et les pouvoirs propres à chacun des ordres de juridictions laissent une zone grise qui échappe, aujourd'hui, au contrôle juridictionnel national et il appartient au juge, en dernier lieu, d'assurer la protection des droits des individus face aux carences de l'État.

À cet égard, on ne peut manquer de se référer à l'arrêt *Brown vs. Plata* de la Cour suprême des États-Unis<sup>44</sup> : « Une prison qui prive les détenus des besoins de base, y compris les soins médi-

caux, est incompatible avec le concept de dignité humaine et n'a pas sa place dans une société civilisée. / Si le gouvernement échoue à remplir ses obligations, les juridictions ont le devoir de remédier à la violation du huitième amendement qui en résulte [prohibition des peines cruelles ou inhabituelles]. Les juridictions doivent être sensibles aux intérêts de l'État en matière de sanction, de dissuasion et de réhabilitation, ainsi qu'à la nécessaire déférence pour ceux qui ont l'expertise et l'expérience de la gestion des prisons, qui affrontent la tâche difficile consistant à héberger des nombres très importants de condamnés. Les juridictions ne doivent cependant pas reculer devant leur obligation d'imposer l'exécution des droits constitutionnels de toutes personnes, y compris des détenus. Les juridictions ne doivent pas tolérer que des violations des droits constitutionnels perdurent simplement parce qu'y remédier constituerait une intrusion dans le domaine de l'administration des établissements pénitentiaires ».

Sur ce fondement, la Cour suprême a confirmé l'arrêt de la juridiction de Californie ordonnant la libération des 46 000 détenus que les prisons californiennes n'avaient pas la capacité matérielle d'accueillir dans des conditions conformes à leurs droits fondamentaux. Pour ce faire, les juges mettaient en œuvre une disposition spécifique de la loi californienne leur octroyant un tel pouvoir.

Si les juges français ne disposent pas d'une telle compétence, ni de la légitimité suffisante pour prendre de telles mesures, on peut s'interroger sur la capacité des juridictions françaises à pouvoir assurer la prééminence des droits fondamentaux des personnes détenues avec une telle force. Le Conseil d'État acte d'ailleurs, dans sa décision du 28 juillet 2017, l'impossibilité juridique, dans le cadre de ses pouvoirs, de mettre fin à la violation des droits fondamentaux qu'il constate, le juge judiciaire étant seul maître du temps carcéral, et donc de la mise sous écrou.

Nous sommes alors face à une impasse, que le parcours contentieux de M. Yengo entre les deux

42. CE, 28 juil. 2017, préc., s'agissant de Fresnes.

43. M. Guyomar, « L'extension du contrôle : le cas du milieu carcéral », *JCP A*, 2010, n° 7, n° 2065. Sur cette jurisprudence : B. Ecochard, « L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garanti par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2003, p. 99.

44. Cour suprême des États-Unis, 23 mai 2011, *Brown vs. Plata*, n° 09-1233.

ordres de juridictions et devant la CEDH, illustre. Ce constat appelle deux réflexions.

D'une part, il demeure une zone d'ombre dans l'intervention du juge administratif des référés. Il apparaît en effet que, sur le plan indemnitaire, il n'hésite pas à reconnaître un préjudice né de certaines conditions de détention, pour lesquelles, sur les référés d'urgence, en revanche, il s'estime dépourvu de moyen d'action. Or, la surpopulation n'est pas la cause exclusive de conditions de détention contraires aux droits fondamentaux, et des actions peuvent être attendues de l'administration pénitentiaire pour y remédier, actions qui sont conditionnées à l'allocation par le pouvoir politique des moyens adéquats.

D'autre part, le juge pénal et le parquet détiennent la clé de la question de la surpopulation, qui constitue indéniablement un facteur d'aggravation des violations des droits fondamentaux des personnes détenues. Le CGLPL, dans son récent rapport *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale*<sup>45</sup>, proposait, outre la mise en place d'une véritable politique publique qui ne considère plus la surpopulation carcérale comme une question seulement pénitentiaire, que les magistrats soient plus attentifs aux conditions de détention, qu'ils soient plus proactifs dans les aménagements de peines et qu'une réflexion soit engagée sur le rapport de nos juridictions pénales à l'emprisonnement.

On constate ainsi que, tant du côté du juge administratif que du juge judiciaire, la question carcérale n'est pas suffisamment prise en compte, et cette séparation entre les deux ordres, telle qu'elle est appliquée aux questions pénitentiaires, conduit à des interventions non coordonnées, extérieures l'une à l'autre et qui s'avèrent,

*in fine*, insuffisamment adaptées pour trouver des solutions réelles aux problématiques complexes du milieu carcéral.

À défaut d'émergence d'un juge de la détention, comme cela avait pu être envisagé<sup>46</sup>, la prise en compte de ces questions implique donc un changement pour les deux ordres de juridictions, qui permette d'avoir une vision unifiée et opérationnelle de la détention et de la peine privative de liberté, afin que, au-delà du dualisme, les conditions de détention soient conformes à nos principes démocratiques. Il manque donc encore un – ou des – juge(s) de la détention qui soient en mesure, comme le relevait la Cour suprême, de ne « pas tolérer que des violations des droits constitutionnels perdurent simplement parce qu'y remédier constituerait une intrusion dans le domaine de l'administration des établissements pénitentiaires ».

Cette vision d'ensemble de la problématique carcérale, qu'elle conduise à l'émergence d'un juge de la détention ou qu'elle soit partagée entre les différents acteurs actuels, suppose évidemment une volonté politique. Or, les juges peuvent avoir un rôle moteur en la matière. Comme le relevait Michel Foucault, « Un fait est caractéristique : lorsqu'il est question de modifier le régime de l'emprisonnement, le blocage ne vient pas de la seule institution judiciaire ; ce qui résiste, ce n'est pas la prison-sanction pénale, mais la prison avec toutes ses déterminations, liens et effets extra-judiciaires ; c'est la prison, relais dans un réseau général des disciplines et des surveillances ; la prison, telle qu'elle fonctionne dans un régime panoptique. Ce qui ne veut pas dire qu'elle ne peut pas être modifiée, ni qu'elle est une fois pour toutes indispensable à un type de société comme la nôtre »<sup>47</sup>.

45. *Rapport Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale*, CGLPL, Paris, Dalloz, 2018.

46. Concl. P. Frydman sur CE, Ass., 17 février 1995, *Marie*, RFDA, 1995, p. 353.

47. M. Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, Paris, 1975, p. 357.

# Dossier

## L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?

### Les autorités administratives indépendantes et le dualisme juridictionnel

Hervé Lécuyer

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**D**es deux termes mis en relation, l'un, le dualisme juridictionnel, se laisse aisément saisir, tandis que l'autre, les autorités administratives indépendantes, reste entouré de mystère.

Un flou certain entoure la notion et la catégorie. Les récents efforts du législateur, précédés par diverses initiatives<sup>1</sup>, n'ont pas contribué à le résorber. Deux lois, l'une organique (loi n° 2017-54), l'autre ordinaire (loi n° 2017-55), du 20 janvier 2017 se saisissent du phénomène avec pour ambition essentielle d'organiser un contrôle parlementaire sur ces autorités<sup>2</sup>.

— L'occasion ne fut pas saisie de donner une définition légale des autorités administratives indépendantes. La loi prend néanmoins soin de distinguer *a priori* autorités *administratives* indépendantes et autorités *publiques* indépendantes ; elle dresse encore une liste des autorités. La distinction des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes vient très tôt dans la loi ordinaire<sup>3</sup>. Elle repose sur

un critère classique : l'autorité publique indépendante, à la différence de l'autorité administrative indépendante, a la personnalité morale<sup>4</sup>.

— En outre, une liste des autorités est dressée et fournie en annexe de la loi ordinaire. Vingt-six autorités y sont recensées, classées par ordre alphabétique. La distinction des autorités publiques et administratives est immédiatement négligée, les unes et les autres étant confondues dans la liste. L'Autorité des marchés financiers, autorité publique<sup>5</sup>, s'insère entre l'ARJEL et l'autorité de sûreté nucléaire qui revêtent, elles, la qualification d'autorités administratives indépendantes.

Beaucoup seront surpris de voir le législateur s'arroger l'exclusivité du pouvoir d'identification des autorités. Auparavant, ils étaient nombreux à délivrer les actes de baptême : Conseil constitutionnel, Conseil d'État, législateur voire auteurs. Qu'est-ce qui justifie cette manœuvre de confiscation de la qualification par le législateur ?

1. V. not. Rapport Dosière et Vanneste, examiné le 28 oct. 2010 par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques.

2. F. Chaltiel, « La loi relative aux autorités administratives indépendantes », *LPA*, 30 avr. 2018, p. 8 ; A. Bellezza, « Brèves observations relatives aux lois du 20 janv. 2017 concernant les autorités publiques et administratives indépendantes », *Rev. science criminelle*, juill. 2017, p. 560.

3. Article 1<sup>er</sup> : « Les titres I<sup>er</sup> à IV de la présente loi constituent le statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes dont la liste est annexée à la présente loi ».

4. Article 2 : « Les autorités publiques indépendantes disposent de la personnalité morale ».

5. Art. L 621-1 Code mon. et fin.

Quels critères ont commandé ses choix ? Pourquoi retenir l'Autorité de sûreté nucléaire mais exclure l'ACPR qui avait pourtant reçu de la loi elle-même la qualification d'autorité administrative indépendante<sup>6</sup> ?

La loi ne définit pas son objet ; la doctrine s'en est chargée. Le thème permet une approche large du phénomène des autorités administratives, justifiant que l'on dépasse la distinction des autorités administratives – *stricto sensu* – et des autorités publiques. La définition proposée par Pierre Nihoul peut, dès lors, être retenue : « Une autorité, dotée ou non de la personnalité juridique, à qui le législateur (voire le pouvoir exécutif dans le cadre de son pouvoir réglementaire autonome) entend reconnaître une marge d'autonomie incompatible avec la soumission de cette autorité à un contrôle hiérarchique ou de tutelle, et ce afin, principalement, de permettre à cette autorité d'exercer ses compétences avec la plus grande objectivité et impartialité »<sup>7</sup>.

Il n'est guère aisé de définir la relation existant entre autorités administratives indépendantes et dualisme juridictionnel. Il est manifeste qu'elle s'épanouit sous le sceau de la complexité. Au-delà de la complexité apparente (I) il pourrait se trouver encore des causes de complexification de la relation (II).

## I. La complexité de la relation

La complexité de la relation s'exprime dans un triple mouvement de dépassement, de brouillage et d'écartèlement.

### A. Dépassement

Le dépassement du dualisme se vérifie dans la composition des autorités. Fréquemment, celles-ci agrègent des représentants des deux ordres juridictionnels.

Le Code de commerce prévoit ainsi, pour l'Autorité de la concurrence, que son collège comprend, notamment « six membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour de cassa-

tion, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires » (C. com., art. L. 461-1 II). Une même composition bigarrée caractérise le collège de l'Autorité des marchés financiers et sa commission des sanctions<sup>8</sup> et les exemples ne s'arrêtent pas là.

Ce dépassement par l'association des forces issues des deux ordres n'est pas toujours vu favorablement : « Le processus de désignation des membres des AAI favorise un sentiment d'entre soi, de consanguinité ou d'endogamie. Cette situation ne résulte pas uniquement des règles prévues par le législateur mais aussi de la pratique issue du modèle administratif français, valorisant les "grands corps de l'État". Ainsi, les membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes occupent plus de 30 % des sièges et 60 % des présidences de ces autorités. 22 de ces membres cumulent plusieurs fonctions au sein de deux, trois voire quatre de ces autorités. Dans la durée, certains membres deviennent de véritables "professionnels" des AAI (directeur général, membre puis président). En définitive, le recrutement dénote un tropisme parisien »<sup>9</sup>.

### B. Brouillage

La frontière naturelle séparant les deux ordres a été profondément déplacée, redessinée par le législateur, dans le domaine des autorités administratives.

Le propos peut être illustré par l'exemple des recours formés à l'encontre des décisions rendues par l'Autorité de la concurrence. C'est, historiquement, un choix politique qui a consisté à transférer du Conseil d'État à la cour d'appel de Paris le contentieux des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence<sup>10</sup>. Ce choix politique s'est accompagné d'un compromis juridique. Le recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence se présente comme un recours contre un acte administratif unilatéral, recours de contentieux administratif dirigé vers la

6. H. Lécuyer, « Recul ? », *Bull. Joly Bourse*, 2017, p. 365.

7. P. Nihoul, « Les autorités administratives indépendantes en Belgique », *RFDA*, juill. 2013, p. 897.

8. Art. L 621-2 Code mon. et fin.

9. « Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler », Commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, Présidente, Marie-Hélène des Elgaux, Rapporteur, Jacques Mézard.

10. M. Collet, *Le contrôle juridictionnel des actes des AAI*, LGDJ, 2003.

cour d'appel de Paris, élue juge de l'excès de pouvoir et juge de plein contentieux.

C'est un recours de contentieux administratif soumis au droit judiciaire privé<sup>11</sup>. Toutes les fois que des dispositions spécifiques ne règlent pas la procédure du recours, les règles du Code de procédure civile retrouvent leur empire. C'est en vertu de ce principe que la cour de Paris a dit applicables les principes directeurs du procès civil, retenu le jeu de l'effet dévolutif du recours, du pouvoir d'évocation...

### C. Écartèlement

D'autres Autorités ne savent plus à quel saint se vouer. L'AMF, parce qu'elle est la combinaison de trois autorités et multiplie les missions<sup>12</sup>, est ainsi écartelée : le recours contre les décisions de portée individuelle relatives aux agréments et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9 du Code de commerce est porté devant le Conseil d'État selon les modalités prévues par le Code de justice administrative<sup>13</sup>.

L'examen des recours formés contre les autres décisions individuelles de l'autorité est de la compétence du juge judiciaire.

La situation est à ce point inconfortable que l'AMF elle-même appelle à l'unité<sup>14</sup>, précédée en cela par certains parlementaires s'exprimant en ce sens lors des débats accompagnant l'adoption de la loi sécurité financière<sup>15</sup>. Pour l'AMF, « une telle unification semble aujourd'hui plus que jamais justifiée. En effet, pour une sanction de même nature prononcée par la même Commission des sanctions, le juge compétent pour statuer sur les recours dépend de la qualité professionnelle de la personne objet de la sanction. Cette situation fruit de l'histoire est peu compréhensible pour le grand public et aboutit parfois à

une compétence partagée d'une extrême complexité ». L'autorité voit encore dans l'unification du contentieux une façon d'éviter toute contrariété de décision entre les Cours régulatrices.

La complexité est avérée ; la complexification guette.

## II. La complexification de la relation

La nature des autorités administratives indépendantes et de leurs missions pourrait soulever la question de la genèse d'un nouvel ordre de juridiction, au sens de l'article 34 de la Constitution. Compétence est donnée à la loi, par la Constitution, pour fixer les règles concernant... « la création de nouveaux ordres de juridictions et le statut des magistrats ».

Parce que qualifiés de nouveaux, les ordres de juridiction dont la création relève de la compétence législative, selon l'article 34, ne pouvaient évidemment être réduits aux deux ordres juridictionnels préexistants, administratif et judiciaire.

Une juridiction présentant suffisamment de spécificités dans sa composition ou ses compétences pour apparaître sans équivalent par rapport à d'autres juridictions appartenant le cas échéant au même ordre, judiciaire ou administratif, constitue à elle seule un nouvel ordre de juridiction au sens de cet article.

Il n'est pas saugrenu de transposer ce raisonnement aux autorités administratives indépendantes, à condition de voir en elles, au moins pour celles investies d'un pouvoir de sanction, des juridictions. La question ne date pas d'hier. Elle fut posée, notamment, lors de la naissance du Conseil de la concurrence, en 1986<sup>16</sup>. Le Conseil peut-il être qualifié de juridiction ? Le Conseil constitutionnel répondit par la négative.

11. J.-M. Sauvé, *L'acte administratif sous le regard du juge judiciaire*, Colloque organisé par la Cour de cassation, 4 avril 2014 ; B. Seiller, « L'appréciation de la légalité d'actes administratifs par les tribunaux judiciaires non répressifs », *RFDA*, 2011, p. 1129.

12. « La loi de sécurité financière qui institua l'AMF n'a fait que reprendre une dichotomie préexistante puisque les décisions de la Commission des opérations de bourse et du Conseil des marchés financiers relevaient des deux ordres de juridiction compétents selon la nature des décisions contestées », in « L'application du principe ne bis in idem dans la répression des abus de marché », *Proposition de réforme, Rapport du Groupe de travail de l'AMF*, mai 2015, p. 31.

13. CE, « Le juge administratif et les autorités de régulation économique », *Dossier*, 13 oct. 2016.

14. « L'application du principe *ne bis in idem* dans la répression des abus de marché », *préc.*, p. 31 et s.

15. Ph. Marini, Rapport fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de sécurité financière, p. 157.

16. R. Martin, « La fonction juridictionnelle du conseil de la concurrence », *JCP G*, 1990, I, 3469.

tive<sup>17</sup>, comme le Conseil de la concurrence lui-même (décision du 10 novembre 1987). Roland Drago put néanmoins écrire que « même s'il est admis que le conseil n'est pas une juridiction, sa juridictionnalisation est déjà très accentuée »<sup>18</sup>.

La situation évolue sans cesse. Au temps où elle était encore autorité administrative indépendante, la commission des sanctions de l'ACP s'est qualifiée de juridiction, pour s'autoriser à transmettre une QPC sur le fondement de l'ar-

ticle 61-1 de la Constitution<sup>19</sup>. Il est saisissant, d'une manière plus générale, de voir combien ces autorités se rangent toujours plus franchement sous les auspices du droit processuel général.

Affirmer que les autorités administratives indépendantes pourraient constituer un nouvel ordre de juridiction, au sens de l'article 34, n'est sans doute pas saugrenu. Cependant, cela ne contribuerait sans doute pas à éclaircir la matière.

---

17. Cons. constit., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, consid. n° 22 : « Considérant que, compte tenu de la nature non juridictionnelle du conseil de la concurrence, de l'étude des injonctions et de la gravité des sanctions pécuniaires qu'il peut prononcer, le droit pour le justiciable formant un recours contre une décision de cet organisme de demander et d'obtenir, le cas échéant, un sursis à l'exécution de la décision attaquée constitue une garantie essentielle des droits de la défense ».

18. R. Drago, « Le juge judiciaire, juge administratif », *RFDA*, 1990, p. 757.

19. ACP Comm. des sanctions, 13 mai 2011, *JCP E*, 21 juill. 2011, 1544, note A. Couret et B. Dondero ; v. C. Legras, ACP, commission des sanctions, *Banque et Droit*, mars 2013 ; Fr. Brunet, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des AAI », *RFDA*, 2013, p. 113.

# Dossier

## L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?

---

### Le dualisme juridictionnel : l'expérience de l'hospitalisation sans consentement

**Pauline Le Monnier de Gouville**

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas  
Directrice des études de l'Institut d'Études Judiciaires  
Pierre Raynaud

« **L**a dualité de juridictions est trop profondément enracinée dans la tradition juridique française pour qu'il soit réaliste, même en matière de protection des droits fondamentaux, d'en envisager l'abandon »<sup>1</sup>. En France, l'histoire du dualisme juridictionnel est le fruit d'une double méfiance<sup>2</sup> : méfiance à l'égard des parlements de l'Ancien Régime, laquelle ressort de la loi des 16 et 24 août 1790 et de l'interdiction adressée aux juges de « troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, [ou de] citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions »<sup>3</sup> ;

méfiance, également, à l'égard de la juridiction administrative ayant conduit le Constituant à confier à l'autorité judiciaire la fonction de « gardienne de la liberté individuelle », comme le prévoit l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958. Dans certains domaines, cette double méfiance a conduit à un enchevêtrement des compétences juridictionnelles. Tel est le cas en matière d'hospitalisation psychiatrique sans consentement.

L'hospitalisation sans consentement s'analyse comme une mesure d'enfermement pouvant, notamment, être prise à la demande d'un tiers,

---

1. J. Rivero, « Dualité de juridictions et protections des libertés », *RFDA*, 1990, p. 734.

2. Sur ce point, v. A. Farinetti, « L'unification du contentieux des soins psychiatriques sans consentement par la loi du 5 juillet 2011 », *RDSS*, 2012, p. 111.

3. V. art. 13 du Titre II de la loi des 16 et 24 août 1790 (J.-B. Duvergier, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances et avis du Conseil d'État*, 1834, T. 1<sup>er</sup>, p. 312), interdiction réitérée par le décret du 16 fructidor an III (2 sept. 1795) selon lequel « défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit ».

en cas de péril imminent, ou bien sur décision préfectorale<sup>4</sup>. C'est précisément à propos de ce dernier type de mesure, qualifiée autrefois d'« hospitalisation d'office décidée par le préfet », que s'est développé un contentieux important et, partant, que se sont cristallisées les difficultés liées à la dualité des ordres juridictionnels. L'hypothèse de départ de nature à retenir l'attention de la présente étude est celle d'une personne hospitalisée se plaignant de la légalité, et plus particulièrement de l'opportunité, de la mesure dont elle est l'objet. Deux questions successives, dès lors, se posent : celle de la contestation de la décision d'internement, puis celle de la décision de prolonger la mesure.

À ce double égard, une dualité d'ordres juridictionnels compétents s'est longtemps imposée, justifiée par le souhait de protéger des personnes particulièrement vulnérables tout en garantissant le respect des prérogatives de puissance publique. L'article 66 de la Constitution conduisait ainsi à confier au juge judiciaire le contrôle de la nécessité de la décision d'internement – dit contrôle de la légalité *interne* –, tandis que le juge administratif, conformément au principe de monopole d'annulation des actes administratifs, en contrôlait la régularité formelle – contrôle dit de la légalité *externe*. L'ensemble de l'histoire, au demeurant, traduit la difficulté, à travers la structure même du droit français, à mettre en place un contrôle efficace de ces mesures, lesquelles s'assimilent pourtant, aux

yeux de la Cour européenne des droits de l'Homme, à des privations de liberté<sup>5</sup>. Une tension légistique émerge entre divers acteurs : les défenseurs de la liberté individuelle, les médecins, également, rétifs à voir s'immiscer dans leur monde le pouvoir judiciaire, les pouvoirs publics, enfin, conscients des dangers que des épisodes tragiques révèlent régulièrement<sup>6</sup> – rappelons que les dernières lois adoptées ont fait suite à la commission d'un homicide par une personne schizophrène ayant fugué de son établissement hospitalier<sup>7</sup>.

L'étude du dualisme juridictionnel à travers la question de l'hospitalisation sans consentement suppose encore, au préalable, de souligner la particularité de l'atteinte à la liberté dont il s'agit ici. Celle-ci n'a bien pour objectif, en effet, que de protéger la santé du patient. Elle ne constitue pas une rétention administrative – dont peuvent faire l'objet les étrangers sans titre de séjour<sup>8</sup> –, ni davantage une peine, le malade n'étant pas un délinquant. C'est là toute la singularité de la mesure : l'hospitalisation se décide dans l'intérêt du patient et l'approche n'est pas, ou ne peut pas être celle du juriste pénaliste. « Il n'y a pas "celui qui enferme" contre celui "qui libère" [...] ; rechercher cette liberté à tout prix, c'est se tromper d'objet »<sup>9</sup>.

Nécessairement, alors, ces tensions interpellent : quel contrôle porter sur cette mesure, et à qui le confier ? Le sujet est sensible et le système souvent dénoncé, faisant état de 70 000 à

- 
4. Art. L. 3211-2-1 et s. CSP. Pour aller plus loin, v. not. : A. Fredon et A. Hu-Yen-Tack, *Guide juridique de l'hospitalisation sous contrainte*, LEH éd., 2015 ; A. Darmstädter-Delmas, *Les soins psychiatriques sans consentement*, LexisNexis, 2017 ; N. Giloux et M. Primevert (dir.), *Les soins psychiatriques sans consentement*, LEH éd. – ENM, 2017 ; X. Cabannes et M. Benillouche (dir.), *Hospitalisations sans consentement*, PUF CEPRISCA, coll. Colloques, 2013. Pour un exposé détaillé des dispositions, v. Y. Brousolle, « Les principales dispositions de la loi relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge », *LPA*, 2011, n° 212, p. 5.
  5. CEDH, 24 oct. 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, req. n° 6301/07, Série A n° 33.
  6. V. J. Hauser, « Le service public de l'hospitalisation psychiatrique et la distinction des ordres de juridiction », in *Espaces du service public, Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, t. 2, 2014, Presses universitaires de Bordeaux, p. 1047, spéc. p. 1048.
  7. La loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 a en effet été adoptée après le meurtre d'un étudiant à Grenoble par une personne souffrant de troubles mentaux le 13 novembre 2008. L'auteur, souffrant de schizophrénie, s'était échappé de l'hôpital psychiatrique de Saint-Egrève, dans l'Isère, où il avait été hospitalisé d'office après avoir été déclaré pénalement irresponsable à la suite d'autres agressions. (V. AN, app. n° 128, par D. Robiliard). Sur ce point, v. G. Devers, « L'hyper-réactivité de la loi », in *Droit, déontologie et soin*, 2008, p. 411.
  8. Prévue par le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), la rétention a pour objectif d'assurer la représentation des personnes sans titre de séjour, de « les empêcher de disparaître » avant que ne soit organisé leur départ du territoire national.
  9. N. Giloux et M. Primevert, « Le psychiatre et le juge face à la protection de la personne dans les soins contraints », *RDSS*, 2015, p. 973.

92 000 hospitalisations contraintes par an<sup>10</sup>. De ce point de vue, le dualisme juridictionnel a certainement eu sa part dans ce bilan. D'abord, jusqu'aux récentes réformes, ce contentieux représentait une rare hypothèse en droit positif<sup>11</sup> dans laquelle le contrôle de la légalité – interne et externe – d'une mesure privative de liberté se trouvait écartelé entre deux juges<sup>12</sup>. Ensuite, s'il est vrai que la légalité externe porte non sur le fond mais « sur la façon dont on a décidé »<sup>13</sup>, son respect est tout aussi nécessaire à la garantie d'un État de droit lorsque l'on garde en tête l'aphorisme d'Ihering : « la procédure est la sœur jumelle de la liberté et l'ennemie de l'arbitraire ». Ce dualisme, enfin, se révélait être la source de procédures complexes, le vecteur d'un véritable dédale processuel, préjudiciables à la qualité et à l'accessibilité de la Justice. Universitaires, parlementaires, juges nationaux et européens<sup>14</sup>, tous s'agrégeaient autour d'une question identique : « la coexistence du juge judiciaire et du juge administratif est-elle bénéfique ou nuisible à la protection des libertés ? »<sup>15</sup>.

Finalement, la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011, puis celle n° 2013-869 du 27 septembre 2013, mettaient un terme au désordre qu'impliquait le dualisme juridictionnel, posant le principe d'un bloc de compétences au profit du juge judiciaire. L'article L. 3216-1 du Code de la santé publique dispose désormais que « la régularité des décisions administratives [...] ne peut être contestée que devant le juge judiciaire ». Le processus d'unification du contentieux des hospitalisations s'engageait, une fois posée la question de savoir si celui-ci devait être dévolu à un juge, et si oui lequel.

Le dualisme juridictionnel, en apparence, n'est plus ; et pourtant l'analyse de sa disparition doit conduire à en nuancer la portée. Il ne s'agira pas, à travers la présente réflexion, de cibler les progrès que l'unification et le choix du juge judiciaire entraînent dans la protection des malades, ni davantage de dénoncer la stigmatisation du patient que peut générer la compétence exclusive du juge judiciaire. Bien plus, le propos se concentrera autour des difficultés, sinon insuffisances, liées pour beaucoup à la structure même des divisions du droit français – droit privé, droit public –, à l'ancrage, encore, et à la résistance, malgré tout, du dualisme de juridiction. Comprendre le *désordre* et l'adaptation de *deux ordres* à la particularité de ce contentieux suppose dès lors d'analyser le temps du dualisme juridictionnel (I), puis celui de l'unicité retrouvée (II).

## I. Le temps du dualisme juridictionnel

Ce n'est que progressivement que le dualisme juridictionnel s'est imposé dans le domaine de l'hospitalisation sans consentement (A). Très vite cependant, des difficultés sont apparues et ont permis de mettre en exergue les limites du dispositif retenu (B).

### A. Le dualisme affirmé

La dualité de juridictions en matière d'hospitalisation s'est timidement imposée, puisque ce n'est qu'au fil de différentes étapes que l'on a pu confier à deux juges distincts le soin de contrôler

10. M. Coldefy, S. Fernandes et D. Lapalus, « Les soins sans consentement en psychiatrie : bilan après quatre années de mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011 », *IRDES*, n° 222, 2017, disponible sur le site [irdes.fr](http://irdes.fr). Cette étude statistique révèle qu'entre 2012 (première année entière d'application de la loi du 5 juillet 2011 sur les soins sans consentement), et 2010 (dernière année entière d'application de la loi du 27 juin 1990), on constate une hausse de 4,5 % du nombre des personnes ayant subi au moins une mesure de soins sans consentement dans l'année (plus de 77 000 personnes en 2012 contre 74 000 personnes en 2010). En 2015, le nombre d'hospitalisations contraintes s'élève à 92 000.

11. En marge du contentieux des étrangers pouvant faire l'objet d'une rétention administrative (la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 ayant toutefois modifié en profondeur la répartition des compétences des juges judiciaire et administratif en la matière par le biais d'un transfert partiel de la compétence du juge administratif vers le juge judiciaire).

12. Sur ce point, v. A. Pena, « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », *RFDA*, 2011, p. 951.

13. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 2001, 15<sup>e</sup> éd., p. 861.

14. V. *supra* : CEDH, 18 nov. 2010, *Baudouin c. France*, req. n° 35935/3 ; CEDH, 14 avr. 2011, *Patoux c. France*, req. n° 35079/06. V. égal. : Cons. const., 26 nov. 2010, déc. n° 2010-71 QPC, *Danielle S.*, *JORF* 27 nov. 2010, p. 21117 ; Cons. const., 9 juin 2011, déc. n° 2011-135/140 QPC, *Abdellatif B. et a.*, *JORF* 10 juin 2011, p. 9892.

15. J. Rivero, « Dualité de juridictions et protections des libertés », *préc.*

les mesures prononcées à l'encontre d'une personne souffrant de troubles mentaux<sup>16</sup>.

À l'origine, en effet, l'article 29, alinéa premier, de la loi *Esquirol* du 30 juin 1838<sup>17</sup> disposait : « Toute personne placée ou retenue dans un établissement d'aliénés, son tuteur, si elle est mineure, son curateur, tout parent ou ami, pourront, à quelque époque que ce soit, se pourvoir devant le tribunal du lieu de la situation de l'établissement qui, après les vérifications nécessaires, ordonnera, s'il y a lieu, la sortie immédiate ». Et d'ajouter : « Les personnes qui auront demandé le placement, et le procureur du Roi, d'office, pourront se pourvoir aux mêmes fins ». Cette disposition ne laissait aucune place au juge administratif, puisque « le tribunal du lieu de la situation de l'établissement » mentionné par le législateur et compétent pour ordonner les sorties correspondait en réalité au juge judiciaire. En 1881, le Conseil d'État décidait d'ailleurs, visant l'article 29 de la loi de 1838, que « c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient de connaître des réclamations tendant à ordonner la sortie de toute personne placée dans un établissement d'aliénés. Que, dès lors, le département de la Sarthe n'est pas recevable à demander devant le Conseil d'État l'annulation de la décision »<sup>18</sup>. Laferrière, dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, démontrait ainsi que l'interprétation par le Conseil d'État dudit article 29 devait conduire à exclure tout recours contentieux devant le juge administratif contre les arrêtés préfectoraux pris en la matière<sup>19</sup>. Le premier temps, donc, a d'abord été celui de la compétence exclusive du juge judiciaire, et ce, durant plusieurs années. Plus encore, le juge administratif a pu déjouer quelques occasions contentieuses, s'interdisant d'intervenir à

l'égard des arrêtés préfectoraux – Laferrière, encore, justifiait la compétence de l'ordre judiciaire par le risque d'une « atteinte prolongée à la liberté publique »<sup>20</sup>. Cette solution rejoignait la doctrine majoritaire du XIX<sup>e</sup> siècle – et notamment l'avis de Dufour, lequel affirmait que l'ordre d'internement d'office est « soumis au contrôle des magistrats gardiens de nos droits civils »<sup>21</sup>.

À ces remarques toutefois, il est permis d'ajouter et de préciser que ni les travaux parlementaires, ni davantage les commentaires de la loi *Esquirol* n'érigent le juge judiciaire en gardien naturel de la liberté individuelle – l'argument anachronique de l'article 66 de la Constitution devant être évité, celui-ci n'ayant pas encore été, à l'époque, adopté. La question qui se posait au législateur de 1838 était celle de la compétence du juge pour protéger la liberté individuelle. Or, comme le relève avec justesse un auteur<sup>22</sup>, ce choix fut en réalité moins guidé par la conviction profonde de la mission naturelle de protection incarnée par l'ordre judiciaire que par l'absence de qualités suffisantes du juge administratif. Lors des débats parlementaires, Vivien avançait notamment que ce contentieux suppose des interrogatoires, des transports des juges, et donc de retenir une juridiction géographiquement proche de l'interné ; ce qui aurait rendu le choix du juge administratif pour le moins étrange<sup>23</sup>. En outre, rappelons que la justice administrative, à l'époque, était toujours en attente d'une organisation et compétence pérennes. La Monarchie de Juillet composait avec divers opposants aux juridictions administratives, partisans de leur suppression, et ce n'est que par une loi du 19 juillet 1845 que la juridiction se consolidait véritablement. Partant, l'on peut comprendre que le législateur, en 1838, ait choisi, sous un angle

16. Sur ce point, nous renverrons à la riche contribution de X. Cabannes, « L'unification du contentieux des décisions d'hospitalisation d'office. Rapide retour sur un dualisme juridictionnel », in X. Cabannes et M. Bennilouche (dir.), *Hospitalisations sans consentement*, op cit.

17. Loi n° 7743, 30 juin 1838 sur les aliénés. V. not. J.-P. Machelon, « La loi de 1838 sur les aliénés : la résistance au changement », *RDJ*, 1984, p. 1024 ; G. Landron, « Du fou social au fou médical. Genèse parlementaire de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés », *Délivrance et société* 1995, vol. 19, n° 1, 3. V. égal. V. Touchard, *Le dualisme juridictionnel en matière d'hospitalisation d'office*, Mémoire Université Montesquieu-Bordeaux IV, B. Pacteau (dir.), M2 Droit public fondamental, 2006.

18. CE, 16 déc. 1881, *Département de la Sarthe*, *Rec. Lebon*, p. 980.

19. E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Paris, Berger-Levrault, 2<sup>e</sup> éd., 1896, p. 531.

20. *Ibid.*

21. G. Dufour, *Traité général de droit administratif appliqué*, Paris, Cotillon, 2<sup>e</sup> éd., 1857, p. 54, cité par X. Cabannes, « L'unification du contentieux des décisions d'hospitalisation d'office. Rapide retour sur un dualisme juridictionnel », préc.

22. X. Cabannes, « L'unification du contentieux des décisions d'hospitalisation d'office. Rapide retour sur un dualisme juridictionnel », préc.

23. *Ibid.*

pragmatique, de se tourner vers le juge judiciaire, sans attendre de guetter ce qu'allait devenir la juridiction administrative.

Le premier temps était ainsi marqué, et pourtant n'allait pas perdurer. La compétence du juge judiciaire, en effet, allait devoir composer, d'une part, avec l'évolution de la juridiction administrative – que l'on songe à la loi du 24 mai 1872<sup>24</sup>, aux décisions *Blanco*<sup>25</sup> et *Cadot*<sup>26</sup> –, et, d'autre part, avec les positions de la Cour de cassation. Tout en suivant un arrêt du Tribunal des conflits du 30 juillet 1873<sup>27</sup>, celle-ci jugeait en effet, le 3 août 1874, dans un arrêt relatif aux décisions préfectorales d'emprisonnement, que le juge judiciaire ne doit pas faire « obstacle à un acte administratif » ni contredire le principe de la séparation des pouvoirs<sup>28</sup>. Le 16 novembre 1908, dans un arrêt *Préfet de l'Aude*, elle déniait à l'autorité judiciaire le pouvoir de connaître d'une action en dommages-intérêts fondée sur une faute de service commise à l'occasion de l'exécution d'un arrêté préfectoral d'internement d'un aliéné<sup>29</sup>. La brèche était ouverte. Le 21 juillet 1911, dans un arrêt *Veuve Fervel et fils Fervel*, le Conseil d'État acceptait de contrôler la régularité formelle d'un arrêté préfectoral ordonnant un placement, tout en précisant que c'est à « l'autorité judiciaire de connaître des réclamations ten-

dant à faire ordonner la sortie » de l'interné<sup>30</sup>. Le dualisme était né : celui d'un agencement du contrôle du juge administratif avec le contrôle exercé auparavant par le juge judiciaire.

Jusqu'à la loi du 5 juillet 2011, le partage était le suivant : le juge administratif, chargé du contrôle de la *régularité* de la mesure d'hospitalisation, vérifiait l'absence de vice de forme, la compétence de l'autorité et l'accomplissement des formalités requises<sup>31</sup>. Concrètement, le juge devait donc contrôler la régularité de la procédure suivie, la motivation de l'acte<sup>32</sup> et la compétence de son auteur, ou encore le choix de l'établissement d'hospitalisation d'office<sup>33</sup>. Le juge judiciaire, quant à lui, s'assurait de la nécessité de la mesure et de ses conséquences, c'est-à-dire de son *bien-fondé*. Le 9 juillet 1929, dans son arrêt *Demoiselle Chazal*, le Conseil d'État affirmait ainsi que « l'autorité judiciaire a seule, en vertu de la loi du 30 juin 1838, compétence pour apprécier la nécessité de cette mesure » et de ses conséquences<sup>34</sup>; et d'ajouter, dans un arrêt *Demoiselle Laffite* du 8 juin 1932, qu'à cette autorité revient d'apprécier « le bien-fondé de la décision »<sup>35</sup>. Le 6 avril 1946, enfin, par sa célèbre décision *Machinot c. Préfet de police*<sup>36</sup>, le Tribunal des conflits entérinait ce partage de compétences : le dualisme de juridiction était ainsi

24. Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État. Cette loi reconnaît au profit du juge administratif un véritable pouvoir de juger : désormais le pouvoir de juger lui est délégué. L'article 9 de ladite loi dispose : « Le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives ».

25. T. confl., 8 févr. 1873, *Blanco*, 1<sup>er</sup> suppl. – *Rec. Lebon*, p. 61. Par cet arrêt, le Tribunal des conflits consacre à la fois la responsabilité de l'État à raison des dommages causés par des services publics et la compétence de la juridiction administrative pour en connaître.

26. CE, 13 déc. 1889, *Cadot*, *Rec. Lebon*, p. 1148. Par cette décision, le Conseil d'État a affirmé qu'il était compétent pour connaître de tout recours en annulation dirigé contre une décision administrative, sauf si un texte en dispose autrement de façon expresse. Jusqu'alors le Conseil d'État n'était compétent pour connaître d'un recours en annulation que dans la mesure où un texte l'avait expressément prévu. À défaut, les ministres disposaient de la compétence générale pour se prononcer sur les recours dirigés contre les décisions administratives.

27. T. confl., 30 juill. 1873, *D.*, 1874, 3, 5, rendu aux conclusions David : « Nous tenons que, depuis comme avant le décret du 19 septembre 1870, l'interdiction faite à l'autorité judiciaire de connaître des actes de l'autorité administrative subsiste dans toute sa force aussi bien dans les instances engagées contre les fonctionnaires publics que dans les procès en particulier ».

28. Cass., 3 août 1974, *Valentin c. Haas* et 8 févr. 1876, *Labadié c. Veuve Gaillardon*, *D.*, 1876, 1, 289.

29. Cass., 16 nov. 1908, *Préfet de l'Aude c. Vié*, *D.*, 1910, 1, 423.

30. CE, 21 juill. 1911, *Veuve Fervel et fils Fervel*, *Rec. Lebon*, p. 844.

31. Ce qu'avait affirmé le Conseil d'État en 1912 (CE, 12 janv. 1912, *Sieur Gay*, *Rec. Lebon*, p. 24).

32. V. CE, 9 nov. 2001, *Rec. Lebon*, p. 547.

33. Par ex., v. CE, 16 nov. 1984, *Léoni*, *Rec. Lebon Tables*, p. 477-516-519-691-747-781.

34. CE, 9 juill. 1929, *Demoiselle Chazal*, *Rec. Lebon*, p. 705.

35. CE, 8 juin 1932, *Demoiselle Laffite*, *Rec. Lebon*, p. 555.

36. T. confl., 6 avr. 1946, *Machinot c. Préfet de police*, *Rec. Lebon*, p. 326; *JCP G*, 2001, IV, 1368, obs. M.-C. Rouault : « il appartient à la juridiction administrative de connaître de la régularité de la décision administrative par laquelle l'autorité préfectorale ordonne un internement dans un établissement d'aliénés, l'autorité judiciaire est seule compétente, en vertu de la loi du 30 juin 1838, pour apprécier la nécessité de cette mesure et les conséquences qui peuvent en résulter ».

confirmé. À la lumière du dispositif, il est pour tant possible – et nécessaire – de mettre en exergue les difficultés générées par cette coexistence de pouvoirs.

## B. Le dualisme malmené

S'en remettre à la limpidité de l'analyse de Chapus permet de rappeler qu'une telle solution avait « l'inconvénient de dissocier ce qui constitue un tout »<sup>37</sup>. Le partage de compétences entre deux ordres juridictionnels générerait en effet des situations inédites et absurdes : le juge administratif avait ainsi la possibilité d'annuler une décision d'hospitalisation d'office irrégulière mais, privé du pouvoir d'en apprécier le bien-fondé – ce contrôle relevant du juge judiciaire – il ne pouvait en prononcer la mainlevée. Quel intérêt, dès lors, d'offrir au juge administratif les moyens d'un contrôle sans pouvoir d'injonction et, donc, sans incidence sur le sort du requérant<sup>38</sup> ? Quel avantage y-a-t-il pour le patient de saisir le juge administratif si la décision de celui-ci est sans effet sur sa situation ?

Plus encore, l'intrication des procédures était propice à quelques difficultés. Ainsi, par exemple, un arrêt d'hospitalisation pouvait faire l'objet d'une requête en annulation devant le juge administratif, au titre d'une procédure de fond (l'article L. 521-1 du Code de justice administrative permet en effet de saisir le juge administratif afin d'obtenir la suspension de l'exécution d'une décision administrative présentant un doute sérieux quant à sa légalité). Or, dans le même temps, l'arrêt était susceptible de faire l'objet d'une requête aux fins de sortie immédiate devant le juge des libertés et de la détention et

ce, au risque d'une contradiction de décisions<sup>39</sup>. La configuration, ubuesque, des procédures, était même devenue complexe, puisque le 1<sup>er</sup> avril 2010, le Conseil d'État donnait compétence au juge des référés, saisi dans le cadre d'une procédure de référé-liberté, pour enjoindre l'administration de mettre un terme à une mesure d'hospitalisation irrégulière, alors même que le juge des référés, en l'espèce, s'était interdit un tel pouvoir en invoquant la compétence exclusive du juge judiciaire pour apprécier le bien-fondé de la mesure<sup>40</sup>.

Peu à peu, donc, la dualité juridictionnelle du dispositif apparaissait artificielle, complexe, inutile. La compétence partagée, et surtout entravée, du juge administratif empêchait le justiciable de comprendre l'intérêt de saisir ce magistrat dès lors que celui-ci ne peut le libérer. Les professionnels du droit, quant à eux, rechignaient tout autant à comprendre les subtilités d'une telle répartition de compétences. Jusqu'en 2011, environ la moitié des recours formés devant le juge administratif étaient rejetés car portant sur le bien-fondé de la mesure<sup>41</sup>. Pour quelle cohérence ?

Ce « désordre des deux ordres »<sup>42</sup> s'installait d'autant plus que d'autres contentieux parallèles venaient s'enchevêtrer<sup>43</sup>. Le premier d'entre eux est lié à la mise en œuvre de la responsabilité de l'État à raison des préjudices causés par les décisions d'hospitalisation d'office. À l'origine, les deux ordres se partageaient le contentieux et le Tribunal des conflits rappelait en 1995, dans son arrêt *Préfet de Paris c. Mlle Boucheras*<sup>44</sup>, que le juge judiciaire est compétent pour mettre en jeu la responsabilité de l'État lorsque le préjudice

37. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p. 861, cité par X. Cabannes, « L'unification du contentieux des décisions d'hospitalisation d'office. Rapide retour sur un dualisme juridictionnel », préc.

38. En ce sens, v. C. Landais et F. Lenica, note sous CE, 1<sup>er</sup> avr. 2005, *Mme L.*, *AIDA*, 2005, p. 1231.

39. V., par ex., TA Versailles, ch. réf. dam. 23 juin 2004, n° 042912 et TGI Versailles, ord. hospitalisation d'office, 25 juin 2004 ; *JCP G*, 2005, II, 10015, note J. H. Stark et Ph. Bernardet.

40. CE ord. réf., 1<sup>er</sup> avr. 2010, *Charles A.*, req. n° 335753 : « le juge des référés du tribunal administratif de Nîmes a estimé que, d'enjoindre à l'administration de mettre fin à l'hospitalisation d'office du requérant, dès lors que seul le juge judiciaire peut se prononcer sur le bien-fondé d'une telle mesure qui, par nature, est privative de la liberté d'aller et venir ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que le juge des référés a, ce faisant, commis une erreur de droit ; que son ordonnance doit, pour ce motif, être annulée ». Sur ce point, v. X. Bioy, « La judiciarisation accrue de l'hospitalisation sous contrainte », *AIDA*, 2011, p. 174.

41. Doc. Sénat, séance du 13 mai 2011, 1<sup>re</sup> lecture (discussion sous l'amendement n° 34).

42. V. T. Fossier, « Contrôle de légalité et responsabilité en matière d'internement des aliénés : le désordre des deux ordres ? », *RDSS*, 2005, p. 450. L'expression est celle de M. J.-R. Lecerf, in *Avis, Doc. Sénat (2011-2012)*, n° 477, p. 33.

43. V. X. Cabannes, « L'unification du contentieux des décisions d'hospitalisation d'office. Rapide retour sur un dualisme juridictionnel », préc.

44. T. confl., 27 nov. 1995, *Préfet de Paris c. Mlle Boucheras*, *Rec. Lebon*, p. 503 ; *D.*, 1996, p. 285, note J.-S. Cayla ; *JCP G*, 1996, IV, 637.

résulte d'une décision infondée ou d'une faute commise durant le séjour dans l'établissement ; le juge administratif, lui, était compétent lorsque le préjudice résultait de l'irrégularité de la décision d'hospitalisation même<sup>45</sup>. La compétence en matière de responsabilité se calquait donc sur celle prévue en matière d'hospitalisation et la distinction régularité / nécessité constituait le socle de ce dualisme juridictionnel existant dès lors, également, en matière de responsabilités. Or, le 17 février 1997, dans son arrêt *Préfet de la région Île-de-France*<sup>46</sup>, le Tribunal des conflits a simplifié et unifié au profit du juge judiciaire le contentieux d'indemnisation, en donnant compétence à ce magistrat pour statuer sur les conséquences dommageables des irrégularités entachant la mesure de placement.

Cependant, le dualisme « classique » né du contrôle de régularité et du bien-fondé de la mesure, lui, perdurait. Au fond, et paradoxalement, l'évolution n'avait changé qu'une chose : le requérant agissant devant le juge administratif ne pouvait plus lui demander directement réparation alors qu'il savait pourtant qu'il ne pourrait pas l'obtenir sans son aval<sup>47</sup>.

Le deuxième contentieux, ensuite, de nature à appuyer l'idée d'un enchevêtrement complexe de compétences, est relatif aux refus d'hospitalisation d'office par les préfets. Ces décisions relevaient, jusqu'en 2011, du juge administratif alors même que la contestation porte majoritairement sur le bien-fondé du refus<sup>48</sup>. Le juge administratif se trouvait ainsi compétent pour mettre en œuvre la responsabilité de l'État à raison des préjudices dus au refus de prononcer l'hospitalisation d'office<sup>49</sup>. Enfin, le troisième et dernier contentieux ambivalent est celui de la décision de mainlevée. Le 26 juin 2006, en effet, par un arrêt *Président du Conseil de Paris c. Préfet de police*, le Tribunal des conflits donnait compé-

tence au juge administratif pour apprécier le bien-fondé d'une mesure par laquelle le préfet met fin à l'hospitalisation : « s'il appartient à la juridiction administrative d'apprécier la régularité de la décision administrative ordonnant l'hospitalisation d'office, prise par le préfet en application des dispositions de l'article L. 3213-1 du code de la santé publique, et à la juridiction judiciaire d'apprécier la nécessité d'une telle mesure, la décision par laquelle le préfet met fin à une hospitalisation d'office a le caractère d'une mesure de police administrative qui ne porte pas atteinte à la liberté individuelle », de sorte que la juridiction administrative peut en apprécier tant la régularité que, surtout, le bien-fondé<sup>50</sup>. Parce que la décision de mainlevée ne comporte par définition aucune atteinte à la liberté, le juge administratif pouvait en apprécier la légalité.

Malmené, le dualisme juridictionnel l'était, donc, parce que complexe, parce que juxtaposé à d'autres contentieux enchevêtrés, laissant le sentiment d'un véritable imbroglio juridique, nuisible aux droits les plus fondamentaux. En réalité, l'impulsion était donnée dès 1997 par le Tribunal des conflits, à travers l'unification du contentieux de l'indemnisation au profit du juge judiciaire – un premier pas et une évolution qu'il fallait poursuivre : le législateur, en 2011, renouait avec cette unicité judiciaire.

## II. L'unicité retrouvée

L'unicité du contentieux de l'hospitalisation sans consentement fut d'abord encouragée, à plusieurs titres, par la jurisprudence, confortée en ce sens par la loi du 5 juillet 2011 (A). Si le législateur a, en définitive, pu prendre acte des bienfaits d'une telle évolution, plusieurs difficultés toutefois perdurent, de nature à donner à la réforme entreprise un goût d'inachevé (B).

45. T. confl., 27 nov. 1995, préc. : « si l'autorité judiciaire est seule compétente [...] pour apprécier la nécessité d'une mesure de placement d'office en hôpital psychiatrique et les conséquences qui peuvent en résulter, il appartient à la juridiction administrative d'apprécier la régularité de la décision administrative qui ordonne le placement, et les cas échéant, les conséquences dommageables [...] des fautes du service public qui auraient pu être commises à son égard ».

46. T. confl., 17 févr. 1997, *Préfet d'Île-de-France*, *Rec. Lebon* ; *RTD civ.*, 1998, p. 72, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 181, obs. J. Normand ; *JCP G*, 1997, II, 22885, concl. J. Sainte-Rose ; confirmé par T. confl., 22 mars 2004, *Centre hospitalier de la Sarthe*, *AJDA*, 2004, p. 1433 ; *D.*, 2004, p. 1123 ; *RTD civ.*, 2004, p. 487, obs. J. Hauser.

47. Sur ce point, v. A. Pena, « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », préc.

48. CE, 13 janv. 1971, *Sieur Planchon*, *Rec. Lebon*, p. 33.

49. Tel était ce que décidait le Conseil d'État depuis 1931 : CE, 23 janv. 1931, *Dame et Demoiselle Garcin c. Ministre de l'Intérieur*, *Rec. Lebon*, p. 91.

50. T. confl., 26 juin 2006, *Président du Conseil de Paris c. Préfet de police de Paris*, *Rec. Lebon*, p. 634.

### A. L'unicité encouragée

L'unification du contentieux résulte en effet d'un encouragement constant de la jurisprudence, européenne, avant tout, la Cour de Strasbourg ayant très tôt émis des doutes quant à la pertinence du dualisme juridictionnel. Elle a ainsi sanctionné la France à raison de délais excessifs nuisibles à l'effectivité du recours tel que pourtant garanti par l'article 5 § 4 de la Convention dans le cadre des mesures privatives de liberté<sup>51</sup>. Elle a également requis des garanties spéciales de procédure à l'égard de personnes atteintes de troubles mentaux<sup>52</sup>. Mais c'est surtout à la fin de l'année 2010, avec le célèbre arrêt *Baudouin c. France*, que les juges européens ont eu l'occasion de préciser leurs exigences<sup>53</sup>. Certes, par cette décision, la Cour européenne des droits de l'Homme ne remet pas en cause le caractère *a posteriori* du contrôle de l'autorité judiciaire et valide la compétence du préfet pour décider du placement comme de la prolongation de la mesure – curiosité française, d'ailleurs, là où la plupart des pays ne font intervenir qu'un seul juge, dans le cadre d'un contrôle *a priori*<sup>54</sup>. En revanche, selon la Cour, « l'articulation entre la compétence du juge judiciaire et celle du juge administratif quant aux voies de recours offertes n'a pas permis au requérant d'obtenir une décision d'un tribunal pouvant statuer sur la légalité de sa détention et ordonnant sa libération si [celle-ci] est illégale ». C'est ainsi moins le dualisme juridictionnel en lui-même que la dispersion qu'il engendre qui est sanctionnée, et donc le frein posé à l'exercice du droit pour la personne d'obtenir rapidement une décision judi-

ciaire afin de mettre un terme à une privation arbitraire.

De son côté, le Conseil constitutionnel a également mis en exergue les aberrations de la dualité juridictionnelle. Avant tout, la décision par laquelle il posait, en 1987, la réserve de compétence du juge administratif prévoyait la possibilité pour le législateur d'y déroger « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé »<sup>55</sup>. Surtout, hasard du calendrier ou coïncidence heureuse, les Sages ont été amenés à se prononcer quelques jours après l'arrêt *Baudouin* de la Cour européenne des droits de l'Homme, en 2010<sup>56</sup>, puis en 2011<sup>57</sup>, en censurant le dispositif permettant de maintenir l'hospitalisation d'office au-delà de quinze jours sans que n'intervienne une juridiction de l'ordre judiciaire. Le Conseil constitutionnel prend toutefois le soin de distinguer la situation du patient interné de l'individu gardé à vue : le malade n'est en effet privé de sa liberté que pour des motifs médicaux ; aussi, l'exigence classique d'un délai de quarante-huit heures au terme duquel doit intervenir le juge en matière de garde à vue ne lie pas le législateur, lequel peut adapter les modalités de l'intervention de l'autorité judiciaire en fonction de la nature et de la portée des mesures. Il est alors possible de « fixer les modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il entend édicter »<sup>58</sup>. L'ensemble est clair : l'inadaptation d'un mécanisme juridictionnel n'est pas une cause d'inconstitutionnalité en soi ; et seul le recours aux garanties

51. CEDH, 18 juin 2002, *Delbec c. France*, req. n° 43125/98 ; CEDH 27 juin 2002, *D. M. c. France*, req. n° 41376/98 ; CEDH, 27 oct. 2005, *Mathieu c. France*, req. n° 68673/01. Pour une étude de la jurisprudence antérieure à 2005, v. J. H. Stark, « L'hospitalisation psychiatrique sous contrainte dans la jurisprudence contemporaine », *JCP G*, 2005, n° 29, doct. 155.

52. CEDH, 12 mai 1992, *Megyeri c. Allemagne*, req. n° 13770/88, § 22 ; CEDH, 30 janv. 2001, *Vaudelle c. France*, req. n° 35683/97, § 60. Sont pointées du doigt l'incertitude de la répartition des compétences et les difficultés de mise en œuvre de procédures séparées pour une même situation, ainsi que l'absence de délai imparti au juge pour traiter le dossier.

53. CEDH, 18 nov. 2010, *Baudouin c. France*, req. n° 35935/3, préc. ; *JCP G*, 2011, n° 7, note 189, K. Grabarczyk ; *AJ pén.*, 2011, p. 144, note É. Péchillon ; *AJDA*, 2010, p. 2239 ; *D.*, 2011, p. 1713, note V. Bernaud et L. Gay.

54. En ce sens, v. A. Pena, « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », préc.

55. Cons. const., 23 janv. 1987, déc. n° 86-224-DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, consid. n° 16 ; *Rec. Cons. const.*, p. 8 ; *GDCC*, 15<sup>e</sup> éd., 2009, n° 32 ; *GAJA*, 18<sup>e</sup> éd., 2011, n° 89.

56. Cons. const., 26 nov. 2010, déc. n° 2010-71-QPC, *Mlle Danielle S.*, préc. ; *AJDA*, 2011, p. 174, note X. Bioy ; *ibid.*, 2010, p. 2284 ; *D.*, 2011, p. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *RDSS*, 2011, p. 304, note O. Renaudie ; *Constitutions*, 2011, p. 108, obs. X. Bioy ; *RTD civ.*, 2011, p. 101, obs. J. Hauser ; *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30.

57. Cons. const., 9 juin 2011, déc. n° 2011-135/140-QPC, *M. Abdellatif B. et a.*, préc. ; *AJDA*, 2011, p. 1177 ; *Constitutions*, 2011, p. 400, obs. X. Bioy ; *RTD civ.*, 2011, p. 514, obs. J. Hauser.

58. Cons. const., 26 nov. 2010, déc. n° 2010-71-QPC, préc., consid. n° 14.

d'une bonne administration de la justice permet de donner une cohérence au contentieux de l'hospitalisation psychiatrique. Or, il est vrai, les incohérences, nombreuses, les dysfonctionnements, souvent dénoncés, devaient rendre inéluctable l'unification du contentieux de l'hospitalisation sans consentement.

Tel est l'objet de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011, entérinant ces élans de judiciarisation et plaçant le juge judiciaire, des libertés et de la détention, au cœur du dispositif. Ce magistrat contrôle dorénavant, systématiquement, tant la régularité que le bien-fondé de toutes les décisions d'hospitalisation sans consentement. Il se prononce sur la prolongation de la mesure au-delà de douze jours, statue « à bref délai » pour décider ou non de sa mainlevée<sup>59</sup>. Si la mesure d'hospitalisation n'a pas été levée par le juge et que l'autorité administrative, ensuite, la renouvelle, elle sera de nouveau soumise au contrôle du juge judiciaire, au moins tous les six mois<sup>60</sup>. Fort du syllogisme juridique, le magistrat doit vérifier le bien-fondé légal de l'hospitalisation, le respect de la procédure et l'éventuelle atteinte aux droits qui en est résultée, ainsi que la nécessité du maintien, au jour où il statue, de cette contrainte<sup>61</sup>. Il s'agit dès lors de confronter les atteintes portées à la liberté d'aller et de venir et au libre consentement aux soins à l'objectif poursuivi dont la valeur est constitutionnellement protégée : la protection de la santé.

À ces précisions, encore faut-il ajouter que l'irrégularité constatée le cas échéant n'entraîne la mainlevée de la mesure que s'il en est résulté une atteinte aux droits de l'intéressé. La démonstration d'un grief permet en effet, d'après les travaux parlementaires, « qu'une irrégularité

purement formelle et dénuée de tout impact sur le bien-fondé de la décision, puisse entraîner la mainlevée de la mesure »<sup>62</sup>. Le législateur pose ainsi un cliquet de sécurité afin de permettre au juge d'écarter l'irrégularité lorsque les atteintes aux droits de la personne resteraient mineures<sup>63</sup>. Au demeurant, le transfert de compétence du contrôle de la régularité au profit du juge judiciaire se révèle déterminant, puisqu'en pratique, 98 % des griefs invoqués portent sur la légalité externe des actes d'admission en soin sans consentement<sup>64</sup>.

La réforme engagée a en définitive constitué un véritable bouleversement, obligeant les psychiatres à soumettre au regard du juge leurs avis et générant par là une autre forme de dualisme, celle de la rencontre du juge et du médecin. Les psychiatres doivent désormais rendre compte, dans un langage simple et accessible, des raisons de l'hospitalisation. Les juges, quant à eux, doivent se confronter, régulièrement et systématiquement, à un contentieux qu'ils n'appréhendaient jusqu'alors que de manière ponctuelle et discontinue. La loi les oblige à s'ouvrir à une réalité et à sortir de leur logique binaire de la Vérité judiciaire, celle qui veut que l'on soit coupable ou non coupable, responsable ou irresponsable<sup>65</sup>. L'unicité judiciaire est en somme un vecteur de nuance pour l'appréciation délivrée par le magistrat.

Naturellement, la question sous-jacente à cette évolution demeure celle de la légitimité du juge judiciaire, à tout le moins celle de la raison de la préférence accordée à ce magistrat, au détriment du juge administratif. Si l'interrogation existe, la justification paraît compréhensible. D'abord, un consensus semblait se dégager en

59. Art. L. 3211-12 et L. 3211-12-1 CSP.

60. *Ibid.* La loi prévoit également une exécution rapide de la mainlevée, en énonçant que le juge qui ordonne la mainlevée de la mesure « peut, au vu des éléments du dossier et par décision motivée, décider que la mainlevée prend effet dans un délai maximal de vingt-quatre heures afin qu'un programme de soins puisse, le cas échéant, être établi ».

61. Sur ce point, v. N. Giloux et M. Primevert, « Le psychiatre et le juge face à la protection de la personne dans les soins contraints », préc.

62. V. amendement n° 50 présenté par M. Lefrand, *JO AN CRI*, 2<sup>e</sup> séance du 23 mai 2011.

63. En ce sens, v. F. Borg, « 12 jours », *Santé, libertés*, 29 nov. 2017, [www.sante-libertes.fr](http://www.sante-libertes.fr).

64. Contre 1 % concernant la légalité interne et 1 % les deux : D. Legohérel, « Procédure de contrôle de plein droit en cas d'hospitalisation complète sans consentement », Étude de la jurisprudence des cours d'appel, *D.*, 2015, p. 1549. V. égal. D. Legohérel, « Étude sur les soins psychiatriques sans consentement », déc. 2014, Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation.

65. En ce sens, v. N. Giloux et M. Primevert, « Le psychiatre et le juge face à la protection de la personne dans les soins contraints », préc.

faveur du juge judiciaire. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté<sup>66</sup>, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme<sup>67</sup>, mais aussi, auparavant, le Conseil de l'Europe<sup>68</sup>, les magistrats, également – privatistes comme publicistes<sup>69</sup> – : tous prônaient l'idée d'un bloc judiciaire de compétences. Surtout, la nature de la mesure, privative de liberté, justifie pleinement la compétence de ce magistrat. Certes, l'article 66 de la Constitution, lequel érige l'autorité judiciaire en gardien de la liberté individuelle, ne donne pas compétence exclusive à ce juge, de sorte qu'une autorité administrative est habilitée à restreindre la liberté d'aller et de venir<sup>70</sup>. Cela étant précisé, dès lors que la protection de la liberté individuelle intègre les « matières réservées par nature »<sup>71</sup> au juge judiciaire, celui-ci doit pouvoir se voir confier l'intégralité du contentieux et il paraît en définitive assez logique, dans le cadre des hospitalisations d'office où le contrôle de leur nécessité relevait déjà de sa compétence, de lui transférer, précisément, le pouvoir d'en contrôler la régularité<sup>72</sup>.

Peut-on, doit-on s'en contenter ? L'analyse du dispositif tel qu'il existe actuellement invite en réalité à nuancer le propos et à émettre l'hypothèse d'une entreprise en demi-teinte : la question est alors de savoir si le mouvement d'unification du contentieux est parfaitement achevé.

## B. L'unicité inachevée

L'interrogation naît d'abord de l'examen des pouvoirs du juge des libertés et de la détention dans le cadre de son office. De ce point de vue, en effet, il n'est pas certain que l'objectif de sim-

plification du contentieux soit pleinement atteint. En premier lieu, le législateur a maintenu une dualité au sein de l'ordre judiciaire en soumettant au juge des libertés et de la détention le contrôle de la régularité et de la nécessité de la mesure tout en maintenant la compétence du Tribunal de grande instance pour indemniser les préjudices résultant de l'irrégularité. Certes, il n'est plus nécessaire pour le requérant d'agir devant deux juges de deux ordres distincts, mais celui-ci ne pourra obtenir d'une seule et même personne le prononcé de la mainlevée et l'indemnisation du préjudice. À cet égard, la procédure peut surprendre le justiciable, sinon le dérouter.

En second lieu, le délai d'intervention du juge judiciaire est encore certainement trop long. La loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013 a réduit ce délai de quinze jours à douze jours<sup>73</sup>, sans retenir le délai de cinq jours proposé par le rapporteur de la mission d'information parlementaire – l'argument privilégié tenant au temps nécessaire à la bonne administration de la justice<sup>74</sup>. La réduction du délai reste symbolique, mais en définitive assez minime et ce, d'autant plus que les médecins, de leur côté, sont capables d'évaluer l'état mental de leur patient dès soixante-douze heures<sup>75</sup>. En outre, en cas de maintien de l'hospitalisation complète, le juge des libertés et de la détention ne réexamine la nécessité de la mesure que tous les six mois, le législateur ayant choisi de ne pas modifier ce délai, existant sous l'état antérieur du droit.

En troisième lieu, l'on peut regretter que le contrôle systématique du juge judiciaire n'ait pas

66. Avis du 15 févr. 2011 du Contrôleur général des lieux de privation des libertés relatifs à certaines modalités de l'hospitalisation d'office.

67. Avis du 30 mars 2011 de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme, selon lequel « on pourrait aussi imaginer qu'il soit fait un bloc de compétences au profit du juge judiciaire, afin que celui-ci connaisse de l'intégralité du contentieux du soin psychiatrique contraint : la concurrence entre la compétence du juge administratif [...] et celle du juge judiciaire [...] n'est guère satisfaisante » (§ 28).

68. Ass. parlementaire du Conseil de l'Europe, *Rapport sur la psychiatrie des droits de l'Homme*, 15 mars 1994, Doc. 7040. L'assemblée rappelle lors de ses conclusions et ses recommandations que « la décision appartient au juge, telle est la quintessence des recommandations sur la procédure du placement d'office ». Ledit rapport mentionne une liste incluant la Belgique, Chypre, l'Allemagne, les Pays-Bas, le Portugal et l'Espagne où le contrôle d'un juge est exigé pour que la décision soit valable.

69. V. en ce sens les avis de Mme C. Landais et M. F. Lenica, membres du Conseil d'État.

70. V. Cons. const., 30 juill. 2010, déc. n° 2010-14/22-QPC, *M. Daniel W. et autres*.

71. V. Cons. const., 23 janv. 1987, déc. n° 86-224 DC, préc.

72. En ce sens, v. M.-O. Diemer, « La réforme de l'hospitalisation sans consentement et le contrôle des arrêtés préfectoraux : retour sur un mécanisme d'éviction du juge administratif », *LPA*, 2015, n° 117, p. 4.

73. Art. L. 3211-12-1 CSP.

74. Sur ce point, v. S. Théron, « La loi du 27 septembre 2013 : une révision partielle du régime des soins psychiatriques », *RDSS*, 2014, p. 133 ; A. Mirkovic, « Soins psychiatriques : une adoption dans l'urgence ! », *JCP G*, 2011, n° 29-34, p. 847.

75. *Ibid.*

été étendu aux mesures prononcées à l'occasion des programmes de soin. Le Conseil constitutionnel justifie l'absence de contrôle par le fait qu'aucune contrainte n'est exercée dans le cadre de ces programmes<sup>76</sup>. Or, ces mesures s'analysent malgré tout comme des soins sans consentement, atteignant certains aspects des libertés : un contrôle automatique du juge judiciaire, à cet égard, trouverait pleine légitimité et irait dans le sens d'une harmonisation du dispositif existant. En quatrième et dernier lieu, une réserve peut être émise quant à la nécessaire adaptation du juge des libertés et de la détention dans le cadre de sa mission et aux moyens offerts pour la mener à bien. Le magistrat, notamment, doit désormais s'approprier la jurisprudence administrative applicable à la notification et à la motivation des actes administratifs. Lorsque l'on sait et mesure la figure d'« électron libre » que présente le juge des libertés et de la détention à l'égard des mesures attentatoires aux libertés dans le cadre de la procédure pénale et les critiques émises quant à l'effectivité du contrôle réalisé<sup>77</sup>, l'on peut légitimement douter de sa capacité, *a fortiori*, à absorber rapidement un contentieux qui ne lui est pas toujours familier. Si l'évolution engagée est heureuse et s'inscrit résolument dans une démarche progressiste, les modalités et les quelques freins subsistants laissent parfois songeur et regretter que le législateur n'ait pas toujours indiqué les moyens de l'unification, ni davantage choisi de les renforcer.

En marge des pouvoirs du juge judiciaire, l'autre interrogation, surtout, résulte de l'existence d'une sphère de compétence résiduelle<sup>78</sup> – irréductible ? – du juge administratif. Le second corps de difficultés naît en effet de la nécessaire

délimitation du champ de compétences de ce magistrat et de la résistance, en diverses occurrences, de son pouvoir de contrôle. Diverses zones d'ombres persistent, laissant aux praticiens le soin d'apprécier concrètement les conséquences et nouveaux équilibres de la réforme sur le dualisme juridictionnel.

À l'origine, le transfert de compétences au profit de l'ordre judiciaire vise incontestablement les décisions d'admission ou de maintien en soins sans consentement<sup>79</sup>. L'affirmation provient de ce que ces décisions portent atteinte, maintiennent une atteinte ou sont susceptibles de porter atteinte à la liberté individuelle. À cela, s'ajoute également le contentieux indemnitaire portant sur les conséquences dommageables de ces décisions. Cet ensemble forme le noyau dur de la compétence du juge judiciaire, couvrant les contentieux les plus emblématiques de la réforme. Une telle répartition, du reste, est conforme aux exigences de la Constitution et le critère relativement simple à identifier<sup>80</sup> : dès lors qu'est en jeu une atteinte ou une potentielle atteinte à la liberté individuelle, le juge judiciaire se révèle compétent<sup>81</sup>.

Or, en marge de ce critère, quelques doutes demeurent à propos de certaines décisions dont le régime juridique n'a pas été clairement défini par le législateur.

Ainsi, par exemple, des décisions de transfert d'un établissement à un autre, que n'envisage pas le Code de la santé publique. Avant l'adoption de la loi du 5 juillet 2011, le Conseil d'État décidait que la contestation d'une telle décision était soumise aux mêmes règles de répartition des compétences que celles relatives au placement d'office, puisque le transfert s'analyse

76. Cons. const., 20 avr. 2012, déc. n° 2012-235 QPC, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*, cons. 12 ; *AIDA*, 2012, p. 855 ; *JCP A*, 2012, n° 26, note 2230, note É. Péchillon. Sur ce point, v. S. Théron, « Regards critiques sur une modalité ambivalente de soins psychiatriques : les soins ambulatoires sans consentement », in *Consentement et santé*, colloque AFDS, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014.

77. V. P. Le Monnier de Gouville, *Le juge des libertés et de la détention, Entre présent et avenir*, Thèse Paris II Panthéon-Assas, 2011.

78. Sur ce point, v. A. Farinetti, « L'unification du contentieux des soins psychiatriques sans consentement par la loi du 5 juillet 2011 », préc.

79. Art. rt. L. 3216-1 CSP : « La régularité des décisions administratives prises en application des chapitres II à IV du présent titre ne peut être contestée devant le juge judiciaire ». Le chapitre II est relatif aux soins psychiatriques ordonnés à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent ; le chapitre III est consacré aux soins psychiatriques ordonnés sur décision du représentant de l'État, le cas échéant, après une première mesure prise par le maire ou, à Paris, le commissaire de police ; le chapitre IV est relatif aux soins psychiatriques des personnes détenues atteintes de troubles mentaux.

80. Art. 66 de la Constitution : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

81. En ce sens, v. P.-H. Bréchat, M. Grosset et D. Tabureau, « Contentieux des soins contraints : premier bilan d'une réforme inachevée », *JDSAM*, 2015, n° 2.

comme le corollaire du placement<sup>82</sup>. Si l'on transpose cette analyse, l'on pourrait alors concevoir que les décisions de transfert, même non visées par le législateur, soient, en tant que corollaire des décisions prises, couvertes par le contrôle du juge des libertés et de la détention – ce que semble conforter d'ailleurs, implicitement, un avis de la Cour de cassation en date du 19 janvier 2015<sup>83</sup>.

Un autre exemple, encore, tient au contentieux indemnitaire résultant d'une carence fautive des autorités compétentes. La question est en effet de savoir si l'abstention de prendre les mesures préconisées – de ne pas, autrement dit, appliquer une disposition –, constitue une « décision administrative » devant être soumise au contrôle du juge judiciaire. *A priori*, l'objectif recherché par le législateur est de faciliter le recours des personnes hospitalisées : telle n'est pas l'hypothèse soumise et le juge administratif devrait, alors, pouvoir continuer de connaître du contentieux né de dommages causés par un malade n'ayant pas été, à tort, interné.

Dans le même ordre d'idées, les autorisations de sorties de courtes durée<sup>84</sup> ne relèvent pas des décisions soumises au contrôle du juge des libertés et de la détention et se voient donc appliquer les mêmes règles d'attribution contentieuse qu'auparavant. Il en va également de la sorte s'agissant des soins librement consentis<sup>85</sup> ou, encore, du contentieux des dommages subis à raison des « fautes médicales ou [...] dans l'organisation et le fonctionnement du service hospitalier », dommages devant dès lors pouvoir continuer de relever de la compétence du juge

administratif, notamment lorsqu'ils sont causés par une personne hospitalisée qui s'est évadée de l'établissement<sup>86</sup>. Les exemples sont nombreux et tous permettent de mettre en exergue un bloc de compétences résiduelles du juge administratif, comme autant de stigmates d'un dualisme juridictionnel passé.

Mais la question sans nul doute la plus délicate demeure, *in fine*, celle de la détermination du juge compétent pour contrôler la légalité des décisions de mainlevée de la mesure d'hospitalisation. Par une interprétation *a contrario* des critères évoqués, l'on pourrait en effet penser que toute décision administrative prise dans le cadre d'une hospitalisation sous contrainte n'entraînant pas une privation de liberté doit rester de la compétence du juge administratif. Il en serait dès lors ainsi des décisions de mainlevée d'une hospitalisation, puisque celles-ci ne portent pas atteinte, par définition, à la liberté. C'est d'ailleurs ce qu'avait décidé le Tribunal des conflits en 2006 : la décision de mainlevée est une mesure de police administrative dont le juge administratif peut apprécier tant la régularité que le bien-fondé<sup>87</sup>. Or, rien ne permet d'affirmer que la loi du 5 juillet 2011 a remis en cause une telle solution.

L'on pourrait par conséquent être tenté de considérer que le juge administratif conserve une véritable compétence parallèle pour l'ensemble des contentieux portant sur des mesures non attentatoires aux libertés individuelles<sup>88</sup>. Sans détailler plus en avant les aspects techniques du débat, plusieurs lectures de l'article L. 3216-1 du Code de la santé publique, en l'état, sont pos-

82. CE, juge des référés, 14 oct. 2004, n° 273047, *Rec. Lebon Tables* : « Considérant que la contestation de l'acte par lequel le préfet décide qu'une personne atteinte de troubles mentaux, qui a fait l'objet d'un placement d'office dans un établissement d'hospitalisation spécialisé, doit être transférée dans un autre établissement est soumise à des règles de répartition des compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, identiques à celles applicables au régime du placement d'office, dans la mesure où le transfert est le corollaire d'un tel placement ».

83. Cass., avis n° 15001 du 19 janv. 2015 (Demande n° 14-70010). Sur ce point, v. M. Vialettes et M. Grosset, « L'unification du contentieux de l'hospitalisation sans consentement. De quelques questions posées par sa mise en œuvre au 1<sup>er</sup> janvier 2013 », *JCP G*, 2013, n° 6, doctr. 157.

84. Prévu par l'article L. 3211-11-1 CSP.

85. Mentionnés au chapitre I du titre 1<sup>er</sup> du Livre II de la troisième partie du Code de la santé publique.

86. T. confl., 29 févr. 1908, *Rec. Lebon* 208, concl. Teissier.

87. T. confl., 26 juin 2006, *Président du Conseil de Paris c. Préfet de police de Paris*, préc. : « s'il appartient à la juridiction administrative ordonnant l'hospitalisation d'office, prise par le préfet [...] et à la juridiction judiciaire d'apprécier la nécessité d'une telle mesure, la décision par laquelle le préfet met fin à une hospitalisation d'office a le caractère d'une mesure de police administrative dont il appartient à la juridiction administrative [...] d'apprécier tant la régularité que le bien-fondé ».

88. En ce sens, v. P.-H. Bréchat, M. Grosset et D. Tabuteau, « Contentieux des soins contraints : premier bilan d'une réforme inachevée », préc.

sibles<sup>89</sup> et toute la difficulté reste de savoir si l'on doit se référer à l'intention du législateur – au demeurant de conférer au juge judiciaire un bloc de contentieux cohérent – ou, au contraire, privilégier la rigueur dans l'interprétation, au prix de découpages juridictionnels contestables. Certains auteurs – publicistes – proposent par exemple de s'en remettre, à travers chaque décision, au caractère détachable ou non de la décision du soin contraint, afin de répartir les compétences entre les magistrats<sup>90</sup>. Le juge judiciaire aurait vocation à statuer sur les décisions indissociablement liées à la mesure de soin contraint et devrait donc qualifier, selon la nature de la décision attaquée, ce caractère indissociable des soins contraints afin de savoir quel ordre doit être compétent. Pour illustrer le propos, ces auteurs estiment qu'il est possible d'identifier les décisions de mainlevée, de droits de visite et les sorties d'essai comme étant directement liées à l'organisation des soins ; tandis que la communication du dossier médical, elle, paraît sans doute pouvoir être appréhendée de façon autonome.

En réalité, l'interrogation est alors la suivante : faut-il aller aussi loin dans le paradigme ? La lecture des travaux parlementaires n'éclaire malheureusement guère et les questions demeurent : d'abord, est-il de bonne administration que le juge judiciaire soit saisi de toutes les décisions d'admission en soins contraints non détachables

des décisions prises par le préfet ou le directeur de l'établissement ? Ensuite, le juge administratif est-il suffisamment armé pour décider de la légalité d'une décision prise de manière ponctuelle dans le cadre d'une hospitalisation alors même qu'il n'a pas à connaître de la situation dans sa globalité ?

L'enchevêtrement de ces réserves appelle en définitive une nécessaire distance par rapport à l'unification revendiquée par le législateur du contentieux de l'hospitalisation et au terme qu'il a souhaité mettre au dualisme juridictionnel. Une décision audacieuse permettra d'achever le propos : le 16 juillet 2012, le juge des référés du Conseil d'État<sup>91</sup> a en effet décliné sa compétence au profit du juge judiciaire, lequel s'est approprié le contentieux pour définir les contours de son office. Le juge administratif affirme que « le législateur a entendu donner compétence à l'autorité judiciaire pour apprécier le bien-fondé de toutes les mesures de soins psychiatriques sans consentement, qu'elles portent atteinte à la liberté individuelle ou non ». Ou non. Cette décision laisse ainsi deux questions en suspens<sup>92</sup> et à libre appréciation : quelle place est-il opportun d'octroyer au juge administratif dans le contentieux des soins contraints ? Quelle intensité doit avoir le contrôle du juge ? Deux questions, donc, pour un dualisme juridictionnel qui, *a priori*, n'a pas dit son dernier mot.

89. *Ibid.* Les auteurs s'interrogent sur l'interprétation de l'article L. 3216-1 du Code de la santé publique : soit cet article signifie que le juge judiciaire est compétent pour statuer sur les contestations relatives à l'ensemble des décisions prises dans le cadre des mesures d'hospitalisation complète ou partielle sous contrainte ; soit il ne peut statuer que sur les décisions d'admission en hospitalisation sous contrainte « quelle qu'en soit la forme » – expression employée par l'article L. 3211-12 pour évoquer les programmes de soins.

90. *Ibid.*

91. CE, ord. 16 juill. 2012, *Centre hospitalier spécialisé Guillaume Régnier*, n° 360793.

92. V. P.-H. Bréchat, M. Grosset et D. Tabuteau, « Contentieux des soins contraints : premier bilan d'une réforme inachevée », préc.

# Dossier

## L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?

### La dualité fonctionnelle du Conseil d'État et le débat sur la dualité juridictionnelle

**Bertrand Seiller**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**L**e dualisme fonctionnel du Conseil d'État ne semble pas avoir de lien avec celui qui nous réunit aujourd'hui et qu'il faut féliciter votre association d'avoir choisi comme thème de son colloque annuel. Les débats de ce colloque font écho à ceux qui agitent le Landerneau juridique depuis quelques mois et portent sur l'avenir du dualisme juridictionnel. Ils concernent donc l'organisation fondamentale de notre système juridictionnel, qui juxtapose un ordre judiciaire et un ordre administratif.

Pour ma part, je souhaite m'intéresser à une question qui ne concerne que le second et même, pour l'essentiel, que sa juridiction suprême, le Conseil d'État. Sans doute, mon sujet porte-t-il aussi sur un dualisme ; cependant, il ne s'agit pas du dualisme juridictionnel de notre système juridique mais du dualisme fonctionnel de la juridiction administrative suprême. Il ne s'agit donc pas d'étudier la pertinence du modèle d'organisation choisi par la France et qui conduit à partager la compétence sur les litiges entre deux ordres de juridiction mais d'examiner une autre spécificité de notre système institutionnel, celle qui a conduit à confier au Conseil d'État une double fonction, celle de conseiller le gouvernement et celle de trancher les litiges que l'action administrative peut faire naître. En dépit des apparences, je vais m'efforcer de montrer

que cette dualité fonctionnelle du Conseil d'État n'est pas totalement étrangère au débat actuel sur la dualité de juridiction.

Pour le comprendre, il convient de présenter cette dualité fonctionnelle, de rappeler les raisons qui sont traditionnellement avancées à son soutien, de montrer les conséquences de cette dualité, notamment les interrogations qu'elle a pu susciter au regard du principe d'impartialité et compte-tenu aussi des pratiques individuelles qu'elle a indirectement provoquées. Nous verrons ensuite en quoi ces interrogations, plus ou moins exprimées, ont probablement contribué, au moins indirectement, au débat actuel sur le dualisme juridictionnel et quelles esquisses de réponse peuvent y être apportées.

La dualité fonctionnelle a été voulue par Napoléon Bonaparte, lorsqu'il a créé le Conseil d'État au moment du coup d'État du 18 Brumaire. L'article 52 de la Constitution du Consulat dispose, en effet, que « sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ». Cet organe cumule ainsi d'emblée des fonctions administratives, puisqu'il participe à la rédaction des textes, et des fonctions contentieuses, puisqu'il prépare, à l'époque, les projets de décision sur les litiges

administratifs que le Premier Consul doit trancher dans le cadre d'un système de justice retenue. Au cours de l'histoire, la fonction consultative du Conseil d'État n'a pas toujours été prédominante. Forte durant les périodes impériales, lesquelles sont évidemment méfiantes à l'égard des corps législatifs, elle fut au contraire nulle ou affaiblie durant les périodes parlementaires ou républicaines et le Conseil d'État dut alors se concentrer sur ses attributions juridictionnelles. Ce fut notamment le cas sous la III<sup>e</sup> République, qui est considérée comme l'âge d'or du droit administratif.

C'est au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, en 1945, que le Conseil d'État fut de nouveau obligatoirement consulté sur les projets de loi. Aujourd'hui, le Conseil d'État est obligatoirement consulté sur les projets de loi et d'ordonnance, ainsi que sur les projets de décret pour lesquels sa consultation est prévue. Il peut être également consulté par le gouvernement sur tout autre projet de texte comme sur tout sujet qui pose un problème juridique particulier. Depuis une révision constitutionnelle de 2008, les présidents des deux assemblées peuvent aussi solliciter l'avis du Conseil d'État sur les propositions de lois d'origine parlementaire. La fonction consultative du Conseil d'État est exercée par cinq sections administratives (la section du rapport et des études n'y contribuant pas) et la fonction juridictionnelle par la Section du contentieux, elle-même divisée en dix chambres.

La dualité fonctionnelle a bénéficié d'un renforcement par l'instauration, par un décret du 30 juillet 1963, de la règle de la double appartenance des membres du Conseil d'État. Elle signifie qu'ils sont affectés, en principe, à la fois à une section administrative et à la section du contentieux. Cette décision fut prise à la suite des affaires *Jacomet* et *Canal* qui marquèrent une grande tension entre le Conseil d'État et le pouvoir exécutif. La règle de la double appartenance fut ainsi conçue par le Général de Gaulle pour garantir que les membres du Conseil connaissent les contraintes et les nécessités de l'action publique lorsqu'ils jugent une affaire. Cette règle de la double appartenance fait écho, au XXI<sup>e</sup> siècle, à la formule ancienne et classique selon laquelle « juger l'administration, c'est

encore administrer ». On prête cette expression à Henrion de Pansey, qui fut – autres temps, autres mœurs – membre de la Cour de cassation et conseiller d'État, mais elle est plus vraisemblablement apparue sous la plume de Jean-Baptiste Sirey, dans un ouvrage paru en 1818. L'idée est double : d'une part, pour bien juger les litiges mettant en cause l'administration, il faudrait être particulièrement pénétré de ses spécificités et de ses impératifs et pour cela, il faut contribuer à son action au moins en la conseillant ; d'autre part, et inversement, pour mieux faire accepter par l'administration les décisions juridictionnelles mettant en cause son action, il faudrait avoir sa confiance, laquelle suppose de travailler en son sein ou au moins à ses côtés.

Fondamentalement, le Conseil d'État a été conçu, y compris par Bonaparte, comme un organe de conseil et d'expertise auprès du pouvoir exécutif. L'adjonction de la fonction contentieuse, qui d'ailleurs dans un système de justice retenue ne pouvait être également qu'une activité de conseil, de préparation de projets de décisions, n'était que complémentaire de l'activité consultative principale. Le Conseil d'État est légiste avant d'être juge. Ses membres appartiennent au premier des grands corps administratifs de l'État. Il est vrai qu'aujourd'hui, le Code de justice administrative évoque d'abord ses attributions contentieuses<sup>1</sup> et ensuite ses « attributions en matière administrative et législative »<sup>2</sup> mais cela est probablement lié au fait que, faute d'un code de l'Administration, le code au sein duquel ces dispositions sont insérées est le Code de justice administrative.

Le système de l'administrateur-juge, issu de la conception révolutionnaire de la séparation des pouvoirs, a contribué à enraciner cette idée que le traitement des litiges nés de l'action administrative n'est que le prolongement de la fonction d'administrer. C'est ce qu'exprime clairement, la formule « juger l'administration, c'est encore administrer ». Cette conception de l'office du juge administratif repose sur l'idée que, comme l'autorité administrative elle-même, le juge ne doit pas seulement être attentif au respect du droit ; il doit percevoir les enjeux des décisions prises par l'administration et en comprendre les motifs même non juridiques. Il est ainsi considéré

1. Art. L. 111-1 CJA.

2. Art. L. 112-1 CJA : « Le Conseil d'État participe à la confection des lois et ordonnances ».

comme nécessaire que le juge des litiges administratifs connaisse les réalités et les nécessités de l'action publique. Cette connaissance est rendue possible par le fait que, dans l'exercice de ses attributions consultatives, il examine tant la légalité que la pertinence ou l'opportunité des projets qui lui sont soumis.

Certes, comme l'a souligné plaisamment Benoît Plessix, l'idée qu'il faille connaître la vie administrative pour bien la juger ne s'impose pas d'évidence : « on ne demande pas à un juge aux affaires familiales d'être lui-même divorcé pour bien juger la séparation d'un couple ». Tout au plus, est-il sans doute préférable, pour bien juger les litiges mettant en cause l'Administration, d'avoir une claire conscience qu'il ne s'agit pas de trancher entre deux intérêts privés opposés mais entre un intérêt privé et l'intérêt général qu'incarne et promeut l'Administration. Il est compréhensible que ces deux types d'intérêts ne soient pas placés sur un pied d'égalité sur la balance de la justice et que la solution des litiges administratifs doive prendre en compte l'intérêt général qui sous-tend l'action administrative.

Dépuis longtemps, le Conseil d'État puise son prestige, sa légitimité et donc son efficacité, de sa double fonction consultative et juridictionnelle. Cette dualité fonctionnelle lui donne une connaissance mais aussi une influence inégalée sur l'Administration, y compris la Haute administration. Ses fonctions de conseiller et de contrôleur de l'action du pouvoir exécutif lui assurent une vision globale de l'action administrative. C'est même de l'action publique en général qu'il connaît puisque tous les projets de loi et d'ordonnance lui sont soumis au préalable, quel que soit leur domaine, et puisqu'au contentieux, il peut être saisi de recours contre les ordonnances tant qu'elles n'ont pas été ratifiées et que même désormais, il connaît indirectement des lois grâce aux mécanismes de l'exception d'inconventionnalité et de la question prioritaire de constitutionnalité.

Mais cette légitimité institutionnelle a été fragilisée d'un point de vue juridictionnel. Cela résulte de l'arrêt *Procola* de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 septembre 1995, par lequel cette juridiction a constaté la violation

du principe d'impartialité par le Conseil d'État luxembourgeois, du fait du cumul de fonctions consultatives et juridictionnelles par cette institution fortement inspirée du Conseil d'État français. Cette décision a révélé que la dualité fonctionnelle pouvait être à l'origine d'une partialité objective structurelle, c'est-à-dire d'une partialité provoquée par le fait que les mêmes personnes sont susceptibles de connaître d'un même acte dans l'exercice de fonctions consultatives et juridictionnelles successives.

Il faut admettre que la position du Conseil d'État français était à l'époque assez fragile. D'une part, il avait antérieurement jugé qu'un juge administratif peut participer au jugement du recours contre un acte sur lequel il a émis antérieurement un avis dans le cadre de ses attributions consultatives<sup>3</sup>. D'autre part, il considérait que le défaut de consultation de ses sections administratives sur un projet de décret soumis à cette consultation entachait le texte ensuite adopté d'un vice d'incompétence et non de procédure. Cette solution reposait sur l'affirmation de ce qu'en négligeant de consulter le Conseil d'État, le gouvernement a méconnu « la compétence que le Conseil d'État exerce conjointement » avec lui<sup>4</sup>. Il se posait donc en coauteur d'actes dont il pouvait être juge ensuite.

Mais les craintes que faisaient naître ces solutions au regard de la jurisprudence *Procola* de la Cour européenne des droits de l'homme ont été dissipées par une convergence des solutions. D'abord, la Cour a fini par admettre que l'impartialité objective commandait que seuls les membres de la formation de jugement ayant connu de l'acte attaqué dans l'exercice de fonctions consultatives s'abstiennent de siéger au contentieux<sup>5</sup>. En d'autres termes, la dualité fonctionnelle n'affecte pas structurellement l'impartialité de l'ensemble de l'institution mais peut compromettre l'impartialité de certains de ses membres. L'analyse doit donc être menée au cas par cas. Ensuite, divers dispositifs ont été précisément institués au sein du Conseil d'État pour éviter que de telles situations individuelles de partialité n'apparaissent. Cela fut fait par un décret du 6 mars 2008, qui a de nouveau inscrit dans le droit positif (car elle y fut inscrite jusqu'en

3. CE Sect., 24 janv. 1980, *Gadiaga*.

4. CE Ass., 9 juin 1978, *SCI du 61-62 boulevard Arago*.

5. CEDH, 15 juill. 2009, *UFC Que Choisir*.

1940) l'interdiction faite aux membres du Conseil d'État qui ont participé à l'avis d'une section administrative de participer au jugement du recours dirigé contre l'acte pris après cet avis<sup>6</sup>. Il est également prévu que la liste des membres du Conseil ayant pris part à la délibération de la formation consultative est communiquée au requérant sur sa demande<sup>7</sup>. Enfin, les membres de la formation de jugement n'ont pas le droit de prendre connaissance de l'avis qu'a pu rendre une section administrative sur l'acte attaqué, du moins tant que cet avis n'a pas été rendu public<sup>8</sup>.

Le Conseil d'État s'est d'ailleurs appuyé sur ces dispositions pour refuser de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause la constitutionnalité de l'article L. 111-1 du Code de justice administrative et du troisième alinéa de l'article L. 112-1 du même code<sup>9</sup>. Il était allégué que ces dispositions méconnaissent le droit à un procès équitable qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme parce que certains actes peuvent se voir, successivement, soumis au stade de leur projet au Conseil d'État dans le cadre de ses attributions en matière administrative, et contestés, après leur signature, devant le Conseil d'État statuant au contentieux. Dans cet arrêt *Association Alcaly*, le Conseil a fait valoir qu'« il résulte des termes mêmes de la Constitution, et notamment de ses articles 37, 38, 39 et 61-1 tels qu'interprétés par le Conseil constitutionnel, que le Conseil d'État est simultanément chargé par la Constitution de l'exercice de fonctions administratives et placé au sommet de l'un des deux ordres de juridiction qu'elle reconnaît ». En d'autres termes, la dualité fonctionnelle du Conseil d'État bénéficie d'un statut constitutionnel et il est donc vain de prétendre en faire constater l'inconstitutionnalité.

Il est certain que la Constitution fait allusion, depuis l'origine, à la fonction consultative du Conseil d'État (articles 37, 38 et 39) et, depuis 2008, à sa fonction juridictionnelle (article 61-1). Le dualisme fonctionnel semble ainsi bénéficier d'une onction constitutionnelle. Il est également exact que les mécanismes issus du décret du 6 mars 2008 et précédemment présentés, auto-

risent à affirmer que le dualisme fonctionnel est désormais formellement conforme au droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Est-il pour autant certain que ce dualisme fonctionnel soit pleinement satisfaisant ? S'il me semble un peu vain d'en contester l'opportunité réelle, tant les idées qui le fondent sont profondément ancrées dans les esprits, certaines dérives, qui échappent pour l'heure à un encadrement efficace, doivent retenir l'attention et inciter à réfléchir à certaines évolutions.

La compétence reconnue des membres du Conseil d'État, le prestige du corps auquel ils appartiennent, les contacts constants et étroits que leurs fonctions au sein des sections administratives leur permettent de nouer avec les hauts fonctionnaires des ministères valent à beaucoup d'entre eux d'être sollicités pour exercer de hautes responsabilités au sein des administrations centrales, des autorités administratives indépendantes, des établissements publics, des entreprises publiques et, pour certains d'entre eux, de plus en plus nombreux, aussi au sein de grandes entreprises privées. Sans doute est-ce conforme à ce que cherchait Napoléon Bonaparte en créant cette institution, qu'il a conçue aussi comme un vivier de fonctionnaires qu'il pourrait appeler à exercer de hautes responsabilités au sein de l'administration de l'État.

Mais ce qui était probablement perçu comme un puissant facteur de modernisation de l'administration française à l'orée du XIX<sup>e</sup> siècle ne manque pas d'interroger, deux siècles plus tard. Une chose est de conseiller le gouvernement en tant que légiste, autre chose est de participer réellement à l'administration active. Cela se traduit par l'exercice de responsabilités amenant à opérer des choix en opportunité, à faire des compromis et surtout à se placer dans une dépendance envers le pouvoir politique particulièrement évidente lorsqu'il s'agit d'intégrer un cabinet ministériel. Certains membres du Conseil d'État sautent d'ailleurs le pas et s'engagent dans une carrière politique au plus haut niveau. Les exemples ne manquent pas...

6. Art. R. 122-21-1 CJA.

7. Art. R. 122-21-2 CJA.

8. Art. R. 122-21-3 CJA.

9. CE, 16 avr. 2010, *Association Alcaly*, req. n° 320667.

Le phénomène est à ce point troublant que le législateur a récemment montré qu'il commençait à s'en inquiéter. En effet, l'article 10, V de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes dispose que : « Lorsque la loi prévoit la présence, au sein du collège d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, de membres désignés parmi les membres en activité du Conseil d'État, de la Cour des comptes, du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et du corps des magistrats des chambres régionales des comptes, il ne peut être désigné d'autre membre en activité du même corps, à l'exclusion du président de l'autorité concernée ». L'objectif est clairement de limiter le nombre de membres issus de la juridiction administrative au sein des collèges des autorités administratives indépendantes. La chose est d'autant plus remarquable qu'une restriction équivalente n'est pas instaurée à propos des magistrats judiciaires, dont pourtant certains textes prévoient la désignation au sein de certaines autorités administratives indépendantes... Et la lecture des débats au sein des assemblées est particulièrement édifiante quant au sentiment des parlementaires sur la situation qu'ils s'efforcent d'encadrer...

On peut également relever la préoccupation des parlementaires à l'égard de ce qu'il est convenu d'appeler pudiquement aujourd'hui la « porosité entre le public et le privé », et qui ne concerne certes pas le seul Conseil d'État et son dualisme fonctionnel mais plus largement les grands corps de l'État. Cette préoccupation s'est traduite par la volonté de l'opposition parlementaire d'insérer dans le projet de loi sur la confiance dans la vie politique, devenu la loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017, des dispositions visant à encadrer plus strictement le pantouflage des hauts fonctionnaires ainsi que l'apparition de conflits d'intérêts. Elles ont été adoptées à l'unanimité au Sénat mais, pour des raisons qu'il serait probablement malséant de croire liées à la carrière des plus hauts responsables actuels du pouvoir exécutif, ces dispositions ont été écartées. Il n'en reste pas moins que leur examen a été lui aussi l'occasion de dénoncer en séance publique les passages de certains membres du Conseil d'État dans le secteur privé, notamment au sein de cabinets d'avocat. Il est remarquable qu'un tel

phénomène ne soit ni dénoncé ni même relevé au sujet des membres de la Cour de cassation. Il est certes probable que les conditions différentes du déroulement de la carrière des magistrats judiciaires font qu'ils parviennent à un stade plus avancé de celle-ci à la Cour de cassation, et sont peut-être de ce fait moins enclins à tenter l'aventure du passage dans le secteur privé. En revanche, la dualité fonctionnelle du Conseil d'État, par le contact qu'elle favorise entre ses membres et ceux des équipes ministérielles, incite manifestement beaucoup de membres de cette institution (pas tous !) à ne pas y faire l'intégralité de leur carrière et à en sortir, plus ou moins durablement et plus ou moins souvent. Ces parcours les amènent d'abord dans les administrations centrales, puis dans les administrations publiques au sens large et enfin, pour certains d'entre eux, dans le secteur privé. Comme l'indique le site du Conseil d'État, « Deux tiers des membres sont présents au Palais-Royal [...]. Le troisième tiers est soit détaché dans d'autres responsabilités publiques (directions de ministère, d'établissement public...), soit en position de disponibilité pendant une durée limitée pour exercer des fonctions privées ». L'exercice de fonctions à l'extérieur du Conseil d'État est à ce point courant aujourd'hui, que, dans certains cas, assez nombreux, la dualité fonctionnelle devient individuelle et non plus institutionnelle. Cela se produit lorsqu'un même membre du Conseil d'État exerce, outre ses fonctions au sein de cette institution, d'autres fonctions, exclusivement publiques cependant, rassurons-nous...

Une affaire récente est à cet égard particulièrement révélatrice du malaise que ne manque pas de susciter ce cas de figure lorsqu'il donne lieu à contestation. L'ancien Président de la République, peu de temps avant la fin de son mandat, a souhaité désigner un membre éminent du Conseil d'État (ancien président de section) comme président de la Commission de contrôle du découpage électoral prévue à l'article 25 de la Constitution. Notons au passage que cette Commission comporte en plus un membre du Conseil d'État *ès qualités*... Il pouvait donc y en avoir deux sur six membres, sans compter un membre de la Cour des comptes siégeant aussi *ès qualités*, soit trois magistrats administratifs sur six membres. Le Sénat s'est apparemment inquiété de ce que la personne proposée pour assurer la présidence de cette Commission, hautement

sensible d'un point de vue politique, avait exercé d'importantes fonctions au sein de plusieurs cabinets de gouvernement de gauche. Il a de ce fait tenté de retarder cette nomination en refusant de procéder à l'audition de l'intéressé en dehors d'une période de session parlementaire et a donc refusé d'émettre un avis sur sa nomination, comme l'exige pourtant l'article 13 de la Constitution.

Le Président de la République a décidé de passer outre l'absence d'avis émis par le Sénat et a nommé l'intéressé. Le président du Sénat a alors contesté cette nomination en justice. Dirigé contre un décret du Président de la République, son recours relevait de la compétence du Conseil d'État en premier et dernier ressort... Ce dernier a donc dû se prononcer sur la légalité de la nomination de l'un de ses membres les plus éminents à un poste à l'extérieur de l'institution. La haute juridiction était ainsi dans une situation qui n'est guère différente de celle dans laquelle elle est lorsqu'elle doit statuer sur la légalité d'un acte dont elle a examiné le projet dans ses attributions consultatives : dans l'un et l'autre cas, on ne peut se défaire d'un doute sur l'impartialité du juge. Mais alors que dans le cas de la dualité fonctionnelle « institutionnelle », cela a été souligné, des dispositions garantissent désormais le respect du principe d'impartialité, dans le cas présent rien de tel n'existe. Lorsque c'est la juridiction suprême d'un ordre juridictionnel qui est compétente pour examiner en premier ressort un recours concernant l'un de ses membres, un renvoi pour cause de suspicion légitime n'est évidemment pas admissible.

La dualité juridictionnelle du Conseil d'État, en ce qu'il n'est pas seulement la juridiction de cassation à la tête de son ordre mais aussi souvent un juge de premier ressort, s'avère ainsi également problématique... Le président du Sénat ayant eu l'élégance de ne pas porter le débat sur le terrain (glissant) de l'impartialité, le Conseil d'État n'a eu qu'à se prononcer sur le moyen tiré du défaut de consultation de la commission des lois du Sénat. Il est parvenu à l'écarter, en retenant une lecture raisonnablement constructive des textes et en évitant soigneusement de mentionner que la personne dont la nomination était en cause était l'un de ses

membres et avait rang de président de section<sup>10</sup>...

Cette affaire est révélatrice des dérives que le dualisme fonctionnel institutionnel a suscitées. En lui-même contestable, mais toléré en raison de l'encadrement dont il a été assorti très récemment, ce dualisme fonctionnel a favorisé, grâce au prestige et à l'expertise des membres du Conseil d'État, une emprise grandissante de celui-ci sur la haute administration et les principaux rouages de l'État. Or, indépendamment de l'affaire caricaturale que je viens d'exposer, il est légitime de se demander comment le Conseil d'État peut examiner en toute liberté de conscience les recours visant les décisions prises par l'un de ses membres, serait-il en détachement, en tant que président de telle ou telle autorité administrative indépendante. Un tel cas de figure n'est pourtant pas rare.

Même si la chose n'est pas exprimée officiellement, il faut bien comprendre que ce phénomène n'est probablement pas totalement étranger à l'attitude actuelle de la Cour de cassation envers son homologue. Les membres de la Cour de cassation ne peuvent qu'envier l'influence du Conseil d'État : la juridiction judiciaire suprême n'exerce pas une fonction consultative auprès du gouvernement, même sur les questions relevant du droit privé à l'égard desquelles pourtant elle semble avoir quelque expertise. Les magistrats judiciaires peuvent s'émouvoir que ce soit le Conseil d'État qui conseille le gouvernement sur les projets de loi de réforme de la justice, comme celui prévoyant aujourd'hui l'instauration d'un « tribunal criminel départemental » ou d'importantes modifications des procédures civile et pénale... Il est assez légitime que l'ordre judiciaire s'interroge sur cette curieuse institution qu'est le Conseil d'État : mi-conseiller légiste à compétence universelle, mi-juge à compétence particulière. Il n'est pas impossible également que les membres de la Cour de cassation éprouvent un doute sur la réelle qualité de juges des membres du Conseil d'État, doute que le dualisme fonctionnel de celui-ci peut précisément contribuer à instiller. Le refus du Conseil d'État de reconnaître à ses membres la qualité de magistrat, alors qu'elle est désormais attribuée aux juges administratifs du fond, tout comme,

10. CE, 13 déc. 2017, *Président du Sénat*, req. n° 411788.

sur le plan des symboles, l'hostilité de ses membres à l'égard du port d'une robe, souvent souhaité en revanche au sein des juridictions administratives du fond, ne peuvent que nourrir ces doutes. En 1958, Michel Debré, alors Garde des Sceaux, avait présenté les conseillers d'État comme « des fonctionnaires qui occupent des fonctions de juge ». Il est vrai qu'ils ne se considéraient eux-mêmes pas comme des magistrats. Remettre en cause le dualisme juridictionnel, c'est bel et bien aussi, pour la Cour de cassation indirectement contester le dualisme fonctionnel du Conseil d'État (dans ses aspects institutionnel comme individuel).

Reste à savoir alors ce qui serait possible pour remédier à cette contestation. La solution la plus radicale serait d'abandonner le dualisme juridictionnel et de réunir, en un seul ordre de juridiction, l'ensemble des litiges, en prévoyant éventuellement cependant des juridictions spéciales en son sein. En une telle hypothèse, le Conseil d'État pourrait éventuellement subsister, comme en témoigne le cas de son homologue luxembourgeois, qui fut privé de ses attributions juridictionnelles après l'arrêt *Procola*. Comme ce dernier, il n'exercerait plus donc que des attributions consultatives. Or, ainsi réduit dans ses attributions, le Conseil d'État perdrait probablement progressivement de son influence et donc de son prestige. Une solution moins radicale pourrait être préférée. Sans renoncer au dualisme juridictionnel et sans priver le Conseil d'État de sa dualité fonctionnelle, il est possible d'en aménager l'exercice dans des conditions qui en atténuent les évidentes imperfections. La règle de la double appartenance régissant l'affectation des membres du Conseil d'État gagnerait à être abandonnée; il pourrait être au contraire prévu qu'à leur entrée au Conseil, les nouveaux membres soient exclusivement affectés pendant quelques années aux activités consultatives (par exemple, 10 ans pour les élèves de l'ENA, 5 ans pour les membres nommés au tour extérieur),

avec la possibilité durant cette période d'accepter des postes à l'extérieur de l'institution. À l'expiration de cette période, ils pourraient accéder aux fonctions juridictionnelles mais cela supposerait qu'ils renoncent à toute autre fonction. Ceux qui souhaiteraient pouvoir continuer à en exercer resteraient affectés à la fonction consultative. Une cloison strictement étanche du point de vue des individus serait ainsi érigée entre les deux fonctions du Conseil d'État. Ceux qui accèderaient aux fonctions juridictionnelles, s'y consacraient entièrement et définitivement.

Un tel dispositif permettrait de conserver les avantages du système actuel en limitant les inconvénients. Il présenterait par ailleurs l'avantage de ne confier l'exercice des fonctions juridictionnelles qu'à des personnes expérimentées, ainsi que cela se fait dans beaucoup de pays, et qui s'y consacraient pleinement et dans la plus parfaite indépendance. Sans doute, existerait-il un risque que nombre de conseillers d'État préfèrent rester au sein des sections administratives, afin de continuer à bénéficier de la possibilité d'exercer des fonctions à l'extérieur de l'institution. Mais il pourrait être prévu des mécanismes incitatifs (par la rémunération ou les perspectives de carrière) pour compenser le moindre attrait de l'exercice exclusif de fonctions juridictionnelles.

Une telle réforme, qui appellerait évidemment une réflexion préalable bien plus approfondie qu'il n'est ici possible, ne déjouerait certainement pas toutes les critiques que suscite le dualisme juridictionnel français. Elle en atténuerait néanmoins l'intensité tant il est probable que certaines d'entre elles sont indirectement inspirées par le dualisme fonctionnel dont jouit le Conseil d'État. Corriger les défauts (ou les excès, tout est affaire de point de vue...) du dualisme fonctionnel permettrait vraisemblablement de s'accorder sur un point : celui de la contribution déterminante du juge administratif, et donc du dualisme juridictionnel, à la construction de l'État de droit.

# Dossier

## L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?

---

### Discours de clôture

**Fany Langlois**

Diplômée de l'Université Panthéon-Assas

Vice-présidente de l'Association des étudiants

et anciens étudiants du Master 2 Justice et Droit du Procès  
(AEMJDP, 2017/2018)

**J**e vous remercie de me laisser la parole pour clôturer le troisième colloque annuel du Master 2 Justice et Droit du Procès, qui fût une grande réussite et un grand moment de débats, dynamiques et interactifs, aussi riches qu'intéressants.

Au nom du bureau de l'Association des étudiants du Master, je tenais à vous adresser de nombreux remerciements.

Tout d'abord, nous remercions infiniment nos directeurs de Master, M<sup>me</sup> le Professeur Cécile Chainais et M. le Professeur Bertrand Seiller.

Ensuite, et avec une attention particulière, nous tenons à remercier M. Sylvain Jobert pour son investissement au sein de notre formation et son aide dans la conception scientifique du colloque et l'ensemble de son organisation.

Par ailleurs, nous sommes très honorés et très fiers d'avoir pu accueillir des intervenants de

qualité, praticiens et universitaires, tout au long de la journée. Nous vous remercions d'avoir accepté de venir participer à notre colloque, d'y avoir porté autant d'intérêts et de savoirs. Vous nous avez honorés de votre présence.

À cela s'ajoutent des remerciements pour nos présidents de séance, M<sup>me</sup> le Professeur Cécile Chainais qui a présidé la matinée, et M. le Professeur Philippe Théry, ancien directeur du Master 2, qui nous a fait l'honneur de présider cet après-midi.

Enfin, merci à vous tous pour votre présence. Nous sommes très heureux de vous avoir accueillis si nombreux à l'Université de Panthéon-Assas pour participer à la célébration de l'anniversaire des vingt ans de notre Master 2 Justice et Droit du Procès.

# Perspectives

## Droit de la bioéthique

---

Dans chaque numéro, la *RDA* donne la possibilité à des auteurs de dessiner les contours, de tracer les évolutions récentes ou à venir d'une matière donnée. À cette fin, la liberté est la plus totale : les contributeurs présentent un libre-propos sur la discipline en général ou sur certains de ses aspects.

---

**La bioéthique : évolution ou érosion de la protection juridique de la personne humaine ?**

*Jean-René Binet*

p. 96

**Le droit à la poursuite de la bioéthique : une tortue à la poursuite d'un lièvre ?**

*François Violla*

p. 100

**Ouverture de l'assistance médicale à la procréation : la filiation en questions**

*Victor Deschamps*

p. 109

**Les lois de bioéthique, un modèle pour écrire une loi au XXI<sup>e</sup> siècle ?**

*Clément Cousin*

p. 115

# Perspectives

## Droit de la bioéthique

---

### La bioéthique : évolution ou érosion de la protection juridique de la personne humaine ?

Jean-René Binet

Professeur à l'Université Rennes 1  
IODE-CRJO UMR 6262

**D**ésormais bien ancrée dans le paysage normatif, la bioéthique peut être définie comme une réflexion pluridisciplinaire portant sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé. C'est en effet dans ces termes que l'article L. 1412-1 du Code de la santé publique présente la mission dévolue à l'institution chargée de cette réflexion depuis 1983<sup>1</sup>, le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE).

Ainsi envisagée, la bioéthique tendrait, de prime abord, à régler les problèmes posés par la science et la médecine. À y regarder de plus près, il est cependant possible d'affirmer qu'elle poursuit en réalité un autre but : régler les problèmes posés à la science et ses développements par les règles instituées pour protéger la personne

humaine. L'actualité de la matière, dominée par les perspectives d'une révision – la troisième – de la loi de bioéthique<sup>2</sup>, en livre une récente illustration dans le rapport Touraine publié par la mission d'information parlementaire relative à la révision de la loi de bioéthique<sup>3</sup>. Envisageant, au sujet de la question des recherches sur l'embryon, les rapports entre science et droit, le rapporteur y décrit la mécanique évolutive de l'encadrement juridique des pratiques biomédicales. « Au début – écrit-il – sont essentiellement formulés des interdits, *souvent plus par prudence que pour de véritables raisons de respect de certaines valeurs humaines*. Puis, avec la progression des connaissances, lorsqu'est acquise la certitude que l'on ne s'aventure pas dans une direction non maîtrisée tels des apprentis sorciers, il devient possible de soulever progressivement le voile des interdits »<sup>4</sup>. Puis, s'interrogeant

---

1. Décr. n° 83-132, 23 févr. 1983, JO 25 févr. 1983 ; RTD civ., 1983, p. 400, comm. P. Godé.

2. Les premières lois, dites de bioéthique, furent promulguées en juillet 1994 (loi n° 94-548, 1<sup>er</sup> juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, JO, 2 juill., p. 9559 ; loi n° 94-653, 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, JO 30 juill., p. 11056 ; loi n° 94-654, 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JO, 30 juill., p. 11060). Deux révisions de ce dispositif ont déjà été réalisées par les lois successivement promulguées le 6 août 2004 et le 7 juillet 2011.

3. Rapport AN n° 1572, 15 janvier 2019.

4. Ibid., spéc. p. 145.

plus généralement sur ce que doit faire le législateur, il pose cette question : « son rôle consistait-il à formuler des interdits, *qui pourraient conduire à brider la recherche, au nom de principes fondamentaux*, ou est-il plutôt d'accompagner les évolutions scientifiques en veillant à ce que leurs applications n'engendrent pas de dérives ? »<sup>5</sup>. Il affirme alors se ranger à la deuxième branche de l'option.

Sans qu'il soit possible de réduire « le législateur » à l'unique déclaration d'un seul député, ces propos permettent de saisir les raisons de l'évolution du droit français sur la période qui a vu naître et se développer le phénomène normatif de la bioéthique. Pour le décrire en quelques mots, ce développement débute au lendemain de la seconde guerre mondiale lorsque, pour juger les atrocités commises par les médecins nazis et le système de santé du III<sup>e</sup> Reich<sup>6</sup> au nom de la science<sup>7</sup>, les magistrats chargés d'instruire le second procès de Nuremberg<sup>8</sup>, exhument de la jurisprudence américaine dix principes destinés à fixer d'infranchissables limites à l'activité de recherche médicale<sup>9</sup>. Ce qu'on nomme depuis lors « Code de Nuremberg » vient ainsi poser une pierre de touche pour la construction d'un encadrement des pratiques médico-scientifiques<sup>10</sup> que les découvertes et les espérances de la révolution biomédicale, à partir de la fin des années 1950, vont éprouver.

Ces principes, sous-tendus par la reconnaissance de la dignité de la personne humaine dont de très nombreuses déclarations internationales feront, dès cette époque, le socle de l'État de droit pour toutes les nations, fondent un système largement prohibitif – et pour cause – dont les médecins vont chercher à s'affranchir en créant un nouveau mode de réflexion destiné à penser, sur d'autres bases, les enjeux du progrès. C'est en effet un mouvement d'émancipation qui va porter la création des premiers comités d'éthique,

aux États-Unis puis au Canada, dans le but, décrit par le cancérologue américain Van Rensselaer Potter, dans son ouvrage *Bioethics : Bridge to the future* publié en 1971, de rendre acceptable l'application des progrès réalisés par les sciences et les techniques biomédicales<sup>11</sup>. Pour y parvenir, il était nécessaire de cesser de raisonner sur les fondements moraux anciens. L'objectif de la bioéthique tel que le décrivait Potter était de transformer la morale applicable à la science en insérant au champ de la réflexion les exigences du progrès scientifique et technique. Ainsi envisagée, la bioéthique ne s'inscrivait donc pas dans une logique de moralisation de la science, que l'on pourrait concevoir comme une déontologie médicale de deuxième génération. Elle procédait en réalité d'une biologisation ou d'une médicalisation de la morale applicable aux sciences de la vie et de la santé. Le postulat de cette méthode réside dans l'affirmation que le progrès scientifique et médical constitue une valeur en soi, devant être prise en compte dans la délibération éthique.

S'il ne s'agissait que d'une démarche réflexive ou spéculative, la bioéthique n'intéresserait guère le droit, ou si peu. Cependant, le phénomène s'inscrit dans une perspective normative depuis sa systématisation puisque Potter appelait de ses vœux l'émergence de spécialistes qui pourraient, par leurs réflexions, influencer sur l'adoption ou l'évolution des législations dans les sociétés technologiquement avancées dans le but d'y rendre possible l'application des progrès scientifiques et techniques. C'est aujourd'hui le rôle institutionnel que joue, en France, le CCNE. La réflexion bioéthique qui y est conduite tend en effet, *ab initio*, vers sa consécration juridique, quand bien même ses avis ne seraient officiellement revêtus que d'un caractère consultatif. C'est alors en raison de la délégation de compétences à laquelle elle conduit que l'instauration

5. *Ibid.*, spéc. p. 155.

6. J. Olf-Nathan (dir.), *La science sous le Troisième Reich*, Seuil, « Science ouverte », 1993.

7. A. Pichot, *La société pure, de Darwin à Hitler*, Flammarion, 2000.

8. *Trial of the War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n° 10*, Nuremberg, October 1946-April 1949, vol. V, Washington DC, United States Government Printing Office, 1950.

9. B. Halioua, *Le procès des médecins de Nuremberg, L'irruption de l'éthique médicale moderne*, Vuibert, coll. « Espace éthique », 2007.

10. G. Mémeteau, « Nuremberg : mythe ou réalité ? », *RRJ*, 1999-3, p. 605-629, spéc., p. 610.

11. Van Rensselaer Potter, *Bioethics : Bridge to the Future*, Englewoods Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall Inc., « Prentice-Hall biological science series », 1971.

des comités de cette nature a pu susciter de sévères critiques<sup>12</sup>, certains y ayant vu un moyen commode pour préparer le terrain « à des capitulations morales tout en dédouanant le pouvoir politique »<sup>13</sup>. Dans une société fondée, fût-ce implicitement, sur le respect de la dignité de la personne humaine, l'évolution du droit sollicitée pour satisfaire les besoins du progrès scientifique ou technique implique au moins pour partie un abandon progressif des règles traditionnellement destinées à sa protection. L'adoption d'une législation de type expérimental, imposant un réexamen périodique rend alors ce projet possible. Invité à réviser la loi tous les cinq ou sept ans<sup>14</sup>, le législateur brise, peu à peu, les verrous garantissant la protection de la personne humaine. La mécanique s'accompagne d'ailleurs volontiers du dénigrement de la loi ou du procès en légitimité de son auteur. Le premier titulaire de la fonction de président du CCNE, dont on peut observer qu'elle a toujours été assumée par des médecins sans qu'aucun texte ne l'exige, se moquait ainsi de « ces lois fortes et fermes que les progrès de la science rendent caduques dans l'année qui suit leur promulgation »<sup>15</sup>.

Disons-le d'emblée, pour qui s'intéresse à l'évolution du droit de la bioéthique, le constat est souvent préoccupant tant il révèle un abandon progressif des règles destinées à protéger la personne, son corps, sa dignité, contre les risques résultant du développement des pouvoirs technoscientifiques. Il faut, pour en prendre la mesure, avoir à l'esprit que les lois de 1994 ont construit un modèle fondé sur l'articulation de principes fondamentaux énoncés dans le Code civil – respect, inviolabilité et extra-patrimonialité du corps humain, dignité de la personne humaine, intégrité de l'espèce humaine –, avec des dispositions figurant principalement au Code de la santé publique et consacrées à chacun des

domaines considérés. Sur le fond, c'est surtout par le haut niveau de ses exigences éthiques que le droit français de la bioéthique se distingue, depuis ses origines, de nombreux autres systèmes juridiques. La volonté très claire de refuser de ne voir dans le corps humain qu'un gisement de ressources biologiques et de lutter tant contre sa marchandisation, que contre la technicisation incontrôlée de la procréation humaine, les transformations de l'espèce humaine et, plus généralement, les risques d'atteinte à la dignité de la personne humaine, se lisent ainsi en filigrane de ses dispositions.

Qu'est devenu ce modèle au fil des révisions ? De multiples sujets pourraient nous conduire, presque invariablement, au constat d'une évolution unilatérale, tendant, comme l'expose le rapport Touraine, à une levée progressive du voile des interdits : en matière de recherche sur les embryons humains, d'assistance médicale à la procréation ou d'autorisation des tests génétiques, par exemple. Une présentation dans le détail étant ici impossible, nous nous limiterons aux règles relatives aux prélèvements d'organes sur donneur vivant.

Les règles qui organisent ces prélèvements ont été initialement prévues par une loi du 22 décembre 1976 dont les lois de 1994 ont repris les dispositions pour les intégrer au Code de la santé publique au sein du livre consacré au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain. Deux types de prélèvements y sont prévus : celui qui est pratiqué sur un cadavre, et celui qui l'est sur un donneur vivant. S'agissant de cette dernière catégorie, le droit français prévoit plusieurs conditions cumulatives.

La première, essentielle, réside dans le consentement du donneur, soumis à un formalisme exigeant puisqu'il est exprimé devant le président du tribunal de grande instance ou le

12. V. F. Terré, « Le temps du mépris », in Université Panthéon-Assas Paris II, *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 405-416, spéc. p. 412.

13. J.-Cl. Guillebaud, *Le principe d'humanité*, Le seuil, 2001, p. 346.

14. L'une des lois du 29 juillet 1994 prévoyait sa révision dans un délai de cinq ans (L. n° 94-654, préc., art. 21.), comme celle du 6 août 2004 (L. n° 2004-800, préc., art. 40, I). La loi du 7 juillet 2011 a allongé le délai à sept ans (L. n° 2011-814, préc., art. 47, I). S'agissant de la loi à venir, le rapport Touraine préconise de revenir à une période de cinq ans : « considérant qu'il faut prendre en compte l'accélération des avancées scientifiques et des technologies biomédicales, dans un contexte de mondialisation des enjeux de santé et de recherche, ainsi que les nouvelles demandes de la société induites par ces innovations, il conviendrait de prévoir une clause de réexamen du futur projet de loi dans un délai de cinq ans, et non plus de sept ans » (AN n° 1572, op. cit., spéc. p. 286).

15. J. Bernard, « Discours pour l'installation du CCNE », reprod. in CCNE, *Rapport 1984 du Comité consultatif national d'éthique*, La Documentation française, 1984.

magistrat désigné par lui<sup>16</sup>. Ensuite, ce prélèvement ne peut être effectué que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur<sup>17</sup> qui doit être compatible. En outre, la loi exige un lien de parenté ou d'affection entre le donneur et le receveur. Cette dernière restriction, aujourd'hui posée par l'article L. 1231-1, alinéa 2 du Code de la santé publique, est justifiée par la nécessité d'éviter les trafics d'organes et les arrangements douteux. Si, entre des personnes unies par les liens du sang ou du cœur, la solidarité est suffisamment puissante pour justifier le don d'un organe, en dehors de ce cercle, il pourrait être motivé par une rétribution financière occulte. Sachons le dire, cette condition participe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Le texte issu de la loi du 29 juillet 1994 prévoyait que le receveur devait avoir « la qualité de père ou de mère, de fils ou de fille, de frère ou de sœur du donneur ». En outre, « en cas d'urgence », ce pouvait être le conjoint. Par la suite, pour permettre la réalisation du plus grand nombre possible de greffes<sup>18</sup>, le cercle des donneurs n'a cessé de s'étendre pour inclure, à partir de 2004, le concubin<sup>19</sup>, les grands-parents, les oncles et tantes, les cousins germains et cousines germaines ainsi que, pour ne pas omettre l'hypothèse d'une famille recomposée, le conjoint du père ou de la mère du receveur. Depuis 2011, le

don est également possible de la part d'un ami<sup>20</sup> et l'on peut déjà percevoir la difficulté qui peut exister pour garantir que cette amitié n'a pas été fabriquée de toutes pièces au soutien d'une perspective de prélèvement. Et ce, d'autant plus que la limite technique à la transplantation résultant de la nécessité d'une immuno-compatibilité entre donneur et receveur a été en même temps levée par l'instauration d'une possibilité d'un don croisé<sup>21</sup>.

Demain, si le législateur suit les propositions du rapport Touraine, le donneur pourra n'être ni un membre de la famille, ni même un ami<sup>22</sup>. Ces diverses extensions poursuivent le fort légitime objectif de lutter contre la pénurie d'organes disponibles. Toutefois, ne finiront-elles pas par rendre sinon impossible du moins très difficile la lutte contre les trafics d'organes dont le système très protecteur de la personne humaine nous prémunissait ?

Puisque la loi est appelée à être révisée cette année, espérons que le législateur saura se souvenir que si les intérêts propres au développement des pratiques médicales et scientifiques sont légitimes et dignes d'être pris en considération, la protection de la personne et la sauvegarde de sa dignité sont, quant à elles, des valeurs cardinales.

16. Art. R. 1231-2 CSP.

17. Art. L. 1231-1, al. 1<sup>er</sup> CSP.

18. Dont il n'est pas question de discuter la légitimité.

19. Art. L. 1231-1, al. 2 CSP : « toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ».

20. Art. L. 1231-1, al. 2 CSP : « toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur ».

21. Art. L. 1231-1, al. 3 CSP : « Celui-ci consiste pour le receveur potentiel à bénéficier du don d'une autre personne ayant exprimé l'intention de don et également placée dans une situation d'incompatibilité à l'égard de la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, tandis que cette dernière bénéficie du don du premier donneur ».

22. *Rapport AN n° 1572, op. cit.*, proposition n° 30, p. 225 : « Des personnes dont l'anonymat serait préservé donneraient un organe – principalement le rein – à un malade inconnu en attente de greffe ».

# Perspectives

## Droit de la bioéthique

---

### Le droit à la poursuite de la bioéthique : une tortue à la poursuite d'un lièvre ?<sup>1</sup>

**François Vialla**

Professeur à l'Université de Montpellier

Directeur du Centre Européen d'Études et de Recherche Droit & Santé, UMR5815 Dynamiques du Droit, de l'Université de Montpellier

Lorsqu'on évoque les liens entre le droit et la bioéthique, l'image de la fable d'Esopé vient à l'esprit<sup>2</sup>. L'idée est pénétrante d'une poursuite, effrénée, où le droit peine à suivre le rythme de la science.

Souvenons-nous des propos du Président Mitterrand à l'occasion de la mise en place du Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) pour les sciences de la vie et de la santé, le 2 décembre 1983 : « J'irai tout de suite à l'essentiel. La science d'aujourd'hui prend souvent l'homme de vitesse. Il faut essayer d'y remédier [...] Nous avons cru quelque temps que la rationalité suffirait pour nous servir de guide, une rationalité sans défaillance ni dogmatisme, et

voilà que le succès même de la Science est en train de nous donner tort. La médecine et la biologie modernes cherchent des raisons que la seule raison ne parvient pas toujours à saisir »<sup>3</sup>.

Récemment, encore, on a pu lire que « Des changements majeurs s'annoncent, notamment dans la façon de concevoir un enfant et de devenir parents : le monde de la procréation change vite, et certaines limites techniques pourraient être bientôt franchies »<sup>4</sup>.

On le voit : rapidité, vitesse, hâte, précipitation et surenchère, viennent à l'esprit.

On aurait tort pourtant de penser que les questionnements qui nous préoccupent sont nouvellement soulevés ; ils agitent l'humanité

---

1. V. Esopé, « La tortue et le lièvre », in *Fables*, Les Belles lettres, 1927. Le présent article reprend le texte de nos propos introductifs publiés dans M. Bouteille-Brigant et N. Kermabon (dir.), *Le Droit court-il après la PMA ?*, Éd. Institut Varenne, coll. Colloques & essais, p. 17.

2. « Χελώνη καὶ λαγὼς περὶ ὀξύτητος ἦριζον. Καὶ δὴ προθεσμίαν στήσαντες καὶ τόπον ἀπηλλάγησαν » ; « La tortue et le lièvre disputaient qui était le plus vite. En conséquence ils fixèrent un jour et un endroit et se séparèrent ». J. de la Fontaine, in *Fables*, « Le lièvre et la tortue », Livre VI, 10 : « Rien ne sert de courir ; il faut partir à point. Le Lièvre et la Tortue en sont un témoignage ».

3. Allocution de M. Le Président de la République François Mitterrand à l'occasion de la mise en place du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Paris, vendredi 2 déc. 1983 (<http://discours.vie-publique.fr/notices/837208100.html>).

4. CCNE, Résumé de l'Avis n° 126 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP) ([https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/resume\\_vf.pdf](https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/resume_vf.pdf)) ; F. Vialla, « Assistance médicale à la procréation : avis du CCNE », *D.*, 2017, p. 1365 ; L. Lambert-Garrel, « L'accès à l'insémination artificielle avec tiers donneur "pour toutes" : de la prudence à la témérité ! », *Revue droit et santé*, n° 79, 2017, p. 691.

depuis son commencement<sup>5</sup>. Il suffit pour s'en convaincre d'évoquer Ἀσκληπίος (*Asklēpiós*), né d'une césarienne *post mortem*. On songe, encore, à Διώνυσος (*Diônuso*), fils de Ζεὺς (*Zeús*) et de la défunte Ζεμελώ (*Zemelô*), tiré du sein de sa mère par son Divin père qui, s'étant entaillé la cuisse, y place l'enfant pour que la gestation puisse s'achever... ! Zeus, « première mère porteuse », l'image n'est-elle pas saisissante ? Comment ne pas, encore, évoquer Abraham, Sarah, Agar et Ismaël<sup>6</sup>. On songe, enfin, à Châhpuhr II, empereur de Perse, monarque couronné *in utero*<sup>7</sup>.

Questions anciennes mais non désuètes et, assurément, d'une brûlante actualité. De quoi est-il question en somme ? De progrès, d'évolution, de révolution de la science et de la médecine ? De FIV<sup>8</sup>, d'IA<sup>9</sup>, de DPN<sup>10</sup>, de DPI<sup>11</sup>, de PGS<sup>12</sup>, de CRISPR Cas 9<sup>13</sup> ?

Dans ces débats scientifiques, on comprend combien la réflexion éthique et morale<sup>14</sup> est incontournable. La bioéthique ne peut, en effet, être dissociée de l'éthique, elle est parfois considérée comme « une forme d'éthique, mieux une partie de l'éthique »<sup>15</sup>.

Mais alors, « que fait ici le droit » ? On pourrait éluder la question à la manière de Talleyrand : « il fait que vous y êtes ». Se soustraire aux questionnements sans plus s'interroger sur ses contours, c'est s'exposer au risque de s'entendre rétorquer, comme le Vicomte de Valvert, sur un

ton successivement Agressif, Amical, Descriptif, Curieux, Gracieux, Truculent, Prévenant, Tendre, Pédant, Cavalier, Emphatique, Dramatique, Admiratif, Lyrique, Naïf, Respectueux, Campagnard, Militaire, Pratique : « C'est un peu court, jeune homme »<sup>16</sup>.

L'association, à certains points paradoxale, des termes *droit* et *bioéthique* nécessite de s'interroger plus avant.

« *O tempora o mores* »<sup>17</sup> s'indignait Cicéron. « Ô temps, ô mœurs », « Autre temps, autres mœurs » ? Empruntons cet incipit pour souligner que la bioéthique n'est pas innocente de l'idée de normativité (I) et que la temporalité y joue un rôle majeur (II). Il faut surtout comprendre qu'une transformation des enjeux et logiques de l'encadrement de la bioéthique est aujourd'hui perceptible (III).

## I. Quelle norme pour la bioéthique ?

Cerner les contours de l'association de βίος et d'ἦθος n'est pas aisé et peut se révéler « périlleux »<sup>18</sup>. « Comment comprendre l'association étymologique des deux termes ? Nul ne se risquerait à penser que la bioéthique est une morale de la vie. Il serait en revanche plus tentant d'en faire une morale des sciences de la vie. Le mieux pour le savoir est de se reporter à ce qu'en a dit celui qui a utilisé ce terme pour la première fois [...] le cancérologue américain Van Rensse-

5. V. par ex. V. Dasen (dir.), *L'embryon humain à travers l'histoire, images, savoirs et rites*, Actes du colloque international de Fribourg 27-29 octobre 2004, Infolio, 2007.

6. Genèse 16-2.

7. E. Gibbon cité par J.-J. Norwich, *Histoire de Byzance*, Tempus, 2002, p. 42.

8. Fécondation *in vitro*.

9. Insémination artificielle avec don de sperme.

10. Diagnostic prénatal.

11. Diagnostic préimplantatoire.

12. Criblage génétique préimplantatoire (*pre-implantation genetic screening*).

13. « Ciseaux génétiques » ; CRISPR associated protein 9 (*Clustered Regular Interspaced Short Palindromic Repeats*) ; M. Jinek, K. Chylinski, I. Fonfara, M. Hauer, J. A. Doudna et E. Charpentier, « A Programmable Dual-RNA-Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity », *Science*, 17 Aug 2012, Vol. 337, Issue 6096, p. 816 et s. ; A. Cheynet de Beaupré, « Bioéthique : entracte », *RJPF*, 2019, p. 8.

14. « Éthique » à une origine grecque (*êthikos*) et « morale » vient du latin (*mos-moris* ; le latin connaît aussi le mot *ethica*), ces termes désignant les mœurs, la conduite de la vie, les règles de comportement. Paul Valéry considérerait que le mot moral est à la fois mal choisi et mal famé (P. Valéry, *Œuvres*, Gallimard, La Pléiade, II, p. 510). Si l'on peut aujourd'hui accepter le caractère mal famé de la morale, le caractère mal choisi dépend de l'acception donnée au terme « morale » (G. Durand, « Bioéthique, éthique, théologie et droit », in *Réflexions et recherches en éthique, Mélanges offerts à Ch. Hervé*, Dalloz, 2018, p. 37) ; X. Bioy, *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, LGDJ, 2016.

15. G. Durand, « Bioéthique, éthique, théologie et droit », préc., p. 37.

16. E. Rostand, *Cyrano de Bergerac*, Acte 1, scène 4.

17. Cicéron, *Catilinaires*, 1, 1, 2.

18. J.-R. Binet, *Droit de la bioéthique*, LGDJ, 2017, p. 13 et s. ; sur les origines de l'appellation « bioéthique » V. G. Mémeteau et M. Girer, *Cours de droit médical*, LEH, 2016, p. 53 et s.

laer Potter. En 1971, dans son ouvrage intitulé *Bioethics, bridge to the future*, il définit la bioéthique comme une combinaison des connaissances biologiques (*bios*) et des valeurs humaines (*ethos*). Pour lui, il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une morale des sciences de la vie, mais d'une métamorphose de l'éthique par insertion d'une composante scientifique. À défaut d'être une morale de la science, la bioéthique serait une morale scientifique »<sup>19</sup>.

D'autres approches de la bioéthique laissent entrevoir une perspective où la normativité occupe une place importante. Pour le dictionnaire médical de l'Académie Nationale de Médecine, le terme signifie : « Ensemble des principes moraux destinés à assurer le respect et la protection de l'individu face aux progrès des connaissances en sciences de la vie et à leurs possibles applications »<sup>20</sup>. La bioéthique est encore entendue comme l'ensemble des « Règles de conduite qu'une société s'assigne afin de faire face aux difficultés ou aux dilemmes nés des avancées des sciences de la vie »<sup>21</sup>.

L'éthique, et conséquemment la bioéthique, s'ancrent dans un ensemble de principes, un système de valeurs où valeurs éthiques et valeurs morales sont enchevêtrées<sup>22</sup>. Une éthique et une bioéthique affranchies d'une réflexion, pluralistes et interdisciplinaires, sur les valeurs<sup>23</sup>

deviendraient simplement procédurales, mécaniques et dogmatiques.

Si l'association du βίος et de l'ἦθος, si la bioéthique, est pensée comme un ensemble de règles dans un système de valeurs, alors nous sommes conduits à nous interroger sur la pertinence de l'ajout du terme « droit » : « droit de la bioéthique ».

Quant à savoir si le droit est à sa place, on peut envisager une réponse abrupte et positive, en constatant simplement que les lois de bioéthique existent – bref, que le droit est à sa place puisqu'il est en place, par la volonté de la loi<sup>24</sup> ! En somme, le droit de la bioéthique doit bien exister, puisqu'il existe<sup>25</sup> !

De façon plus approfondie, on peut souligner que les « valeurs » ne sont pas l'apanage de l'éthique et/ou de la morale, et que le droit, lui aussi, s'inscrit dans une logique de « valeurs ». Ainsi les dispositions de l'article 16 du Code civil<sup>26</sup> s'inscrivent-elles dans cette dynamique, la personne est une valeur première, elle prime sur les choses et probablement sur le « groupe ». La loi qui en assure la primauté s'inscrit dans des valeurs humanistes<sup>27</sup>.

Mais on peut cependant s'interroger sur la normativité la plus adaptée aux problématiques soulevées, où se mêlent et s'entremêlent questionnements éthiques, déontologiques et juridiques. Assurément, « Droit médical, déontolo-

19. J.-R. Binet, *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 13.

20. <http://dictionnaire.academie-medecine.fr>, V<sup>o</sup> « Bioéthique ».

21. N. Lenoir et B. Mathieu, *Les normes internationales de la bioéthique*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1998, p. 7.

22. Les deux termes renvoient « étymologiquement à ce qui concerne les mœurs, les comportements, la manière d'être » : R. Gil, *Les grandes questions de bioéthique au XXI<sup>e</sup> siècle et dans le débat public*, LEH édition, 2018, p. 13 ; Dictionnaire de l'Académie Française, V<sup>o</sup> « Éthique » et V<sup>o</sup> « Morale » (<https://academie.atilf.fr>) ; Sur une distinction contemporaine, mais non systématique, entre ces deux termes qui apparaît dans le discours, v. P. Ricœur, « Fondements de l'éthique », *Autre Temps*, 1984, p. 61, spéc. p. 69 : « On passe franchement de l'éthique à la morale avec les notions d'impératifs et de loi ; ce sont deux notions de même niveau, sans être exactement des synonymes » ; V. G. Mémeteau et M. Girer, *Cours de droit médical*, op. cit., p. 57.

23. R. Gil, *Les grandes questions de bioéthique au XXI<sup>e</sup> siècle et dans le débat public*, op. cit., p. 13 ; P. Ricœur, « Fondements de l'éthique », préc. ; M. Meyer, « L'éthique selon la vertu : d'Aristote à Comte-Sponville », *Revue internationale de philosophie*, 2011/4, p. 57 et s.

24. C. Lisanti et J.-L. Respaud, « La bioéthique existe-t-elle ? », in *10 ans de lois de bioéthique en France*, RGDM, n° 8, 2006, p. 37 ; dans le même numéro, v. G. Mémeteau, « Il y a des lois de bioéthique », p. 49.

25. On nous pardonnera la déformation de la formule empruntée au Pr P. Molinari, « Émergence et structuration du droit de la santé : du colloque singulier à la théorie des droits sociaux », in *Droit de la santé : fondements et perspectives*, Actes de la 10<sup>e</sup> Journée de droit de la santé, Institut de droit de la santé, Université de Neuchâtel, 2004, p. 9, Collection Bibliothèques numériques de l'Université de Montréal (<https://papyrus.bib.umontreal.ca>).

26. Dont la rédaction actuelle est celle d'une des premières lois de bioéthique : Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

27. Dictionnaire de l'Académie Française, V<sup>o</sup> « Humanisme » : « [...] 3. Doctrine, attitude philosophique, mouvement de pensée qui prend l'homme pour fin et valeur suprême, qui vise à l'épanouissement de la personne humaine et au respect de sa dignité » (<https://academie.atilf.fr>). La « structure » même du Code civil sous-tend cette échelle de valeur : Livre I<sup>er</sup> : Des personnes ; Livre II : Des biens et des différentes modifications de la propriété : l'être, le sujet, vient avant l'avoir, les choses.

gie, éthique médicale sont un peu synonymes pour le médecin et sont en général étudiés ensemble »<sup>28</sup>. Ne vaudrait-il pas mieux distinguer ces différentes approches ? La bioéthique, considérée comme un ensemble normatif voulu, dans une société donnée, pour encadrer les évolutions des sciences du vivant, peut-elle, doit-elle, être régulée par le droit ? Unir droit et éthique dans la même expression, ne confine-t-il pas à l'oxymore, à la confusion, voire à l'illusion normative<sup>29</sup> ? L'intervention du droit peut cependant se révéler salvatrice pour pallier les insuffisances et les errements de l'autorégulation, qui conduit les « experts bioéthiciens » à être juges et parties<sup>30</sup>. Faut-il pour autant l'appeler « droit de la bioéthique »<sup>31</sup>, comme si cette « discipline nouvelle » avait découvert, voire inventé, la réflexion pluraliste, imaginé l'interdisciplinarité<sup>32</sup> et conçu les principes sur lesquels elle repose ?

Pour être, dans une certaine mesure, à sa place, le droit confronté à la bioéthique ne sort pas indemne de la confrontation. La normativité, elle-même, se métamorphose.

Envisager de poser un cadre sur les questions soulevées par les progrès de la science qui permettent d'influer directement sur la vie humaine, c'est précisément le rôle assigné à la bioéthique par Harry Van Rensselaer Potter<sup>33</sup>. Potter prônait l'émergence d'une « élite », afin de peser sur les « législations ». Il appelait de ses vœux la survenue d'un corps d'experts ayant vocation à se

poser en interlocuteur sur l'ensemble des questions de société soulevées par l'évolution de la science biomédicale<sup>34</sup>. La « révolution bioéthique » conduit alors à repenser la « fabrique » de la norme, dans une société où les « experts » donnent le « La », confinant le décideur politique à un rôle second, voire secondaire.

Le vœu de Potter est probablement aujourd'hui consacré, ou en passe de l'être. Rappelons ici les propos du Président Mitterrand : « Vous pouvez vous demander, Mesdames et Messieurs, à juste titre quelles seront les conséquences d'un avis formulé par votre Comité. Les textes sont muets sur ce point. [...] Bien, je vous dis que ce silence n'est pas une omission. Je crois simplement, de manière très pragmatique, qu'il appartiendra aux institutions qui vous auront saisis, de tirer les conséquences de vos conclusions et vous-mêmes déterminerez ces pratiques [...] C'est ainsi que le Comité pourra être le lieu d'une médiation entre la sensibilité collective et l'intervention de la puissance publique »<sup>35</sup>. On se souviendra, encore, des paroles du Président François Hollande : « La PMA n'est pas dans le texte<sup>36</sup>, c'est renvoyé au comité d'éthique qui va donner un avis à la fin de l'année. Je respecterai ce qu'il dira »<sup>37</sup>. Rappelons ces propos de Monsieur Emmanuel Macron, alors candidat à l'élection présidentielle : « Ma conviction personnelle est qu'il faut étendre la PMA, au nom de l'égalité hommes femmes et du droit à l'accès à une pres-

28. L. Roche, « Réflexion d'un médecin sur le droit médical, Cahiers de droit médical », *Académie Internationale de médecine Légale et de Médecine Sociale*, n° 1, 8 juin 1981.

29. G. Mémeteau et M. Girer, *Cours de droit médical*, op.cit., p. 61 : « Mais s'il y a loi, il n'y a plus de bioéthique suggestive et a-juridique ! Il n'y a plus de bioéthique du tout ».

30. C. Labrusse-Riou, « Difficultés, contradictions et apories du droit de la bioéthique », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2011, p. 286.

31. CCNE, 9 octobre 2008, Avis n° 105, Questionnement pour les états généraux de la bioéthique, p. 2 : « Certes, l'éthique et le droit ne sont pas sur le même plan, de sorte que l'expression "loi de bioéthique" pourrait être jugée contradictoire en ses termes. C'est pourquoi certains préféreraient que l'on parle de "loi de régulation biomédicale" » ([https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis\\_105\\_ccne.pdf](https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_105_ccne.pdf)).

32. G. Mémeteau et M. Girer, *Cours de droit médical*, op.cit., p. 62.

33. H. Van Rensselaer Potter, *Bioethics, bridge to the future*, 1971.

34. *Ibid.* ; Adde J.-R. Binet, *Droit médical*, LGDJ, 2010, p. 22 ; X. Bioy, *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, op.cit. ; M.-T. Meulders-Klein, « La production des normes en matière bioéthique », in C. Neirinck, *De la bioéthique au biodroit*, LGDJ, 1994, p. 21 ; B. Feuillet le Mintier (dir.), *Normativité et biomédecine*, Economica, 2003 ; B. Feuillet, « La place du juriste dans l'élaboration des lois bioéthiques », in *La place du juriste face à la norme*, Dalloz, 2012, p. 55 ; G. Génicot, *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2016, 2<sup>e</sup> éd., p. 621 et s.

35. Allocution de Monsieur le Président de la République François Mitterrand, 2 déc. 1983, in *Rapport du CCNE*, La Documentation française, 1984, p. 15 (<http://discours.vie-publique.fr/notices/837208100.html>).

36. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

37. France 2, 28 mars 2013, entretien du Président de la République avec M. Pujadas (<https://www.francetvinfo.fr>).

tation médicale. Mais je respecterai l'avis attendu du Comité consultatif national d'éthique [...] »<sup>38</sup>. Sur les questions purement scientifiques, le politique juge avisé de laisser la primeur de la réflexion aux « experts » et sa prudence confine parfois à la pusillanimité lorsque les débats se situent sur des problématiques moins scientifiques que « sociétales »<sup>39</sup>.

Si l'on peut estimer, à propos du CCNE, que « son influence réelle sur la formation du droit est inversement proportionnelle à son rôle formel dans l'élaboration de la règle juridique »<sup>40</sup>, on se doit, aussi, de constater « que ce rôle formel a tendance à se développer au fil des textes le concernant [...] Le comité figure désormais dans la loi et participe d'une fonction "recommandatoire" qui n'est pas sans lien avec une "conception procédurale du droit" »<sup>41</sup>. La porosité entre éthique, politique et droit est aujourd'hui évidente dans le champ bioéthique<sup>42</sup>.

On notera, encore, une évolution dans le processus d'érection de la règle. Aujourd'hui, dans un souci de légitimité démocratique, « tout projet de réforme sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevées par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé doit être précédé d'un débat public sous forme d'états généraux »<sup>43</sup>. Assurément, la tenue de grands débats est « tendance » et la bioéthique est pionnière en matière de démocratie participative. La révision périodique de la législation bioéthique se fait aujourd'hui à grand renfort de consultation

citoyenne, de rapports divers et variés<sup>44</sup>. Ce processus de réflexion est louable dès lors qu'il n'est pas qu'un « paravent pour le législateur »<sup>45</sup>, à qui il revient de fixer la frontière entre le possible et le souhaitable, le réalisable et l'acceptable, le permis et l'interdit.

Confronté au progrès de la science biomédicale et aux doléances « sociétales », le juriste doit s'interroger sur la légitimité et sur le rôle du droit dans les débats suscités : la production d'une règle juridique nationale est-elle opportune, n'entre-t-elle pas en collision, non seulement avec les normes internationales à vocation « universelle », mais encore avec des normes internes, telle la déontologie et la production des « institutions » éthiques, « relevant de ce que l'on a appelé la *soft law*, qui a constitué les premiers fondements de la bioéthique »<sup>46</sup> ?

La pertinence d'un cadre juridique interne est toutefois perceptible dès lors que l'on constate, d'une part, les insuffisances du droit international et, d'autre part, ses difficultés à prendre en considération la singularité des approches propres à chaque pays, à chaque société<sup>47</sup>. Pareillement, la bioéthique n'est pas soluble dans la norme éthique et/ou déontologique. On peut alors considérer que « Si, à la limite, on peut admettre que la science appartient aux seuls hommes de science, l'éthique de la science, l'éthique des conséquences de la science, concerne tous les citoyens »<sup>48</sup>.

Par-delà la question de la légitimité d'un cadre juridique interne, le juriste, confronté au progrès

38. La Croix, 12 mars 2017 ; V. aussi : <https://web.archive.org/web/20170307200600/https://en-marche.fr/emmanuel-macron/le-programme/familles-et-societe>

39. Cet adjectif inconnu du Dictionnaire de l'Académie Française et du Littré, apparaît désormais dans le dictionnaire Larousse : « Qui se rapporte aux divers aspects de la vie sociale des individus, en ce qu'ils constituent une société organisée » ([https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/societal\\_societale\\_societaux/73148](https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/societal_societale_societaux/73148)).

40. N. Lenoir, B. Mathieu et D. Maus (dir.), *Constitution et éthique biomédicale*, La Documentation française, 1992 ; J.-R. Binet, *Droit médical*, op.cit., p. 22.

41. E. Martinez et F. Vialla, *Les grands avis du comité consultatif National d'éthique*, LGDJ, 2013, p. 11.

42. Ibid. ; J.-Ch. Galloux, « La bioéthique comme instrument des politiques dans le domaine des biotechnologies », *RGDM*, n° 1, 1999, p. 41 ; X. Bioy, *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, op.cit.

43. Art. L. 1412-1-1 CSP, créé par la Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 et modifié par la Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 ; De tels états généraux furent tenus en 2009 avant leur « consécration légale » ; CCNE 9 octobre 2008, Avis n° 105, Questionnement pour les états généraux de la bioéthique ([https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis\\_105\\_ccne.pdf](https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_105_ccne.pdf)).

44. L. Lambert-Garrel, « Du dépoussiérage ... au grand remue-ménage ! », *Revue droit et santé*, 2019, n° 88 ; A. Cheynet de Beaupré, « Bioéthique : entracte », *RJPF*, 2019, n° 1, p. 5.

45. G. Mémeteau et M. Girer, *Cours de droit médical*, op.cit., p. 77.

46. E. Cadou, « L'adaptation du code civil : l'exemple de la bioéthique », in *Le code civil dans l'Océan Indien : 1804-2004*, *RJOI*, n° 6 spécial, 2006, p. 28 (<https://www.rjoi.fr/index.php?id=3429>).

47. J. Bernard, *De la biologie à l'éthique : nouveaux pouvoirs de la science et nouveaux devoirs de l'homme*, Buchet/Chastel, 1990, p. 123

48. Ibid.

de la science biomédicale et aux évolutions et revendications « sociétales », doit s'interroger non seulement sur le temps de l'action opportune, mais encore sur le rôle du droit dans les débats suscités.

## II. Le temps du droit et le temps de la bioéthique

Face au progrès, comment doit agir et réagir le droit ? Peut-on considérer que « *non progredi est regredi*<sup>49</sup> » et entériner tous les nouveaux « possibles » ?

Le Grand dictionnaire universel du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle Larousse<sup>50</sup> indique que « ce mot, qui signifie marche en avant, désigne d'une façon toute spéciale, dans le langage philosophique, la marche du genre humain vers sa perfection, vers son bonheur », il ajoute que « l'humanité est perfectible et [elle] va incessamment du moins bien au mieux, de l'ignorance à la science, de la barbarie à la science ». Cette confiance envers le progrès conduisait Condorcet à considérer qu'il n'y avait pas de terme assignable au progrès<sup>51</sup>.

Cette confiance dans la capacité de l'humanité à n'envisager que le bien est fortement présente dans le cadre des débats suscités par la révision des lois de bioéthique. Ainsi peut-on lire que nous serions tous « animés de la même volonté de faire prévaloir une vision du bien »<sup>52</sup>. Dans le même ordre d'idée le CCNE, considère que « Même si tout désir n'a pas vocation à être satisfait, on peut faire confiance au projet des femmes qui souhaitent accéder à la maternité en

bénéficiant de procédures auxquelles, auparavant, elles n'avaient pas accès »<sup>53</sup>.

« Aie confiance », ce discours martelé donne parfois l'impression d'être dans la position hypothétique de Moogli face à Kaa<sup>54</sup>.

Cet optimisme doit nécessairement être tempéré, l'histoire du <sup>xx</sup><sup>e</sup> siècle suffit à nous le rappeler<sup>55</sup>.

Sous l'impulsion du progrès, la science et le droit, singulièrement le droit de la bioéthique, sont en perpétuel mouvement, mais ils le sont sur les bases d'une temporalité distincte. On peut alors considérer que confronté aux avancées de la biomédecine, « le droit doit s'écarter de deux tentations perverses. La première consisterait à ignorer les données techniques et sociales engendrées par la science et à maintenir contre vents et marées la pureté de règles inadaptées. La seconde conduit le légiste à se limiter à un rôle de notaire transcrivant les avancées scientifiques en règles juridiques sans cesse renouvelées et adaptées »<sup>56</sup>.

Entre la science biomédicale et le droit lequel est le lièvre, lequel est la tortue ?

*Festina lente*<sup>57</sup>, semble être en la matière la devise du droit, là où la science serait davantage favorable à la formule d'Aristophane : *σπεῦδε ταχέως*<sup>58</sup>.

Le temps de la science, le temps médiatique, le temps politique et le temps du droit ne sont pas ancrés dans les mêmes logiques.

Il faudrait savoir distinguer *Χρόνος* (Chronos) et *καιρός* (Kairos).

49. Ne pas avancer c'est reculer, Walther, *Lateinisches Sprichwörter und Sentenzen des Mittelalters in alphabetischer Anordnung*, Göttingen, 1963-1967, 18294 ; R. Tosi, *Dictionnaire des sentences latines et grecques*, trad. R. Lenoir, préf. U. Eco, éd. Jérôme Million, 2010, n° 18, p. 56.

50. <https://gallica.bnf.fr> ; V. aussi Dictionnaire Littré (1841-46) : V° « Progrès ».

51. Condorcet, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, ouvrage posthume, 4<sup>e</sup> éd. à Gènes 1798, Yves Gravier Libraire, An 1 de la République Ligurienne, p. 355 ; Bacon n'écrivait-il pas qu'il serait possible de « prolonger la vie, rendre à quelque degré la jeunesse. Retarder le vieillissement. Guérir des maladies réputées incurables [...] augmenter et élever le cérébral [...] Fabriquer des espèces nouvelles. Transplanter une espèce dans une autre [...] » (F. Bacon, *La nouvelle Atlantide*, 1622).

52. Rapport d'information n° 1572 sur la révision des lois relatives à la bioéthique, 15 janv. 2019, p. 298 (<http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/rap-info/i1572.pdf>) ; L. Lambert-Garrel, « Du dépoussiérage ... au grand remue-ménage ! », préc.

53. CCNE, 17 juin 2017, Avis n° 126, préc.

54. R. Kipling, *Le Livre de la jungle*, 1884 ; Film d'animation *Le Livre de la jungle* de Walt Disney Pictures, 1967.

55. Ph. Amiel et F. Vialla, « Le "Code de Nuremberg", une jurisprudence pénale inaugurale en droit international de la santé », in *Mélanges en l'honneur de Michel Bélanger, Modernité du droit de la santé*, LEH Édition, 2015 (v. numérique 2017), p. 573 ; V. aussi des mêmes auteurs, « La vérité perdue du "Code de Nuremberg", Réception et déformations du "Code de Nuremberg" en France », *RDSS*, 2009, n° 4, p. 673.

56. B. Mathieu, *La bioéthique*, op. cit., p. 11.

57. *Σπεῦδε βραδέως* ; « Hâte-toi lentement » ; Suetone, *La vie des douze Césars, vie d'Auguste*, 25,4.

58. « Hâte toi prestement » ; Aristophane, *Les cavaliers*, 495.

Souvent confondu avec son paronyme *Khrónos*<sup>59</sup>, *Chronos* permet d'envisager la durée de temps, passé, présent et futur. Avec *καῖρός*<sup>60</sup>, il ne s'agit plus d'une dimension temporelle linéaire, comme avec *Chronos*, mais de la mesure du moment opportun. Assurément *Kairos* est une mesure du temps contextualisé, mais il est aussi porteur d'autres considérations, la « juste mesure », « l'efficacité ». On comprend que l'appréhension du *Kairos* soit essentielle lorsqu'il s'agit d'envisager l'encadrement du progrès techno-scientifique et la régulation des revendications « sociétales ». *Kairos* induit aussi la juste mesure et la convenance, il doit concilier temps et efficacité de l'action humaine. Le temps juridique de la bioéthique ne saurait être *Χρόνος* il doit nécessairement emprunter à *καῖρός*.

Pour autant, le droit ne peut demeurer sourd aux évolutions scientifiques et aux attentes de la société. Afin de n'être pas irrémédiablement dépassées par les avancées de la science, la révision périodique des lois de bioéthiques fut considérée comme un impératif, au risque de faire naître le sentiment d'un droit à la traîne<sup>61</sup>.

Ajoutons que le droit, le droit de la bioéthique en particulier, est ancré dans une double relativité : relativité dans le temps, nous l'avons vu, mais aussi dans l'espace.

La loi française s'applique sur le territoire de la République mais ne s'impose pas au-delà. Un cadre par trop restrictif crée alors le risque d'un contournement assumé, voire d'un rejet de la règle. Le constat n'est pas nouveau : « Quelle vérité est-ce que ces montagnes bornent, mensonge au monde qui se tient au-delà ? »<sup>62</sup>.

Effet pervers de l'interdit, émerge alors un « tourisme procréatif »<sup>63</sup> que le droit interne est partiellement impuissant à réguler. À l'opposé des frontières de la vie, la question d'un « tourisme de la fin de vie » conduit aussi à s'interroger. Médiatisées, surexposées, ces situations sont souvent utilisées, voire instrumentalisées, afin d'appeler à une modification de notre législation. Mais, comme le souligne le CCNE, déplacer la frontière de l'interdit, prétexte pris, notamment, de la permissivité des droits étrangers, ne supprimerait aucunement la frontière<sup>64</sup>.

Confronté à un temps toujours plus rapide et à des frontières toujours plus poreuses, le droit s'interroge alors, sinon sur la pertinence, du moins sur la pérennité des valeurs et des principes dans lesquels il entendait ancrer la bioéthique. Il apparaît, alors, que les fondements du cadre mis en place sont perturbés par une évolution, des enjeux et des logiques mêmes du droit de la bioéthique.

### III. La métamorphose de la logique bioéthique

Tout comme le droit, la médecine doit s'interroger. Assurément le savoir médical et biomédical est pluriel et relève à la fois de l'*ἐπιστήμη* (*epistēmē*), de l'*ἐμπειρία* (*empeiría*) et de la *Τέχνη* (*tekhnē*). La part aujourd'hui accordée à la *Τέχνη*, au savoir-faire, conduit alors à un constat sévère : « Peu à peu, la médecine moderne, aux connaissances de plus en plus développées, a fini par considérer la maladie plutôt que le malade. Le médecin tend à devenir un "technicien de l'organe malade", et le malade un "usager de la

59. Krónos; Cronos roi des Titans et père de Ζεύς – Zeus.

60. Kairos.

61. E. Cadou, « L'adaptation du code civil : l'exemple de la bioéthique », in *Le code civil dans l'Océan Indien : 1804-2004*, *RJOI*, n° 6 spécial, 2006, p. 28; Ch. Byk, « Le monde du droit face aux sciences de la vie : Société du risque, droit et démocratie », *JCP G*, 2002, I, 16; Le même constat est parfois émis pour la réflexion éthique elle-même : CCNE, 9 oct. 2008, Avis n° 105, Questionnement pour les états généraux de la bioéthique, p. 2.

62. Montaigne, *Essais*, II, XII; « Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà »; Pascal, *Fragments Misère*, n° 9 / 24.

63. V. D. Brach-Thier et J.-B. Thierry (dir.), *Forum shopping médical*, PU Lorraine, 2015.

64. CCNE, 13 juin 2013, Avis n° 121, Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir, p. 48 (<https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/fin-de-vie-autonomie-de-la-personne-volonte-de-mourir>); F. Violla, « Fin de vie : la position du Comité consultatif national d'éthique » *JCP G*, 2013, act. 813; F. Violla, « Thanatos ne nous quitte plus », *Revue droit et santé*, 2013, n° 55, p. 615 ([www.bnds.fr](http://www.bnds.fr)).

médecine", voire un simple consommateur »<sup>65</sup>. Oublier que le savoir-faire ne peut exister sans un savoir-être, c'est enfermer la médecine dans une approche technique conduisant à n'envisager que les possibles, au risque de perdre de vue que tous ne sont pas pour autant des souhaitables. Pareillement, usagers ou consommateurs, les sujets en viennent à revendiquer comme autant de droits les possibles sans cesse accrus. Alors les espoirs se transforment en désirs, les désirs deviennent revendications et les revendications se muent en exigences.

Se posent alors aux hommes et femmes de science ainsi qu'aux juristes de nouveaux enjeux et de nouvelles logiques.

Si l'on prend l'exemple de l'assistance médicale à la procréation (AMP), les lois bioéthiques sont originellement calquées sur modèle de la reproduction biologique<sup>66</sup> : « [L']accès médical à la procréation doit être examiné sous un angle médical, pas un angle sociétal. La médecine doit répondre à une pathologie, pas à une insatisfaction ou un désir »<sup>67</sup>. Les dispositions de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique sont la traduction de cette logique, ce texte n'autorise le recours à l'AMP que « pour remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué »<sup>68</sup>.

Le droit de la bioéthique demeurerait ancré dans des principes rigoureux assis sur des valeurs assumées : primauté de la personne humaine, respect de l'être humain dès le commencement

de sa vie, inviolabilité, intégrité et absence de caractère patrimonial du corps humain, intégrité de l'espèce humaine<sup>69</sup>.

Toutefois, aux côtés de la dignité, les principes de liberté personnelle et de solidarité irriguent aussi le droit de la bioéthique<sup>70</sup>.

Aujourd'hui, cependant, ce cadre est, sinon remis en question, du moins interrogé. Si les principes originels ont été, bon gré *malgré*, maintenus au fil des révisions de la législation de bioéthique, « ce modèle, préservé dans son épure [...] est aujourd'hui confronté à trois évolutions. La plus classique a trait aux importants progrès scientifiques et techniques accomplis depuis 2011. La deuxième, nouvelle, est liée au fait que les questions bioéthiques les plus sensibles proviennent non pas d'avancées scientifiques, mais d'aspirations sociales qui, au nom du principe d'égalité et du respect dû à la vie privée, réclament l'assouplissement d'un certain nombre de règles. Enfin, de façon transversale, le rétrécissement du monde, à la faveur de l'Internet et d'une plus grande mobilité, amène à mettre plus frontalement en concurrence le modèle hexagonal avec ceux d'autres pays, en relativisant l'effectivité des interdits qu'il pose »<sup>71</sup>.

La liberté individuelle, l'autonomie de chacun sont alors brandis en étendard et affaiblissent les principes jusqu'alors considérés comme indiscutables. Faut-il demeurer sourd à ces doléances individuelles<sup>72</sup> au nom du bien commun ? Un sentiment d'injustice peut naître chez ceux à qui le secours de la science est refusé. Doit-on leur rétorquer : « *Es liegt nun einmal in meiner Natur : ich will lieber eine Ungerechtigkeit begehen, als*

65. D. Sicard, Rapport « Penser solidairement la fin de vie », p. 28 : « Partie II, la médecine désarmée » (<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/124000675/index.shtml>) ; F. Vialla, « Suicide assisté, vers un acte médico-létal », *JCP G*, 2013, act. 68 ; F. Vialla, « Licence to Kill, le retour... ! À propos du rapport remis au chef de l'État par la commission Sicard le 18 décembre 2012 », *Revue droit et santé*, 2013, n° 52, p. 209 ([www.bnds.fr](http://www.bnds.fr)).

66. L. Lambert-Garrel, « L'accès à l'insémination artificielle avec tiers donneur "pour toutes" : de la prudence à la témérité ! », préc.  
67. Assemblée nationale, « Rapport d'information de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique », 20 janv. 2010 (Rapporteur : J. Leonetti) ; V. <http://dictionnaire.academie-medicine.fr>

68. Art. L. 2141-2 CSP, modifié par la Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 (art. 33).

69. Cons. Const., 27 juil. 1994, n° 94-343/344 DC, cons. n° 18 ; LPA, 1994, n° 149, note J.-P. Duprat ; *RTD civ.*, 1994, p. 831 et 840, obs. J. Hauser ; *RFDA*, 1994, p. 1019, note B. Mathieu ; *D.*, 1995, p. 237, note B. Mathieu ; Adde F. Vialla, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, 2014, 2<sup>e</sup> éd.

70. V. Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthiques, quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018 (<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Revision-de-la-loi-de-bioethique-quelles-options-pour-demain>).

71. *Ibid.*

72. Par exemple : autoconservation ovocytaire « de précaution », demandes « sociétales » de gestation pour autrui, demandes d'AMP par des couples de femmes ou des femmes seules, levée de l'anonymat du don de gamètes, etc.

*Unordnung ertragen* »<sup>73</sup>. Faut-il à l'inverse entériner tous les nouveaux désirs au nom d'une conception exaltée de l'autonomie, de la liberté individuelle et du respect dû à la vie privée ? *Vexata quaestio* !

C'est à une réflexion d'ampleur que sont conviés scientifiques, médecins, biologistes, juristes, philosophes, sociologues,... citoyens.

Les mutations amorcées suscitent un questionnement sur le rôle même de la médecine et partant sur son accompagnement par le droit. Rappelons que la racine indo-européenne « Med » signifie remettre de l'ordre à partir du chaos, prendre des mesures. On la retrouve dans de nombreux termes, médecine, médicament, méditation, médiation, remédier, etc. On demande aujourd'hui davantage à la médecine, il lui revient de préserver, de restaurer voire de créer un "pouvoir être" de la personne, l'approche curative n'est plus exclusive.

Des revendications éclosent alors, celles liées à l'âge de procréer par exemple. Il en va de même pour la greffe d'utérus<sup>74</sup> et pour nombre de sollicitations nouvelles, celles des femmes célibataires, des sujets âgés, des couples de femmes, des couples d'hommes, de l'AMP *post mortem*, etc.

Les secours de la biomédecine, et singulièrement de l'AMP sont donc sollicités aujourd'hui dans des situations « frontalières » pour lesquelles la qualification « d'infertilité pathologique médicalement diagnostiquée » peut être discutée. C'est une situation personnelle, un choix de vie, par définition libre et non pathologique, parfois qualifiée « d'infertilité sociale », qui, sur le fondement des valeurs de liberté et d'autonomie, justifie les revendications<sup>75</sup>.

Plus qu'une évolution, c'est un bouleversement des fondements juridiques et de l'esprit de la bioéthique qui se profile alors. La permanence des principes originels jugés, à tort ou à raison, comme insuffisamment adaptés à la société contemporaine, conduit alors à des stratégies de contournement. C'est à la jurisprudence que revient alors le rôle délicat d'arbitrer la confrontation, au risque de faire naître le sentiment d'un droit peu saisissable, fluctuant et flou. Cette opacité, vraie ou supposée, étant alors source d'un ressenti d'insécurité juridique, d'inégalité, voire de discrimination dans l'accès à l'AMP.

Les fondements originels des lois de bioéthique vacillent et conduisent à des questionnements plus profonds sur le devenir de la filiation, de la parentalité, de la famille<sup>76</sup>. Des certitudes s'effacent : « Dans les questions qui semblaient les plus simples : qui est le père ? Qui est la mère ? Le droit même ne parvient plus à trancher [...] »<sup>77</sup>.

Ce rôle-là ne peut être confié à la seule réflexion bioéthique ou au droit de la bioéthique. Il appartient à chacun et à tous. Ces questions ne sont pas solubles dans le droit de la bioéthique, la place du droit civil devrait être centrale.

Les revendications liées à « l'infertilité sociale », à l'âge de procréer, à la procréation *post mortem*, etc. seront-elles toutes entendues, les « secours » de la biomédecine, et de l'assurance « maladie », seront-ils accordés sans aucune limite ? Quel équilibre sera trouvé ?

La très prochaine loi de bioéthique nous apportera-t-elle toutes les réponses à ces questionnements ?

73. « C'est dans ma nature : j'aime mieux commettre une injustice que tolérer un désordre » (J. W. von Goethe, *Le siège de Mayence*). Rappelons que loin du cynisme qui lui est reproché à tort ces propos sont écrits dans le contexte très particulier de la fin du siège de Mayence en 1793.

74. A.-B. Caire, « La greffe d'utérus : pour un encadrement juridique prospectif », *RDSS*, 2017, p. 269 ; M. de Fallois, *Revue droit et santé*, n° 77, 2017, p. 319 ([www.bnds.fr](http://www.bnds.fr)).

75. On soulignera dans ce même ordre d'idée que l'Avis n° 126 du CCNE s'intitule « Avis du CCNE sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP) ».

76. J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 1969 : « la famille n'est plus, dès lors, l'invisible réseau tissé de *jure sanguinis* : elle est un milieu éducatif qui n'existe qu'à condition d'être quotidiennement vécu ».

77. Allocution de M. Le Président de la République François Mitterrand, préc.

# Perspectives

## Droit de la bioéthique

---

### Ouverture de l'assistance médicale à la procréation : la filiation en questions<sup>1</sup>

**Victor Deschamps**

Docteur en droit privé de l'Université Panthéon-Assas

**C**onformément aux espoirs portés par certains et aux craintes exprimées par d'autres, l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes célibataires s'annonce comme une mesure emblématique de la prochaine révision des lois bioéthiques. Promesse de campagne du candidat Emmanuel Macron, cette ouverture apparaît d'autant plus probable que le Comité consultatif national d'éthique et le Conseil d'État lui ont récemment donné leur aval.

La plupart des juristes voient dans cette évolution un enjeu de cohérence, les questions de filiation étant au cœur de leur réflexion. Ils estiment d'une part qu'il serait cohérent d'ouvrir l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes dans la mesure où ces dernières ont déjà accès à l'adoption. Ils considèrent d'autre part qu'il serait incohérent d'ouvrir l'assistance médicale à la procréation sans modifier notre droit de la filiation.

Qu'il s'agisse de l'opportunité de la réforme ou de ses conséquences, de telles analyses ne nous paraissent pas pertinentes. Loin de constituer une

nécessité juridique, l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes célibataires est avant tout un choix politique. Et si le législateur décidait de sauter le pas, il ne serait pas pour autant dans l'obligation d'inventer un nouveau droit de la filiation.

#### **L'accès à l'adoption justifie-t-il l'accès à l'assistance médicale à la procréation ?**

Au sein de la communauté des juristes, c'est un argument de type systématique qui est invoqué avec le plus de force au soutien de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation. Les partisans de la réforme placent les débats sur le terrain de la « filiation » et présentent cette modification fondamentale de notre cadre légal comme la suite logique de l'admission de l'adoption par les couples de personnes de même sexe<sup>2</sup>. Ils considèrent en effet qu'il est incohérent de permettre à ces couples d'accéder à la filiation *via* l'adoption et non *via* l'assistance médicale à la procréation. Cette incohérence théorique serait d'autant plus problématique qu'elle se double-

- 
1. Cet article reprend sous une forme synthétique les arguments développés dans la thèse que nous avons soutenue le 5 novembre 2018 au sein de l'Université Panthéon-Assas, intitulée *Le fondement de la filiation. De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du Titre VII du Livre premier du Code civil* et rédigée sous la direction du Professeur D. Fenouillet (à paraître, LGDJ, Bibliothèque de droit privé).
  2. Le droit au respect de la vie privée et familiale ainsi que la prohibition des discriminations sont également invoqués. Néanmoins, le fait que l'assistance médicale à la procréation soit aujourd'hui réservée aux couples souffrant d'une infertilité « pathologique » a permis au droit français de passer entre les mailles du contrôle de conventionnalité.

rait d'une hypocrisie pratique, de nombreuses femmes françaises se rendant à l'étranger pour se faire inséminer avant de revenir accoucher en France et de solliciter l'adoption de l'enfant par leur conjointe.

Un tel argument n'est pas pertinent dans la mesure où ce n'est pas de « filiation » dont il est question en matière d'assistance médicale à la procréation. Pour les juristes, la notion de filiation désigne le *lien de droit* légalement établi entre un enfant et ceux qui sont juridiquement reconnus comme ses parents. La filiation doit ainsi être nettement distinguée de la parenté, lien de fait découlant de la procréation<sup>3</sup>.

Lorsque le législateur a ouvert l'adoption aux couples de personnes de même sexe, il était bien question de filiation. Il s'agissait alors d'admettre qu'un enfant déjà né soit rattaché juridiquement à deux personnes du même sexe. En revanche, lorsqu'est envisagée l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes, il ne s'agit plus de savoir si un enfant peut être rattaché juridiquement à deux personnes du même sexe, mais si un enfant peut être appelé à la vie au sein d'un couple de personnes de même sexe. Comme son nom l'indique, l'assistance médicale a trait à la « procréation », non à la filiation<sup>4</sup>. Par conséquent, on ne saurait déduire des évolutions du droit en matière d'adoption une quelconque modification des conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation.

La prétendue incohérence qu'il y aurait à ouvrir l'adoption aux couples de personnes de même sexe sans leur permettre d'accéder à l'assistance médicale à la procréation repose sur une confusion de la parenté et de la filiation. Résultant d'un usage dévoyé de la notion de filiation, employée à tort pour désigner le lien de fait unissant l'enfant à ceux qui l'ont procréé, cette confusion conduit de nombreux juristes à occulter les enjeux tenant à l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation. Ces enjeux sont certes juridiques, mais aussi et surtout éthiques, sociologiques et anthropologiques. Les conditions

d'accès à l'assistance médicale à la procréation touchent en effet à notre manière de concevoir la vie et sa transmission.

Ces conditions sont aujourd'hui toutes pensées par référence au modèle de la procréation charnelle dans une double dimension d'imitation et de subsidiarité : imitation du modèle quant aux personnes pouvant bénéficier d'une assistance<sup>5</sup>; subsidiarité par rapport au modèle quant aux cas dans lesquels il est possible de solliciter une assistance<sup>6</sup>. L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes célibataires impliquerait un abandon de ce modèle charnel. Dès lors, comment justifier le maintien des autres conditions d'accès ? Pour la majorité des auteurs, l'intérêt de l'enfant à naître constituerait un fondement pertinent. Cependant, l'intérêt de l'enfant est un critère à la fois subjectif et fluctuant. À terme, la réforme annoncée risque donc d'aboutir à une remise en cause plus globale de notre cadre légal.

## **L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation nécessiterait-elle une modification du droit de la filiation ?**

Nul n'a jamais douté de la nécessité de rattacher les enfants nés d'une assistance médicale à la procréation à l'homme et à la femme responsables de leur venue au monde. Toutefois, les modalités de ce rattachement ont suscité bien des difficultés. Parce que les personnes qui consentent à la réalisation d'une assistance médicale à la procréation « endogène » fournissent leurs gamètes, elles sont liées biologiquement à l'enfant qui en est issu. Par conséquent, la doctrine considère que rien ne s'oppose à ce que cet enfant leur soit rattaché juridiquement au moyen des modes d'établissement de la filiation prévus au Titre VII du Livre premier du Code civil.

En revanche, le recours aux gamètes d'un tiers donneur bouleverse l'analyse doctrinale du fondement de la filiation. Opérant une analogie avec l'institution de l'adoption, la plupart des

3. Il ne faut donc pas confondre la filiation paternelle et la paternité, ni la filiation maternelle et la maternité.

4. Le fait que les enfants nés d'une assistance médicale à la procréation soient rattachés juridiquement à ceux qui les ont appelés à la vie ne doit pas faire oublier que l'assistance médicale à la procréation n'a nullement ce rattachement juridique pour objet : l'établissement d'un lien de filiation n'est qu'une conséquence de la venue au monde de l'enfant.

5. Un couple composé d'un homme et d'une femme, vivants et en âge de procréer.

6. Couple souffrant d'une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ; risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à un membre du couple ou à l'enfant.

auteurs fondent la filiation des enfants nés grâce à un don de gamètes ou d'embryon sur la volonté de leurs « parents d'intention ». Ils considèrent donc qu'en incorporant cette filiation au sein du Titre VII du Livre premier du Code civil, fondé sur un principe de « vérité biologique », le législateur aurait choisi la voie de la fiction. Davantage que l'établissement d'un lien de filiation en lui-même, c'est le recours aux modes d'établissement de la filiation dite « charnelle » qui est critiqué, en particulier s'agissant de la filiation paternelle. La présomption de paternité, la reconnaissance et la possession d'état étant censées révéler l'existence d'un lien biologique, par principe inexistant en cas de recours à un don, ces modes d'établissement de la filiation auraient été détournés de leur finalité<sup>7</sup>.

Ce dévoiement du droit de la filiation est analysé par la doctrine sous l'angle du « mythe de l'engendrement ». Afin de ne pas stigmatiser les parents stériles en leur imposant d'assumer publiquement le recours à une assistance médicale à la procréation, le législateur aurait choisi de les traiter « comme si » ils avaient procréé charnellement. Cette fiction permettrait également d'éviter que le parent d'intention entre en concurrence avec le donneur de gamètes au regard de la parenté de l'enfant. La filiation aurait ainsi été instrumentalisée afin de travestir la réalité ; utilisée comme une « cape d'invisibilité » destinée à occulter les circonstances de la naissance.

Néanmoins, le « mythe de l'engendrement » aurait été trop fragile s'il n'avait pas trouvé un relai dans les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation. De nombreux auteurs analysent en effet ces conditions sous l'angle de la dissimulation. Pour pouvoir traiter les parents d'intention comme les géniteurs de l'enfant sur le terrain de la filiation, le législateur aurait choisi de réserver l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux personnes pouvant se présenter comme tels : un couple composé d'un homme et d'une femme, vivants et en âge de procréer.

Au regard de cette analyse, on comprend aisément pourquoi la doctrine considère que l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes nécessiterait une évolution du droit de la filiation. Contesté en lui-même au nom du respect de la singularité de l'histoire de chacun, le « mythe de l'engendrement » se trouverait en porte-à-faux en cas de modification de la législation : impossible de faire passer deux femmes pour les génitrices d'un enfant. La plupart des spécialistes estiment donc qu'il serait particulièrement incohérent de recourir à des mécanismes censés révéler l'existence d'un lien biologique alors qu'il apparaît aux yeux de tous que tel n'est pas le cas<sup>8</sup>. Ils analysent les difficultés suscitées par les revendications des couples de personnes de même sexe comme le symptôme de l'inadaptation globale du cadre légal entourant la filiation des enfants nés d'une assistance médicale à la procréation avec don. Selon eux, en cas d'ouverture de l'assistance aux couples de femmes, le législateur serait contraint de remettre l'ouvrage sur le métier afin d'inventer un droit de la filiation adapté à ces nouvelles réalités, quitte à abandonner la logique du secret qui semble aujourd'hui le guider.

Si certains auteurs ont proposé de rattacher les enfants à leurs « parents d'intention » en ayant recours à l'adoption, d'autres ont estimé, à raison, qu'il s'agirait d'un détournement d'institution. C'est le cas des auteurs du rapport *Filiation, origines, parentalité*. S'inspirant de nombreux exemples étrangers, ces derniers ont proposé d'inventer une nouvelle filiation, propre aux enfants nés d'une assistance médicale à la procréation avec don de gamètes ou d'embryon. Fondée sur une « déclaration commune anticipée », cette filiation ne serait plus censée refléter une réalité biologique par principe inexistante, mais traduirait la responsabilité des parents dans la venue au monde de l'enfant. Elle pourrait donc être mobilisée en cas d'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes.

7. Pour la doctrine, le verrouillage des actions en établissement et en contestation de la filiation serait le symptôme de ce détournement. L'article 311-19 du Code civil interdit en effet l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et le donneur de gamètes alors qu'ils sont liés biologiquement. Dans le même temps, l'article 311-20 du Code civil impose l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et le membre du couple auquel il n'est pas lié biologiquement, tout en interdisant la contestation de cette filiation.

8. Les exemples belges et québécois sont à ce titre vivement critiqués en ce qu'ils instituent une « présomption de co-maternité » au sein des couples de femmes mariées.

Toutefois, nous n'adhérons pas à cette proposition car son présupposé apparaît erroné. En effet, c'est parce qu'ils considèrent que la filiation du Titre VII du Livre premier du Code civil repose sur un lien de nature biologique que la plupart des auteurs estiment qu'il est incohérent d'y avoir recours lorsque parents et enfants ne sont pas liés biologiquement. Or, la diversification des modes de procréation nous conduit à envisager à nouveaux frais notre conception du fondement de la filiation et à admettre que la biologie ne doit pas tenir lieu de philosophie.

## Comment analyser le fondement de la filiation au regard de la diversification des modes de procréation ?

Lien de droit, la filiation se fonde sur la parenté, lien de fait. Étymologiquement, le parent est celui qui est à l'origine de la transmission de la vie ; le « responsable » de la venue au monde de l'enfant. La procréation n'étant pas un fait fautif et la naissance ne pouvant en elle-même constituer un préjudice, l'essence de la parenté réside dans l'idée de causalité.

Parce que la cause de la venue au monde des enfants était unique et résidait depuis la nuit des temps dans l'union charnelle de leurs parents, les juristes n'ont pas assez insisté sur cette analyse causale de la parenté. Ils ont en revanche été confrontés à la difficulté de la prouver. C'est donc autour de cette question probatoire que se sont articulées la plupart des réflexions au long du XIX<sup>e</sup> siècle et pendant une grande partie du XX<sup>e</sup> siècle. Il fallut en effet attendre la fin des années 1950 pour que les progrès de la science permettent d'accéder à une preuve certaine de la parenté en général, et de la paternité en particulier. L'expertise génétique s'est alors imposée dans le contentieux de la filiation. Reine des preuves, elle a fait émerger le principe de « vérité biologique ».

Pourtant, en faisant reposer le lien juridique de filiation sur le lien biologique unissant l'enfant à ceux qui lui ont donné la vie, les juristes ont adopté une démarche scientiste. Fascinés par la certitude qui se dégageait de la preuve de la parenté, ils ont oublié que le droit de la filiation cherche moins à appréhender une réalité biologique fétichisée qu'à instituer la transmission de la vie en rattachant juridiquement l'enfant à ceux qui sont responsables de sa venue au monde. Initialement conçue comme un mode de preuve, la

biologie a progressivement été envisagée comme la valeur de définition de la parenté et comme le véritable fondement de la filiation. Cette confusion de l'objet et du moyen de la preuve est passée inaperçue tant que les enfants étaient procréés charnellement et que la parenté allait nécessairement de pair avec la transmission d'un patrimoine génétique. Elle n'a été révélée que par la diversification des modes de procréation.

En effet, au moment même où les Hommes ont accédé à une preuve certaine de leur parenté, la procréation a été déconnectée de la sexualité. En permettant aux couples stériles de recourir aux gamètes d'un tiers donneur, les techniques scientifiques ont rompu le lien millénaire qui existait entre la parenté et la consanguinité. Le développement de l'assistance médicale à la procréation a fait perdre à la biologie la valeur probatoire que l'on venait de lui reconnaître, confrontant les juristes à d'insolubles contradictions : comment concilier la certitude de la preuve biologique de la parenté lorsque la procréation a été charnelle et l'absence de lien biologique entre l'enfant et son parent lorsque la procréation a été médicalement assistée ? Ayant assimilé l'engendrement à sa conséquence biologique, la doctrine l'a cantonné à sa modalité charnelle. Elle a donc analysé les procréations médicalement assistées exogènes au prisme de la volonté, et la filiation des enfants ainsi procréés sous l'angle de la fiction.

Cependant, l'engendrement doit s'entendre plus largement. Défini comme la cause efficiente principale de la venue au monde de l'enfant, il peut être caractérisé que la procréation soit charnelle ou médicalement assistée, que l'assistance soit uniquement technique ou qu'elle nécessite aussi un apport de forces génétiques. Contrairement à une doctrine juridique à l'unisson, nous ne pensons pas qu'il faille appréhender la diversité des modes de procréation à partir de la dichotomie de la biologie et de la volonté, ni opposer les assistances médicales à la procréation selon leur nature endogène ou exogène. En effet, que l'assistance soit réalisée grâce aux forces génétiques des membres du couple demandeur ou qu'elle nécessite de recourir aux gamètes d'un tiers donneur, la transmission de la vie se trouve déconnectée de la sexualité.

Au regard d'une analyse causale de la parenté, il convient d'opposer l'engendrement charnel à l'engendrement volontaire. Cette opposition permet d'une part d'insister sur le double aspect

de l'engendrement charnel, sexué et sexuel. Elle permet d'autre part d'analyser les assistances médicales à la procréation, quelle que soit leur nature, comme de véritables engendremments.

Alors que la plupart des auteurs n'hésitent pas à reconnaître, même implicitement, l'existence d'un engendrement en cas d'assistance médicale à la procréation endogène, ils se montrent bien plus sceptiques à l'égard des assistances médicales à la procréation exogènes. Pourtant, dès lors que l'on abandonne une logique de vérité fondée sur une analyse biologique de la parenté, force est de constater qu'indépendamment de l'origine des gamètes utilisés, le consentement des membres du couple demandeur se substitue toujours à l'acte sexuel fécond en tant que cause de la venue au monde de l'enfant. C'est dans ce consentement que réside fondamentalement l'engendrement. L'homme qui consent à la réalisation d'une assistance médicale à la procréation est donc le père de l'enfant, non parce qu'il lui est lié biologiquement, ce qui n'est pas toujours le cas, mais parce qu'il l'a engendré volontairement.

Cette analyse peut être transposée en cas d'assistance médicale à la procréation réalisée au sein d'un couple de femmes. S'il ne fait aucun doute que la femme qui porte l'enfant et en accouche est sa mère<sup>9</sup>, nous ne pensons pas qu'elle soit la seule à pouvoir être regardée comme telle. Il faudrait selon nous admettre qu'une femme puisse engendrer volontairement un enfant sans le porter ni en accoucher. Il serait en effet particulièrement incohérent de reconnaître un engendrement volontaire lorsque le consentement à la réalisation d'une assistance médicale à la procréation émane d'un homme et non lorsqu'il émane d'une femme.

Au sein d'un couple de femmes, celle qui consent à l'insémination de sa compagne doit être regardée comme la mère de l'enfant qu'elle engendre volontairement. On ne saurait lui dénier cette qualité sous prétexte qu'elle est une femme, au nom d'un adage affirmé à une époque où l'on n'imaginait pas que la procréation puisse être déconnectée de la sexualité. Contrairement à ce que semblent oublier de

nombreux juristes, *Mater semper certa est* est avant tout une règle de preuve, non une règle de fond. Cet adage nous indique que l'accouchement prouve la maternité, non que la maternité serait uniquement fondée sur l'accouchement. Lorsque deux femmes consentent à une assistance médicale à la procréation, elles engendrent l'une et l'autre l'enfant qui en est issu. Elles sont donc l'une et l'autre ses mères.

### **Pourquoi ne serait-il pas nécessaire de modifier le droit de la filiation si le législateur décidait d'ouvrir l'assistance médicale à la procréation ?**

Admettre que le fondement de la filiation du Titre VII du Livre premier du Code civil réside dans l'engendrement nous conduit à envisager sous un jour nouveau la prétendue incohérence du recours à des présomptions lorsque parents et enfants ne sont pas liés biologiquement. En effet, si l'on considère que la présomption de paternité, la reconnaissance et la possession d'état ne présument pas l'existence d'un lien biologique mais d'un rapport d'engendrement, charnel ou volontaire, il n'y a plus rien d'incohérent à y avoir recours en cas d'assistance médicale à la procréation, fût-elle exogène. Quelle que soit l'origine des gamètes utilisés, ces modes d'établissement de la filiation présument alors le consentement à la réalisation de l'assistance médicale à la procréation, non un lien biologique que l'on sait parfois ne pas exister. L'inscription de la filiation de tous les enfants nés d'une assistance médicale à la procréation au sein du Titre VII du Livre premier du Code civil ne procède donc pas d'une fiction. Il ne s'agit pas de faire passer les membres du couple demandeur pour ce qu'ils ne sont pas – des géniteurs – mais de les reconnaître pour ce qu'ils sont – des parents.

Une telle analyse peut être transposée en cas d'assistance médicale à la procréation réalisée au sein d'un couple de femmes. En effet, lorsque deux femmes consentent à la réalisation d'une assistance médicale à la procréation, elles engendrent l'enfant qui en est issu. Le fait que

9. Loin de remettre en cause l'idée selon laquelle la femme qui consent à la réalisation de l'assistance engendre l'enfant, la gestation la conforte. Elle est en effet doublement déterminante : elle l'est d'abord en raison des échanges qui s'opèrent *intra utero* entre la mère et l'enfant ; elle l'est ensuite en raison de la maîtrise qu'elle confère à la mère sur la destinée de l'enfant qu'elle porte.

l'une d'elles ne porte pas l'enfant ni ne lui fournit ses gamètes ne change rien au fait que son consentement est au point de départ de la transmission de la vie. Elle se trouve dans la même position que l'homme qui consent à l'insémination de sa femme avec le sperme d'un donneur. Leur engendrement a beau présenter un caractère volontaire, ils n'en sont pas moins les « co-parents » de l'enfant. Il serait donc pertinent de recourir aux mécanismes du Titre VII du Livre premier du Code civil si le législateur français décidait d'ouvrir l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes.

S'agissant du recours à la « présomption de co-maternité », il serait logique de déduire de la conception de l'enfant en mariage que l'épouse de la mère est celle qui a consenti à la réalisation de l'assistance médicale à la procréation. De même, si l'enfant était simplement né en mariage, il y aurait tout lieu de penser que l'assistance médicale à la procréation a été réalisée à la demande des futures mariées. S'agissant de la reconnaissance, puisqu'en principe on ne reconnaît pas l'enfant d'autrui, la loi présumerait que la femme qui reconnaît l'enfant né d'une assistance médicale à la procréation est bien celle qui a consenti à sa réalisation. Cette femme ne reconnaîtrait pas l'existence d'un lien biologique, mais le fait qu'elle a consenti à l'insémination de sa compagne avec le sperme d'un tiers donneur. Quant à l'établissement de la filiation par possession d'état, il s'agirait d'admettre que la femme qui se comporte à l'égard de l'enfant comme sa mère est celle qui a consenti à sa venue au monde au moyen d'une assistance médicale à la procréation.

Contrairement à ce qu'estiment certains auteurs, le principe chronologique énoncé à l'article 320 du Code civil ne ferait pas obstacle à une telle solution. En effet, ce n'est pas parce que deux liens de filiation sont établis concurremment à l'égard de deux femmes qu'ils se contredisent nécessairement. Une telle analyse ne vaut que dans l'hypothèse d'un engendrement charnel. Si l'assistance médicale à la procréation était ouverte aux couples de femmes, l'enfant aurait deux mères. Il serait donc logique qu'il ait deux liens de filiation maternelle.

Par conséquent, il serait regrettable que le législateur bouleverse le droit de la filiation s'il décidait d'ouvrir plus largement l'accès à l'assistance médicale à la procréation. Au-delà des nombreuses lacunes pratiques de la proposition visant à créer une « déclaration commune anticipée de filiation », celle-ci apparaît inappropriée sur le plan théorique, tant à l'égard des couples de personnes de sexe différent que des couples de personnes de même sexe. Par ailleurs, il serait encore plus inapproprié de ne recourir à la déclaration commune anticipée de filiation qu'au sein des couples de femmes, ainsi que l'a récemment proposé le Conseil d'État<sup>10</sup>. Ce dernier voit en effet dans le recours aux modes d'établissement de la filiation du Titre VII du Livre premier du Code civil un moyen de préserver la vie privée des couples stériles. Il propose donc de ne renoncer à la fiction qu'au sein des couples de femmes, ces dernières étant dans l'impossibilité de passer pour les génitrices de l'enfant. Pourtant, instituer un mode d'établissement de la filiation propre aux enfants nés d'une assistance médicale à la procréation réalisée à la demande d'un couple de femmes serait constitutif d'une véritable discrimination. En effet, si les couples de femmes sont « au regard de la procréation » dans une situation différente de celle des couples de personnes de sexe différent stériles, il n'en va pas de même « au regard de la filiation ». Une fois l'enfant venu au monde, rien ne justifie que l'établissement de sa filiation varie selon le sexe de ses parents, et certainement pas la volonté de permettre à ceux qui le peuvent de dissimuler à leur enfant les circonstances de sa naissance.

Il est bien plus pertinent d'abandonner la boussole biologique qui oriente aujourd'hui l'ensemble des réflexions. Ce changement de perspective donne en effet à voir un droit cohérent et unifié, adapté à une éventuelle évolution de la législation. Le recours aux présomptions au sein des couples de personnes de même sexe ne serait certainement pas « un manque d'imagination » ou « un manque de confiance dans la possibilité de nos sociétés d'assumer ouvertement les réalités revendiquées »<sup>11</sup>. Cela supposerait au contraire de regarder ces réalités pour ce qu'elles sont : des engendremens d'un genre nouveau.

10. V. Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, La Documentation française, 2018, p. 63.

11. P. Murat, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges J. Hauser*, Dalloz LexisNexis, 2012, p. 405 et s., spéc. p. 422.

# Perspectives

## Droit de la bioéthique

---

### Les lois de bioéthique, un modèle pour écrire la loi au XXI<sup>e</sup> siècle ?

**Clément Cousin**

Maître de conférences à l'Université catholique de l'Ouest,  
Nantes

Chercheur associé à l'IODE, UMR CNRS/Rennes 1 n° 6262

L'actuelle crise causée par le mouvement des « gilets jaunes » fait ressentir au spécialiste de bioéthique un air de déjà-vu très prononcé. Le « grand débat national » ? Une copie des états généraux de la bioéthique. La commission du débat national ? Un cousin du comité consultatif national d'éthique. En un mot, l'actuel débat visant à introduire de la démocratie semi-directe dans la démocratie représentative n'est pas nouveau. En bioéthique, c'est déjà le présent.

Si le parallèle n'a pas été formellement fait, c'est peut-être à cause des objectifs antagonistes poursuivis dans ces deux domaines. Là où l'actuelle crise est une crise essentiellement politique trouvant sa racine dans une trop grande distance du pouvoir vis-à-vis de ses administrés, l'introduction de mécanismes de démocratie directe en matière de bioéthique trouve ses racines ailleurs.

Il ne s'agira pas ici de revenir sur la définition de la bioéthique ou de s'attacher au contenu des lois de bioéthique, mais bien plutôt à la façon dont elles sont faites. Deux spécificités majeures sont ainsi à noter. D'une part, ces lois sont précédées d'un processus spécifique de démocratie presque semi-directe que sont les états généraux

de la bioéthique. D'autre part, ces lois ont la caractéristique d'être affectées d'une date limite de validité. Il faut donc en tirer deux enseignements : le premier, que l'on peut inclure dans la confection des lois des avis éclairés de citoyens, le second, que l'on peut concevoir des lois périsposables.

#### Premier enseignement : multiplier les avis éclairés des citoyens

La bioéthique est un champ considéré comme sensible et engageant l'humanité dans ce qu'elle a de plus essentiel : l'Homme. Dès lors, il a été important de décloisonner le débat et de ne pas le cantonner aux chambres parlementaires.

Sont d'abord consultés les spécialistes intéressés. Ceux-ci sont présents au CCNE<sup>1</sup> mais ils peuvent aussi déposer des contributions aux états généraux. Ces spécialistes sont ici entendus au sens large, il s'agit des organisations professionnelles, des associations et des lobbies.

Sont aussi consultés les non spécialistes, des citoyens « *lambda* », et ce, à deux stades.

---

1. Créé par le Décret n° 83-132 du 23 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, repris à l'article 23 de la Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

D'une part, au stade de la consultation. Plusieurs modalités sont possibles. La contribution peut consister dans la participation à un débat, le site proposant quelques conseils pour son organisation et certains débats étant organisés « en région »<sup>2</sup>. La contribution peut aussi être numérique et se faire directement sur le site internet des états généraux de la bioéthique. On s'approche ainsi des cahiers de doléances, si ce n'est que les contributions sont modérées et peuvent faire l'objet de commentaires et de votes. La voix des citoyens « lambda » peut donc être amplifiée par les votes et faire l'objet de critiques. L'idée qui semble au fondement de cette structuration du débat est qu'il faut l'organiser, le canaliser. La parole des citoyens « lambda » ne peut être spontanée ou, si tel est le cas, elle doit être tempérée, modérée. Le site internet des états généraux est donc très optimiste quand il annonce que cette consultation se place dans une optique de démocratie ouverte puisque ce concept suppose, en plus d'une participation citoyenne, une collaboration des citoyens à la gouvernance et surtout la possibilité pour les citoyens de superviser le travail gouvernemental.

D'autre part, l'intervention du citoyen « lambda » peut intervenir au cours d'un « comité citoyen ». Ce type de consultation a été introduit par la loi de bioéthique de 2011 sous le terme « conférence de citoyens ». Décalque des conférences de consensus<sup>3</sup>, ces conférences sont composées de citoyens représentatifs de la société française qui, formés préalablement par des experts triés sur le volet, émettent un avis public. Il est intéressant de remarquer que l'on analyse ici une réflexion menée par des « citoyens lambda » qui ne le sont plus vraiment. Ceux-ci sont au préalable formés et la méthode de travail suppose une modération. La bioéthique serait donc un sujet trop sérieux pour faire l'objet

d'une discussion de comptoir et trop complexe pour n'être pas directement appréhendable. C'est peut-être cette dernière considération qui a poussé le Gouvernement à proposer aux parlementaires une formation sous forme de séminaires donnés par les administrations compétentes auxquels participent les ministres concernés par ces questions<sup>4</sup>. L'exercice est nouveau et s'apparente à une curieuse incartade de l'exécutif dans la compétence des commissions législatives. Ne sont-ce pas elles qui, en temps normaux, auditionnent des experts pouvant les éclairer sur certaines questions ? Sont-elles alors défaillantes en ne remplissant pas leur rôle d'information ? Le rapport<sup>5</sup> déposé en janvier dernier tendrait à prouver le contraire par son ampleur et son sérieux, traditionnels dans ce domaine. En définitive, cette innovation s'expliquerait plus par une volonté de court-circuiter le débat parlementaire en anticipant les points problématiques avant la discussion parlementaire.

Mises à part ces questions de séparation des pouvoirs, ce qui semble aujourd'hui clair est qu'en matière de bioéthique, un débat doit être un débat éclairé et que le domaine ne souffre pas d'à peu près.

## Deuxième enseignement : la loi est périssable

Au-delà du dialogue éclairé, la caractéristique des lois de bioéthique est d'être par essence périssables, et ce, tous les cinq ans, et, depuis 2011, tous les sept ans<sup>6</sup>. Sous cet angle, les lois de bioéthique se rapprochent des lois de financement, à ceci près que la contrainte ne vient pas d'une loi constitutionnelle<sup>7</sup>, mais de la loi elle-même. Les lois de bioéthique contiendraient donc une « date de péremption ». Cette caractéristique appelle deux remarques.

2. Lire ainsi la page de l'espace de réflexion éthique de Bretagne consacrée aux états généraux : <https://www.espace-ethique-bretagne.fr/etats-generaux-de-la-bioethique-2018/>.

3. Lire à ce sujet la méthodologie diffusée par la haute autorité de santé : [https://www.has-sante.fr/portail/jcms/c\\_272505/fr/recommandations-par-consensus-formalise-rcf](https://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_272505/fr/recommandations-par-consensus-formalise-rcf).

4. À ce sujet, lire <https://www.publicsenat.fr/article/politique/loi-bioethique-des-seminaires-pour-les-parlementaires-en-amont-du-debat-136814> et <https://www.la-croix.com/Sciences-et-ethique/Ethique/Bioethique-premier-seminaire-parlementaires-organise-lundi-4-fevrier-2019-01-30-1200999096>.

5. Lire à cette adresse : [www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/rap-info/i1572.pdf](http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/rap-info/i1572.pdf).

6. Instaurée par la loi de 2004, la durée a été rallongée par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

7. La nécessité de promulguer une loi de financement venant en effet de l'article 1 de la Loi organique n° 2001-692 du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances qui dispose que « L'exercice [des lois de finance] s'étend sur une année civile ».

D'une part, concernant les causes de cette caractéristique. Elles peuvent se trouver à deux niveaux.

Il y aurait, d'abord, une cause liée au contenu des lois de bioéthique. Il est en effet loin le temps où l'on pouvait être convaincu que « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit [...] et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière »<sup>8</sup>. La loi de bioéthique est, comme nombre d'autres lois<sup>9</sup>, d'une précision importante, sûrement parce que les sujets, graves, doivent être régis par le législateur et non le pouvoir réglementaire. Dès lors, en application du principe du parallélisme des formes, seule la loi peut venir faire évoluer la bioéthique.

Il y a, ensuite, une cause plus fondamentale. La loi périssable existe pour les domaines dans lesquels le législateur doit « être à la page ». Pour une loi de bioéthique, « être à la page » revient à assurer un équilibre entre le possible et le légal. La loi, vue sous cet angle, est l'outil qui permet de déterminer quelles techniques peuvent être utilisées. Inversement, la loi permet de réprimer l'usage de techniques non souhaitables. Dès lors, légiférer revient à un exercice assez simple. Il faut lister les techniques possibles et déterminer ensuite l'état des attentes sociales (des mœurs, n'ayons pas peur des mots) pour trouver l'adéquation idéale entre les deux. Il y a néanmoins deux écueils. Le premier écueil est aujourd'hui parfaitement connu depuis les travaux de Jacques Ellul<sup>10</sup> : la technique a une tendance auto-accroissante, parce qu'elle est autonome. Dès lors, le législateur a pour impératif d'être « à la page » sous peine d'être dépassé et de voir le nombre des comportements illégaux exploser, ce

qui lui ferait perdre toute crédibilité. Le deuxième écueil est celui des attentes sociales. Une loi en décalage trop important vis-à-vis des attentes des citoyens encourrait le même danger que la loi en décalage vis-à-vis de la technique. Il y a donc de sérieux impératifs à ce que la loi soit périssable, faute de quoi elle deviendrait désuète<sup>11</sup>.

D'autre part, il faut analyser juridiquement ces mécanismes de péremption. Ceux-ci sont évoqués *in fine* de chaque loi.

Les formulations sont identiques et prévoient que « La présente loi fera l'objet d'un nouvel examen d'ensemble par le Parlement dans un délai maximum de cinq (sept depuis la loi de 2011) ans après son entrée en vigueur. »<sup>12</sup> Ce qui interroge le juriste est la sanction. Pour les lois « à l'essai » comme l'était la loi autorisant l'interruption volontaire de grossesse<sup>13</sup>, la sanction est simple et consiste dans la disparition de la norme à l'écoulement d'un délai. Au contraire, les lois à révision périodique ne présentent pas d'autres sanctions que la mauvaise conscience pour le législateur. Ainsi, il a parfaitement été possible de vivre sans loi de bioéthique entre 2008 et 2011 tout comme il n'est pas apparu urgent de légiférer depuis le premier janvier 2019, date d'expiration du délai de 7 ans que prévoyait la loi de 2011<sup>14</sup>.

Le deuxième enseignement légistique des lois de bioéthique est qu'elles admettent leur caractère temporaire. En somme, on ne légifère plus pour deux cents ans, mais pour une durée préfixe, transformant les fonctions de la loi. Celle-ci n'est plus, en bioéthique, un recueil des maximes générales du droit, mais le produit d'un consensus temporaire.

8. J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, présenté le 1<sup>er</sup> pluviôse an IX.

9. En matière médicale, v. notre thèse *Vers une redéfinition de l'acte médical*, Rennes 1, 2016, n° 12, p. 18 (<https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-01425982>).

10. Lire spécifiquement J. Ellul, *La Technique : L'Enjeu du siècle*, (réimpression de la 2<sup>e</sup> éd.), Economica, 2008. Sur l'œuvre de J. Ellul, lire J.-L. Porquet, « Jacques Ellul, l'homme qui avait (presque) tout prévu », Cherche midi, 2012.

11. Il est notable que la désuétude de la loi est impossible en théorie juridique. L'analyse sociologique du droit pourrait mener à des conclusions diamétralement opposées.

12. Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, art. 40; Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, art. 47.

13. Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse. Son article 2 dispose que « est suspendue pendant une période de 5 ans à compter de la promulgation de la présente loi, l'application des dispositions des quatre premiers alinéas de l'article 317 du code pénal ». Suit un rappel des conditions de légalité de l'IVG.

14. Il faut dans ce décompte négliger la loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. Celle-ci ne modifie la loi de bioéthique de 2011 que sur un point précis et n'a pas été accompagnée du formalisme habituel des lois de bioéthique.

# Rétrospective

---

Dans chaque numéro, la *RDA* publie le texte d'une conférence du cycle « Les grands textes du droit » qu'elle organise et qui vise à proposer un commentaire des textes majeurs de la littérature juridique.

---

## François Gény, *Science et technique en droit privé positif* (1914-1924) : une consécration indirecte par l'Europe<sup>1</sup>

**Pierre-Yves Gautier**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**J**e suis très content de pouvoir parler de François Gény, et ému de m'exprimer devant l'un de ses descendants, Michel. Je vais donc faire attention à ce que je dis ! Mais n'aurai pas de mal parce que j'ai beaucoup d'affection pour ce grand homme, que je cite régulièrement. Gény est une figure marquante de la pensée juridique française et mondiale. Précisément, je voudrais faire découvrir un certain nombre de choses et formuler des réflexions librement sur cet aspect moins connu de l'influence de Gény sur la pensée juridique non-continentale.

Gény est un auteur que les gens à la fois connaissent et ne connaissent pas. Ils connaissent son nom parce qu'il est cité (parfois) dans les cours dans les universités, parfois aussi dans les livres d'Introduction au droit ou dans ceux de théorie générale... pour ceux qui en lisent.

Puis, au fur et à mesure de l'avancement dans les études, certains, petit à petit, se familiarisent avec sa pensée. Toutefois, en France, il a une influence bien modeste. Il faut savoir que nous sommes dans un monde ultra-positiviste, ce qui est terrible. C'est-à-dire qu'on s'intéresse de moins en moins à la réflexion fondamentale, alors que celle-ci peut être source des progrès les plus pragmatiques qui soient. Mieux vaudrait aller chercher directement sur son ordinateur pour trouver dans une base de données des articles ou arrêts sur tel ou tel point, que d'aller « perdre son temps » dans les livres – pourtant si fructueux, de droit des personnes, droit de la famille, des obligations, des sûretés, et *a fortiori* dans les livres qui ne sont pas pratiques<sup>2</sup>. *Science et Technique* n'est pas un livre immédiatement utilisable pour telle ou telle recherche dans le

---

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

2. P.-Y. Gautier, « Pour les manuels de droit : l'utilité outragée », *D.*, 2015, p. 793.

cadre d'un dossier ou d'un jugement à rendre. C'est un livre de *méthodologie*. GénY, c'est avant tout de la méthodologie juridique. Or, celle-ci débouche sur l'application pratique du droit. Il y a un auteur que j'aime beaucoup, un vrai successeur de GénY, le Professeur J.-L. Bergel. Il écrit en théorie générale du droit et a un ouvrage de méthodologie juridique qui vient de ressortir<sup>3</sup>. En même temps, il a un *Traité de droit immobilier* et écrit des tas de notes dans ce domaine, outre qu'il est avocat. Voilà le professeur de droit, dans toute sa profondeur. La science méthodologique n'est absolument pas incompatible avec des aspects beaucoup plus pragmatiques.

Qui était GénY ? Il naquit en 1861 et mourut en 1959. Il eut une production doctrinale exceptionnelle ; jusqu'aux derniers mois de sa vie, il écrivait encore : il y a un article au *JCP* 1958, à 98 ans. C'est tout de même assez remarquable. Il a donc eu une très longue existence. C'était un Lorrain et sa ville d'attachement fut Nancy. Après avoir passé le concours d'agrégation, il fut nommé à Dijon où il passa plusieurs années. C'est là qu'il fit des rencontres exceptionnelles qui ont marqué sa vie. Notamment, il y a rencontré l'un de ses meilleurs amis, Raymond Saleilles, venu par la suite à Paris, dans notre Université. Deux grands amis que beaucoup de choses opposaient<sup>4</sup>. Saleilles était un esprit d'une extrême modernité : c'est lui qui a notamment créé le contrat d'adhésion, ou l'acte unilatéral de volonté, ou théorisé l'article 1242 du Code civil sur la responsabilité du fait des choses. C'était un génie, lui aussi complètement oublié – beaucoup plus que GénY d'ailleurs. Celui-ci a également connu nombre d'autres auteurs prestigieux : Bartin – grand internationaliste et fabuleux continuateur du *Cours de droit civil* d'Aubry et Rau –, ou Beudant, Bufnoir ; des noms qui pour un certain nombre de juristes ne disent plus grand-chose. Pourtant, l'histoire de la pensée juridique est aussi une partie de notre culture et de notre intelligence ! Moins on aura de culture sur la pensée des autres des années et siècles qui nous

précèdent, moins notre raisonnement sera riche et varié. C'est hélas une loi de la nature.

GénY était un esprit *a priori* assez classique, un professeur de droit civil intelligent. En 1899, il publie un livre dont le titre a l'air tout aussi classique : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*<sup>5</sup>. Il commence par l'interprétation du droit, de la loi telle qu'elle existait au moins depuis 1804, l'interprétation du Code civil, qu'on l'appelle ou non exégèse. L'étude d'un texte pour en tirer des interprétations est une des bases du droit français et de la doctrine, ainsi que de la jurisprudence, dans leur méthode syllogistique. GénY trouvait cela parfaitement honnête. Mais dans la deuxième partie de *Méthode d'interprétation*, ce que le titre n'indique pas du tout, il a proposé de se débarrasser de celles-ci pour donner plus de liberté au juge, considérant que l'interprétation telle qu'elle était enseignée dans les écoles de droit depuis 1804 et telle qu'elle était appliquée par les juges, jusqu'à la Cour de cassation, était trop réductrice. Le droit ne serait pas seulement l'application de la loi mais un exercice, non pas d'imagination, mais de création en faveur du justiciable, de la population. Était-ce nouveau ? La façon dont GénY l'a dit était inédite, mais en soi, non, ce n'était pas nouveau. Aucun des auteurs, y compris en droit romain où par définition il n'y avait pas de texte, n'a soutenu le contraire. Cependant, c'est lui qui l'a exprimé avec des mots pour en faire une science, de la méthodologie. Avec ce premier ouvrage, puis avec *Science et Technique*, GénY a fait quelque chose de très différent de ses collègues. Aubry et Rau – que je vénère – n'ont pas eu, sauf sur l'interprétation, de réflexion méthodologique, sur le droit en lui-même<sup>6</sup>. GénY est un des précurseurs de la méthodologie et en fait de l'épistémologie, ce mot savant qu'on utilise peu en droit mais qui est pourtant parfaitement exact : une réflexion sur notre science elle-même. Car le droit est une science, tout en étant une technique. Et voilà : « Science et technique ». GénY a associé ces

3. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2018 (ses fragments sur GénY : n° 162-165).

4. E. Gaudemet, « L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de GénY en méthodologie juridique et en philosophie du droit », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Fr. GénY*, t. II, Sirey, 1934, p. 5.

5. F. GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Pichon et Durand-Auzias (LGDJ), 1919.

6. Sur l'interprétation, v. C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae*, t. I, 6<sup>e</sup> éd. par E. Bartin, Marchal et Billard, 1936, §40 (une merveille intemporelle).

deux termes, qui sont déjà dans *Méthode d'interprétation*. Une science, une réflexion, qui débouche sur une technique pratique, notamment la technique judiciaire.

Gény n'était pas pressé. Il a eu 99 ans pour avancer dans la vie ! Il a voulu approfondir ce qu'il avait écrit dans ce premier livre, une sorte d'essai, *Méthode d'interprétation*, dans un nouvel ouvrage. Il s'est lancé dans un livre fleuve qu'il a commencé à publier à partir de 1914. C'est mal tombé parce qu'avec la première guerre mondiale ce n'était pas une époque propice à la réflexion juridique avec ce qu'elle implique de calme et de sérénité. Il s'est néanmoins lancé et a publié en quatre volumes « *Science et Technique en droit privé positif* »<sup>7</sup>. Ce livre a un sous-titre : « *Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique* ». C'est tout à fait Gény : rien qu'avec ce sous-titre, vous pouvez avoir une idée de sa philosophie. Il est dans le sillage de *Méthode d'interprétation* et entend critiquer la méthode juridique. Si vous lisez la première page, vous voyez aussi l'esprit de Gény : il y a une citation de Goethe, une citation littéraire, tirée de Faust. Sur la deuxième page, il y a une dédicace qui est très émouvante – « À la mémoire illustre et chérie de Raymond Saleilles », c'était son frère – et juste après une autre citation, de Dante. C'est déjà très littéraire. L'autre point commun avec la littérature c'est que l'auteur a un style proustien. Ses phrases sont très longues, il y a peu de ponctuation – un peu plus que chez Proust –, beaucoup de points-virgules, très peu de points à la ligne, très peu de nouveaux paragraphes. Il faut vraiment « s'accrocher » et le mériter pour le suivre, mais si vous le lisez, vous ne regretterez absolument pas votre effort.

Quand je préparais le concours de l'agrégation, j'ai lu tous ces livres, c'est une part des « humanités » d'un futur professeur.

Le premier volume, paru en 1914, porte sur : « *Position du problème* ». Le deuxième volume, paru en 1915, pendant la guerre : « *L'élaboration scientifique du droit positif* ». Il y évoque « L'irréductible droit naturel » en sous-titre. Troisième volume, paru après la guerre en 1921 : « *L'élaboration technique* ». On a science et technique, on est au complet, il aurait pu s'arrê-

ter au tome trois. Mais il a encore des choses à dire et on arrive au tome quatre, en 1924. On a donc un ouvrage publié sur dix ans, qu'il consacre à nouveau aux rapports science-technique et au « *Conflit du droit naturel et de la loi positive* ». En outre, comme sa réflexion suscitait beaucoup de débats qui étaient parfois très houleux, un certain nombre d'auteurs se sont élevés contre sa pensée pour partie déconstructrice, notamment Ripert, mais pas uniquement. Si Gény avait lu un article sur ce sujet ou un compte-rendu d'un tome précédent, il répondait alors dans le tome suivant, en dix ou quinze pages argumentées. Cela nous donne quatre tomes, « *La recherche du temps perdu* » par Gény ! Ce qui frappe aussi dans *Science et Technique*, c'est l'érudition inouïe. Dans ses notes de bas de page, il y a autant d'économie, de sociologie, de philosophie que de droit. Auguste Comte, Durkheim, tous les économistes du XIX<sup>e</sup> siècle, le droit comparé, etc. C'est d'une érudition absolument incroyable et cela explique la taille de cette « saga ».

Gény a eu un retentissement incontestable à l'Université, par les doctrines qu'il portait et qui étaient différentes, c'est sûr, de celles qui étaient enseignées. Il n'a pas eu beaucoup d'échos dans la pratique judiciaire, parce qu'il avait décidé de se dédier à la méthodologie et à l'épistémologie. Il a écrit très peu de notes. Il en a publié quelques-unes au Sirey, une ou deux en droit des contrats, mais cela ne l'intéressait pas. Il voyait à long terme.

En revanche, il a eu un très grand retentissement à l'étranger. On est là dans le fil directeur que je voudrais imprimer à cette conférence. Il fut beaucoup lu : si vous allez par exemple aux États-Unis, dans les grandes bibliothèques américaines, vous trouvez, sur les rayons, *Méthode d'interprétation* et *Science et Technique*. Aux États-Unis, il y a notamment deux juristes qui l'ont beaucoup lu. Ces deux juristes étaient Roscoe Pound, professeur très célèbre de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle de Harvard, et le Chief Justice Holmes, un des plus grands juges américains, qui est encore vénéré en 2019 aux États-Unis. Il est resté trente ans à la Cour suprême des États-Unis. Il y a des échanges de lettres entre eux dans lesquelles Holmes écrivait à Pound : « This is the

7. F. Gény, *Science et Technique en droit privé positif*, 4 t., Sirey, 1914-1924.

best thing in French »<sup>8</sup>. C'est très intéressant pour nous parce que c'est la pensée nord-américaine qui aujourd'hui exerce une puissante influence sur notre droit continental. Aux États-Unis, la jurisprudence est fondée, parce que c'est un système de *common law*, sur l'observation des faits et l'analyse du juge. C'est la notion de *sociological jurisprudence*. Holmes et Pound opposent leur méthode – et celle de GénY – à la *mechanical jurisprudence*, la jurisprudence mécanique. Qu'entendent-ils par jurisprudence mécanique ? C'est le syllogisme, c'est-à-dire l'application de la loi – majeure – aux faits – mineure – pour une conséquence juridique, ce qui constitue le système français, tel qu'il existe au moins depuis 1804. Les Anglo-saxons ont donc été immédiatement influencés par la pensée de GénY<sup>9</sup>. Rien que pour cela il faut s'intéresser à *Science et Technique*.

Dans *Science et Technique*, GénY confirme ce qui était déjà dans *Méthode d'interprétation* et propose une émancipation de la loi, et donc une émancipation du syllogisme. Vous voyez où je veux en venir : dès 1914, et même auparavant, en 1899, on a une proposition faite aux juges et aux avocats de s'émanciper de la loi pour rechercher la solution la plus juste. C'est donc un exercice méthodologique que *Science et Technique*, une démonstration argumentée, pluridisciplinaire, à partir des autres sciences que le droit, pour nourrir celui-ci, afin que les praticiens et spécialement le juge, s'affranchissent du syllogisme. Qu'ils abandonnent totalement l'application de la loi, certainement pas – GénY n'est pas allé aussi loin. Mais il s'en approchait quand même, ce qui l'opposait à son ami Saleilles. Ce dernier était pour un syllogisme, mais un syllogisme suffisamment compréhensif pour introduire dans l'application de la loi cette souplesse que GénY revendiquait en soi<sup>10</sup>.

Je voudrais que nous envisagions ensemble dans un premier temps l'émancipation de la loi, que j'appellerai l'enivrante émancipation de la loi (I). Puis, dans un second temps, je vous proposerais un retour aux méthodes d'interprétation de la loi et à Saleilles (II). Ma première partie c'est sur GénY, ma seconde partie c'est sur Saleilles. Ce n'est pas grave, c'est son ami chéri !

## I. L'enivrante émancipation de la loi

L'émancipation de la loi, c'est la libre recherche scientifique. Cette expression exprime la méthodologie. Elle est singulière parce que « libre recherche », on pourrait penser que GénY s'adresse à des universitaires, à des enseignants-chercheurs. Il s'adresse certes à eux, mais aussi à *l'ensemble du monde juridique et judiciaire*. Telle est son ambition. Dans *Méthode d'interprétation* et dans *Science et technique*, il critique très vertement un juge qui à l'époque faisait beaucoup parler de lui : le juge Magnaud<sup>11</sup>. Ce fameux juge était un juge d'instance qui avait décidé de ne plus faire de syllogisme et de statuer en équité, au civil et au pénal. GénY critique Magnaud parce que ce dernier se prononce en équité, en s'affranchissant de la règle de droit. Sa critique est un peu paradoxale parce que la libre recherche scientifique, c'est quand même pour une bonne partie s'évader de la règle de droit.

GénY donne une double gradation. Il faut d'abord aller chercher dans la loi si on y trouve la solution la plus juste. Puis, il faut dégager la solution la plus juste, qui doit être conforme au droit naturel, cet ensemble de valeurs immanentes à nos sociétés humaines qu'il est du devoir des juristes de porter. Sous ces deux réserves, le juge peut, au cas où la loi serait incomplète ou insatisfaisante ou injuste, procéder à une libre recherche scientifique de la solution de l'espèce. Pour ce

8. Ph. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 2<sup>e</sup> éd., 2001, aux entrées GénY, Pound et Holmes.

9. B.-A. Wortley, « La théorie des sources en droit privé positif de François GénY considérée dans son rapport avec la jurisprudence anglaise », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Fr. GénY*, t. II, op. cit., p. 16 ; M. Franklin, « L'influence de François GénY sur les conceptions et les méthodes aux États-Unis », *ibid*, p. 30 ; D. Kennedy et M.-C. Belleau, « François GénY aux États-Unis », in C. Thomasset, J. Vanderlinden et Ph. Jestaz (dir.), *François GénY, Mythes et réalités*, Dalloz-Bruylant-Blais, 2000, p. 295 ; Th. Kirat, « Les théories de la jurisprudence de François GénY et Édouard Lambert et la *Common law* : remarques sur la position de la case law method par rapport à l'œuvre des deux juristes français », *ibid*, p. 321 ; J.-L. Bergel, *passim*, texte et réf.

10. C'est sa fameuse préface à *Méthodes d'interprétation*, qu'on peut relire avec profit : c'est aussi intemporel que le *Discours préliminaire* de Portalis et participe au demeurant à sa philosophie (F. GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, op. cit., p. XIII-XXV).

11. V. dans F. GénY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. I, op. cit., § 9 ; dans F. GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, op. cit., § 196-200.

faire, il doit utiliser les « données », ce terme qu'aimait beaucoup Gény, que sont l'histoire, la sociologie, l'économie, la philosophie, faire une recherche transversale, pour l'utiliser dans l'espèce considérée, de façon concrète<sup>12</sup>. C'est cela la libre recherche scientifique que Gény a développée en dix ans et quatre volumes. En d'autres termes, c'est une *liberté fondée sur un exercice de raison intellectuelle*. Avec une part d'intuition<sup>13</sup>. Gény était un intellectuel, ce que son appareil critique montre parfaitement. C'est aussi un exercice de conscience car le juriste doit se conformer au droit naturel.

J'ouvre une parenthèse et je fais « mon Sainte-Beuve » : pour connaître un auteur, il faut souvent s'intéresser à sa vie personnelle. Gény était un homme de conviction, un fervent catholique. Il avait sept enfants. La foi qui l'animait, il la mettait dans la conscience, la haute valeur que le droit doit porter s'il veut être juste.

Ses idées n'ont pas eu d'application pratique en France. La Cour de cassation, si vous lisez des arrêts contemporains de Gény de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle jusqu'aux années 1960, a exercé une activité créatrice extraordinaire, mais toujours dans l'application de la loi, parce que nous sommes dans un système de droit écrit où le syllogisme a un rôle fondamental ; aussi parce que *la loi n'est pas, contrairement à ce que soutenait Gény, un carcan méthodologique*. C'est sans doute son plus grand tort de l'avoir pensé. La formule de la *mechanical jurisprudence* est un mythe. Il n'y a pas de mécanique dans le droit. Celui-ci est une réflexion, un raisonnement, une liberté, mesurée puisque le juge est là pour appliquer la loi. C'est dans son statut, son humanité « correctrice »<sup>14</sup>.

Gény n'a pas eu d'influence en droit français. En revanche il a eu un rayonnement considérable à l'étranger, comme il vient d'être rappelé. Pas tellement en droit allemand, même s'il était germaniste – il a commenté avec Saleilles des articles essentiels du BGB. Son influence s'est exercée surtout chez les Anglo-saxons. Il leur a confirmé

que même dans les pays de droit continental comme la France, il peut y avoir des juristes qui ne s'enferment pas dans le syllogisme et recherchent dans chaque cas quelle est la solution la plus raisonnable. Dans les écrits de Pound et dans les décisions de Holmes – et chez un certain nombre d'autres – vous avez une méthode qui s'est rodée au fil des années mais qui existe dès les années vingt : la *balance of interests*. Ces gens-là ont lu Gény. C'est troublant. Monsieur Malaurie, dans l'*Anthologie de la pensée juridique* qu'il a publiée il y a quelques années, a consacré une notice à Gény et d'autres à Pound et Holmes<sup>15</sup>. Il fait cette liaison entre la libre recherche scientifique et la méthode américaine de *balance of interests*. La *balance of interests*, ou le contrôle de proportionnalité, consiste, dans un cas précis, indépendamment de l'application de la loi qui peut être favorable à une partie et défavorable à l'autre, à rechercher la solution la plus juste, au regard des données économiques, sociologiques, de l'environnement, de la situation judiciaire<sup>16</sup>. Il y a des points communs fondamentaux, c'est une évidence.

Ce qui est assez fascinant, c'est que jusqu'à une époque récente, nous étions en France dans le système d'application de la loi syllogistique que Saleilles a développé. Et puis, il y a eu une révolution judiciaire, juridictionnelle, qui a précédé la révolution Internet et maintenant – hélas... – se combine avec elle : c'est l'avènement des ordres européens. Santi Romano a décrit les ordres juridiques différents, qui s'harmonisent ou sont en conflit ; ici nous avons deux ordres juridiques bien distincts : l'ordre du Conseil de l'Europe avec la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) et l'ordre de l'Union européenne avec la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Ces deux ordres ont des points communs essentiels, dont le premier est d'imposer des méthodes de raisonnement qui ne sont pas de *mechanical jurisprudence* mais de balance des intérêts. Il est frappant quand vous lisez les arrêts de ces deux juridictions de voir à

12. V. par ex. F. Gény, *Science et Technique en droit privé positif*, t. I, op. cit., § 63 et t. II, op. cit., § 166-171.

13. N. Dissaux, « L'influence de Bergson sur les idées du doyen Gény », *RTD civ.*, 2008, p. 417.

14. G. Cornu, *Droit civil, Introduction*, Domat-LGDJ, 13<sup>e</sup> éd., 2007, n° 192-198 ; P.-Y. Gautier, « Éloge du syllogisme », *JCP G*, 2015, p. 1494.

15. Ph. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, op. cit., texte et réf. V. également J.-L. Bergel, *passim* ; M. Franklin, « L'influence de François Gény sur les conceptions et les méthodes aux États-Unis », préc. ; D. Kennedy et M.-C. Belleau, « François Gény aux États-Unis », préc., p. 295.

16. V. par ex. Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2018, n° 407.

quel point, même si la Cour de justice fait semblant d'appliquer tel ou tel texte de droit dérivé, ce sont en réalité des raisonnements de contrôle de proportionnalité. Or, ces deux juridictions européennes, dans une époque récente marquée par la première présidence de Monsieur Louvel, ont une méthode qui est en train de descendre dans l'ordre juridique français. Pour l'instant ce ne sont que quelques décisions spectaculaires qui se livrent à des exercices de libre recherche scientifique et non pas à des exercices syllogistiques, mais cela pourrait s'accroître, et cela fait vraiment froid dans le dos.

Ainsi, la pensée de GénY a eu peu de succès pratique dans notre pays pendant une période assez longue. Elle s'en revanche exportée aux États-Unis et elle s'est trouvée... réimportée dans notre ordre juridique *via* les deux cours européennes ! Il n'est pas gratuit que Christophe Jamin, directeur de l'École de droit de Sciences Po, qui est un vif partisan du droit anglo-saxon et de la pensée juridique américaine, soit en même temps séduit par la pensée de François GénY. Il a publié une partie de la Correspondance de GénY et de Saleilles l'année dernière chez Lextenso<sup>17</sup>. Tout cela est lié. Nous sommes dans une période de transition où peut-être la libre recherche scientifique sera, à l'École Nationale de la Magistrature et dans les juridictions françaises, de plus en plus pratiquée. Ne le souhaitons pas, toutefois !

Si on prend les décisions les plus récentes, on peut se demander si l'équation de GénY – *un raisonnement par procès et non des raisonnements sur tel article du Code civil*, du Code de commerce – n'est pas déjà utilisée pour s'émanciper de la loi. Envisageons quelques cas. En matière extrapatrimoniale, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rendu il y a peu une décision renvoyant à la Cour de Strasbourg une question préjudicielle – puisque maintenant nous avons un système de renvoi préjudiciel à la Cour européenne des droits de l'homme en application du protocole numéro 16, entré en vigueur

cet été<sup>18</sup>. Après à peine quelques semaines, la Cour de cassation a déjà posé une question sur la gestation pour autrui à la Cour européenne des droits de l'homme ; alors que depuis que la question de la Gestation pour autrui (GPA) existe, elle avait une application syllogistique des règles sur l'ordre public en matière contractuelle et en droit privé en général. Le problème, c'est que la déconstruction, consistant à s'intéresser à l'épanouissement, réel ou supposé, de l'enfant, des parents, au contexte – bref, la libre recherche scientifique –, peut conduire à se demander si l'on écarte la loi pour non conventionnalité, ce que fait de plus en plus le juge interne, ou si l'on provoque des discussions au Parlement, ce que montrent bien les débats actuels. Est-ce du GénY ? Oui et non. Oui, parce qu'on est dans un exercice de libre recherche scientifique. Non, parce que je ne suis pas sûr qu'il aurait été jusque-là dans le mécanisme de destruction radicale de la norme telle qu'elle a été posée par une société interne et sa déconsidération auprès des citoyens, qui en résulte.

Autre exemple, cette décision aberrante cet été du Comité des droits de l'Homme de l'ONU, saisi par la personne qui avait été déboutée après un procès-fleuve sur la crèche Baby-Loup, parce qu'elle maintenait son voile islamique<sup>19</sup>. Elle n'est pas allée devant la Cour européenne des droits de l'homme parce que son avocat a estimé qu'en dépit du libéralisme assez fort de cette juridiction, elle n'aurait pas gain de cause en raison de la marge d'appréciation des États. Elle a utilisé cette option, certes brillante, d'aller obtenir un avis du Comité des droits de l'Homme de l'ONU et l'a rapatrié, ce qui a influencé Monsieur Louvel, qui a dit qu'on en tirerait les conséquences<sup>20</sup>. C'est aller bien au-delà de la libre recherche scientifique.

Que dire encore de cette décision récente de la Cour de cassation, remettant en cause la prescription en matière civile, sous couvert de proportionnalité<sup>21</sup> ?

17. C'est formidable et on en recommande la lecture : C. Jamin, F. Audren et S. Bloquet, *Lettres de François GénY à Raymond Saleilles, Une trajectoire intellectuelle 1892-1912*, LGDJ, 2016.

18. Ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053, à paraître au *Bull.* ; *Deffrénois*, 2018, n° 40, p. 5.

19. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull.* 2014 Ass. plén. n° 1 ; *JCP G*, 2014, n° 902, avis J.-Cl. Marin ; *JCP G*, 2014, n° 903, note D. Corrigan-Carsin.

20. Comité DH ONU, 10 août 2018, CCPR/C/123/D/2662/2015, *D.*, 2019, p. 120, chron. J. Klein.

21. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 nov. 2018, n° 17-21.095, à paraître au *Bulletin*, *D.*, 2019, p. 64, obs. P.-Y. Gautier : arrêt rendu en matière de filiation, mais d'une telle généralité, que la balance des intérêts peut être étendue à toutes sortes d'autres matières.

Si on prend les droits patrimoniaux, il y a, depuis quelques années, des débats féroces à la Cour de cassation sur la question des squatteurs dans un immeuble ou sur un terrain, qui, sans le moindre titre d'occupation et au prétexte qu'ils auraient un droit à la vie familiale normale et un droit au logement, clament que ceux-ci font obstacle à leur expulsion, à la demande du propriétaire, privé ou public (sachant que le préfet, requis de prêter le concours de la force publique à l'exécution, refuse parfois de le faire, au motif de l'atteinte alléguée aux droits fondamentaux<sup>22</sup>); ou tous les cas de constructions illégales<sup>23</sup>. Là encore, on peut se demander s'il n'y a pas un exercice de libre recherche scientifique. Certaines juridictions ont franchi le pas. Pour ce faire, ce n'est pas compliqué : mise à l'écart de la norme française, au motif de sa non-conventionalité.

Gény était un citoyen européen. Il a connu trois guerres, dans une région très menacée. C'était un européeniste convaincu, mais je ne suis pas sûr que cette mise à l'écart de notre ordre juridique, au prétexte, supposé irréfutable, d'une contrariété à un ordre supérieur, l'eût convaincu. Il y a pour l'instant des décisions au sein de la Cour de cassation qui vont dans les deux sens. Dans deux décisions récentes, l'une sur l'expulsion du squatteur, l'autre sur l'empiètement, la Cour de cassation a estimé que même au regard du contrôle de proportionnalité (de la libre recherche scientifique, car les deux sont vraiment très liés), les propriétaires victimes doivent avoir gain de cause<sup>23</sup>.

Ce qui m'amène à critiquer la méthode de Gény. C'est une technique qui, on le voit avec l'extrême porté par la CJUE, la CEDH (et un peu avec le Conseil constitutionnel avec les questions prioritaires de constitutionnalité), conduit à l'impressionnisme juridique, à la *case law*. La *case law*, c'est la décision des juges dans chaque cas, sachant qu'un autre, dans un cas nouveau, pourra s'inspirer, voire sera obligé, par les précédentes décisions rendues.

Mais nous sommes dans un système de droit continental, de droit écrit. Nos codes ont été promulgués par nos Parlements ou par nos gouvernements par voie d'ordonnances. Nous avons une Constitution. Et même en droit de l'Union

européenne, ce que la Cour de justice oublie trop souvent, nous avons un droit primaire et un droit dérivé. C'est *un droit écrit*. La CEDH, c'est pareil : on a la Convention européenne et quelques protocoles additionnels. En Europe, contrairement aux États-Unis (même s'ils ont de plus en plus de droit écrit), nous jouissons d'un système de droit écrit dont le processus constitutionnel, dans la lignée de Rousseau et de Montesquieu, est fondé sur la délégation que nous donnons à nos représentants pour voter des lois, qui seront appliquées par les juges. Nous sommes toujours dans ce système. Le juge qui va entièrement ou partiellement s'émanciper de l'application du droit écrit, *c'est lui-même qui se met en manquement*. Gény n'était pas allé jusque-là. Il n'empêche que son système de libre recherche scientifique, cette liberté, conduit de nos jours aux perversités qui sont en train de se produire par une mise à l'écart de la loi, *pour que le juge puisse statuer en fonction de ses convictions personnelles*. En d'autres termes, le juge Magnaud, c'est souvent la CJUE et la CEDH, ou désormais le Comité des droits de l'Homme de l'ONU ! Pour la stabilité de notre droit ce n'est pas bon du tout.

C'est sans doute pour cela que la libre recherche scientifique n'a pas eu beaucoup de succès en France. D'une part, elle est dangereuse, ce qui est avéré aujourd'hui, bien après la mort de Gény. D'autre part, elle n'est pas utile. Et pourtant, le contrôle de proportionnalité, en passe de devenir une méthode concurrente du syllogisme, voire destiné à le supplanter, vient couronner Gény, avec simplement un siècle de retard.

## II. Le retour aux méthodes d'interprétation de la loi

Saleilles était, on l'a vu, un grand ami de Gény. Il n'a pas pu préfacer *Science et Technique*, étant mort juste avant la parution du premier tome. En revanche, il avait préfacé *Méthode d'interprétation*, ouvrage dans lequel il y avait déjà l'essentiel de la pensée de Gény. Gény demande à Saleilles, qui n'était pas du tout favorable à sa théorie, de préfacer son texte. C'est un très bel acte, un acte

22. V. par ex. Civ. 3<sup>e</sup>, 17 déc. 2015, n° 14-22.095, *Bull. civ.* 2016, n° 841; *JCP G*, 2016, n° 189, obs. P.-Y. Gautier : pas d'évacuation de caravanes et cabanons, afin de préserver la « vie privée et familiale et le domicile » des intéressés.

23. Civ. 3<sup>e</sup>, 21 déc. 2017, n° 16-25.406 et n° 16-25.469, à paraître au *Bulletin, RTD civ.*, 2018, p. 158, obs. W. Dross.

d'amitié. Normalement il n'aurait pas dû accepter, ou alors faire une préface critique, ce qui ne se fait jamais : quand on préface, normalement, c'est plutôt élogieux. Il a rédigé cette préface, mais étant un esprit très indépendant, il a rappelé sa propre philosophie. Il y a une formule très célèbre dans cette préface : « Au-delà du Code civil, mais par le Code civil ! »<sup>24</sup>. La méthode de Saleilles consiste à utiliser la loi, mais à laisser au juge le maximum de liberté pour l'interpréter, fût-ce de façon extensive, ou par analogie. Saleilles a influencé directement la Cour de cassation : c'est du temps de Saleilles et après ses écrits que la Cour de cassation a commencé à appliquer l'actuel article 1242 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil à la responsabilité du fait des choses.

Non, la loi n'est pas de la *mechanical jurisprudence*. Le juge conserve sa liberté, tant qu'il se maintient dans l'application de la légalité républicaine, dans laquelle il trouve ses pouvoirs et ses nobles fonctions. Aubry et Rau, ces Alsaciens contemporains de GénY, si vous les lisez, notamment le tome premier sur l'Introduction au droit, ont, on l'a déjà remarqué plus haut, quelques pages sur l'interprétation de la loi. Il y a tout : *a contrario*, *a fortiori*, par analogie, téléologie, etc.<sup>25</sup> On n'a pas attendu des penseurs modernes. Aubry et Rau, qui furent professeurs à la faculté de Strasbourg puis conseillers à la Cour de cassation, après la défaite de 1870, s'étaient réfugiés à Paris. En d'autres termes, Aubry et Rau, Saleilles, Planiol, tous ces grands auteurs n'ont pas proposé l'émancipation radicale telle que GénY l'a brandie dans *Science et Technique*, ils ont suggéré, au regard de notre système constitutionnel et légal français, *une liberté du juge mais dans le cadre de l'exercice syllogistique*. Cornu expliquait très clairement qu'il y a une liberté incroyable dans l'application de la loi<sup>26</sup>. Mais on applique la loi, on ne l'écarte pas au motif qu'elle serait contraire aux droits de l'Union européenne, de la CEDH, de l'ONU, au « juste équilibre des droits », etc., toutes formules rhétoriques, sophistiques, passe-partout.

Avec des étudiants de Master 2, nous analysons récemment un arrêt de la Cour de justice, sur un point précis de droit privé. Elle ne livrait pas moins de neuf précédents. J'ai reproché aux

étudiants qui avaient un commentaire d'arrêt à faire de ne pas être allés lire les autres arrêts. Il faut les lire. On ne peut sérieusement commenter l'arrêt, ou s'en servir comme avocat, sans avoir lu ces neuf précédents. Cela veut dire qu'il faut y passer la journée ! Si on lit les neuf précédents, cela a l'air cohérent parce que ce sont les mêmes concepts, mais en fait un tiers ou la moitié n'ont rien à voir avec le sujet. C'est la même chose pour les arrêts de la CEDH. On ne sait pas où l'on va. Il s'agit d'un flux qui a l'air cohérent et rationnel, puisqu'il y a des renvois aux précédents et l'utilisation de standards tels qu'ils figurent dans le droit de l'Union européenne, dérivé ou primaire, ou dans le droit du Conseil de l'Europe : intérêt de l'enfant, vie privée, etc. (Notez la façon dont la Cour européenne a déformé la vie privée dans des cas où c'est de vie publique, d'état civil qu'il est question). Il n'y a plus de limite. Mais ce n'est pas cohérent du tout, on va de décisions empiriques en décisions empiriques, avec des renvois formels, pour habiller la solution retenue, que ce soit en question préjudicielle ou en plein contentieux.

C'est, influencées par ces juges supranationaux et leurs méthodes et bien au-delà de GénY, que les juridictions internes se dirigent, par la nouvelle *case law* « à la française ». La différence, c'est que les Nord-Américains sont dans un système de *common law*, d'absence de droit écrit et de liberté considérable du juge, alors que nous avons la liberté du juge, mais en commençant par appliquer la loi. Nous sommes à un tournant de civilisation juridique, chacun doit prendre ses marques et responsabilités devant la Cité.

\*  
\*      \*

Pour conclure, on peut considérer que la pensée de GénY reste fondamentale, méthodologique. Vous pouvez vous y plonger. Il ne faut certes pas le lire de A à Z. On prend la table des matières, on feuillette. Hélas, chez GénY il n'y a pas d'index, ni même d'index général des quatre volumes. Peu importe. C'est pour cela que c'est mieux sur support physique : GénY sur un site internet, je vous le déconseille fortement ! Allez

24. *Passim*.

25. *Supra*, note 6.

26. *Supra*, note 14.

dans les bibliothèques ou faites un « reprint », prenez la table des matières et vous trouverez des choses extraordinaires et parfaitement d'actualité, de méthodologie. Par exemple, dans le tome trois, il y a beaucoup de choses sur la preuve, les présomptions, les fictions. C'est le seul point à peu près où Gény a fait du droit technique. Dans l'époque de bouleversement total, méthodologique, ou non méthodologique, de déconstruction qui est la nôtre et contre laquelle il faut résister, il me semble que ceux qui de façon prémonitoire, visionnaire, ont proposé une liberté supplémentaire pour les praticiens et pour les juges, ce sont eux qu'il faut aller relire, pour y trouver des limites. Gény avait posé de telles limites, notamment *le droit naturel*. Il a écrit pratiquement deux volumes sur le droit naturel. Or cette façon de piétiner la loi, de l'écarter, de refuser une hiérarchie des droits fondamentaux, cette soi-disant égalité qui fait que le pire citoyen est à égalité de droit devant le juge, alors même qu'il a violé les droits de l'autre, ce n'est pas du droit naturel du tout. Gény l'aurait probablement rejeté. Relire Gény c'est peut-être au minimum réguler ce flot devenu incontrôlé de la balance des intérêts. Relire Gény c'est aussi... inviter à relire Saleilles !

## Discussion avec le public

**Cécile Chainais** : Merci beaucoup pour cette conférence très vivifiante, et à l'image de Gény. Il est vrai que l'œuvre de Gény est une lecture dont on ressort différent, en raison de la richesse et de la complexité de sa pensée.

D'abord, l'une des forces de la pensée de Gény, c'est penser conjointement le juridique et le politique. Gény invite à penser le droit parmi les sciences humaines et à explorer en prenant en compte les acquis des autres sciences humaines.

Ensuite, on est frappé par la grande modernité de la pensée de Gény. La tension, que vous venez d'évoquer, entre la conception classique de la démocratie – la loi, expression de la volonté générale – et au même moment, les revendications d'individus qui veulent faire prévaloir des droits, est à cet égard très intéressante. Elle n'est pas sans rappeler la théorie de la démocratie continue, évoquée par certains auteurs à propos du Conseil constitutionnel : il advient un moment où un écart s'affirme entre le représentant, censé

exprimer la volonté générale et la prétention de l'individu qui, par le truchement d'une question prioritaire de constitutionnalité, conduit à remettre la loi en cause. Ce sont des contradictions qui animent notre société ; la lecture de Gény nous aide à appréhender ces réalités contemporaines.

En outre, j'aimerais dire aux doctorants nombreux présents dans l'assistance combien il peut leur être profitable de se faire les héritiers de Gény dans leurs introductions de thèse. Au moment d'appréhender une notion, il est fructueux de mettre en œuvre la libre recherche scientifique, afin d'avoir l'approche la plus riche et la plus globale, ce qui n'interdit pas bien sûr de revenir ensuite à une approche juridique plus classique le cas échéant. Du reste, Gény a également des mots très forts à propos de la culture générale du juge. Pour le juge, la libre recherche consiste aussi à mobiliser des connaissances dont l'ampleur dépasse le seul savoir juridique. Tout cela est très complexe et j'invite chacun à s'immerger dans cette complexité, en relisant Gény.

Enfin, il me semble que l'on perçoit bien les tensions qui traversent la pensée de Gény lorsqu'on relit les pages consacrées au juge Magnaud. Gény a sur Magnaud des mots très durs. Pourquoi ? Parce qu'au même moment beaucoup d'auteurs ont stigmatisé l'attitude du juge Magnaud pour critiquer la libre recherche scientifique. En conséquence, Gény se démarque du juge Magnaud ; il souligne qu'il ne correspond pas à sa pensée, que son attitude relève du sentimentalisme, de l'humanitarisme. Mais dans le même temps, Gény revient sur le juge Magnaud pour dire que son attitude correspond tout de même un peu à sa pensée. J'ai le souvenir de deux pages marquantes dans lesquelles Gény souligne notamment qu'il y a quelque chose d'intéressant dans le sentiment de solidarité qui s'exprime chez le juge Magnaud. Une question à ce propos : croyez-vous que la critique par Gény du juge Magnaud soit une simple clause de style (pour se protéger de ses détracteurs) ou alors y a-t-il vraiment quelque chose dans la méthode proposée par Gény, qui la distingue du juge Magnaud ?

**Pierre-Yves Gautier** : Il y a un raisonnement à faire, mais un raisonnement au cas par cas, dans chaque procès. C'est un autre point qui mérite d'être souligné au regard de la sociologie. La

sociologie ce n'est pas que des mots, c'est voir ce qui se passe exactement. Dans la vie civile, mais aussi au palais. Et au palais, les juges sont de plus en plus débordés, ont de moins en moins de temps, pas beaucoup de moyens. Il faut voir l'époque où se prononçaient GénY et Magnaud, où le juge avait moins d'affaires et pouvait prendre un certain temps pour l'analyse du dossier, rendre une décision, aller lire les codes et les ouvrages de doctrine. Aujourd'hui il a de moins en moins de temps et j'observe qu'il a une tendance de plus en plus importante à se fonder sur les conclusions des avocats, sur les échanges de conclusions. Il y a bien entendu les pièces, les documents relatifs au dossier qui sont dématérialisés et transmis par voie électronique. Se fonder sur les conclusions, avoir accès aux pièces de plus en plus sur écran et non sur papier, ce n'est pas vraiment propice à une réflexion. C'est une méthode artisanale celle de GénY, une méthode humaniste. Cet humanisme artisanal entre aujourd'hui en conflit avec le fait que la justice a toujours aussi peu de moyens et avec la révolution technologique de l'internet. Si vous faites attention aux « Chantiers de la justice », la volonté très claire de la chancellerie est d'industrialiser autant que faire se peut la justice, de la mécaniser, de la rendre électronique, de l'externaliser, de sorte que cet exercice, dès la première instance, n'est plus du tout ce que GénY avait pu connaître. Une des autres ambitions de Monsieur Louvel consistant à faire de la Cour de cassation une Cour suprême me semble significative. J'ai rédigé un article avec ma collègue Ferrand dans lequel nous avons écrit que la Cour de cassation ne sera jamais une Cour suprême, parce qu'il y en a déjà trois avec le Conseil constitutionnel, la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme ; ensuite, ce serait le paroxysme de la négation de notre système, à la fois judiciaire et de fond, français, de faire une sélection des pourvois. Holmes, et tous les *chief justice*, rendent et ont rendu des décisions sur des questions solennelles. Mais la justice ce n'est pas ça, ce n'est pas seulement l'abolition de la ségrégation, telle ou telle question de société fondamentale ou qui agite la presse. La justice c'est du quotidien et de l'application de la loi.

**Question** : Quand vous dites que le droit naturel est la principale limite du système de GénY, est-ce que cela ne décale pas la question – si on consi-

dère que le droit naturel est un lieu de subjectivité – ce qui en ferait alors une fausse limite ?

**Pierre-Yves Gautier** : Est-ce que le droit naturel est un champ de subjectivité ? Oui au fond. Quand on travaille sur le droit naturel, sur les écrits du <sup>xvi</sup><sup>e</sup> et du <sup>xvii</sup><sup>e</sup> siècle, c'est une très belle notion. On peut en avoir toutes sortes de définitions, se rattachant notamment à l'ordre public. Le droit naturel dans la pensée de GénY, et de ce point de vue il était assez classique, ce sont les valeurs fondamentales de la société, antérieures à l'édition des normes et que celles-ci viennent consacrer. C'est là-dessus qu'il se fondait. Si on reprend l'exemple que je donnais, ce n'est pas un exemple extrême, du locataire qui ne paye plus ses loyers, depuis plus de trois ans : le propriétaire est pour sa part à la rue et ne parvient pas à l'expulser. Où est le droit naturel ? Dans le fait d'invoquer le droit au logement, droit fondamental pris dans l'article 8, dans des concepts tellement souples qu'on en fait ce qu'on veut, ou dans le droit du propriétaire qui veut récupérer son bien et se trouve face à un débiteur qui n'est pas honnête ? Le droit naturel a une utilité et une morale. Il y a bien des valeurs fondamentales sur lesquelles nous pouvons nous accorder. Ce qui est frappant précisément, et c'est là où il y a une discordance entre la pensée de GénY et certaines décisions telles qu'elles peuvent être rendues, notamment par la CEDH, c'est une indifférence au droit naturel, par le martèlement d'un dogme selon lequel toutes les situations des citoyens seraient égales entre elles – la fameuse égalité des droits. D'où est-ce que cela sort ? Certainement pas de la Convention européenne. Celle-ci a été rédigée pour une bonne partie par un professeur de notre Université, René Cassin. J'ai lu ce qu'il a écrit. Jamais il n'aurait accepté une telle indifférence aux droits naturels, la Convention les a consacrés, pas pour qu'ils soient dénaturés. La libre recherche scientifique, ce n'est pas aller à la solution injuste au prétexte qu'un plaideur agite un droit fondamental. Un droit, ce n'est pas qu'un affichage, c'est la preuve d'une légitimité.

**Question** : J'aurais une question avec l'exemple que vous donniez du locataire qui ne paye plus ses loyers et du propriétaire en situation précaire : dans le cas où l'on est dans cette situation, effectivement, avec une « balance des intérêts », on se retrouve *a priori* à vouloir avantager le pro-

propriétaire. Mais, dans le cas où le propriétaire n'est pas en situation de dépendance vitale, n'est-ce pas alors opérer une hiérarchie entre les droits du squatteur, qu'on peut considérer vitaux par certains aspects, par opposition au droit du propriétaire d'avoir un loyer ?

**Pierre-Yves Gautier** : Très bien, vous venez de faire une « balance des intérêts ». Du Gény, je ne sais pas, ce n'est pas sûr. Dans la balance, la considération de la dépendance de la situation désespérée du propriétaire fait qu'on préférera faire prévaloir son droit ; mais s'il ne se trouve pas dans une telle dépendance, après tout il peut se débrouiller autrement, le droit du squatteur serait d'égale importance... Je ne suis pas du tout d'accord avec cela. Pourquoi ? Parce que c'est un principe de droit naturel de notre civilisation que vous ne pouvez pas exercer vos droits en méconnaissant les droits d'autrui. L'exercice d'un droit, ce n'est pas bafouer les droits d'autrui, même dans la Convention EDH. Régulièrement, je travaille sur l'article 10, consacrant la liberté d'expression, au titre duquel la Cour de Strasbourg a une jurisprudence considérable. L'article 10 alinéa 1<sup>er</sup> la consacre, mais lisez son alinéa 2 : « ...sauf si elle porte atteinte aux droits d'autrui ». Dans le préambule de la Constitution, vous trouvez l'exercice de la liberté tant que cela ne nuit pas à autrui. L'exercice d'un droit qui nuit à autrui, selon moi, c'est non ! Dans votre exemple, le squatteur a un certain nombre de mécanismes mis en place par notre société et nous payons suffisamment d'impôts pour cela, qui permettent une prise en charge et une aide sociale. Mais s'installer d'office sur un terrain, dans un appartement, non. Si les droits fondamentaux deviennent un discours bien-pensant et vertueux, ce n'est pas l'exercice du droit, pas le droit naturel, et je ne pense pas que Gény aurait été d'accord.

**Question** : Pour rebondir sur la problématique du squatteur qui était rentré illicitement, est-ce que dans la libre recherche scientifique on prend en compte les conditions de constitution de la situation, notamment son illicéité ?

**Pierre-Yves Gautier** : Dans la libre recherche scientifique, la constitution illicite de la situation serait prise en compte. Gény est en deçà de la situation actuelle. Un juriste, c'est un légaliste. Le légalisme, ce n'est pas l'application bête et méchante de la loi (qui a donné Vichy, l'escla-

vage, etc., toutes sortes de choses détestables). Le juriste est attaché à un mélange de loi et de droit naturel. À partir de ce moment-là, le squatteur, ou le locataire qui reste dans les lieux des années sans payer et qui résiste, utilise tous les textes de plus en plus nombreux en sa faveur, n'est pas en situation légitime. Dans la loi « Elan » du 23 novembre 2018, on trouve encore des dispositions pour retarder, empêcher l'expulsion, déjà considérablement renforcée par la loi « Alur ». Mais tous les propriétaires ne sont pas des « Crésus ». On arrive à des effets pervers. La « balance des intérêts » n'a pas de limite. Gény en pose dans *Science et technique*, parce qu'il était un juriste républicain légaliste, et un adepte du droit naturel.

**Question** : Vous avez dit que Gény recherche le pur empirisme, qu'il critique le jugement rendu en pur équité et qu'il pose une double gradation, en commençant notamment par la recherche de la solution la plus juste au sein de la loi qui existe. Est-ce qu'il n'y a pas un paradoxe avec son premier ouvrage où il essaie de se débarrasser des méthodes d'interprétation classiques du droit, alors même que ces méthodes pourraient permettre de trouver dans la loi applicable la solution la plus juste ? Au fond, est-ce qu'il y a une véritable complémentarité entre les deux ouvrages de Gény ou un paradoxe qui émane de la double gradation ?

**Pierre-Yves Gautier** : Vous avez raison, il y a une contradiction dont il n'est pas sorti. Il ne veut pas totalement mettre la loi à l'écart, faire ce que font aujourd'hui nos juges internes sur le fondement de la non-conventionalité. Il y a un hommage, un respect dû à la loi. Mais ensuite une liberté du juge. C'est une contradiction, mais en réalité, le juriste – et c'est la position de Saleilles – peut parfaitement, sans s'évader de la loi et la déclarer non contraire, l'appliquer de la façon la plus raisonnable qui soit. Pour l'expulsion, cela fait très longtemps que des règles du Code civil (le délai de grâce, la bonne foi dans la résolution, des règles du droit des contrats) permettent parfaitement au juge d'arriver à donner un temps au locataire, tout cela dans l'application de la loi. La liberté de la Cour de cassation dans les « Grands arrêts de la jurisprudence civile » montre qu'il n'est pas besoin de piétiner la loi pour arriver à des solutions justes ; Gény n'a pas proposé cela

et ne pouvait envisager ce rejet radical de la loi. L'émancipation partielle, oui, mais pas le rejet.

**Question :** Quand GénY évoque le juge Magnaud, on n'est pas exactement certain de ce qu'il reproche à Magnaud. C'est manifestement de juger immédiatement, intuitivement, de ne pas faire un exercice de raison et c'est là que je me demande *a contrario* s'il laisse une porte ouverte, face à ce comportement illicite, le vol d'un pain, à une solution similaire à celle de Magnaud mais au terme d'une démarche plus rationnelle, qui ressemblerait éventuellement à la technique du contrôle de proportionnalité. Il y a cette fameuse distinction, qu'on fait ou qu'on ne fait pas, entre jugement en équité et technique du contrôle de proportionnalité. Est-ce qu'on ne pourrait pas se dire que l'équité, c'est le juge Magnaud, très instinctif, pas loin de l'arbitraire, et d'un autre côté le contrôle de proportionnalité, même si elle agace pour plein de raisons, est malgré tout une technique, et là on serait peut-être dans une plus grande fidélité à GénY, en tenant compte comme on l'évoquait de la situation du propriétaire, etc.

**Pierre-Yves Gautier :** Il ne faut pas rentrer dans cette philosophie, pas en méconnaissant les droits d'autrui. Autrement, il n'y a plus de limites. Le jugement le plus connu du juge Magnaud est la relaxe d'une femme qui avait volé un pain. Voilà une femme qui va voler un pain chez Kayser. Ils sont très riches, certes, mais il n'empêche qu'elle a volé. Ce droit fondamental à se nourrir, par rapport au vol commis vis-à-vis de la victime, si on commence à se focaliser sur ses intérêts et droits fondamentaux, cela conduit à un résultat tout aussi injuste. Tout est droit, tout est mis sur le même plan, il n'y a plus d'ordre social. Ni même une justice fiable.

**Question :** Pour revenir sur le fait qu'il n'y a pas de limite si on applique ce contrôle de proportionnalité, j'ai un peu de mal avec cette idée parce qu'on pourrait avoir une prise en compte justement du fait que si on admet certaines mises en balance, cela pourrait remettre en cause l'ordre social. Est-ce que ça ne pourrait pas constituer une autre limite admise dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité ?

**Pierre-Yves Gautier :** Je le répète, le juge français ne peut pas faire de contrôle de proportionnalité comme cela. Nous sommes dans un sys-

tème de droit écrit, il doit d'abord appliquer la loi. En réalité, ce contrôle de proportionnalité, les mots importent peu, dans l'exercice du syllogisme, dans la qualification, dans l'application de la loi, il s'y adonne. Au regard des circonstances, il n'y a pas de problème, le juge va adapter. C'était l'idée de Saleilles, de tenir compte des circonstances contemporaines. Il n'y a pas besoin de l'extrême subjectivité du contrôle de proportionnalité pour parvenir à des solutions qui soient justes, et cela évite l'impressionnisme.

**Question :** En tant que doctorant travaillant sur la CJUE, je crois que ce que vous avez dit concernant l'idéologie américaine qui imprégnerait les membres de ces juridictions est tout à fait juste. Le président actuel de la CJUE a d'ailleurs fait sa thèse sur une étude comparée entre l'ordre public européen et américain. Et en même temps en défense de ces juges-là, j'ai envie de dire qu'ils ne font que statuer, dans le sens où le pouvoir qui leur est conféré n'est là que parce que la politique n'en a pas usé. Si on reprend par exemple l'exemple que vous avez donné sur le protocole 16 : si la Cour de cassation en fait usage, c'est parce qu'il a été ratifié par la France et qu'il est en vigueur. La Cour de cassation ne fait qu'en user.

**Pierre-Yves Gautier :** Oui, mais on peut ne pas en user. Pour ma part, c'est ce que je dis régulièrement. Chaque juge qui pose une QPC, formule une question préjudicielle à la CJUE ou à la CEDH, consomme une dépossession de son pouvoir scientifique et technique, de juger. C'est s'en remettre à quelqu'un d'autre, alors qu'il a les moyens et le devoir d'appliquer d'abord son propre droit, sauf quand celui-ci entrerait en contradiction flagrante avec la norme supérieure, qui n'est certainement pas la pure jurisprudence de la CEDH ou de la CJUE. Il est certes lié par l'autorité de chose interprétée, etc. Les Politiques sont les premiers responsables, ils sont probablement allés trop vite dans les abdications de souveraineté juridique et judiciaire. Je pense qu'il faut en avoir un exercice raisonnable, sous réserve des cas dans lesquels il est obligatoire de poser une question préjudicielle. Chaque question préjudicielle est une occasion supplémentaire pour que ces juridictions supranationales disent le droit et imposent leurs propres méthodes de raisonnement qui sont des méthodes essentiellement anglo-saxonnes.

**Question** : Supposons que nous soyons dans un mouvement qu'on ne peut arrêter, à quel moment faudra-t-il modifier l'autre partie de l'équation, la représentativité des juges, le lien avec le pouvoir politique et donc démocratique ?

**Pierre-Yves Gautier** : D'abord, il faut continuer à lutter et ensuite, votre question ouvre sur des sujets essentiels concernant le recrutement et le contrôle des juges français et européen. À chaque fois que je me fais expliquer comment

fonctionne la préparation d'un arrêt de la CJUE, c'est compliqué, lourd, des processus internes qui aboutissent à des décisions ultra-contraignantes. Je ne critique pas en soi la CJUE, mais sa méthode, et surtout l'éloignement des situations concrètes, allié à un certain dogmatisme et autoritarisme. On a ici un risque de double perte de souveraineté, de nos droits nationaux et juridictionnels. Je ne crois pas que Gény serait allé jusque-là, franchement.

## 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](http://www.u-paris2.fr)

**NOTRE EXPERTISE - NOS GARANTIES  
VOTRE SÉCURITÉ**



**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 ■ BOURGES ■ CAEN ■ CLERMONT-FERRAND  
LA ROCHELLE ■ LYON ■ METZ ■ NANTES ■ NICE ■ RENNES ■ ROUEN ■ STRASBOURG ■ TOULOUSE



HO-CHI-MINH-VILLE ■ IRUN ■ RABAT ■ VARSOVIE

**[www.add-associes.com](http://www.add-associes.com)**

Membre de Généalogistes de France

