



Université Panthéon-Assas

# Revue de droit d'Assas

N°4 Octobre 2011

***Le portrait***

**François Terré : libre, l'espiègle**  
Par Denis Mazeaud

***Le débat***

**La compétence universelle**  
Avec David Chilstein et Léna Gannagé

***Le dossier***

**La part de la doctrine  
dans la création du droit public**  
Par Olivier Beaud, Pierre Brunet, Yves Gaudemet,  
Anne Jacquemet-Gauché, Henri Oberdorff et  
Benoît Plessix

***Le colloque***

**Le secret et les professionnels**  
Avec Philippe Bilger, Gérard Davet, Claire Favre,  
Pierre-Yves Gautier, Alain Gourio, Kami Haeri,  
Dimitri Houtcieff, Olivier Metzner et Thierry Revet

# Revue de droit d'Assas

Revue éditée et diffusée par l'Université Panthéon-Assas,  
12 place du Panthéon – 75005 Paris,  
en partenariat avec Lextenso éditions, 33 rue du Mail – 75081 Paris Cedex 02

**lextenso** éditions

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

Directeur de la publication : **Louis Vogel**

Directeur scientifique : **Denis Mazeaud**

Conseillère de la rédaction : **Emmanuelle Filiberti**

## CONSEIL SCIENTIFIQUE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## COMITE DE REDACTION

**Rédacteur en chef :**  
Etienne Casimir

**Rédacteur en chef adjoint :**  
Nicolas Balat

**Responsables du développement :**  
Clotilde Lacotte, Guillaume Drouot

**Responsable du financement :**  
Cécile Gleysteen

**Responsable du colloque :**  
Clara Derrien

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

# L'intro

**Etienne Casimir**, rédacteur en chef

---

Sorti du chaos, le monde se trouva doté de *quatre* saisons, de *quatre* points cardinaux et de *quatre* éléments ; puis surgirent les hommes qui durent juger, ingratitude oblige, la création trop saisonnière, trop cardinale, trop terre à terre... et, afin de ne pas être en reste avec leur créateur, inventèrent à leur tour les arts, pour en choisirent *quatre* – à l'origine du moins –, majeurs. Un petit peu plus tard (...) – mais événement tout aussi considérable ! – la *Revue de droit d'Assas* donne naissance à sa *quatrième* parution, où – vous l'aurez compris – les arts (et le *quatre*...) feront florès.

La littérature disputera en effet son rang à l'architecture dans ce numéro de votre *revue*, qui se veut bien structurée, charpentée de ses *quatre* parties qui sont de fondation.

La peinture aura, elle, la première place dans notre *Grand Un – Autour du droit* avec le portrait haut en couleurs du professeur François Terré. À n'en pas douter, la composition « sortira de la toile », et cela d'autant plus qu'elle est signée d'une main de maître, celle du professeur Denis Mazeaud.

La musique, à *quatre* temps, à *quatre* mains, aura également ses interprètes grâce aux professeurs Léna Gannagé et David Chilstein dans un débat qui portera, dans ce numéro, sur la délicate question de la compétence universelle. Gare aux variations et dissonances !

Puis, comme dans chacune de ses parutions, les acteurs de votre *RDA* feront – art majeur en l'occurrence ! – leur cinéma, et se plieront en *quatre* pour vous livrer... *quatre* articles hétéroclites, humoristiques ou scientifiques. Vous pourrez d'abord voyager, sans montage ni effets spéciaux, aux *quatre* coins du monde sur les thèmes du transsexualisme en Europe ou des révolutions dans les pays arabes. Pour les plus casaniers ensuite, entre les *quatre* murs de l'Université, vous trouverez tout ce qui est nécessaire pour une bonne rentrée à Assas, avec un gros plan sur la toute nouvelle École de droit, puis, en contrechamp, un dictionnaire des idées reçues un brin parodique...

Dans notre *Grand Deux – Au tour du droit* ensuite, lois et jurisprudences deviendront matériau pour les sculpteurs du droit. Après le droit privé dans notre précédente parution, place au droit public : d'éminents auteurs s'interrogeront sur leur propre rôle, sur la part de la doctrine dans la création du droit. Certains la descendront d'ailleurs de son piédestal, en lui attribuant une part « très minime ». L'art pour l'art en somme ? L'opinion ne laissera pas de marbre...

Dans les actes de notre très théâtral colloque annuel enfin, la *revue* conjuguera arts et métiers sur le thème du secret et des professionnels. Sous les feux de la rampe, journalistes, avocats et banquiers frapperont les trois coups, et vous diront tout sur... ce qu'ils ne peuvent pas dire !

À vous, amis, lecteurs, auteurs qui avez abandonné avec un brin de nostalgie votre serviette de plage pour une plus austère, emplie de cours, dossiers et... d'articles pour le prochain numéro, bonne rentrée !

# Sommaire

## *L'intro*

Deux mots du rédacteur en chef p. 3

## *Grand Un* • **Autour du droit**

### *Grand A*

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

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

François Terré : libre, l'espiègle,  
par D. Mazeaud p. 7

##### **Petit deux : droit au débat**

Deux spécialistes, deux avis différents :  
la compétence universelle,  
par D. Chilstein et L. Gannagé p. 10

### *Grand B*

#### **Droit de regard**

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

Au-delà du droit, mais par le droit : de la  
ou des révolution(s), et le choix du sexe en  
question au Conseil de l'Europe,  
par R. Gaspard et G. Drouot p. 17

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

L'actualité de l'Université : École de droit,  
et dictionnaire des idées reçues, chroniques  
rédigées par A. Dejean de la Bâtie,  
A. Touzain, G. Drouot et N. Balat p. 24

## *Grand Deux* • **Au tour du droit**

### *Grand A*

#### **Droit sans frontières**

La part de la doctrine dans la création  
du droit public

##### **Petit un : avant-propos**

Propos introductifs, par O. Beaud p. 30

##### **Petit deux : droit public général**

Réflexions sur le rôle de la doctrine en droit  
public aujourd'hui, par Y. Gaudemet p. 31

##### **Petit trois : libertés fondamentales**

La part de la doctrine dans la création  
du droit des libertés fondamentales,  
par H. Oberdorff p. 34

##### **Petit quatre : droit constitutionnel**

La part de la doctrine dans la création du  
droit constitutionnel, par P. Brunet p. 39

##### **Petit cinq : droit des contrats**

La part de la doctrine dans la création  
du droit des contrats administratifs,  
par B. Plessix p. 46

##### **Petit six : droit de la responsabilité**

La part de la doctrine dans la création du  
droit de la responsabilité de la puissance  
publique, par A. Jacquemet-Gauché p. 57

### *Grand B*

#### **Passage aux actes**

Le secret et les professionnels

##### **Petit un : le secret et les journalistes**

par Ph. Bilger, G. Davet  
et P.-Y. Gautier p. 64

##### **Petit deux : le secret et les avocats**

par K. Haeri, O. Metzner et T. Revet p. 68

##### **Petit trois : le secret et les banquiers**

par C. Favre, A. Gourio et D. Houtcieff p. 74

## *Droits fois rien*

Le directeur scientifique défie les canons du plan juridique,  
en proposant une conclusion qui n'en a pas le nom... p. 86

# Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

---

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

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

**Philippe BILGER**, Avocat général près la Cour d'appel de Paris

**Pierre BRUNET**, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, directeur du centre de théorie et analyse du droit, membre de l'Institut universitaire de France

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

**David CHILSTEIN**, Professeur à l'Université d'Artois, directeur du pôle « Droit pénal » de Trans Europe Experts (TEE)

**Gérard DAVET**, Journaliste au *Monde*

**Alice DEJEAN DE LA BÂTIE**, Étudiante au Collège de droit de l'Université Panthéon-Assas

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

**Claire FAVRE**, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation

**Léna GANNAGÉ**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Roger GASPARD**, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas, chargé d'enseignement

**Yves GAUDEMET**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

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

**Alain GOURIO**, Responsable de la coordination juridique BNP Paribas

**Kami HAERI**, Avocat au barreau de Paris, cabinet August & Debouzy, membre du Conseil de l'Ordre

**Dimitri HOUTCIEFF**, Professeur à l'Université d'Evry – Val d'Essonne, avocat au barreau de Paris

**Anne JACQUEMET-GAUCHÉ**, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

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

**Olivier METZNER**, Avocat au barreau de Paris, cabinet Metzner associés

**Henri OBERDORFF**, Professeur à l'Université Pierre Mendès-France de Grenoble, doyen de la faculté de droit

**Benoît PLESSIX**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Thierry REVET**, Professeur à l'École de droit de l'Université Panthéon-Sorbonne

**Antoine TOUZAIN**, Étudiant au Collège de droit de l'Université Panthéon-Assas

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

# Grand Un Autour du droit

## Grand A

### *Du droit et des hommes*

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

### *Petit un*

#### *l'Homme du droit*

François Terré :  
libre, l'espiègle

p. 7

### *Petit deux*

#### *Droit au débat*

La compétence universelle

p. 10

## Grand B

### *Droit de regard*

Parce que le juriste  
doit être curieux !

### *Petit un*

#### *Hors les murs*

Sur les, ou la, révolution(s)  
Le Conseil de l'Europe  
et Nietzsche

p. 17

p. 21

### *Petit deux*

#### *Dans les murs*

L'École de droit  
Dictionnaire des idées reçues

p. 24

p. 26

# Petit un du Grand A : l'Homme du droit

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

## François Terré : libre, l'espiègle

Denis Mazeaud

Credits photo : ASMIP/Brigitte Eymann



« François Terré veut te rencontrer. Déjeunons ensemble jeudi après mon cours ! Rendez-vous salle Goullencourt au Panthéon à 12 h 30 ». C'était il y a près de vingt ans, je crois, c'était hier, donc... Je me revois entrant dans ladite salle, un peu en avance pour ne pas faire attendre la puissance invitante, pas très à l'aise dans mes petits mocassins : j'allais quand même déjeuner avec un mythe... « Ah, alors c'est lui le dernier rejeton de la tribu ! » Je balbutie un timide « bonjour... » François Terré vient de faire irruption, il me tire par le bras, non sans m'avoir présenté à quelques collègues qui traînaient leurs toges dans les parages : « vous connaissez le dernier des Mazeaud ? » J'esquisse un sourire niais en guise de présentation... « Allez, on va chercher Frisette, je commence à avoir faim, moi !!! » Et nous voilà partis à grandes enjambées dans les couloirs du Panthéon... Soudain,

arrivés devant une salle de cours, François Terré se saisit d'une table sur laquelle il grimpe et fait de grands signes à travers la vitre qui surplombe la porte en scandant « on a faim, on a faim !!! » Du déjeuner que nous partageâmes, ce jour-là avec Marie-Anne Frison-Roche, je ne me souviens guère. En revanche, je me rappelle parfaitement m'être dit en regagnant mes pénates banlieusardes de l'époque « ce mythe est un sacré pitre »...

Près de vingt ans plus tard, et quelques dizaines de colloques, congrès et missions passés en commun, je retrouve François Terré, qui a accepté de se livrer au jeu de l'interview que je lui ai proposée en vue de brosser son portrait, dans la cour d'honneur du Panthéon, entouré de quelques membres du personnel administratif qui rient de bon cœur à ses facéties. « Ah, voilà, le petit Mazeaud, allez au boulot ! ». Je présente l'immortel à un jeune doctorant qui passait par là et qui reste bouche bée après avoir assisté à une scénette improvisée dans laquelle François Terré a fait ressurgir

du passé quelques anciennes gloires du Panthéon... « *N'oublie pas que si tu as un petit rôle de figurant dans ta prochaine pièce, je suis partant...* »...

« *Faites-moi taire cette volière !* » s'exclame mon invité en prenant place aux Fontaines, cantine officieuse des facultés de Paris centre, pour saluer à sa façon la table voisine qui manifeste un peu bruyamment on ne sait quel événement. Manifestement mon « client » est en forme, comme les deux heures qui vont suivre, avec une belle bouteille de Sancerre rouge pour unique témoin, vont me le confirmer. Devant moi, j'ai le François Terré des bons jours, conteur infatigable, facétieux, inclassable, provocateur (« *non, blasphémateur* », lui répliqua un jour Carbonnier), farceur, féroce (« *les énarques, ces caniches de salon* »), déroutant, espiègle...

On attaque les hors-d'œuvre et on ouvre rapidement la boîte aux souvenirs... La famille : Saint-Cyriens, polytechniciens, inspecteurs des finances, « *c'étaient des subordonnés, moi, je voulais être libre* », le père élève de Demogue à la Faculté de Droit de Paris... L'enfance, « *foutu à la porte des scouts parce que j'avais décidé, lors d'un camp, de supprimer tous mes insignes pour les remplacer par des badges rouges, couleur coco... Ramené par les curés à ma famille...* »... La guerre, « *avec les élèves juifs de Janson de Sailly qui découpaient leurs étoiles jaunes pour que je les emmène au cinéma* »...

On passe au plat de résistance, place à l'*Alma mater* ! Lycée Henri IV, écœuré par l'abus de thèmes latins dont on le gavait... Courage, fuyons ! Adieu, la prépa à Normale-sup ! Bonjour à la Faculté de Droit de Paris et à la Sorbonne pour les lettres ! Les études, brillantes. Ses maîtres, « *Le Bras en droit canon, Hamel en droit des affaires, Niboyet en droit international privé* ». La thèse, un classique parmi les classiques, « *avec un Mazeaud, Léon, dans le jury que présidait Le Balle* »... Le concours d'agrégation, « *écris bien que je m'honore d'avoir été collé à mon premier concours présidé par Becqué ! C'est Solus qui m'a agrégé deux ans plus tard* ». Les camarades de promo, « *Derruppé, Didier, Bonnassies, Cabrillac, Bredin major...* » La carrière, « *le Cambodge, années bénies... Yvonne Bongère, Alain Plantet... Débat furieux entre collègues : la noix de coco désaltère-t-elle ou ne désaltère-t-elle pas ?... À chaque mort d'un bonze, trois jours de vacances... Norodom Sihanouk qui connaissait par cœur le répertoire de Fréhel... L'ambassadrice d'Australie qui, s'exprimant en cambodgien, confond deux mots et profère ainsi une épouvantable injure en pleine cérémonie officielle...* » Faculté de Droit de Paris, les collègues, « *les charmants amis : Jean Foyer, Henri Motulsky, Bruno Oppetit, Jean-Claude Soyer, Georges Durry, Gérard Lyon-Caen, Jacques-Henri Robert, Yves Lequette, Philippe Simler, Marie-Anne Frison-Roche, Nicolas Molfessis* », ceux qu'il admire, « *Carbonnier, le plus grand... Le Balle, mon maître à penser pour l'enseignement... Einsenmann* ». Les étudiants, « *La joie d'enseigner... L'immense responsabilité de les entraîner dans la carrière... D'abord, je les forme, ensuite, je les déforme... Les étudiants sont d'une immaturité sentimentale exceptionnelle... Faut qu'ils sentent qu'on les aime* »... François Terré, professeur chahuteur, la référence : « *je fais mes cours comme Terré, naguère, debout et sans note ! Pas toi ???* » s'étonnèrent naguère mes nouveaux collègues lors de mon arrivée au sommet de la rue Soufflot... La formation du juriste, « *pas compliqué ! Au menu des trois premières années : droit romain, droit des obligations, procédure civile, droit international privé, le tout en grande quantité. En quatrième année, les langues et le droit comparé* »... « *De toute façon, choisissez les enseignants, pas les matières, voilà ce qu'il faut leur dire aux étudiants...* » La direction du laboratoire de sociologie du droit, « *son premier local était une ancienne usine de fabrication de suppositoires... j'ai succédé à Carbonnier, un homme d'une gentillesse... Henri Mazeaud, lui, n'aimait pas la sociologie, les enquêtes d'opinion et tout le toutim...* » La direction de thèses, « *j'ai récupéré à une époque toutes les thèses de Bredin ; que des gens de gauche, Antoine Lyon-Caen, Dany Cohen...* »

On attaque le fromage, le temps d'évoquer François Terré législateur. Législateur positif, en premier lieu, conseiller technique de 1960 à 1967 au cabinet de Jean Foyer, « *le grand garde des Sceaux du XX<sup>e</sup> siècle, avec Badinter, le saltimbanque des droits de l'Homme* », « *avec Marie-France Garaud,*

chargée de mission, redoutée par certains car très intelligente »... Les souvenirs se bousculent au portillon, la bouteille de Sancerre touche à sa fin... « La réforme de la filiation, réussir à concilier le papiste (Foyer) et le cévenol calviniste (Carbonnier) ; la loi sur les tutelles, parfaite, mais échec dans sa mise en œuvre, la reddition des comptes a été confiée à des donneurs de coups de tampons, comme l'a écrit Carbonnier, l'inspirateur, la plume et l'esprit de cette épopée législative ; la loi sur les régimes matrimoniaux, première fois que la sociologie a été exploitée, six français sur dix étaient alors convaincus qu'ils étaient mariés sous le régime de la communauté universelle... »... Législateur prospectif, en second lieu... La légende de la réforme du droit des obligations, l'arlésienne... : « la lettre écrite avec Ghazi et Lequette à Chirac, pas de réponse ; le colloque de Sceaux sur le droit européen des contrats organisé par Dominique Fenouillet et Pauline Rémy-Corlay ; Pierre Catala entre en jeu ; amitié de trente ans..., débats, dispute, réconciliation, fidélité »... Les projets estampillés Terré : Contrat (« la cause est entendue ! »), Responsabilité (« la peau de banane de la responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales... »), Régime des obligations... Et maintenant ? « Une ordonnance pour faire passer la réforme du droit des obligations. Mieux vaut une compétence technique, qu'une démocratie fatiguée ! »

Vient le dessert et le temps des bons mots et des petites vacheries estampillées Terré : « Quand Cornu faisait du Cornu, c'était remarquable, quand il faisait du Carbonnier, c'était du biscornu ; dans la magistrature, l'ingratitude est la forme extrême de la reconnaissance ; le point commun entre l'Académie et l'opéra de Paris ? Beaucoup de vieux et pas assez de toilettes... ; l'arrêt Lunus sur la réparation du préjudice moral dû à la mort d'un cheval ? Pendant le délibéré, le Président va soulager un besoin naturel, il était contre... Les autres ont voté pour pendant son absence... C'est l'arrêt pipi ; la meilleure manière de triompher de ses ennemis ? Leur survivre ! »...

Le café est servi ! Des regrets ? « J'aurais aimé être philosophe... Faire de la politique aussi... En 1967, Marie-France Garaud m'a proposé d'entrer en politique : député à Lille, campagne contre un baron du front populaire... Après réflexion, j'ai dit non... Trop jaloux de ma liberté et de mon indépendance... Pas fait pour être un godillot... »... « J'ai claqué trop vite la porte de l'association Capitant... Incompatibilité d'humeur avec le président d'alors... Avec le recul, je ne regrette pas, puisque cela a permis à Philippe Malinvaud d'en prendre les rênes avec le succès que l'on sait, j'aurais probablement fait moins bien... »

Trois gouttes de digestif... Un projet ? « Écrire un grand livre de philosophie du droit : Le fait dans le Droit... L'important, ce que n'ont pas compris les positivistes, c'est la distance entre le fait et la règle... »

On se sépare... J'ai oublié tant de thèmes et de questions... François Terré, auteur, les précis Dalloz, les Grands arrêts de la jurisprudence civile, etc. « Pas grave, les écrits restent, paraît-il... »... L'institut, « j'ai encore toute la vie devant moi pour parler de ma condition d'immortel »... Nous remontons et redescendons la rue Soufflot plusieurs fois, bavardages de potaches, on se sépare, il s'en va d'un petit signe de la main, « À bientôt, ami... »

Un dernier souvenir... Octobre dans les Pouilles, il y a deux ans... Le colloque est terminé, on dîne avec nos hôtes italiens, on fraternise, François Terré trône au centre de la table, distille ses plaisanteries et ses gouttes de venin, la soirée s'anime, le chianti coule à flots, on parle de plus en plus fort, la nuit s'étire ; avec Thierry Revet, mon frère naturel, nous entreprenons de faire découvrir l'intégrale des répertoires de Piaf et de Brel à nos amis transalpins... « Mon Dieu, mon Dieu ; Fernand ; Padam... Padam ; J'arrive ; Non, je ne regrette rien »... François Terré, chef de cette chorale improbable, annonce les titres que nous entonnons à tue-tête et reprend nos refrains en chœur... Cette nuit-là, je crois qu'il était un peu reparti dans son cher Cambodge de jadis, ses nuits conviviales, sa douceur de vivre, c'était hier...

# Petit deux du Grand A : droit au débat

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

## La compétence universelle

### **David Chilstein**

Professeur à l'Université d'Artois  
Directeur du pôle « Droit pénal » de Trans Europe  
Experts (TEE)

### **Léna Gannagé**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

### **Question 1 : comment pourriez-vous définir la notion de compétence universelle ?**

#### **Léna Gannagé**

La notion de compétence universelle n'est pas des plus limpides. Elle est fondée sur l'idée respectable qu'il existe un certain nombre de valeurs universellement partagées qui justifient que les tribunaux de tous les États du monde puissent se déclarer compétents pour poursuivre des crimes d'une particulière gravité notamment – mais pas seulement – les génocides, crimes contre l'humanité, crimes de guerre. Elle consacre d'une certaine manière ce que Donnedieu de Vabres appelait « l'universalité du droit de punir ». C'est autrement dit « l'humanité tout entière » qui est en charge de protéger certaines valeurs partagées par tous.

Cette idée très noble sur le plan des principes va se traduire concrètement par la possibilité pour les tribunaux d'un ordre juridique donné de se déclarer compétents alors même que l'infraction n'a pas été commise sur le territoire de l'État du for et que les personnes poursuivies ou les victimes n'ont pas la nationalité de celui-ci. Autrement dit, elle va permettre de fonder la compétence des tribunaux répressifs d'un État donné dans des hypothèses où l'infraction n'entretient pas de rattachements significatifs avec celui-ci, voire même pas de rattachement du tout. Sans doute, dans sa forme la plus répandue, la compétence universelle suppose-t-elle, à tout le moins, la présence du suspect sur le territoire du for, mais elle peut revêtir également une forme plus absolue et beaucoup plus controversée à travers la compétence *in absentia* ou compétence par défaut. C'était le cas, par exemple, de la loi belge du 16 juin 1993 sur la compétence universelle qui avait permis d'engager des poursuites à l'encontre de hauts dirigeants alors même qu'ils ne se trouvaient pas sur le territoire belge.

## David Chilstein

Effectivement, la compétence universelle permet à un État d'affirmer la vocation répressive de ses juridictions à l'égard d'infractions particulièrement graves qui ne présentent aucun lien objectif avec lui. En cela réside toute sa singularité. En vérité, elle se présente rarement à l'état pur. La plupart du temps, elle est conditionnée au fait que l'auteur présumé des faits se trouve sur le territoire de l'État qui prétend l'exercer (forum *deprehensionis*). Mais, comme l'a expliqué Léna Gannagé, certains Etats ont cru pouvoir l'exercer *in absentia*. Il faut bien comprendre que ces deux formes de la compétence universelle n'ont pas du tout la même signification dans l'ordre international. L'État qui met en œuvre sa compétence répressive à l'égard d'un individu qui se trouve sur son territoire signifie au monde qu'il n'entend pas être un refuge pour les auteurs des violations les plus graves du droit international humanitaire, qu'il n'est pas une terre d'asile pour les bourreaux de la planète. En revanche, l'État qui affirme sa compétence répressive sans condition de présence de l'auteur sur son territoire se pense et s'affirme dans l'ordre international comme le chantre de la justice mondiale, ou selon l'expression de Beccaria, comme le « vengeur du genre humain en général ». C'est ce qui s'est produit en Belgique après la loi de 1993 ; on a vu s'y multiplier les plaintes contre de nombreux dirigeants et chefs militaires étrangers, y compris contre un général de l'armée américaine. Cela a été perçu – pas totalement à tort – comme une manifestation d'arrogance de la part de la Justice belge. La pression internationale a cependant été si forte que la loi a finalement été modifiée dans un sens plus mesuré. Le même phénomène s'est reproduit en Espagne. L'aspiration des États à exercer unilatéralement la justice universelle résiste mal à l'épreuve des rapports de force internationaux. N'est pas Justicier du monde qui veut...

## Question 2 : êtes-vous favorable à l'idée de compétence universelle et faut-il encourager le recours à ce type de compétence ?

### Léna Gannagé

De manière générale, il est difficile de porter des jugements très tranchés sur la compétence universelle car elle est au centre d'enjeux extrêmement complexes.

À n'en pas douter, elle est animée par les meilleures intentions, notamment par le souci de lutter contre l'impunité. Elle évite ainsi que ceux qui ont commis des crimes d'une particulière gravité échappent à la justice et continuent de vivre sans être inquiétés de leurs actes, le plus souvent en raison de la défaillance du système judiciaire de l'État sur le territoire duquel se sont déroulés les crimes. Il s'agit de faire peser un sentiment d'insécurité permanente sur la tête de chaque criminel en l'empêchant de trouver refuge dans des États qui n'entretenaient pas de lien particulier avec l'infraction. C'est ce défaut de tranquillité des auteurs de crimes particulièrement odieux qui en constitue la raison d'être.

Il est difficile toutefois d'occulter certains inconvénients qui lui sont presque consubstantiels. En se contentant d'un lien très lâche de l'infraction avec l'ordre du for, la compétence universelle a pour effet de donner compétence à un juge qui n'est pas nécessairement le mieux placé pour connaître du litige, un juge « venant de loin » qui ignore souvent tout du contexte dans lequel se sont déroulés les faits. Le juge belge ou le juge espagnol sont-ils vraiment les mieux placés pour connaître du génocide rwandais ou des crimes contre l'humanité qui se sont déroulés en Argentine au moment de la dictature ?

Ces inconvénients peuvent être aggravés par la coïncidence des compétences législative et juridictionnelle qui domine encore dans une très large mesure le droit pénal international. Le juge compétent applique ainsi nécessairement sa propre loi pénale. Or il peut arriver que l'État dans lequel sont survenus des crimes d'une particulière gravité ait adopté une loi d'amnistie qui peut être nécessaire à la réussite d'un processus de paix. L'application systématique de la loi du for peut se révéler alors particulièrement malvenue.

Au nom de quoi par exemple un juge allemand ou espagnol serait-il autorisé à connaître de crimes commis pendant la guerre civile libanaise, alors même qu'au Liban une loi d'amnistie a conduit à empêcher les poursuites pour tous les crimes perpétrés par les milices et les groupes armés pendant le conflit ?

L'équilibre n'est pas évident à trouver entre le souci respectable de lutter contre l'impunité et celui tout aussi respectable de trouver, pour mener à bien cette mission, ce que les internationalistes de droit privé appellent le *forum conveniens*.

### David Chilstein

Je partage l'avis de Léna Gannagé. L'idée est généreuse, mais il faut s'en méfier. Bien sûr, on ne peut qu'être sensible à la noblesse de l'objectif qui est de lutter contre l'impunité des grands criminels. Mais les ressorts de cette compétence sont complexes. Elle ne repose pas uniquement sur l'idée de justice ; elle est aussi une arme redoutable de politique internationale, et son exercice peut être aisément instrumentalisé. Certains États – en général les plus petits – l'utilisent pour s'affirmer dans l'ordre international. Un éminent magistrat belge s'en félicitait ouvertement : « c'est le seul terrain sur lequel un pays de dix millions d'habitants peut faire entendre sa voix ». On est alors plus proche de la *morale du ressentiment* que de l'idée de justice...

Par ailleurs, les États occidentaux s'enthousiasment pour la compétence universelle tant qu'il s'agit de l'exercer à l'encontre des dictateurs africains ou sud-américains. Mais c'est une vision un peu courte. Les récents déboires le juge Garzón en Espagne montrent à quel point il est plus facile de juger les crimes lointains que de se retourner sur son propre passé ! Tant que Garzón s'intéressait à Pinochet, on le portait aux nues. Dès lors qu'il s'intéressa aux crimes de la période franquiste, il fut cloué au pilori. Cela est parfaitement compréhensible compte tenu des lois d'amnistie ayant refermé les plaies de la guerre civile espagnole. Mais il devient du même coup embarrassant d'admettre que la compétence universelle implique, quant à elle, de mettre à l'écart les lois d'amnistie étrangères. Cela est sans doute vrai, mais signifie que l'exigence impérieuse de justice ne vaut que pour les grands crimes de contrées lointaines... La justice pour les autres, mais pas pour soi-même : c'est une conception particulière de l'idée de Justice.

Enfin, une certaine méfiance s'impose. Il est d'usage d'apprécier la compétence universelle uniquement en tant que pays susceptible de devoir l'exercer. La tentation est assez naturelle. Mais il faut bien se dire que l'exercice de la compétence universelle ne sera pas toujours à sens unique. Ainsi, on ne pourrait strictement rien objecter si, demain, un juge chinois ou guatémaltèque se piquait de rouvrir les plaies de la guerre d'Algérie, écartant à juste titre comme inopérantes nos propres lois d'amnistie. Il faut être *fair-play* quand on défend la compétence universelle. Viendra le temps, aussi, où n'importe quel pays du monde, y compris le moins démocratique, pourra demander compte, à la France, de ses opérations extérieures. Sa motivation pourra à cet égard ne pas être dictée par des considérations de justice mais par le fait que l'exercice de sa compétence peut être une arme de politique internationale. Ce type de considérations échappe généralement aux pays qui ont certaines aspirations éthiques mais qui n'ont pas d'armée et vivent en réalité sous la protection de boucliers militaires des pays dont ils voudraient par ailleurs juger l'action. C'est parfaitement leur droit. Il n'est pas certain cependant qu'ils aient, pour ce faire, une parfaite légitimité.

### Léna Gannagé

Il y a dans cette dernière objection de David Chilstein deux aspects qui me paraissent devoir être distingués. Il serait évidemment préoccupant que des juges de pays non démocratiques entendent exercer leur compétence universelle à l'égard de ressortissants français qui auraient commis des crimes internationaux en France ou ailleurs. Mais dans ce cas de figure, le danger vient d'abord du simulacre de procès auquel s'exposent les Français à l'étranger. Autrement dit, c'est moins la compétence universelle qui est en cause que le critère même de la justice qui fait défaut.

La discussion sur les vertus de la compétence universelle n'a évidemment pas lieu d'être si le droit au procès équitable, l'indépendance et l'impartialité du tribunal amené à rendre la justice ne sont pas garantis. Il y a là une exigence préalable qui s'impose en amont de toute discussion relative à la compétence universelle. Il est vrai que cette exigence élémentaire d'une justice indépendante est de nature à réduire sensiblement la portée de la compétence universelle, puisque tous les États du monde sont loin d'offrir des systèmes judiciaires respectueux des droits fondamentaux du procès. Toutefois, ceux-ci, fort heureusement, ne sont pas l'apanage des seules démocraties occidentales. La compétence universelle n'a évidemment de sens que si elle a vocation à s'exercer dans un grand nombre d'États, si précisément elle ne joue pas à sens unique. Il est difficile de parler de compétence « universelle » en en réservant l'exercice à deux ou trois États européens.

Pour le reste, la rhétorique de la politisation et de l'instrumentalisation de la compétence universelle doit, elle aussi, être maniée avec une certaine prudence car elle n'est pas exempte d'une certaine ambiguïté. Toute action en justice impliquant un dirigeant politique ou un militaire étranger a par la force des choses des retombées politiques. Mais ces retombées ne peuvent conduire à retirer toute pertinence à la question de savoir si ces personnes se sont ou non rendues coupables de crimes de guerre, de génocides ou de crimes contre l'humanité. Si les accusations sont fallacieuses ou mensongères, la compétence universelle devient évidemment un formidable outil politique aux conséquences désastreuses. Mais si les faits sont avérés, que ces personnes ne sont exposées à aucune sanction dans leur État d'origine, et que l'on prétend adhérer à un minimum de valeurs universelles, on a du mal à voir pourquoi la compétence universelle devrait être clouée au pilori. Il resterait simplement à en encadrer l'exercice pour limiter les risques de son instrumentalisation.

Bien évidemment, il s'agit là avant tout d'une orientation d'ordre idéologique qui est parfaitement réversible pour peu que l'on n'y adhère pas de manière inconditionnelle. Ainsi est-il tout à fait envisageable, d'un point de vue théorique, de dénoncer l'arsenal encombrant des droits de l'Homme dans les relations internationales et la compétence universelle qui l'accompagne. On préférera alors mettre en avant la raison d'État et la nécessité de préserver ses relations diplomatiques pour éviter d'avoir à poursuivre chez soi des génocidaires de passage. On invoquera aussi la nécessité de protéger l'action de ses troupes lors des opérations armées pour dénoncer le risque qu'il y aurait à exposer ses militaires à la compétence universelle des tribunaux étrangers, quitte à admettre le caractère inévitable de certains débordements sur le terrain qui peuvent conduire au pire. C'est le *credo* du réalisme qui a de très nombreux adeptes.

On s'en rend compte assez vite, la discussion sur la compétence universelle est avant tout au cœur d'un débat politique et idéologique qui explique les appréciations très contrastées qu'elle peut susciter.

**« Il est difficile de parler de compétence "universelle" en en réservant l'exercice à deux ou trois États européens »**

### **Question 3 : pensez-vous que la mise en place de la Cour pénale internationale est de nature à réduire l'intérêt du recours à la compétence universelle ?**

#### **David Chilstein**

Ce serait évidemment souhaitable. La Cour pénale internationale (CPI) a une légitimité bien supérieure pour exercer la justice pénale internationale car elle est officiellement investie par la communauté internationale ; cela assoit sa compétence répressive bien mieux que la volonté unilatérale d'un État isolé.

En réalité, les choses sont plus compliquées. Paradoxalement, le premier effet de l'institution de la CPI aura été d'obliger les États à élargir le champ de leur compétence universelle. Ils ont dû y intégrer les crimes qui relèvent de la compétence de la CPI. C'est en effet une exigence du Statut de Rome,

destinée à assurer une parfaite complémentarité entre la juridiction internationale et les juridictions étatiques. Conscient du fait que la CPI ne pourrait s'occuper de tous les crimes relevant de sa compétence, on a voulu s'assurer qu'ils ne resteraient pas impunis pour autant en incitant les États, *quels qu'ils soient*, à les juger eux-mêmes. La France a effectué ce travail de mise en conformité avec le statut de la CPI par la loi du 9 août 2010<sup>1</sup>. Il en est résulté une extension non négligeable de notre compétence universelle, laquelle vise désormais *tous* les crimes contre l'humanité (ce qui est normal), mais également les crimes de guerre (ce qui est beaucoup plus contestable).

**« La CPI a une légitimité bien supérieure pour exercer la justice pénale internationale »**

Par ailleurs, certains États ayant conditionné leur adhésion à la CPI à la certitude que celle-ci n'empiéterait pas sur leur compétence répressive, il a été décidé, pour sauver le compromis, que la compétence de la CPI serait « complémentaire » de celles des juridictions nationales. Autrement dit, la compétence répressive appartient prioritairement aux juridictions nationales et, à défaut seulement, à la juridiction internationale. Il en résulte que tout État est théoriquement « plus compétent » que la CPI pour juger les crimes ayant justifié sa création.

Cela étant, on peut espérer que les États n'abuseront pas de cette priorité de compétence répressive. Le plus souvent, ils la mettront en œuvre lorsqu'ils seront directement concernés par une affaire, c'est-à-dire au titre de leur compétence territoriale ou personnelle, moins vraisemblablement pour exercer une compétence universelle. La France a d'ailleurs juridiquement exclu cette éventualité.

**Léna Gannagé**

Quelle que soit l'appréciation que l'on peut porter sur son opportunité, il semble bien que le recours à la compétence universelle présente encore un intérêt en dépit de la mise en place de la Cour pénale internationale. D'abord parce que, comme l'a rappelé David Chilstein, la compétence de celle-ci est complémentaire. Ensuite parce que, compte tenu de ses conditions d'exercice qui sont très souples, la compétence universelle permet de poursuivre des criminels qui restent hors d'atteinte de la Cour pénale internationale. Elle requiert tout au plus, pour pouvoir s'exercer, la présence de l'auteur de l'infraction sur le territoire du for. À l'inverse, la compétence de la Cour pénale internationale est soumise à des conditions beaucoup plus strictes. Cela s'explique d'abord par le fondement conventionnel de la Cour qui a été créée par traité, ce qui rejaillit nécessairement sur les conditions de sa compétence. Sans prétendre ici à l'exhaustivité, on rappellera que, lorsqu'elle n'est pas saisie par le Conseil de sécurité, la Cour ne peut généralement connaître que des crimes qui ont été commis sur le territoire d'un État partie ou par les ressortissants d'un État partie. Si l'on tient compte du nombre d'États qui n'ont toujours pas ratifié le Traité de Rome, il y a donc un nombre important de criminels qui sont susceptibles d'échapper à la compétence de la Cour mais qui pourraient être « rattrapés » par les juridictions nationales grâce à la compétence universelle, laquelle conserve ainsi toute son utilité.

S'agissant maintenant de la question de la légitimité de la justice pénale internationale, je serai peut-être plus dubitative que David Chilstein sur ce point. Cette légitimité n'aurait souffert aucune contestation si la Cour pénale internationale avait vocation à poursuivre l'ensemble des crimes internationaux abstraction faite du lieu de leur commission, de la nationalité de l'auteur ou de la victime. Or tel n'est pas le cas. Partant de là, cette légitimité appelle inévitablement une appréciation nuancée.

Elle est bien réelle, lorsque l'infraction présente un lien avec un État partie au Statut de Rome. Dans ce cas, la compétence de la Cour paraît naturellement préférable à celle d'une juridiction nationale qui, sans présenter de lien significatif avec le crime, entendrait néanmoins poursuivre celui-ci sur le fondement de la compétence universelle.

<sup>1</sup> Loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, JO n° 183 (10/08).

En revanche, on peut se montrer plus sceptique quant à la légitimité de la justice pénale internationale lorsque sa mise en mouvement résulte des initiatives du Conseil de sécurité, qui, agissant en vertu du chapitre VII de la charte des Nations Unies, entend déférer devant le Procureur des crimes qui relèvent de la compétence *ratione materiae* de la Cour. C'est ce qu'il a fait récemment encore pour les crimes commis en Libye. Or c'est précisément sur ce terrain que la justice pénale internationale montre de vraies limites qui peuvent permettre de faire ressortir en creux certaines vertus de la compétence universelle.

Il est difficile en effet d'occulter le fait que l'action du Conseil de sécurité, qui est par excellence un organe politique, est d'abord tributaire des sensibilités des États qui le composent. De là, une attitude nécessairement sélective à l'égard de la justice pénale internationale : un Conseil qui ferme volontiers les yeux sur les infractions les plus graves lorsque la poursuite des criminels pourrait menacer les relations de ses membres avec telle puissance ou tel État ami, mais qui n'hésite pas en revanche à réclamer avec insistance la répression d'autres crimes internationaux lorsque les retombées politiques de celle-ci sont de moindre envergure. Cette politique des deux poids deux mesures, qui ruine le principe de l'égalité devant la justice, ne peut que mettre à mal la légitimité de la justice pénale internationale, surtout si l'on veut bien tenir compte du fait que trois des membres permanents du Conseil de sécurité, dont l'avis est décisif pour déférer une situation devant la Cour, n'ont pas ratifié eux-mêmes le Statut de Rome.

À l'inverse, à condition évidemment qu'elle ne soit pas instrumentalisée, une des vertus de la compétence universelle est précisément de restaurer une certaine égalité devant la justice. Il suffit de comparer l'échantillon des personnes poursuivies devant la CPI et devant les tribunaux belges pour constater que devant la première, seuls les crimes commis sur le continent africain sont pour l'instant passibles de poursuites, alors que devant les seconds, l'ensemble de la planète est équitablement représenté !

Que l'on ait pu abuser de la compétence universelle est une évidence, mais l'avantage de celle-ci aura été de mettre en lumière une vérité que l'on a un peu tendance à occulter : nul n'a le monopole du génocide et du crime contre l'humanité. Les ressortissants des grandes démocraties occidentales comme ceux des pays en voie de développement sont capables du pire. Le caractère sélectif de la justice qui s'exerce devant la Cour pénale internationale ne reflète pas, pour l'heure, cette réalité. La compétence universelle des juridictions nationales permet, peut-être, à cet égard la réalisation d'une justice moins sélective.

### David Chilstein

Il est injuste de réduire l'opposition à celle entre une noble aspiration à une justice équilibrée pour tous d'un côté et un réalisme cynique de l'autre. C'est plus fondamentalement la conception de *l'acte de juger* qui est ici en cause. La réalité du crime ne fonde pas la compétence judiciaire, pas plus que le respect des droits de la défense. Philosophiquement, la compétence universelle relève d'une conception idéale de l'exercice de la justice selon laquelle l'Injustice créerait par elle-même la compétence pour la constater et la sanctionner. Si l'on suivait cette logique jusqu'au bout, il n'y aurait aucune raison de réserver la compétence universelle aux infractions les plus graves. Le meurtre, le vol, l'agression sexuelle lèsent également des valeurs que tous les pays du monde ont en partage. On pourrait théoriquement leur appliquer la formule qui sert à justifier la compétence universelle, en expliquant qu'ils lèsent la communauté internationale dans son ensemble, qu'ils portent atteinte à des valeurs universelles, etc. Et pourtant, nul ne songe aujourd'hui à admettre que ces infractions devraient pouvoir être condamnées par n'importe quel juge au monde, sans aucun lien avec les actes commis. Autrement dit, il faut une légitimité pour juger ; l'injustice d'un acte à elle seule ne suffit pas à fonder la légitimité de l'instance en charge de le sanctionner. Il n'est pas possible de parvenir à la Justice en s'abstrayant de toute interrogation sur la légitimité de ceux qui la rendent. Un juge étatique ne peut assumer la fonction

d'une Cour pénale internationale ; la défaillance de cette dernière ne lui confère pas une compétence dont il n'est pas intrinsèquement pourvu.

#### **Question 4 : quel statut pour la compétence universelle ?**

##### **David Chilstein**

De façon générale, la compétence universelle devrait être la plus subsidiaire possible. Elle n'invite pas, ainsi qu'il est parfois prétendu, à une dissociation des compétences législative et judiciaire. Si vraiment l'acte est si grave qu'il porte atteinte à la communauté universelle dans son ensemble, aucune loi n'est plus particulièrement adaptée à sa condamnation et il n'est donc pas utile d'introduire à ce stade un raisonnement en termes de territorialité ou de personnalité. La question, il est vrai, peut être débattue. Enfin, la condition de présence du suspect sur le territoire demeure essentielle. Il s'agit d'éviter une impunité, non de s'ériger en juge des affaires du monde et de permettre ainsi l'instrumentalisation inéluctable de cette compétence à des fins politiques. Il conviendrait d'éviter que la compétence universelle généralisée ne finisse à terme par se transformer en mascarade universelle de justice.

##### **Léna Gannagé**

Il n'y a pas lieu de stigmatiser la compétence universelle mais simplement d'éviter autant que possible qu'elle ne soit détournée de sa finalité originare à des fins politiques. Il faut également tenir compte des faiblesses qui lui sont congénitales et du fait qu'elle ne permet pas de désigner le juge le mieux placé pour poursuivre des crimes d'une particulière gravité. Je partage de ce fait l'avis de David Chilstein quant à la nécessité d'en faire une compétence subsidiaire qui ne joue qu'à défaut de l'existence d'un for plus approprié pour rendre la justice.

L'Institut de droit international dans sa session de Cracovie a adopté sur ce point une résolution qui reflète une forme de consensus doctrinal sur la question<sup>2</sup> et dont il peut être utile de s'inspirer. Y figurent en particulier un certain nombre de conditions entourant l'exercice de la compétence universelle et notamment : la présence du suspect sur le territoire de l'État qui entend exercer les poursuites et la nécessité pour celui-ci de n'entamer ces poursuites qu'après avoir vérifié que des États qui entretiendraient des liens significatifs avec l'infraction ne souhaitent pas les exercer eux-mêmes.

Il ne me semble pas inutile d'envisager également la nécessité d'un assouplissement de l'identité des compétences législative et juridictionnelle. Comme le dit David Chilstein, cette orientation reste très débattue. Mais il faudrait, en toute hypothèse, réfléchir à une coordination de l'ordre du for avec l'ordre juridique étranger pour tenir compte des lois d'amnistie étrangères, au moins toutes les fois que celles-ci ne paraissent pas imposées par les criminels de guerre encore au pouvoir mais qu'elles participent véritablement d'un processus de paix.

<sup>2</sup> V. à cet égard la Résolution de l'Institut relative à « La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité

et des crimes de guerre » (rapporteur Ch. Tomuschat), *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session de Cracovie, vol. 71-II, 2006, Pedone, p. 296 s.

# Petit un du Grand B: hors les murs

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

## Sur les, ou la, révolution(s)

Roger Gaspard

La révolution est partout. Elle est, selon une expression consacrée, à la fois dans l'histoire et contre l'histoire. Elle est « de gauche », « de droite », nationaliste, socialiste ou « national-socialiste ». Elle est tout aussi industrielle, nucléaire, sexuelle ou encore numérique<sup>1</sup>.

« Acte de justice souveraine<sup>2</sup> », cette expression ancienne de la volonté populaire n'a rien perdu de son charme au début de ce XXI<sup>e</sup> siècle. Lutte de l'homme contre le destin, ou prise en charge de l'homme de son propre destin, toute révolution est, dans l'inconscient collectif des peuples, réforme du monde. En ce sens, Portalis la qualifiait de conquête. C'est en réalité que tout changement positif dans la vie des peuples est révolution. Comme on l'a bien noté, « la révolution emporte en outre des nouvelles formes du pouvoir [...] de nouvelles conceptions sur la communauté, de nouvelles perspectives sur l'histoire et de nouveaux panoramas de valeurs et de croyances<sup>3</sup> ».

Du fait de cette large portée, la révolution intrigue politologues, philosophes, scientifiques, ou encore sociologues. Le juriste, lui, devant ce phénomène particulièrement perturbant, commence par définir. C'est par le sens du mot qu'il cherche à cerner la notion. L'objet de cette étude est alors de comparer deux définitions du terme, définitions qu'on appellera successivement politique<sup>4</sup> et scientifique, et d'essayer de décerner, derrière l'apparente contradiction, des origines, et une résultante, communes.

### I. Elle fait avancer le Droit : la définition politique

La relation entre le Droit et la révolution est problématique à plus d'un égard. « Mutation radicale et irrégulière de l'ordre politique et juridique<sup>5</sup> », toute révolution commence par annuler<sup>6</sup>. La révolution bouleverse l'ordonnement juridique en vigueur dans un État, et c'est précisément ce bouleversement qui permet de

<sup>1</sup> Ainsi par exemple, dans son livre *Strategy for Peace*, le Président J. F. Kennedy énumère sept « révolutions pacifistes » qui secouent les Etats-Unis d'Amérique : les révolutions dans la population, dans l'agriculture, dans la technologie et l'énergie, dans le niveau de vie, dans la puissance des armes et dans le nationalisme.

<sup>2</sup> Proudhon, *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*.

<sup>3</sup> H. J. Berman, *Droit et révolution*, traduction du livre original *Law and Revolution : The formation of the western legal tradition*, HUP, 2002, p. 36.

<sup>4</sup> L'adjectif « politique », plus large que l'adjectif « juridique », lui sera préféré.

<sup>5</sup> *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, p. 1362.

<sup>6</sup> Ainsi, l'un des premiers décrets du gouvernement bolchévique en 1917 déclara que la totalité du système de lois d'avant la révolution était abolie. Quant à la révolution française, notent MM. Gicquel, « le préambule de la constitution de 1791, où revient telle une antienne, il n'y a plus (il n'y a plus noblesse, ni pairie, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal... En conséquence, l'Assemblée nationale de 1789 abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits) est extraordinaire » (J. et J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 24<sup>e</sup> éd., p. 419).

qualifier juridiquement un phénomène social de révolution. En schématisant, on peut dire qu'il n'y a pas de révolution sans changement de droit (2), et qu'il n'y a pas d'important changement de droit sans révolution (1). Chacune des deux affirmations devrait être affinée.

1. Pas d'important changement de droit sans révolution, la formule est simpliste et recèle sa part d'inexactitude. Mais l'affirmation a sa part d'adhérents, notamment depuis la réussite du livre *Law and Revolution* d'H. J. Berman<sup>7</sup>. Cet auteur américain affirme notamment que « la tradition juridique<sup>8</sup> occidentale<sup>9</sup> a été transformée au cours de son histoire par six grandes révolutions : la russe, la française, l'américaine, l'anglaise (*the glorious revolution*), la réforme protestante et la révolution pontificale de 1075-1122 ». À partir de là, l'auteur montre « par quel impressionnante série de fausses ruptures et de continuités masquées, ou trompeuses, la culture juridique occidentale [...] est devenue ce qu'elle est<sup>10</sup> ».

La thèse est assurément séduisante. Mais il n'est pas dit que tout changement radical d'ordre juridique se doit nécessairement d'être le fruit d'une « révolution<sup>11</sup> ». La mutation est souvent fruit d'une lente, mais simple, évolution. *La grande originalité de la révolution sur le droit résiderait plutôt dans le caractère brusque et rapide de son changement. C'est véritablement une rupture<sup>12</sup>. Ce n'est pas seulement que l'ordonnement politique est bouleversé, c'est qu'il l'est en un très court laps de temps. A certaines époques, le Droit, tout comme l'histoire, avance à grandes enjambées, par révolution.*

2. Quel rôle joue le Droit dans la définition du terme révolution ? Terme d'utilisation courante,

la révolution n'a pas pour autant été négligée par les juristes. Nonobstant le fait que le mot n'apparut dans la science juridique qu'à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, il connut depuis un succès jamais démenti, alimenté par une littérature où se sont essayées les plus grandes plumes<sup>14</sup> tant le terme intrigue et paraît équivoque. Cette ambiguïté de la notion apparaît ainsi comme une composante caractéristique d'un phénomène recouvrant lui-même des réalités très différentes.

Les critères cités par les auteurs pour définir une révolution sont ainsi multiples. D'aucuns sont classiques, quasi-unanimes, d'autres plus originaux. Parmi les premiers, on retrouve : la mutation d'un ordre juridique, la permanence de la personnalité juridique de l'État, l'usage de la violence ou encore la modification de la Constitution. Parmi les deuxièmes, on retrouve l'élément idéologique<sup>15</sup>, le changement brutal du système social tout entier, la nécessité de plus d'une génération, ou encore la recherche d'une légitimité dans une loi fondamentale, un passé lointain.

Une lecture rapide de la diversité non négligeable de ces critères permet de comprendre toute la difficulté de la science juridique à appréhender ce phénomène social, en lui trouvant de réels critères juridiques, sans tomber dans une spirale de critères relevant d'autres disciplines tout aussi concernées. Finalement, il nous semble que les trois conditions véritablement juridiques d'une révolution seraient deux conditions positives et une condition négative.

Quant aux conditions positives :

– le soulèvement de la totalité ou d'une partie de la population d'un État souverain<sup>16</sup> pour contester l'ordre établi. Il est en plus généralement admis que la révolution fait le plus souvent

<sup>7</sup> H. J. Berman, *Law and Revolution : The formation of the western legal tradition*, Harvard University Press, 1983.

<sup>8</sup> Par tradition juridique, l'auteur désigne le droit non seulement en tant que corps de règles écrites, mais aussi « les institutions juridiques et leurs procédures, les valeurs qu'elles servent, le langage juridique et les façons de penser juridiquement, tout autant que les normes de légalité ».

<sup>9</sup> Pour Berman, « l'Occident est un concept culturel mais avec une forte dimension diachronique. Ce n'est pourtant pas une simple idée : c'est une communauté... [...] L'Occident, ce sont les peuples de l'Europe de l'Ouest « se tournant vers » des textes grecs, romains et hébreux pour s'en inspirer et « les transformant » en des notions qui auraient fort surpris les auteurs de ces textes ».

<sup>10</sup> C. Atias, préf. à l'édition originale de *Droit et révolution*, Harold Berman, *op. cit.*

<sup>11</sup> L'exemple contemporain de l'État turc en est la plus grande preuve.

<sup>12</sup> MM. J. et J.-E. Gicquel écrivent ainsi à propos de la révolution française : « La Révolution de 1789 a été une rupture, dont les conséquences ne sont pas encore amorties. En quelques années, les fondements de la vie nationale ont été réduits, et le consensus brisé. [...] On a l'impression, observait M. Waline, d'être pris

dans une tourmente, dans un ouragan, d'entendre un vent de tempête déraciner des chênes séculaires » (*Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*).

<sup>13</sup> Ce n'est en effet qu'à partir de la révolution anglaise de 1688 que le mot commence à être employé, quoique dans sa phase initiale, elle était appelée « la grande rébellion » par ses adversaires et « une restauration de la liberté » par ses partisans. V. Berman, *op. cit.*, p. 34. Pour H. Arendt cependant, « C'est du cours de la Révolution française que l'emploi actuel du mot révolution tire ses harmoniques, ses associations pour tous pays, y compris les États-Unis » (H. Arendt, *Essai sur la révolution*, Paris, Gallimard, 1967, p. 62 s.).

<sup>14</sup> On pourrait citer R. Carré de Malberg, J.-J. Rousseau, G. Vedel, G. Burdeau, ou encore H. Kelsen.

<sup>15</sup> Certains estiment que la révolution comporte nécessairement un élément idéologique et devient synonyme de revendication des libertés par le peuple contre l'autorité devenue illégitime (*Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1363).

<sup>16</sup> Toute révolution s'inscrit dans un cadre, et une tradition, nationaux. Il serait ainsi juridiquement erroné de parler, par exemple, d'une « révolution des populations chiites du Moyen Orient ».

usage de la violence<sup>17</sup>. Il a même été affirmé, notamment par Carré de Malberg, que la violence est une condition *sine qua non* de la définition même de révolution<sup>18</sup> ;

– l'avènement d'un nouvel ordre juridique caractérisé par une nouvelle Constitution et un nouveau système de lois<sup>19</sup>. Cette condition est citée par l'unanimité de la doctrine. La définition juridique de la révolution apparaît alors téléologique : ce qui la caractérise en effet, c'est qu'elle vise avant tout à répudier l'ordre existant, indépendamment du fait de savoir si elle va réussir ou non à le faire<sup>20</sup>. Et c'est la Constitution, véritable symbole de l'ordonnement juridique, qui sera abrogée, sans aucun respect des règles prévues à cet effet. Kelsen avait même proposé de faire du processus de transformation irrégulière de l'ordre constitutionnel le critère exclusif de la définition du terme.

Quant à la condition négative : l'absence de disparition de la personne de l'État, personne morale souveraine, dont l'ordonnement est bouleversé. La permanence de l'État reste saine et sauve, autant dans l'ordre juridique interne qu'international. Il n'est pas sans intérêt à ce sujet de rappeler une conséquence directe de cette permanence, à savoir que les nouveaux dirigeants de l'État doivent respecter les engagements internationaux pris par les anciens dirigeants déchus par la révolution<sup>21</sup>.

Donc, au sens juridique du terme, *la révolution serait le soulèvement violent de tout ou partie de la population d'un État qui aboutit à un nouvel ordonnancement juridique sans pour autant porter atteinte à la permanence de cet État*<sup>22</sup>.

## II. « Et pourtant, elle tourne ! » : la définition scientifique

Toute révolution est-elle progrès ? Bien des auteurs le pensent. Ainsi, peut-on lire sous la

plume lyrique de G. Gusdorf : « La révolution est une [...] mutation soudaine, catastrophique et irréversible, orientée selon la dimension du progrès de l'humanité vers un surplus de valeur et de bonheur<sup>23</sup> ». Mais d'aucuns soutiennent la thèse contraire. Pour ceux-là, l'évolution du droit, et de l'histoire, ne peut être que mûrie, conséquence d'une lente transformation, les révolutions-ruptures n'aboutissant qu'à un bémol vite dépassé. Et à eux de donner l'exemple de *la révolution française qui n'aboutit qu'à l'empire, ou encore celui de la révolution iranienne, qui ne se débarrassa d'un genre de dictature que pour tomber dans un autre*. La révolution apparaît pour ceux-là comme un cycle de violences et de brutalités aboutissant, en fin de compte, à revenir à la case de départ en remplaçant un système contestable par un autre. Il n'est alors pas inintéressant de noter que ce point de vue rejoint l'autre sens du mot « révolution ».

On a en effet tendance à oublier que le terme révolution est polysémique. Aussi enseigne-t-on que « le mot révolution revêt des sens très différents selon qu'il s'inscrit ou non dans le monde des sciences humaines, et notamment bien sûr, dans celui de la science juridique<sup>24</sup> ».

Ainsi, au sens scientifique du terme, la « révolution » désigne la rotation complète d'un objet, sur son orbite, parcourant une trajectoire jusqu'au retour à sa position d'origine. Cette définition, adoptée dans les sciences mathématiques, physiques ou encore de l'astronomie, rejoindrait le sens étymologique du mot qui vient de l'expression latine *revolutio, de revolvere*, qui signifie rouler en arrière.

Mais alors, *affirmer que la révolution, au sens politique, constitue un cercle d'événements violents qui aboutit finalement à un retour au point de départ, c'est véritablement concilier les deux définitions, et peut-être, restaurer au mot une seule et unique signification.*

<sup>17</sup> Mao Zedong écrivait : « La révolution n'est pas un dîner de gala, une œuvre littéraire, un dessin ou une brochure. Elle est un soulèvement, un acte de violence par lequel une classe en renverse une autre ».

<sup>18</sup> La violence étant un terme vague, certains juristes préférèrent le terme de « contrainte », plus familier.

<sup>19</sup> Ce qui prouve qu'il serait faux d'affirmer que la première révolution arabe est celle dite des cèdres au Liban, et qui a abouti au retrait des troupes syriennes en 2005. La Constitution du Liban est en effet restée inchangée. *Contra* : A. Najjar, « Le printemps arabe est né à Beyrouth », *Le Monde* du 22 juin 2011.

<sup>20</sup> *Contra* : Jèze selon qui « seul le processus révolutionnaire qui aboutit au renversement de l'ordre juridique et y substitue un nouvel ordonnancement se trouve justifié et peut accéder à la qualification de révolution ».

<sup>21</sup> Sur cette problématique, voir l'excellent colloque de la société française pour le droit international, « Révolution et droit international », Dijon, 1990. Rappelons aussi la sentence arbitrale, restée célèbre, selon laquelle « aucune définition de la révolution n'est consacrée par le droit international ». Commission franco-mexicaine des réclamations, sentence rendue le 17 oct. 1928 (dossier n° 59), présidence M. Verzijl, sentence « Pinson », *RGDIP*, 1932.

<sup>22</sup> Comp. avec la définition du *Dictionnaire de la culture juridique* : « est une révolution toute mutation irrégulière, usant le plus souvent de la violence, des organes politiques, emportant l'avènement d'un nouvel ordre ».

<sup>23</sup> G. Gusdorf, *Les sciences humaines et la pensée occidentale*, t. 4, *Les principes de la pensée au siècle des Lumières*, Paris, Payot, 1978, p. 414 s.

<sup>24</sup> *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

C'est d'ailleurs en ce sens que le terme commença à être employé dans son sens politique au XVII<sup>e</sup> siècle : emprunté à l'origine à l'astronomie<sup>25</sup>, il avait une signification très proche du sens étymologique : renversement et retour au primordial<sup>26</sup>. Tel est ainsi le sens du mot qu'on retrouve chez Hobbes par exemple.

Cette thèse est particulièrement corroborée par les événements dans le monde arabe. En effet, dans une région où les chutes de régimes se succèdent et ne se ressemblent pas, *tous les régimes qui sont en train de tomber sont eux-mêmes nés de révolutions*<sup>27</sup>. Les révolutions dans le monde arabe sont véritablement des « *revolutio* », qui restaurent au mot révolution

un seul et unique sens, celui de l'étymologie, celui de cette tournée complète de violences et de péripéties, pour en revenir au point de départ<sup>28</sup>. Comment sortir de ce cercle vicieux, nul ne peut prédire. Mais s'il est une chose certaine, c'est que les juristes ne doivent point rester à l'écart des événements, et surtout de leur aboutissement. S'il est vrai que toute révolution aboutit à un nouvel ordonnancement juridique, alors leur silence sur les problématiques<sup>29</sup> fondamentales se fera cruellement ressentir. Précisément pour qu'un tel moment, véritablement historique, ne se répète pas, quelques décennies plus tard, tournant et tournant, telle une révolution.

<sup>25</sup> En ce sens, C. Leben, « Les Révolutions en Droit international : Essai de classification et de problématique générale », in *Révolution et droit international*, Colloque de la société française pour le droit international, Dijon, 1990.

<sup>26</sup> En ce sens, Ph. I. André-Vincent, *Les révolutions et le droit*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », vol. XVIII, Paris, 1974. L'auteur affirme notamment que « Tel est le sens du mot dans les révolutions d'Angleterre et dans le mouvement d'indépendance nord-américaine, enfin dans la révolution française ».

<sup>27</sup> Le régime libyen est né de la révolution dite du 1<sup>er</sup> septembre de 1969, le régime égyptien de la révolution dite des officiers libres de 1952 et le régime syrien du

mouvement dit correcteur de 1970.

<sup>28</sup> Une étude empirique montre d'ailleurs que les dirigeants arabes se sont rarement intéressés aux réformes juridiques.

<sup>29</sup> Deux problématiques en particulier semblent stigmatiser toutes les tensions : premièrement, le rapport entre la religion et l'Etat, rapport qui prend toute son importance dans cette région tiraillée par les tendances religieuses les plus diverses. D'ailleurs, ce pourrait bien être le talon d'Achille de la nouvelle Turquie, si le gouvernement actuel persiste à éluder la question. La deuxième problématique, qui découle directement de la première, serait la place des minorités dans l'Etat.

# Le Conseil de l'Europe et Nietzsche<sup>1</sup>

Guillaume Drouot

## « La naissance de la tragédie »

À l'heure où nous apprenons qu'il existe une théorie féministe du droit<sup>2</sup>, il semblerait que le Conseil de l'Europe veuille prendre de l'avance et aller au-delà de tout programme féministe en supprimant le problème, la dichotomie des sexes.

La résolution n° 1728 de l'assemblée générale du Conseil de l'Europe<sup>3</sup> concernant la « Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre » invite les États :

« 16.11. à traiter la discrimination et les violations des droits de l'homme visant les personnes transgenres et, en particulier, à garantir dans la législation et la pratique les droits de ces personnes :

16.11.2. à des documents officiels reflétant l'identité de genre choisie<sup>4</sup>, sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale. »

Hourra. Il est fini le temps où l'état civil était non seulement indisponible, mais surtout tyranniquement imposé ! À défaut de pouvoir mettre fin à un double scandale, le fait de ne choisir ni sa naissance, ni son sexe génétique, l'assemblée générale du Conseil de l'Europe, consciente de ses limites, propose humblement que soit inscrite dans notre état civil cette unique loi proposée naguère par Simone de Beauvoir : « on ne naît pas femme, on le devient ».

Le vieil aphorisme anglo-saxon selon lequel le Parlement « peut tout faire sauf changer un

homme en femme » n'est ni contredit, ni évincé, mais simplement devenu inutile : l'individu s'en charge lui-même. Cela relève du bon sens. Selon un autre aphorisme, « qui mieux que Renault peut entretenir votre Renault ? » ; partant, « qui mieux que Renaud peut devenir Raymonde » ? Seul l'individu est à même de dire s'il se sent appartenir à un sexe plutôt qu'à un autre. Cette idée n'est pas celle d'une élite détachée des réalités sociales, ou du moins d'une certaine réalité sociale, comme en témoigne cette histoire de parents ne voulant pas dire le sexe de leur enfant, dénommé Storm, afin que celui-ci puisse choisir plus tard<sup>5</sup>.

## « Généalogie de la morale »

Depuis les arrêts d'assemblée plénière du 11 décembre 1992, la Cour de cassation n'acceptait de modifier l'état civil des transsexuels qu'à certaines conditions. Nous nous permettons de recopier ici l'attendu de principe de l'arrêt de cassation en indiquant d'un chiffre les conditions successives et cumulatives : « Attendu que lorsque, 1) à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne 2) présentant le syndrome du transsexualisme 3) ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et 4) a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas

<sup>1</sup> Né en 1844 pour mourir en 1900.

<sup>2</sup> S. Hennette-Vauchez, « *Vademecum* à l'usage de la Cour européenne des droits de l'homme - La théorie féministe du droit au secours d'une juridiction menacée de "splendide isolement" », *D.* 2011, p. 1360 s. Cette théorie invite « le juriste à lire le droit non seulement comme un des lieux où trouve à s'exprimer l'inégalité entre les sexes, mais aussi, plus fondamentalement, comme un des instruments de la fabrication, de la pérennité voire de la légitimation de cette inégalité » (p. 1365). En cela on ne saurait y voir une approche « féminine du droit » (p. 1367), ce qui présente l'avantage de ne pas fermer la porte de l'analyse à ces messieurs.

<sup>3</sup> Disponible sur : <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/Adopted-Text/tat10/FRES1728.htm>.

<sup>4</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>5</sup> V., déjà, le document thématique « Droit de l'homme et identité de genre » du commissaire des droits de l'homme, oct. 2009, et la proposition n° 3. Disponible sur : <https://wcd.coe.int/wcd/viewDoc.jsp?id=14984998&Site=CommDH>.

<sup>6</sup> Information prélevée sur : <http://www.newstyp.com/6733-baby-gender-secret/>. En France, il suffirait aux « amis » de demander un extrait d'acte de naissance celui-ci devant indiquer la mention du sexe et pouvant être demandé par n'importe qui (art. 10 du décret n° 62-921 du 3 août 1962).

obstacle à une telle modification ». Ainsi, la mise en conformité de l'état civil n'est pas une fiction, mais serait plutôt l'enregistrement d'une nouvelle réalité, et l'indisponibilité, qui n'est pas l'immutabilité, est sauvegardée car le changement n'est pas volontaire : il est dû à une force extérieure, le syndrome du transsexualisme.

Ces conditions ont été assouplies par la cour d'appel de Nancy, qui dans un arrêt du 11 octobre 2010<sup>7</sup> exige uniquement la production de « *tout document médical établissant le caractère irréversible du changement de sexe ou de genre, constitutif au traitement d'hormonothérapie entreprise* ». Le diagnostic du syndrome du transsexualisme saute comme verrou mais pas celui du traitement, même simplement hormonal, aux effets irréversibles. Il n'est plus question ici de l'indisponibilité. Cette décision est conforme au décret du 8 février 2010<sup>8</sup> ne faisant plus du transsexualisme une affection psychiatrique<sup>9</sup>. Elle a été réaffirmée par la même juridiction le 3 janvier 2011<sup>10</sup>.

Un premier pas vers le « droit à », mais demain éventuellement faudra-t-il aller plus loin pour suivre la résolution n° 1728, d'autant plus que nous sommes à la traîne ! Déjà un tribunal israélien a décidé que les termes « un homme et une femme » figurant dans la loi sur les successions désignaient aussi les partenaires d'un couple homosexuel<sup>11</sup>.

### « Crépuscule des idoles »

Si l'on peut se permettre une remarque au législateur, il faut assurer une fluidité parfaite pour

permettre le passage de l'un à l'autre, que monsieur puisse devenir madame, madame, monsieur, et vice et versa, et réciproquement, et inversement<sup>12</sup>. Par pitié, que l'individu n'ait pas à faire face à d'innombrables obstacles, l'obligeant à des contorsions juridiques le faisant passer pour un as du *fosbury flop* de la procédure, mais bien plutôt, pour sa dignité, que soit mise en place une petite allée permettant de quitter le champ du masculin, e. g., pour aller gambader, joyeusement, avec émerveillement et légèreté dans celui du féminin. Après tout, l'herbe est toujours plus verte chez le voisin.

Quant à vous chers citoyens et citoyennes (et vice et versa, et réciproquement, *et cetera*) encore victimes de votre sexe de naissance, révoltez-vous, inscrivez-vous en faux contre cette dictature de la biologie et de la société, inscrivez en faux votre acte de naissance !

Mesdames, en effet, être chauve est distingué pour un homme. Pour une femme, il n'y a que Natalie Portman qui s'en sorte<sup>13</sup>. Cruelle inégalité. Cruelle pression sociale : pourquoi la femme serait-elle éternellement cet être « à cheveux longs et à idées courtes<sup>14</sup> » ? Profitez de votre permanente, puis, à l'approche des beaux jours, prenez deux rendez-vous : un à la mairie pour changer de sexe, un chez le coiffeur pour changer de tête. Ne vous sentez-vous pas un peu mieux ainsi, bien dégarnie, mais distinguée, pour déambuler fièrement en tant que nouvel homme ? Le nouveau Fabien Barthés est parmi vous, mesdames.

Messieurs, vous l'avez toujours su : vous aimez

<sup>7</sup> CA Nancy, 11 oct. 2010, n° 10/02477 ; JCP G 2010, 1205, note Ph. Reigné.

<sup>8</sup> Décret n° 2010-125 du 8 févr. 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du Code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée ».

<sup>9</sup> Ce qui a pour conséquence, notamment, d'ouvrir la voie du divorce pour faute, le changement de sexe étant alors imputable à l'époux devenu femme (ou l'épouse devenue homme) au sens de l'article 242 du Code civil.

<sup>10</sup> CA Nancy, 3 janv. 2011, n° 09/00931 ; JCP G 2011, 480, note Ph. Reigné : « Attendu que [...] la demande de changement d'état civil n'impose pas nécessairement que soient avérées des modifications de nature chirurgicale, telles que l'ablation ou la modification des organes génitaux, ou encore de la chirurgie plastique ; que cependant elle implique que soit préalablement établi le caractère irréversible du processus de changement de sexe ; que force est de constater qu'en l'espèce, et devant cette Cour, l'appelant ne rapporte pas une telle preuve de nature intrinsèque et qui en aucun cas ne saurait résulter du fait qu'il appartient au sexe féminin aux yeux des tiers ». On pourrait toutefois penser que la Cour d'appel n'a pas ressenti comme une nécessité le rappel de toutes les conditions, celle retenue n'étant pas remplie. Comp. CA Paris, 27 janv. 2011, n° 10/04525 ; JCP G 2011, 480, note Ph. Reigné, qui demeure beaucoup plus « classique ».

<sup>11</sup> Ze'ev Segal, « Court recognizes gay's right to inherit partner's property »,

Haaretz, 15 nov. 2004, cité par M. Troper, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 32. Nous savons bien que l'homosexualité n'est pas la même problématique que celle du transsexualisme, mais considérer un couple avec deux personnes de même sexe comme un couple formé d'un homme et d'une femme, c'est du transsexualisme au moins pour l'un des membres du couple homosexuel...

<sup>12</sup> Un ami (ayant « mémorisé » sur le sujet *Les Intersexuels et le droit*, mémoire disponible sur le site de Paris II) nous a conseillé alors d'aller plus loin : supprimer la différence de sexe puisque le passage de l'un à l'autre ne devrait même plus emporter de conséquences, soit pour éviter certaines fraudes, soit parce que pouvoir changer de sexe à la demande revient à dire que la nature est identique, comment alors soutenir encore la différence de régime ? Nous nous contenterons d'en rester à une vision plus sociologique, et pensons qu'ici les revendications ne portent pas sur l'indifférenciation ou l'égalité mais l'affirmation du choix d'un sexe, celui qui sera voulu. Respectons cela !

<sup>13</sup> Cf. *V pour Vendetta*.

<sup>14</sup> Nous empruntons le mot à A. Schopenhauer, mais avons remplacé celui d'« animal » par « être », non par révolte, mais par peur, tout simplement. V. aussi la chanson de Johnny Hallyday, dans laquelle il faisait référence, par cette formule suggestive, aux *hippies*, Antoine ayant faussement voulu le mettre dans une cage dans ses *Elucubrations*.

le football, mais également *Love Actually*. Quelle déchirure que de devoir renoncer à regarder un passage de comédie romantique parce que vous ne pouvez pas décemment le faire en englutissant des bières, en insultant les crétins en vert, en déifiant les primates en bleu aux QI « dont le niveau ne dépasse que très rarement le chiffre de la température anale<sup>15</sup> ». Désormais, à 13 heures, en sortant de l'entraînement, précipitez-vous à la mairie, devenez femme, et regardez Julia Roberts séduire ce si charmant jeune homme avec vos meilleures copines ou copains-copines (individus ayant le même emploi – du temps et – de l'état civil que vous), en sirotant votre lait fraise, décomplexés.

Nietzsche écrivait « Par-delà bien et mal », laissons l'Europe écrire par-delà le sein et le mâle.

Pouvons-nous souhaiter alors la même évolution pour l'âge ? Que les vieillards puissent s'inscrire comme ayant trente-trois ans, l'âge d'or, s'il vous plaît ! Fichtre, en voilà un défi... Laissons les générations suivantes, issues d'on ne sait quelle procréation asexuée, faire ce qu'elles voudront : liberté, liberté chérie...

*N. B. : nous sommes conscients qu'il existe des arguments médicaux à l'appui de telles revendications. Notre but n'est pas de défendre une position, d'apporter une solution, mais de mettre en lumière un aspect du phénomène, assez peu sérieusement. Savoir si le droit doit prêter son secours à la médecine, à la psychologie dépasse le cadre de cet article et de loin les compétences de son auteur.*

<sup>15</sup> Selon la formule, caustique il est vrai, de P. Desproges.

# Petit deux du Grand B: dans les murs

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

## Le droit à bonne école ?

**Alice Dejean de la Bâtie et  
Antoine Touzain**

« C'est une fille ! » Le cri retentit dans les couloirs du Panthéon. Un cri d'allégresse, un cri de fierté aussi, car il fallait la pondre, celle-là ! Après une gestation médiatisée et d'interminables heures en salle de travail, le Conseil d'administration a finalement donné le jour à un joli bébé poétiquement baptisé « École de droit »<sup>1</sup>, en mémoire de ses honorables ancêtres. Fi des rabat-joie qui croient encore qu'Assas est un « trop noble royaume pour tomber en quenouille et être remis à femelle » ! La modernité est de mise à l'Université Paris II, et la parité chère à nos ministres commandait que fût donnée une petite sœur au Collège de droit, aîné du genre, qui rameute les foules du haut de ses presque trois ans, le petit Collège qui balbutie encore mais se sent déjà grand avant même d'avoir atteint l'âge de raison.

Les plus importants du royaume ont été conviés pour fêter la nouvelle née, ainsi que toutes les bonnes fées qui ont pu être dégottées aux quatre coins des disciplines juridiques. C'est qu'il lui en faudra des vertus à cette École, si elle veut survivre dans la jungle universitaire où le frangin peine déjà à se faire une place au soleil ! Les magiciennes répondent présent et promettent

à l'enfant-roi un avenir resplendissant : l'une lui offre la transcendance du droit ; la deuxième lui promet un avenir brillant, bancaire, flamboyant et financier ; et la troisième lui ouvre les plus lumineuses perspectives en droit public. Ainsi, la jeune École de droit offrira à l'étudiant un choix cornélien entre trois filières prometteuses : une formation « généraliste », un certificat de « droit bancaire et financier », et un certificat de « grands principes du droit public ».

Aucune fée Carabosse à l'horizon, mais quelques réserves du côté des oncles et tantes, lesquels ne comptent pas être écartés de l'éducation de la nouvelle héritière. Que de trésors de persuasion a-t-il fallu déployer pour assurer la compatibilité de ce nouveau diplôme avec les Master 2 préexistants, ancrés dans leurs privilèges douloureusement acquis et voyant d'un œil méfiant et dubitatif la nouvelle venue, prête à leur refaire le coup du 4 août pour s'arroger tout le mérite d'Assas qu'ils ont eux-mêmes étoffé ! Redorer le blason universitaire ? Quel affront ! Restent donc certainement quelques intrigues de « cours » à venir, pour éviter des empiètements réciproques et permettre à chacun de retirer son

<sup>1</sup> [http://www.u-paris2.fr/04429288/0/fiche\\_formation/&RH=ACCUEIL\\_FR](http://www.u-paris2.fr/04429288/0/fiche_formation/&RH=ACCUEIL_FR).

épinglé de la botte de foin. Mais l'avenir s'est éclairci puisqu'un accord de principe a d'ores et déjà été passé sur la deuxième année de l'École de droit. Inscrivez-vous, r'inscrivez-vous, qu'ils disent !

Pour autant, la critique n'était pas dénuée de fondement : les enseignements de l'École risquent en effet de faire concurrence aux masters, marquant un retour sur les extravagances que s'autorise le Collège, vers un plus grand classicisme. Fini l'international, finie l'économie, finie la philosophie : retour aux fondamentaux et au triptyque droit civil/droit public/droit des affaires. Un bon cru, certes, mais qui laisse un sentiment de déjà-vu risquant de décevoir les amateurs de voltige juridique. Mais rassurez-vous ! L'École ne compte pas se cantonner au second rôle de « complément » de l'enseignement général : ce serait creuser sa tombe avant même la sortie du berceau. Non, les idées directrices du Collège sont bien maintenues : généralité et transversalité des disciplines. Ainsi, les étudiants des diverses filières seront-ils réunis pour des « études de cas », tandis qu'un enseignement commun est prévu au sein de la filière commune (vous avez bien lu, si vous ne comprenez pas, c'est normal, c'est administratif), mêlant l'ensemble des branches du droit. De plus, les matières de « spécialité » conserveront une certaine visée générale. Du commun, du général, et du général dans le particulier : tel était l'esprit brouillon et attendrissant du Collège, tel pourrait être celui de l'École.

À peine l'enfant sevrée, il faut prendre des dispositions quant à son éducation. Pour ce faire, les meilleurs précepteurs sont réquisitionnés,

l'université faisant appel à de grands professeurs pour lui assurer une formation de qualité et poursuivre à grande échelle la fabrication de « super-juristes »<sup>2</sup> initiée par son grand frère. Et comme une jeune princesse se doit de parler plusieurs langues, ne serait-ce que pour espérer s'unir un jour à un prince charmant issu d'une contrée lointaine (dommage que les Anglais aient déjà casé le leur), la validation du diplôme sera conditionnée par des séjours d'études ou de stage à l'étranger.

De grands professeurs, une carrière internationale, des enseignements de qualité... La jeune École de droit aura tout d'une aguicheuse, mettant en avant ses atouts sans complexe. Mais n'y voyez pas une fille facile ! Au contraire, il faudra montrer patte blanche et résultats honorables pour profiter de sa plaisante compagnie. Les étudiants du Collège devront justifier d'une moyenne de treize sur le cursus général et le Collège de droit, tandis que les étudiants non encore embrigadés dans cette trépidante course à l'excellence feront l'objet d'une sélection sur dossier, pour la première comme la deuxième année de l'École.

Un grand avenir se dessine donc pour l'École de droit, avenir impliquant les efforts combinés de chacun ainsi que cette charitable bienveillance habituellement accordée aux premiers pas chancelants d'une jeune enfant. Nous lui souhaitons donc une longue et heureuse vie, et saluons les efforts d'une université optimiste capable de faire retourner les collégiens à l'école, une université d'avant-garde qui eut cette idée folle, un jour, d'inventer l'École.

<sup>2</sup> N. Balat et A. Vey, « Période d'essai réussie pour le Collège de droit », cette revue, n° 1, janv. 2010, p. 23 s.

# Dictionnaire des idées reçues

Nicolas Balat et Guillaume Drouot

**N**ous reprenons ici avec une craintive émotion le principe de dictionnaire des idées reçues de Flaubert, rassemblant « tout ce qu'il faut dire en société pour être un homme convenable et aimable<sup>1</sup> ». Les définitions en italique sont d'ailleurs celles de ce dernier, sélectionnées avec la plus grande subjectivité. Les mots précédés d'un astérisque sont assortis d'une définition dans le dictionnaire.

## A

**Administration** : le plus froid de tous les monstres froids. (V. **Patience**)

**Appariteur** : dépositaire sacré du microphone. Se trouve au niveau de l'entrée des artistes. Détient également le monopole des clefs et ainsi d'un puissant pouvoir sur la durée d'un \*cours ou d'une séance de T. D. (V. **Travaux dirigés**)

**Amphi(théâtre)** : lieu d'enseignement du droit, par l'écoute, et de la mode, par l'observation. Gagnerait à être chauffé.

**Assassien(ne)** : possédant sa carte de résident pour entrer dans un des différents centres de l'université Panthéon-Assas, l'assassien évolue dans un véritable écosystème où la plupart des espèces (référencées scientifiquement sous les sigles L1, L2, L3, M1, M2) cohabitent paisiblement. Désigne également en tant qu'adjectif tout ce qui touche, de près ou de loin, selon la hauteur de votre vue, Paris II.

**Associations** : confréries plus ou moins actives. Logées au sous-sol l'année, la remontée à la surface est brutale et vive en période d'élections. Toujours là pour votre bien-être : « Votez pour vous, votez pour nous ».

**Avocats** : trop d'avocats à la Chambre. Ont le jugement faussé. Dire d'un avocat qui parle mal : « Oui, mais il est fort en droit ».

## B

**Bibliothèque** : lieu infréquentable sauf en cas d'extrême urgence. Endroit autrefois introuvable devenu très *lounge*. Trente places. Dix mille étudiants.

## C

**Cafétéria** : avatar local du \*resto u. Y composer son menu avec soin mais célérité : « y en a qui ont \*cours ».

**Carbonnier** : Doyen<sup>2</sup>. Toujours introduire son nom ainsi : « selon une jolie formule du doyen Carbonnier », et toujours terminer un devoir (dissertation, oral, soutenance, leçon d'agrégation) par une citation dont on précise : « Comme le disait Carbonnier il me semble ».

**Cas pratique** : trop difficile. Heureusement il y a l'arrêt donnant la solution dans le \*code.

**Chargé de T. D.** (v. **Travaux dirigés**) : on ne se rappelle jamais de son nom. Cool ou vicieux.

**C. I. O.** : centre d'information et d'orientation. Propose de l'information et de l'orientation. Parfois un café.

**Code** : support privilégié des post-it® colorés ; tout surligner.

**Codes d'or** : prix remis au professeur le plus apprécié ou qui part à la retraite. Coup de pub formidable pour l'association qui s'en occupe, permet à la préposée à la remise de faire une bise.

**Commentaire d'arrêt** : trop difficile. Heureusement il n'est pas nécessaire de connaître le cours.

**Concert (du midi<sup>3</sup>)** : passe-temps comme il faut.

**Cours** : assimilable dans sa mise en scène à une séance de propagande par un talentueux tribun, il est, quant au fond, la forme la plus aboutie de la transmission des connaissances

<sup>1</sup> G. Flaubert, *Dictionnaire des idées reçues*, Libro, p. 5.

<sup>2</sup> Ne pas confondre avec Lionel Charbonnier, troisième gardien de l'équipe de France de football durant la coupe du monde de 1998.

<sup>3</sup> La définition du mot « concert » est de Flaubert, nous ajoutons « du midi » afin de mettre le mot « concert » dans son contexte \*assassien. Nulle dénaturation ne s'en ressent, bien au contraire.

aux masses. Se déroule en \*amphithéâtre, est facultatif à la \*faculté. Ne pas y lire son journal, y faire les mots fléchés.

**Cujas** : inséparable de Bartole ; on ne sait pas ce qu'ils ont écrit, n'importe. Dire à tout homme étudiant le droit : « Vous êtes enfermé dans Cujas et Bartole ».

## D

**Dissertation** : trop difficile. « Je ne savais rien, alors j'ai pris la dissert. »

**Droit des obligs.** (droit des obligations) : ne rien comprendre, mais affirmer en opinant du chef : « c'est du beau droit ».

## E

**Échange** : permission d'aller se renseigner sur les coutumes et les bacchanales de pays à fort taux d'exotisme, comme l'Allemagne, l'Angleterre, l'Irlande... Le plus souvent sera qualifié « d'universitaire ».

**Économie** : s'étonner de l'existence d'une telle filière avec une certaine compassion.

## F

**Faculté** : v. **Université**.

## G

**Gala d'Assas** : événement réunissant les (futurs) basochiens grâce aux faluchards. Occasion de vérifier dans une chic tenue que le champagne ne donne pas mal à la tête.

**Galop d'essai** : terme issu du jargon de la rue Saint Guillaume. N'a de bucolique et d'entraînant que le nom : simple première étape vers l'échafaud.

## H

**Hall d'Assas** : lieu de rencontres fortuites et/ou importunes. Dans tous les cas, rappeler qu'une scène d'OSS 117 y a été tournée.

## J

**Justice** : ne jamais s'en inquiéter.

## L

**Langues** (étrangères) : réduites à la situation de langues mortes.

**Latin** : [...] se méfier des citations en latin : elles cachent toujours quelque chose de leste.

**Le Lucernaire** : alternative au \*News.

**Le News** : Lieu de rencontre faussement branché pour le déjeuner des \*assassiens. Trente places. Dix mille étudiants. À ne pas confondre cependant avec la \*bibliothèque.

**Luco** : jardin du Luxembourg, lieu de villégiature pendant la \*pause.

## M

**Magistrature** : belle carrière pour se marier. [...]

## P

**Panthéon** : pour les grands. (Comp. **Vaugirard**)

**Partiel** : épisode semestriel se manifestant par un exil à Charenton et dont la vie du candidat dépend.

**Patience** : vertu indispensable pour faire face aux attentes : à la machine à café, devant la porte de l'administration.

**Pause** : moment de détente où l'on parle de ce qui a tendu. Qualificatifs : pause clope, pause café.

**Points sport** : sauve une année ou offre une mention. Parfois le corps en tire profit : *mens sana in corpore sano*.

**Prépa privée** : ruine intellectuelle, fait les exercices à la place des étudiants.

**Professeur** : toujours hésiter sur son nom exact. Très bon ou très mauvais.

## R

**Rattrapages** : session extraordinaire d'examens pour les plus nostalgiques car permettant de se retrouver dès septembre. Penser aux feuilles plastiques pour pouvoir réviser au bord de l'eau durant l'été.

**Rentrée** : pleine de bonnes résolutions, permet les retrouvailles tant attendues depuis la fin des \*partiels. Certains impatients chroniques l'anticipent par les \*rattrapages.

**Resto u** (abréviation de restaurant universitaire) : légende. Pays de cocagne jadis situé au septième étage où la vue sur Paris faisait oublier la nourriture. En parler en levant les

yeux au ciel, le regard vide, l'air nostalgique.

**Revue de droit d'Assas** : on ne sait pas où on peut la trouver. Mais ça a l'air bien.

---

S

**Strat.** : vient de droit administratif. Passage obligé mais ô combien douloureux. Adoucement pour la suite.

**Stress** : une semaine lui est dédiée.

---

T

**Travaux** : terminés en 2010. 2011. 2012 ? Bientôt.

**Travaux dirigés** (T. D.) : séance de flagellation hebdomadaire à des horaires improbables.

---

U

**Université** : *alma mater*<sup>4</sup>.

**Urinoirs** : elles s'y rendent en groupe, lui, en vieux loup solitaire.

---

V

**Vaugirard** : pour les petits. (Comp. **Panthéon**)

**Vestiaire des professeurs** : sas où le \*professeur peut enfiler une robe avant de filer dans l'arène.

**Vigile** : sphincter vous donnant l'impression d'être un privilégié.

---

<sup>4</sup> Mère nourricière.

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

# Grand Deux

# Au tour du droit

## Grand A

### *Droit sans frontières*

Petit mélange des genres juridiques  
sur une même thématique :

la part de la doctrine dans  
la création du droit public

### *Petit un*

#### *Avant-propos*

Propos introductifs p. 30

### *Petit deux*

#### *Droit public général*

Réflexions sur le rôle  
de la doctrine en droit public p. 31

### *Petit trois*

#### *Droit des libertés fondamentales*

La part de la doctrine dans la  
création du droit des libertés  
fondamentales p. 34

### *Petit quatre*

#### *Droit constitutionnel*

La part de la doctrine dans la  
création du droit constitutionnel p. 39

### *Petit cinq*

#### *Droit des contrats administratifs*

La part de la doctrine dans la  
création du droit des contrats  
administratifs p. 46

### *Petit six*

#### *Droit de la responsabilité de la puissance publique*

La part de la doctrine  
dans la création du droit de la  
responsabilité de la puissance  
publique p. 57

## Grand B

### *Passage aux actes*

Un colloque se fait, la revue en  
prend acte(s)...

Le secret et les professionnels.  
Deuxième colloque de la *Revue  
de droit d'Assas*

### *Petit un*

Le secret et les journalistes p. 64

### *Petit deux*

Le secret et les avocats p. 68

### *Petit trois*

Le secret et les banquiers p. 74

# Petit un du Grand A :

---

## avant-propos

### Propos introductifs

**Olivier Beaud**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**S**ur un sujet aussi délicat et complexe que « la part de la doctrine dans la création du droit public », on ne peut attendre de propos introductifs que de simples impressions dont le lecteur pardonnera la teneur très subjective. La formulation de la question laisse penser que la doctrine doit être interprétée au sens restrictif de doctrine « universitaire », celle que l'on oppose à la jurisprudence.

Ainsi interprétée, la question posée appelle une réponse sans grandes nuances : la part de la doctrine dans la création du droit public est très minime. Certes, il conviendrait de différencier le bilan selon les disciplines. Il y a en certaines où, par nature, la capacité de la doctrine à déterminer la création du droit est structurellement limitée : le droit international public par exemple. En revanche, il y en a une, le droit constitutionnel, où l'on a l'impression que la doctrine joue un rôle formateur. En effet, trois révisions de la Constitution de la V<sup>e</sup> République ont été préparées par des comités d'experts au sein desquels figuraient d'éminents membres de la doctrine : la révision de 1993 (commission Vedel), la révision du 27 février 2007 sur l'article 68 (commission Avril) et la grande révision du 23 juillet 2008 (comité Balladur). Mais ce rôle créateur reste « à la marge » de l'édifice car l'architecture d'ensemble a été dessinée en 1958,

à une époque où ce sont les hommes politiques et le Conseil d'État qui ont joué un rôle majeur.

En réalité, le cas du droit administratif, longtemps considéré comme la discipline reine du droit public, fait figure de cas d'école. L'autorité qui « fait » ou « crée » le droit positif est le Conseil d'État, autorité centrale dans le domaine du droit public. Celle-ci, qui représente la grande tradition française des légistes, n'a jamais eu besoin de la doctrine universitaire pour créer sa jurisprudence prétorienne. Même quand il y avait des géants du droit administratif, comme Hauriou et Duguit, elle les a traités avec un souverain mépris. Depuis lors, elle s'essaie au « dialogue » avec la doctrine, mais c'est un dialogue entre inégaux.

Le tableau paraîtra bien noir à tous ceux qui entendent le peindre sous des couleurs plus chatoyantes. Pourtant, il suffit de compter les membres de la doctrine publiciste qui ont été nommés à des fonctions importantes de juges (Conseil constitutionnel, CJUE, CEDH, CIJ...) où ils auraient pu massivement influencer la formation du droit public, pour comprendre que la position « réaliste » ici défendue est la seule plausible. La raison en est simple : il y a un lien intime entre la situation inférieure de la doctrine et la situation marginale de l'Université et des universitaires en France<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> V. notre livre *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 321 s. (reproduit dans *Commentaire*, n° 134, été 2011, pp. 509 s.).

# Petit deux du Grand A : le droit public général

## Réflexions sur le rôle de la doctrine en droit public aujourd'hui

**Yves Gaudemet**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**S'**interroger sur la doctrine en droit public aujourd'hui, c'est à la fois tenter de la situer au regard d'autres disciplines – juridiques ou extra-juridiques – (I), mais également se demander quelle influence est la sienne dans la formation du droit positif (II).

I. La première question qui vient à l'esprit, et pour faire suite aux contributions à la précédente parution de cette *revue*, est celle de savoir quelle parenté existe entre les doctrines en droit privé et en droit public.

En réalité, les doctrines publiciste et privatiste ne sont pas identiques, ni dans leur nature, ni dans leur fonction. Deux raisons expliquent cette différence.

D'une part, le droit public est un droit essentiellement jurisprudentiel, pour reprendre les termes du professeur Chapus. Dès lors, la doctrine publiciste utilise davantage la jurisprudence que son homologue privatiste voire en reste trop tributaire ; c'est vrai même de la doctrine de droit constitutionnel depuis l'avènement de la question

prioritaire de constitutionnalité (QPC).

D'autre part, la doctrine publiciste est une doctrine éclatée entre une doctrine extérieure – une doctrine d'universitaires –, et une doctrine intérieure – celle du juge.

Cette dichotomie au sein de la doctrine publiciste a évolué au cours du temps autour d'une hiérarchie de valeurs. D'une doctrine publiciste autonome, qui comprenait d'ailleurs certains universitaires privatistes tels Demogue, Gény ou Saleilles, la doctrine publiciste s'est trop facilement convertie en une doctrine dépendante de la jurisprudence. Les commentaires de jurisprudence ont pris une place fondamentale dans ses travaux, au détriment d'une réflexion plus profonde que l'on retrouvait chez des auteurs comme Carré de Malberg, Duguit ou encore Georges Burdeau. La doctrine publiciste est trop souvent une doctrine de l'immédiateté, en somme une doctrine qui s'en tient à « l'écume des jours » de la jurisprudence. En outre, la doctrine est trop prolix. Cette affluence s'explique par l'accessibilité toujours plus grande de l'information et par les exigences de la

carrière universitaire. Cette carrière reposant dorénavant sur un système d'avancement qui n'est pas automatique, les jeunes universitaires, tout en conservant leur indépendance, sont plus attentifs à leurs destinataires. Or, la doctrine a besoin de temps pour aboutir à de vraies réflexions. Les célèbres échanges d'idées, par exemple entre Hauriou et Duguit ou encore entre Eisenmann et le doyen Vedel, qui étaient vifs, qui se nourrissaient par articles interposés et qui s'étendaient sur plusieurs années, n'existent plus. La course à la rapidité a remplacé le dialogue, souvent au détriment de la richesse des travaux.

En revanche, la doctrine publiciste a su conserver une vision globale du droit, contrairement, peut-être, à la doctrine privatiste, qui s'est souvent morcelée au fur et à mesure que le champ du droit privé s'est étendu. La doctrine publiciste est une : elle ne connaît pas de morcellement disciplinaire. Pour s'en convaincre, il suffit d'étudier les travaux du professeur Jean Combacau : internationaliste réputé, il a toujours su conserver une vision globale de notre droit public. Certes, on observe une tendance à la spécialisation de certains auteurs. Cette spécialisation, parfois liée à l'exercice d'activités extra universitaires, n'est pas une menace pour l'approche globale du droit public, approche qu'il faut protéger. La doctrine publiciste, que ce soit dans la réforme annoncée du concours d'agrégation ou dans les modalités de recrutement des jeunes collègues, est attachée à promouvoir la connaissance généraliste des universitaires. Cette approche généraliste est importante pour la qualité du droit et pour les étudiants qui en bénéficient.

Il existe peut-être une autre différence de taille, et dont on parle peu, entre doctrine en droit privé et doctrine en droit public. L'objet d'étude de la doctrine publiciste n'est, en effet, pas seulement le droit public. La doctrine publiciste n'ignore pas le droit privé ; elle n'exclut pas la doctrine privatiste. Elle utilise d'ailleurs largement, dans ses travaux, les recherches de la doctrine privatiste. La réciproque n'est pas vraie. L'étude des règles du droit public dans des travaux de droit privé relève de l'exotisme. Il est rare que, par exemple dans les études relatives au contrat, les privatistes s'intéressent aux contrats administratifs qui génèrent pourtant quelques milliards d'euros par an – pour ne parler que des contrats conclus par les collectivités territoriales.

Il est ensuite intéressant de s'interroger sur les rapports entre la doctrine publiciste et l'économie. Force est alors de constater que ces rapports sont moins paisibles. Ils sont mêmes ambivalents. La macroéconomie et les travaux de l'École de Chicago qui prétendent juger de la rentabilité du droit sont restés assez largement inintelligibles pour le droit public et aujourd'hui passés de mode. En revanche, l'économie d'entreprise est essentielle pour comprendre le droit public économique et le droit fiscal. Par exemple, lorsque l'État détermine la durée d'une délégation de service public, il prend en considération l'inscription comptable des amortissements. Paradoxalement, cette économie utile n'est pas assez enseignée dans les Facultés de droit, mais elle l'est dans les grandes écoles au milieu d'enseignements juridiques dispersés et où le droit est souvent perçu comme appauvri.

Enfin, la doctrine publiciste ne peut s'éloigner, dans le cadre de son travail, de l'histoire. Le droit public est historique. Il est impossible de comprendre notre système de droit public sans connaître son itinéraire historique au moins depuis le milieu du *XVII<sup>e</sup>* siècle, date qui correspond notamment à l'apparition de l'État moderne et de la juridiction administrative.

**II.** Quant à la part de la doctrine dans la création du droit public, elle semble tout à la fois dépendre des acteurs et des domaines considérés.

Les rapports avec le juge administratif d'abord – il faut comprendre le Conseil d'État – sont bilatéraux. Individuellement, les rapports sont bons. Est-ce que cette entente dépasse le cadre des relations humaines ? Oui. Les rapporteurs publics, anciens commissaires du gouvernement, connaissent la doctrine. Ils la citent dans leurs conclusions. Pour autant, les juges administratifs ne se réfèrent pas assez à la doctrine fondamentale ou prospective, mais principalement dans le travail juridictionnel quotidien, lorsqu'il est question de juger les affaires du rôle. Par exemple, lorsque le Conseil d'État a créé un nouveau recours en matière contractuelle avec la jurisprudence *Tropic*, on s'est intéressé aux écrits de la doctrine. En revanche, la doctrine joue un rôle limité sur les questions relatives aux équilibres institutionnels. Dans ce domaine, elle est très suiviste. Lors de la

discussion portant sur l'impartialité du Conseil d'État devant la Cour européenne des droits de l'Homme, la doctrine s'est montrée timide alors que les juges de Strasbourg remettaient en cause l'acteur majeur de notre droit public.

La place de la doctrine en droit public dépend ensuite beaucoup des domaines du droit public. En droit public des biens, de l'Ancien Régime à l'adoption du Code général de la propriété des personnes publiques en 2006, la doctrine a toujours été une source d'inspiration. Ce rôle prescriptif se trouve également en matière fiscale et dans le cadre de l'arbitrage. En revanche, en ce qui concerne les équilibres institutionnels, et par exemple la création des autorités administratives indépendantes ou l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité, le rôle de la doctrine est sans doute moindre qu'autrefois. Par rapport au *xix<sup>e</sup>* siècle, le politique ignore aujourd'hui assez largement la doctrine. À titre d'exemples, arrêtons-nous sur la question prioritaire de constitutionnalité. Les universitaires consultés sur cette question ont trop souvent été utilisés comme une source de légitimation d'une réforme déjà engagée. Les auteurs qui avaient écrit avant la réforme constitutionnelle de 2008 en tenant des propos plus prudents n'ont pas été entendus.

Une troisième voie intermédiaire réside dans la fonction prélegislative de la doctrine. Ainsi, sous les *III<sup>e</sup>* et *IV<sup>e</sup>* Républiques, les Facultés de droit étaient consultées sur les grandes réformes. Lorsque Jean Foyer, professeur de droit, était garde des Sceaux, cette pratique avait été réhabilitée.

L'Institut d'études législatives, créé un temps au sein de l'Université de Paris II, devait accueillir différents travaux ; il n'en a été ainsi ni des travaux du Code général de la propriété des personnes publiques, ni des différents travaux de l'Association Henri Capitant sur le droit des obligations, des biens et de la prescription. Aujourd'hui, les membres de la doctrine sont consultés dans le cadre de commissions, au gré des rapporteurs. La consultation organisée n'a pas pour but de recueillir l'avis de la doctrine sur un point précis d'une réforme envisagée, mais seulement l'avis particulier d'une personne qualifiée.

L'élaboration du Code général de la propriété des personnes publiques constitue un bel exemple de participation de la doctrine à la construction du droit public. Trois lois d'habilitation, une codification à droit non constant, le terme « propriété publique » ne figurant pas dans les lois d'habilitation, cinquante-sept réunions de travail et pourtant, la doctrine et le Conseil d'État ont réussi à élaborer un véritable code. Cette ordonnance est le résultat de la conjonction entre une doctrine active en droit public des biens et la volonté du Conseil d'État de clarifier les règles existantes dans ce domaine. Le Conseil d'État a choisi de saisir l'occasion qui se présentait à lui. Avec le concours d'universitaires et de l'Institut de la gestion déléguée, il a élaboré les projets de textes repris ensuite dans l'ordonnance. Le caractère « propriétaire », élément fondamental de l'ordonnance du 21 avril 2006, est assurément le fruit de la doctrine.

# Petit trois du Grand A : le droit des libertés fondamentales

## L'apport de la doctrine au droit des libertés fondamentales

**Henri Oberdorff**

Professeur à l'Université de Grenoble (Pierre Mendès-France)

Tenter de discerner l'apport de la doctrine aux libertés fondamentales est devenu un exercice redoutable dans le climat d'obsession sécuritaire qui nous environne. N'assiste-on pas au crépuscule des libertés comme s'interroge un récent colloque<sup>1</sup> ? Les « droits de l'homme » sont moqués souvent pour leur naïveté supposée pour les questions plus sérieuses de défense de la démocratie face à de nouveaux risques. Si une doctrine des libertés fondamentales existe, elle a de plus en plus de difficultés à faire sa voix raisonnable. Il est vrai qu'il reste difficile d'identifier sociologiquement et intellectuellement la réalité d'une telle doctrine juridique en France. On considère en général qu'elle est composée par les universitaires qui s'expriment dans des livres, des articles de revues spécialisées ou à l'occasion de colloques et de conférences. Mais, les enseignants-chercheurs juristes font-ils suffisamment usage de leur liberté académique pour constituer vraiment une doc-

trine ? En plus, leur travail académique est-il suffisamment connu, alors qu'ils ne sont plus forcément sollicités par les médias dont le rythme ne permet plus toujours une exposition suffisante des idées complexes ? En revanche, il serait intéressant de relever l'investissement des juristes français, spécialistes de libertés fondamentales, au-delà des grandes équipes universitaires de recherche, dans les associations de défense des droits de l'Homme ou dans des laboratoires d'idées dits souvent « *Think Tanks* ». Ces derniers contribuent de plus en plus à l'avance des idées pour les politiques publiques ou les chantiers législatifs. En définitive, si la doctrine existe en tant que groupes de spécialistes, a-t-elle, elle-même, une doctrine ? C'est moins certain, comme des travaux le montrent parfois<sup>2</sup>. Concernant plus particulièrement le droit des libertés fondamentales, on peut essayer de discerner les différentes formes d'apport de la doctrine. Les ouvrages ne manquent pas, les ini-

<sup>1</sup> « Des droits fondamentaux à l'obsession sécuritaire : mutation ou crépuscule des libertés publiques ? », Institut Michel Villey et Institut Carré de Malberg, Paris, 14 mai 2010.

<sup>2</sup> F. Terré, « A propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine », *RDA* n° 3, févr. 2011, p. 38 ; M. Boudot, « La doctrine de la doctrine de la doctrine... », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007, 59.

tiatives éditoriales non plus. La littérature scientifique dans ce domaine est de plus en plus présente aussi bien sous une forme classique que numérique. Il est très important de souligner ici que le droit des libertés fondamentales, y compris parmi les disciplines juridiques, a une place à part, surtout parce qu'il prétend à juste titre à l'universalité, à la différence d'autres droits ayant plus une attache nationale ou régionale.

### **I. La doctrine et la formation des citoyens au droit des libertés fondamentales : comprendre pour mieux expliquer**

À ce niveau, la doctrine remplit bien sa fonction, même si on peut toujours attendre plus et mieux. Elle participe à une bonne connaissance du droit des libertés fondamentales, d'abord par les étudiants qui ont l'obligation de suivre ce cours en troisième année de licence en droit, ensuite par les candidats au métier d'avocat qui ont une épreuve spécifique d'examen sur cette question. Il s'agit pour les professeurs de présenter le mieux possible ce droit. La tentation peut-être grande de se contenter de passer en revue les différents régimes juridiques des grandes libertés et des principaux droits de l'Homme. Dans ce cas, l'apprentissage pédagogique se résume à des explications claires, bien informées des réglementations en cours comme des jurisprudences fondamentales. Certains manuels s'attachent plus à une présentation fonctionnelle et positiviste, sans suffisamment de réflexion sur le fondement et la justification de ces libertés. La tentation est d'autant plus forte d'aller dans ce sens, que la technicité du droit s'adapte bien aux mutations parfois étroitement professionnalisantes de nos universités contemporaines. Les structures des études de droit évoquent de plus en plus actuellement la notion d'école de droit. Dans ce cas la technique juridique, ou la science pure du droit chère à Hans Kelsen, est mise en avant aux dépens des valeurs qui structurent les libertés fondamentales.

Or, le droit des libertés fondamentales ne peut être convenablement compris si sa présentation se contente de descriptions de techniques juridiques. Il suppose d'aller aux sources des libertés fonda-

mentales d'autant que ce droit est au carrefour de différentes disciplines : le droit public, le droit privé, l'histoire du droit, la philosophie politique. « La pluridisciplinarité qui le caractérise n'est pas, en effet, un but en soi, mais une méthode permettant d'accéder à l'essentiel [...], une unité profonde de ce droit [...] dont l'âme est de prôner l'absolu respect de la dignité de la personne humaine, sans distinction d'âge, de fortune, d'état de santé, de capacités intellectuelles, d'opinion, de sexe ou de race<sup>3</sup>. »

Aller au-delà de la description est indispensable pour tenter de cerner les valeurs que ces libertés mettent en œuvre. La démarche n'est pas forcément très facile, car elle quitte la technicité du positivisme juridique si cher aux facultés de droit. Le pourquoi l'emporte alors sur le comment. D'éminents auteurs nous ont pourtant montré la voie à suivre, comme Michel Villey : « contre l'histoire positiviste, le temps est venu de redécouvrir la dépendance congénitale des sciences juridiques par rapport aux ontologies et représentations du monde inventées par les philosophes<sup>4</sup> ». Des auteurs contemporains poursuivent cette étude de la théorie générale des droits et des libertés afin de bien faire comprendre que « leur régime juridique est l'expression d'une philosophie politique et dépend des diverses conceptions de l'homme et de sa liberté<sup>5</sup> ». Néanmoins, cette approche est parsemée d'obstacles théoriques pour expliquer d'où viennent ces libertés fondamentales. Il ne s'agit pas ici de passer en revue les différentes théories philosophiques qui sont mobilisées pour expliquer l'existence de ces libertés, mais de constater assez vite qu'aucune n'est totalement satisfaisante. L'apport de la doctrine est alors essentiel pour faire comprendre aux étudiants, et au-delà, que les libertés fondamentales découlent d'une certaine conception de l'homme et de sa dignité. La description ne suffit pas, l'explication et donc la recherche d'une certaine vérité sont alors incontournables. Cette complexité des libertés doit être exposée et non pas assénée comme des tables de la loi. C'est l'honneur et la difficulté de la tâche de l'enseignement du droit des libertés fondamentales.

<sup>3</sup> G. Lebreton, *Libertés et droits de l'homme*, Colin, 8<sup>e</sup> éd., 2009, p. 1.

<sup>4</sup> M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Cours d'histoire de la

philosophie du droit, Montchrestien, 1975, préface, p. 1.

<sup>5</sup> M. Levinet, *Théorie générale des droits et des libertés*, Bruylant, 2010, p. 17.

## II. La doctrine et la défense permanente du droit des libertés fondamentales : dénoncer pour mieux défendre

La doctrine, compte tenu de sa propre liberté académique, a, ou devrait avoir, le souci de dénoncer les atteintes aux libertés pour mieux en assurer la défense. Cela suppose d'aller au-delà de la présentation de telle ou telle liberté fondamentale. Mais l'exercice est plus difficile qu'il n'y paraît, surtout lorsqu'il s'agit d'un cours fait à des étudiants ou d'un manuel de la discipline. Pourtant, cela est souvent réalisé, par exemple au travers de la présentation et de l'analyse des jurisprudences résultant de violations des libertés fondamentales. Jean Rivero, qui était un vrai professeur dans la cité, ne manquait pas de bien nous indiquer dans son manuel : « Tout aussi universelle que leur reconnaissance dans les textes est leur méconnaissance dans les faits<sup>6</sup>. » La présentation indispensable des textes<sup>7</sup> ne suffit pas à donner une bonne connaissance de la pratique et du respect des droits fondamentaux dans nos sociétés.

La doctrine n'est pas en dehors du monde et de la société dans laquelle elle vit. De ce point, là aussi, la liberté académique est indispensable. En effet, « tout en veillant à la modération des points de vue, forcément liés à une conception déterminée de l'homme, l'enseignement des droits et des libertés s'accompagne de l'inévitable expression des convictions<sup>8</sup>. » Cet enseignement ne peut rester une observation froide et désincarnée de textes, il doit tenter d'éclairer les pratiques et de dénoncer les violations. Il ne s'agit pas de transformer le métier des auteurs de la doctrine en celui de journalistes d'investigation, mais de s'aider des travaux que ces derniers mènent ou de plonger dans les rapports annuels des organisations non gouvernementales de défense des droits de l'Homme pour mieux percevoir la réalité du respect des libertés fondamentales.

La doctrine du droit des libertés fondamentales s'appuie de plus en plus sur la jurisprudence et notamment celle de la Cour européenne des

droits de l'Homme pour constater les violations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette valorisation des jurisprudences européennes est une nouvelle réalité doctrinale, comme en attestent les importantes publications qu'elle génère<sup>9</sup>. La doctrine a joué un rôle bénéfique pour une meilleure connaissance de l'europeanisation des droits fondamentaux. Cela a certainement incité les autorités françaises à avoir moins de réticences à l'égard de l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Par ailleurs, il semble impossible de présenter des éléments essentiels du droit des libertés fondamentales sans tenter de les replacer dans leur fonctionnement pratique ou leur contexte. Les exemples fourmillent : la présomption d'innocence et son respect par les médias ; les droits des détenus et le fonctionnement réel des prisons ; les droits des étrangers et le fonctionnement des centres de rétention ; les droits des malades et les évolutions du système hospitalier ; le droit au respect de la vie privée et le développement de la vidéoprotection ; la liberté individuelle et les développements de la société numérique... Évidemment cet exercice salutaire de comparaison des textes et des faits est loin d'être facile, mais il doit être un des objectifs d'une doctrine ambitieuse. Cela amène parfois à des jugements sévères sur la distinction entre la théorie et la pratique des droits de l'Homme, comme le fait à juste raison, Patrick Wachsmann : « notre conviction est qu'il y a en France un mépris souverain pour le droit et ses contraintes ainsi que pour les libertés. Derrière les déclarations enflammées en faveur de la liberté, un refus viscéral d'en garantir l'exercice<sup>10</sup>. »

## III. La doctrine et l'évolution du droit des libertés fondamentales : tracer des perspectives pour des adaptations indispensables

Enseigner et défendre les libertés fondamentales, la doctrine sait globalement le faire, même si elle prend des voies parfois compliquées pour y

<sup>6</sup> J. Rivero, *Les libertés publiques*, 1-Les droits de l'homme, PUF, Thémis, 1978, p. 217.

<sup>7</sup> H. Oberdorff et J. Robert, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 2011.

<sup>8</sup> M. Levinet, *Théorie générale des droits et des libertés*, Bruylant, 2010, p. 20.

<sup>9</sup> Frédéric Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire,

M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 5<sup>e</sup> éd., 2009.

<sup>10</sup> P. Wachsmann, « Nouvelles techniques permettant des restrictions aux libertés publiques ou de la protection des libertés dans la société du spectacle », contribution au colloque déjà cité, Paris, 14 mai 2010.

arriver ; il est moins certain qu'elle contribue, elle-même, à l'évolution du droit des libertés fondamentales. Olivier Beaud considère d'ailleurs que la doctrine, à part quelques exemples notoires<sup>11</sup>, aurait déserté ce terrain d'une théorie des libertés publiques pour seulement les exposer et les présenter<sup>12</sup>.

Pourtant, dans une démocratie, la doctrine peut contribuer à éclairer les représentants du peuple sur les valeurs sur lesquelles la société est construite, sur les conséquences de certains choix législatifs sur ces valeurs essentielles et sur les évolutions juridiques à envisager compte tenu des transformations de la société. Elle est à même de conseiller ou de suggérer compte tenu de ses études sur l'origine et la réalité des pratiques concernant les libertés fondamentales. Elle est en partie la gardienne du temple de ces libertés, mais elle n'est pas qualifiée en tant que telle comme représentante du peuple, même si les représentants légitimes du peuple ont été aussi en partie formés par cette doctrine universitaire sur les bancs des facultés de droit.

On en vient à ce niveau à tenter d'analyser, « qui fait la loi ? », au-delà de la formule classique et magistrale de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ; « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par ses représentants, à sa formation. » De son côté, l'article 34 de la Constitution précise que : « La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques [...] ». Des études de sociologie juridique nous permettent de constater que la fabrication de la loi est un exercice plus complexe que les textes ne l'affirment. De nombreux acteurs interviennent pour nourrir la politique législative, y compris en matière de libertés fondamentales, comme le Parlement, le pouvoir exécutif, l'administration centrale, les

instances consultatives auprès de l'État, plus particulièrement le Conseil d'État, sans oublier le Conseil constitutionnel dans la phase finale de la procédure législative lorsqu'il est saisi et aussi à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité.

La doctrine universitaire ne joue globalement qu'un rôle modeste ou indirect, notamment en France, même si on peut relever que certains de ses professeurs sont parfois appelés à faire des rapports ou au moins contribuer à la rédaction de rapports<sup>13</sup>. Ses colloques peuvent être appréciés par les décideurs et parfois pris en compte. Est-ce parce que la doctrine serait insuffisamment productive ou insuffisamment organisée pour peser dans les débats essentiels ? Certainement pas : cette doctrine produit de très nombreux travaux qui ouvrent des perspectives<sup>14</sup> ou rappellent des exigences<sup>15</sup>. Il faudrait pouvoir en mesurer les impacts réels sur les décideurs. Cette doctrine est encore plus productive sur le plan de la théorie des droits fondamentaux lorsqu'elle est libérée des contraintes d'un enseignement classique, comme le montrent certains professeurs au Collège de France, notamment Mireille Delmas-Marty qui entreprend une réflexion générale sur les transformations juridiques de notre monde<sup>16</sup>.

Mais la doctrine sur les libertés fondamentales n'est pas (ou plus) seulement le fait des universitaires : d'autres acteurs institutionnels y contribuent, comme le Conseil d'État, la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel, les autorités administratives indépendantes spécialisées (Commission Nationale Informatique et Libertés, Défenseur des droits, Conseil supérieur de l'Audiovisuel...) sans oublier la Cour européenne des droits de l'Homme. Ne sont-ils pas plus influents que les universitaires spécialistes de droit des libertés fondamentales pour tracer des perspectives d'évolution au-delà du simple contrôle de leur respect ?

<sup>11</sup> G. Morange, *Contribution à la théorie générale des libertés publiques*, Thèse Nancy, 1940 ; Ph. Braud, *La notion de libertés publiques en droit français*, Thèse Rennes, 1968.

<sup>12</sup> O. Beaud, « Remarques introductives sur l'absence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste », contribution au colloque déjà cité, Paris, 14 mai 2010.

<sup>13</sup> Denys de Béchillon, Guy Carcassonne, Dominique Chagnollaud, Olivier Duhamel, Jack Lang, Anne Levade et Bertrand Mathieu, sept professeurs d'université sur treize membres (décr. n° 2007-1108 du 18 juill. 2007 portant création du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République) ; Denys de Béchillon au sein du comité de

réflexion sur le préambule de la Constitution (décr. n° 2008-328 du 9 avr. 2008), un professeur d'université sur douze membres.

<sup>14</sup> B. Mathieu, *La bioéthique*, Dalloz, 2009 ; C. Girard et S. Henette-Vauchez, *La dignité de la personne humaine, essai sur le processus de juridicisation*, PUF, 2005 ; Xavier Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003.

<sup>15</sup> J. Morange, *La liberté d'expression*, Bruylant, 2009.

<sup>16</sup> M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998 ; *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, 2010 ; *Vers une communauté de valeurs*, Seuil, 2011.

Ici, il nous paraît important de rappeler qu'il est complexe en France de faire évoluer les libertés fondamentales compte tenu de l'histoire de ces libertés dans notre pays, comme si 1789 était en fait indépassable. À l'inverse, d'autres pays, notamment européens, révisent leurs Constitutions pour moderniser les libertés fondamentales. La France a beaucoup de difficultés à réviser sa Constitution surtout sur ce sujet. Les évolutions dans ce domaine proviennent plus souvent de textes internationaux, notamment européens, et beaucoup moins d'initiatives strictement françaises. Le pays qui se targue d'être celui des droits de l'Homme a beaucoup de mal à avancer sur le terrain des mutations des libertés fondamentales. Pourtant, « l'introduction d'une Charte de l'environnement dans le bloc de constitutionnalité montre qu'il est possible, et utile, de moderniser nos références constitutionnelles aux droits et aux libertés en adéquation avec les mutations technologiques et scientifiques qui s'accroissent de plus en plus, par exemple, dans le domaine du numérique, de la génétique ou des nano-technologies<sup>17</sup>. » Évidemment, sans normes constitutionnelles expresses de référence, l'inventivité des juges supplée les manques par des jurisprudences innovantes. Le rapport du comité Veil de 2008 ne manque pas de relever cette spécificité française de la manière suivante : « La responsabilité historique de la France dans l'écriture des droits de l'Homme ne peut être éludée. Et il est incontestable qu'une sorte de bizarrerie caractérise l'état actuel de notre corpus constitutionnel à cet égard : la France, matrice des droits de l'Homme et grand promoteur des valeurs humanistes dont dérive pour une large part l'idée moderne de dignité, est

l'une des rares démocraties modernes à ne pas afficher, de manière lisible, ce principe au panthéon de ses principales valeurs de référence<sup>18</sup>. »

La doctrine du droit des libertés fondamentales existe en France. Il est vrai qu'elle n'est pas, ou ne peut plus être, le seul apanage des universitaires. Elle devrait être plus écoutée par les autorités publiques surtout à l'heure des tentations populistes qui imaginent un monde de sécurité absolue jusqu'à développer la rétention de sûreté ou généraliser la vidéosurveillance même édulcorée en vidéoprotection. La doctrine universitaire sur ce droit ne peut se cantonner à éduquer et à former. Elle doit rester vigilante face aux atteintes à ces droits. Elle devrait être aussi une force écoutée de proposition pour l'adaptation des libertés fondamentales aux mutations scientifiques et technologiques de nos sociétés comme aux risques sécuritaires. De manière plus globale, l'Université doit, ici aussi, reprendre une place déterminante. Le Conseil de l'Europe le suggère clairement : « *Pour assumer leur vocation traditionnelle et développer pleinement leur potentiel au XXI<sup>e</sup> siècle, les universités doivent, en plus de mener des recherches indépendantes et de faire progresser les connaissances, contribuer constamment à développer l'ordre social et la reconnaissance des valeurs fondamentales au sein d'une société [...], promouvoir la citoyenneté démocratique [...], donner aux étudiants la capacité de s'adapter aux circonstances pratiques et leur dispenser un enseignement encourageant l'esprit critique*<sup>19</sup>. » Cela revient à donner tout son sens à la liberté académique afin de contribuer encore plus à la doctrine des libertés fondamentales.

<sup>17</sup> H. Oberdorff, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2011, p. 105.

<sup>18</sup> Rapport *Redécouvrir le préambule de la Constitution*, Comité Simone Veil, Doc. fr., 2008, p. 95.

<sup>19</sup> Recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n° 1762 (2006) sur la liberté académique et l'autonomie des universités.

# Petit quatre du Grand A : le droit constitutionnel

## La part de la doctrine dans la création du droit constitutionnel

**Pierre Brunet**

Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense  
Directeur du Centre de théorie et analyse du droit  
(UMR-CNRS 7074)  
Membre de l'Institut universitaire de France

**A**u risque de donner l'impression que les constitutionnalistes sont d'infatigables coupeurs de cheveux en quatre, il convient de décortiquer un peu le sujet pour en identifier les présupposés avant de les vérifier.

Si on l'entend comme une affirmation, on présuppose que la doctrine a effectivement créé, et crée encore aujourd'hui, du droit constitutionnel, donc qu'elle en a le pouvoir. Il ne resterait plus alors qu'à exposer ce droit. On peut aussi entendre le sujet comme une question et se demander si la doctrine a le pouvoir de créer du droit constitutionnel. On présuppose alors que la doctrine a un pouvoir de création en général et on se demande ce qu'il en est plus particulièrement en droit constitutionnel.

Dans les deux cas, l'examen des présupposés permet de soulever une question plus générale : la doctrine a-t-elle un pouvoir de création en droit ou encore en quel sens peut-elle être considérée comme créatrice du droit constitutionnel ? Et quel

droit crée-t-elle ? On mesure ainsi qu'on ne peut guère répondre à la question posée sans mobiliser une certaine théorie des sources du droit et une certaine théorie du droit.

Il faut ici distinguer trois théories possibles des sources du droit : l'une, non positiviste, une autre positiviste et formaliste, une dernière que l'on peut appeler, pour les besoins de la démonstration, réaliste.

Selon une conception non positiviste, le droit constitutionnel ne se limite pas aux normes positives créées par les organes juridiques mais s'étend à des principes moraux qui résultent d'une certaine nature des choses ou de principes sociaux qui sont essentiels à l'existence de la société. Mais en admettant que ces principes – ces valeurs – soient susceptibles de connaissance, ils ne sauraient faire l'objet d'une création quelconque. Ils s'imposent à ceux qui les « découvrent ». Mieux encore, ils s'imposent d'eux-mêmes et il n'est pas besoin de les découvrir : il suffit d'exercer son

jugement moral pour les identifier. Selon cette théorie, la doctrine ne peut créer du droit qu'en un sens très large de « créer » : elle le crée comme on dit d'un archéologue qu'il crée un site archéologique en mettant au jour des vestiges, ou comme un orchestre ou un musicien soliste « crée » une pièce musicale récemment écrite par un compositeur : ce dernier a écrit la pièce, les seconds l'interprètent pour la première fois. La création de l'un n'est pas (synonyme de) la création des autres.

Selon une conception positiviste, pris dans sa version formaliste, le droit est un ensemble de normes (de règles) créées par des organes habilités à le faire sur le fondement de normes juridiques relevant de l'ordre juridique objectif. Le droit est donc créé par les sources officielles de l'ordre juridique (Constitution, traités, lois, règlements et contrats) et ce droit est interprété par les juges. (La question de la part des juges dans la création du droit est sujet à discussion mais ce n'est ni le moment ni le lieu d'ouvrir cette boîte de Pandore.) Dans ces conditions, la doctrine ne faisant pas partie des sources officielles du droit, il n'est guère besoin d'examiner la part de sa création. Elle est tout simplement nulle.

Selon une conception positiviste dans sa version réaliste, le droit est défini comme un ensemble de normes mais un ensemble de normes résultant plutôt de l'interprétation de ces sources par ceux qui les utilisent et non déjà tout entier construit par les « sources » formelles (la Constitution, les traités, la loi...). Le droit serait donc un ensemble d'interprétations produites à partir de divers énoncés (le texte de la loi, celui de la Constitution, etc.). Dans ces conditions, on ne peut manquer de considérer que le travail interprétatif de la doctrine participe à la création des normes et donc du droit constitutionnel (mais pas seulement). Toutefois, cette même conception réaliste insiste sur le fait que toutes les interprétations ne produisent pas les mêmes effets dans le système normatif. Or, si l'on peut aisément inscrire la doctrine parmi les interprètes des sources officielles du droit, elle est sans doute la moins bien armée pour conférer une quelconque autorité à

ses propres interprétations. Certains juristes parviennent sans doute à exercer une influence notable sur les interprètes « authentiques » que sont les juges et autres autorités investies du pouvoir de décider. Mais ce ne sont que des influences, qui plus est, individuelles et non celles d'un groupe constitué<sup>1</sup>. Autrement dit, quand bien même nombre d'interprétations doctrinales relèveraient d'un discours normatif ou prescriptif, le système juridique ne leur reconnaît pas la signification objective de norme juridique. Le fait est qu'il est bien difficile de trouver, dans l'histoire comme dans la période contemporaine, une constitution, une institution politique, un mécanisme, une norme quelconque – et on voit ainsi que se pose la question de savoir ce que l'on entend par « droit constitutionnel » – qui serait le fait de la doctrine. Sauf, peut-être, à entendre par « doctrine » les juristes qui ont pu prendre part aux débats constitutifs. Et encore. Cette redéfinition serait trompeuse car si certains juristes ont certes participé à la rédaction de certaines des constitutions que la France a connues, d'une part, ils n'étaient pas les seuls, d'autre part, ils n'étaient pas encore « la doctrine » et enfin, devenus « doctrine », les juristes ont bel et bien cessé de rédiger des constitutions<sup>2</sup>.

Décidément, à bien y réfléchir, la part de la doctrine dans la création du droit constitutionnel est nulle ou quasi nulle. On pourrait s'arrêter là. On peut aussi changer de question et se demander si la doctrine sert (quand même) à quelque chose, quelque chose d'autre qu'enseigner le droit constitutionnel que créent ceux qui en ont effectivement le pouvoir. La réponse est alors doublement positive car l'usage est une relation : la doctrine sert autant que l'on s'en sert. En deux parties, cela signifie, d'une part, qu'elle peut être utilisée comme un bazar institutionnel et, d'autre part, qu'elle peut aussi faire office de précepteur de principes prétendument rationnels.

## I. Un bazar institutionnel

Il n'est pas rare de lire que certaines constitutions, ou certaines propositions de réforme

<sup>1</sup> Et dont on peut douter qu'il existe. En réalité, « la doctrine » est de ces entités que l'on invoque aussi bien pour s'entourer d'amis que d'ennemis ; elle est l'autorité sur laquelle on s'appuie pour asseoir la sienne propre ; on peut donc s'en revendiquer ou s'y soustraire à moindre frais. On mesure ainsi l'embarras de ceux

qui doivent la décrire et non plus l'invoquer.

<sup>2</sup> Certes, à l'heure où l'on écrit ces lignes, des juristes rédigent ou participent à la rédaction de constitutions, en Tunisie, au Maroc, en Egypte, ou ailleurs. Mais ils ne sont pas pour autant « la doctrine » et n'agissent pas à ce titre...

constitutionnelle furent directement inspirées par certains membres de la doctrine. Mais on ne saurait s'en tenir là : encore faut-il examiner la nature des propositions et l'usage qui en est fait.

Ainsi, pour prendre un exemple connu, on impute volontiers à Raymond Carré de Malberg la responsabilité sinon de la Constitution, du moins de certaines dispositions clefs de la Cinquième République.

On sait en effet que, dans la conclusion de son livre *La loi, expression de la volonté générale*, publié en 1931, Carré de Malberg adopte une position très critique à l'égard de l'évolution du régime représentatif qu'il qualifie d'ailleurs de « fiction<sup>3</sup> ». Se faisant visionnaire, il explique que, sauf à conférer au peuple un certain rôle dans la législation, la loi demeurera le fait des députés en sorte que l'on devra abandonner l'idée qu'elle puisse être l'expression de la volonté générale. De plus, si l'on souhaite associer le peuple à la création de la loi, il faut en outre que soient reconnus aux citoyens, d'une part, un droit de réclamation contre la loi qui puisse donner lieu à un référendum abrogatif, d'autre part, un pouvoir d'initiative législative, mais aussi, un droit d'élire le chef de l'exécutif au suffrage universel, et enfin, la possibilité pour le Parlement, comme pour le Gouvernement, de saisir le peuple par référendum.

Inversement, explique-t-il, si l'on refuse au peuple toute participation au pouvoir législatif, il faut, d'une part, éviter que le Parlement cumule le pouvoir de faire les lois avec celui de réviser la Constitution, comme c'était encore le cas sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875 et, d'autre part, chercher à limiter sa puissance. Là encore, deux mesures sont envisagées : l'une consiste en la délimitation matérielle du domaine de la loi qui permettrait au pouvoir réglementaire de retrouver quelque indépendance d'action, l'autre, consiste dans l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois qui serait confié à « une instance unique qui statuerait *erga omnes*<sup>4</sup> ».

Sans doute ces propositions de réforme ont-

elles exercé quelque influence sur ceux qui, en 1958, eurent la responsabilité d'élaborer une nouvelle Constitution dont le but avoué était précisément d'en finir avec « le régime des partis » et la souveraineté du Parlement, et nul ne saurait contester que plusieurs des mesures proposées par Carré de Malberg se retrouvent dans la Constitution de 1958. De là à faire de celui-ci un inspirateur privilégié de celle-là, il y a pourtant un pas qu'on ne saurait franchir : si influence il y eut, il faut insister sur le fait que les rédacteurs de la Constitution se sont contentés de piocher dans la pile des idées sans néanmoins retenir la cohérence propre du système que Carré de Malberg proposait. Or, en droit constitutionnel comme en droit en général, certaines dispositions normatives trouvent leur cohérence ou leur justification du fait d'être intégrées dans un ensemble plus vaste.

Il suffit pour s'en convaincre de s'intéresser à une autre création fortement influencée par la doctrine : le quinquennat. L'exemple est intéressant en ce qu'il permet de mesurer le primat du tout sur les parties.

Votée dans le but avoué d'en finir avec la cohabitation, cette réforme fut accompagnée d'une superposition de la durée des mandats respectifs du Président et des députés, la loi organique du 15 mai 2001 ayant légèrement déplacé les élections législatives après l'élection présidentielle.

L'idée de cette réforme n'était pas nouvelle : elle avait déjà été envisagée peu de temps après la révision de 1962 qui a introduit l'élection du Président au suffrage universel direct. En effet, tirant les conséquences de cette élection, certains constitutionnalistes proposaient que la France se convertisse à ce qu'ils appelaient le « régime présidentiel » à l'américaine. Ils militaient alors pour la suppression de la responsabilité du Premier ministre devant l'Assemblée et pour que soit reconnu au Président comme au Parlement le pouvoir de provoquer des élections et éventuellement de recourir au référendum. Ainsi, Georges Vedel préconisait-il une concordance des mandats,

<sup>3</sup> *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1931, éd. Sirey, réimpr. Economica, 1984, p. 216. De même, dans ses « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme » (*RDP* 1931, p. 225 s.), Carré de Malberg complète sa critique envers la domination absolue du Parlement en proposant d'introduire la procédure référendaire, seule susceptible à ses yeux de rendre au peuple sa souveraineté et lui permettant d'exprimer

réellement la volonté générale. Cet article retient l'attention à un second titre car, outre la proposition principale, on y trouve nombre de critiques à l'égard de ce que De Gaulle appellera par la suite le « régime des partis » ainsi qu'un appel à une « rationalisation du parlementarisme » dont on sait le succès qu'il remportera ensuite.

<sup>4</sup> *La loi...*, p. 222.

eux-mêmes ramenés à cinq ans. Toutefois, afin d'éviter la suprématie que confère le droit de dissolution, il demandait qu'on imaginât une procédure, dont la mise en œuvre donnerait lieu à conciliation et avertissement préalable, afin de permettre au Président comme à l'Assemblée « sur un pied de parfaite égalité », de provoquer avant terme des élections générales intéressant à la fois le mandat présidentiel et les mandats législatifs. « La règle essentielle de ce jeu, ajoutait-il, serait que si le Président ou l'Assemblée entendaient remettre en cause le mandat de leur partenaire, ils remettraient aussi en cause le leur<sup>5</sup> ».

Ces propositions avaient pour elles leur cohérence en ce qu'elles entendaient éviter que la réforme de 1962 ne laisse la Constitution de 1958 à mi-chemin entre une alternative qualifiée de « dangereuse » : « le retour au pseudo-parlementarisme de la IV<sup>e</sup> République ou l'accentuation du consulat plébiscitaire<sup>6</sup> ». L'Assemblée était pensée comme le partenaire du Président mais, précisément, un partenaire en situation d'égalité. Or, il faut bien reconnaître que, des nombreuses réformes adoptées depuis, aucune n'est parvenue à modifier profondément les termes de la seconde branche de l'alternative. Ce n'est donc peut-être pas un hasard si l'on en vient aujourd'hui à parler d'« omni-présidence ». Certes, l'expression relève d'abord de l'affrontement politique et vise à dénoncer une pratique<sup>7</sup>. On pourrait objecter que, juridiquement, le Parlement dispose des moyens d'infléchir la politique du Gouvernement – moyens que les réformes récentes ont accentués – et qu'il suffirait d'appliquer le texte de la Constitution pour en finir avec la pratique dénoncée. Mais on pourrait alors songer à une contre-objection tirée de la remarque que Vedel faisait lui-même en 1962 : « soutenir qu'un texte a toutes les vertus sauf d'être appliqué est un refuge assez abstrait ». Si l'on admet que les institutions ont, comme on dit, leur logique, on ne peut

exclure que cette pratique procède en définitive moins de choix individuels que d'une certaine nécessité. La coïncidence des élections et la superposition de la durée des mandats sont de ces toutes petites modifications qui produisent de très grands effets. Elles ont contribué à accroître la relation de dépendance entre le Président, le Parlement et le Premier ministre et à priver la fonction de ce dernier de sa raison d'être initiale. À cet égard, ceux qui plaident pour un « retour à la normalité » ne sont sans doute pas au bout de leur peine car, en la matière, tant le retour que la normalité seront des objectifs difficiles à définir autant qu'à atteindre tant que l'on n'aura pas pris la mesure du déséquilibre provoqué. Mais l'épisode est riche d'enseignements et permet de comprendre que, dans ce cas comme dans d'autres, les propositions doctrinales sont bien souvent utilisées comme des outils en vue d'une fin qui leur est étrangère : on ne prend alors que ce qui semble utile à cette fin.

Il arrive également que la doctrine constitutionnaliste fournisse d'elle-même un éventail de principes prétendument rationnels.

## II. Un précepteur de principes rationnels

La doctrine constitutionnaliste a longtemps recherché et cru trouver des principes susceptibles de servir de fondements ultimes aux constructions que les constitutions dessinent. De même, aujourd'hui, elle n'hésite pas à proposer des interprétations « justes » du texte constitutionnel, notamment lorsqu'aucun juge n'est susceptible de se prononcer pour trancher autoritairement un débat interparétatif.

Au titre des principes fondateurs, on peut penser à certaines distinctions conceptuelles très connues. Ainsi, par exemple, la distinction entre la souveraineté populaire et la souveraineté nationale<sup>8</sup>.

Cette distinction n'est pas posée par le droit

<sup>5</sup> G. Vedel, « Vers le régime présidentiel ? », *Revue française de science politique*, n° 1, 1964, p. 20 s., spéc. p. 31 ; v. aussi F. Goguel, « Réflexions sur le régime présidentiel », *Revue française de science politique*, n°2, 1962, p. 289 s.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> « La pratique de l'exécutif depuis l'entrée en fonction du Président de la République marque une inflexion, sans doute une rupture, une mutation qui vient de ce que j'appelle l'« omni-présidence ». Et lorsqu'il ne s'exprime pas – cela peut lui arriver – ce n'est pas vous qui intervenez, monsieur le Premier ministre, c'est le secrétaire général de l'Élysée qui annonce le calendrier. Ce sont des conseillers présidentiels qui donnent le contenu des réformes. Au point que, sans vous faire offense, la question se pose de savoir quelle est exactement

la tâche qui vous revient », François Hollande, AN, séance du mardi 3 juillet 2007 (discours prononcé à l'Assemblée nationale en réponse à la déclaration de politique générale du Premier ministre), [http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2006-2007\\_extra/20071001.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2006-2007_extra/20071001.asp) ; v. aussi L. Fabius, « Nicolas Sarkozy, c'est l'omniprésidence de courte vue », *La Croix*, 20 av. 2008.

<sup>8</sup> On pourrait aussi ajouter la distinction entre régime parlementaire et régime présidentiel, entre gouvernement parlementaire et régime d'assemblée, entre changements constitutionnels formels et changements constitutionnels informels, entre règles et principes constitutionnels, entre démocratie moniste et démocratie dualiste, etc.

positif lui-même mais certains énoncés du droit positif emploient l'un ou l'autre terme et parfois les deux. Sur le fondement de ces usages, la doctrine a construit une distinction qui se présente de la façon suivante : d'une part, il existe non pas une seule mais deux théories de la souveraineté ; d'autre part, chaque théorie détermine une forme de gouvernement spécifique. Ainsi, selon la théorie de la souveraineté nationale, la souveraineté appartient à la nation, or, la nation étant une personne morale abstraite, elle ne peut exercer sa souveraineté que par ses représentants, lesquels, en retour, ne peuvent être liés par aucun mandat impératif mais doivent délibérer librement. En revanche, selon la théorie de la souveraineté populaire, la souveraineté appartient au peuple ; or, le peuple étant composé d'individus concrets, ces individus n'ont pas besoin de représentants et peuvent voire doivent se gouverner directement. Dès lors, la souveraineté nationale conduirait au gouvernement représentatif, tandis que la souveraineté populaire conduirait au gouvernement direct<sup>9</sup>.

Le problème est que, en droit, les choses ne se passent pas du tout ainsi : il arrive que des constitutions attribuent la souveraineté au peuple et mettent place un régime représentatif<sup>10</sup>. Ainsi, en 1793, la Constitution montagnarde proclame que (article 7) « *Le peuple souverain est l'universalité des citoyens français* ». Elle a certes prévu que les assemblées primaires pourraient exercer une réclamation contre les lois proposées par le Corps législatif et qu'à défaut de réclamation, la loi proposée serait adoptée quarante jours après son envoi. Mais cette Constitution n'a nullement fait disparaître la représentation. Mieux encore, on ne peut guère conclure que cette Constitution mettait en place une démocratie directe, lorsqu'on sait que le domaine de la loi était très limité et que nombre de sujets importants étaient confiés au décret, acte qui échappait à la surveillance des assemblées primaires<sup>11</sup>.

De même, la Constitution de l'An III dispose (article 2) que « *L'universalité des citoyens français est le souverain* », et met en place le premier système bicaméral que connaîtra la France et ce,

sans qu'on puisse y voir la moindre trace de démocratie directe. De même encore, la Constitution de 1848 proclame (article 1) que « *La souveraineté réside dans l'universalité des citoyens français* ». Pour autant, elle ne met nullement en place le moindre gouvernement direct mais dispose que (article 20) « *Le peuple français délègue le pouvoir législatif à une Assemblée unique* ». Enfin, un siècle plus tard, l'article 3 de la Constitution de 1958 dispose que « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* » et semble, à l'aune de cette grille d'analyse, tout simplement incompréhensible.

Cette distinction entre deux théories de la souveraineté ne se vérifie donc pas dans les textes. Elle ne nous donne aucune information sur la forme du gouvernement. Dans ces conditions, à quoi sert-elle et comment expliquer qu'on la trouve si fréquemment exposée ?

Historiquement, cette distinction entre les deux titulaires de la souveraineté est systématisée au XIX<sup>e</sup> siècle par ceux qui veulent éviter tout avènement de la démocratie. On ne peut exclure que de nombreux juristes l'aient reprise à leur compte pour mieux promouvoir le gouvernement représentatif contre la démocratie, comme on oppose le bien au mal.

Sert-elle toujours à cela à l'heure où l'on parle sans difficulté de « démocratie représentative » ? Sans doute pas. Mais en présentant cette distinction comme une donnée objective, les constitutionnalistes qui l'utilisent raisonnent comme si les formes politiques devaient nécessairement découler de principes rationnels susceptibles, par eux-mêmes, d'être utilisés pour faire naître des formes politiques simples et pures : de même que la démocratie est une forme simple où le titulaire de la souveraineté est le peuple, de même le gouvernement représentatif serait une forme simple où le titulaire de la souveraineté est la nation.

Et pourtant, si la démocratie est certainement une forme simple, le gouvernement représentatif est plutôt une forme mixte<sup>12</sup> qui mêle des

<sup>9</sup> La responsabilité de Carré de Malberg n'est ici pas mince mais il fut loin d'être le seul : Duguit, Esmein, Hauriou, pour ne citer qu'eux, raisonnaient de la même façon.

<sup>10</sup> Mais on ne connaît pas de constitution qui attribuerait la souveraineté à la nation et confierait l'exercice du pouvoir législatif directement au peuple.

<sup>11</sup> Je me permets de renvoyer à P. Brunet, *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 2004, p. 263 s.

<sup>12</sup> V. B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995, rééd. Flammarion, 1996.

éléments aristocratiques peu contestables – absence de mandats impératifs, indépendance du représentant vis-à-vis des représentés – et des éléments démocratiques – l'élection directe des représentants (encore qu'on puisse même discuter ce dernier point compte tenu des modalités pratiques de l'élection et trouver le tirage au sort des représentants bien plus démocratique). Cette forme de gouvernement se combine d'ailleurs aussi bien avec la pratique référendaire qu'avec le contrôle de constitutionnalité.

Cette distinction, comme beaucoup d'autres, est contestable sinon inutile d'un point de vue logique et cognitif – mais on doit reconnaître qu'elle est très utile à ceux qui s'en servent. Elle permet en effet de dissimuler, sous un voile d'objectivité et de science, un certain nombre de jugements de valeur desquels on tire des normes et des normes que l'on fonde sur des jugements de valeur. Ainsi, de ce que la souveraineté sera déclarée populaire ici ou nationale là, on croit pouvoir justifier la nécessité de l'élection d'un président au suffrage universel ou l'existence du contrôle de constitutionnalité ou encore la limitation des pouvoirs du parlement.

En définitive, cela revient à trouver des fondements ultimes aux institutions politiques à défaut desquels ces institutions ne seraient pas rationnelles ou justes ou bonnes. Or, parce qu'une constitution vise plusieurs objectifs à la fois, elle est le fruit de choix politiques, certes justifiés mais ni toujours cohérents ni toujours rationnels. La forme de gouvernement à laquelle elle aboutit est rarement pure et les principes qu'elle proclame sont moins des fondements que des justifications *ex post*.

Par ailleurs, et enfin, parce que la constitution n'est pas toujours appliquée par un juge mais bien souvent par les organes non juridictionnels qu'elle crée, il arrive que certains conflits interprétatifs échappent à la compétence du juge constitutionnel. La doctrine n'hésite alors pas à faire valoir l'interprétation du texte qu'elle estime « exacte » ou « juste ».

On peut illustrer ce point à l'aide de l'exemple très connu tiré de l'interprétation de l'article 13 de la Constitution de 1958. Le texte dispose que le « *Président signe les ordonnances* ». Mais quelle norme contient-il ? S'emparant de cette question en 1986, la doctrine a très largement contribué à produire tout un éventail d'arguments en faveur de l'une ou l'autre position<sup>13</sup>. Pour les uns, il ne faisait aucun doute que ce texte contenait une obligation faite au Président de signer les ordonnances. Pour les autres, au contraire, il ne lui conférait aucune obligation mais une simple faculté.

C'était là donner une dimension juridique à une discussion évidemment politique ou, pour le dire autrement, habiller d'arguments juridiques des réponses très évidemment motivées par les positions politiques des uns et des autres. Or, aussi judicieux et subtils étaient les arguments des uns et des autres, cette discussion était assez vaine car seul le Président disposait réellement du pouvoir de donner une interprétation « authentique », c'est-à-dire une interprétation objectivement valide dans le système constitutionnel, de l'article 13<sup>14</sup>.

Dès lors, quand bien même la doctrine aurait voulu imposer au Président une obligation de signer les ordonnances, et fonder cette obligation sur le texte de la Constitution, elle aurait eu bien du mal à atteindre son but. Inversement, si en 1986 le Président Mitterrand s'était fondé sur l'autorité de la doctrine pour justifier sa propre interprétation de l'article 13 de la Constitution, nul n'aurait été assez dupe pour imputer, à cette doctrine, la responsabilité de la norme selon laquelle le Président dispose du pouvoir de refuser, s'il le souhaite, de signer les ordonnances : les opinions des uns et des autres n'engageaient qu'eux et, encore aujourd'hui, on ne peut y voir que des interprétations du texte, confirmées le cas échéant par celles des autorités qui seules disposent du pouvoir d'imposer les leurs.

Mais que cette discussion ait pu se dérouler dans la presse est significatif de ce que les uns et les autres raisonnaient en pensant qu'il pouvait y

<sup>13</sup> V. not. M. Troper, « La signature des ordonnances. Fonction d'une controverse », *Pouvoirs*, n°41, 1987, p. 87.

<sup>14</sup> On pourrait procéder à la même démonstration à propos de l'article 11 : on sait que De Gaulle s'en est servi pour réviser la Constitution afin d'y introduire l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. On sait aussi qu'après le référendum du 28 octobre 1962, le Conseil constitutionnel fut saisi,

par le Président du Sénat, de lois adoptées par le peuple et qu'il se déclara incompétent. Mais nul ne pouvait le saisir de la décision du Président d'utiliser le référendum de l'article 11 en vue de réviser la Constitution. De sorte qu'il faut se résoudre à l'évidence : seul le Président disposait du pouvoir de donner une interprétation juridiquement et objectivement valide de ce texte.

avoir des « interprétations vraies » du texte constitutionnel, quand l'étude du droit constitutionnel semble au contraire permettre de démontrer – plus encore que l'étude d'autres branches du droit – la relativité des interprétations, l'absence de pertinence du critère tiré de la vérité pour évaluer ces mêmes interprétations, l'absence, en définitive, de fondements rationnels ultimes du droit en général.

Si l'on peut donc sérieusement douter que la doctrine participe directement à la création du droit constitutionnel, qui plus est en tant que « doctrine », on ne peut exclure que ceux qui créent le droit constitutionnel s'en inspirent, la forçant à l'occasion comme on force une serrure espérant découvrir une mine de trésors. Mais, dans cette affaire, on ne saurait écarter le consentement du propriétaire.

# Petit cinq du Grand A : le droit des contrats administratifs

## La part de la doctrine dans la création du droit des contrats administratifs<sup>1</sup>

**Benoît Plessix**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Ce n'est qu'un paradoxe apparent que de traiter de la part de la doctrine dans la création d'une discipline – le droit administratif – dont nul n'ignore qu'elle est fondamentalement jurisprudentielle : les droits non codifiés, de source prétorienne, ont encore plus besoin que les autres du secours de la doctrine pour classer, définir, catégoriser, conceptualiser, voire théoriser les règles éparses du droit positif, les solutions casuistiques d'un juge légitimement peu soucieux de dogmatisme et statuant au gré des saisines<sup>2</sup>. C'est en revanche une gageure, tant le sujet est vaste, même limité au seul domaine des contrats administratifs : il n'est guère possible, dans les lignes qui suivent, de déterminer le rôle conscient ou l'influence inconsciente de chaque auteur dans l'élaboration de telle ou telle solution du droit positif, tant, de l'imprévision du début du xx<sup>e</sup> siècle à

l'idéologie contemporaine de la concurrence, les influences sont multiples et s'entremêlent. Et ce d'autant plus que, dans un droit prétorien, il faut également faire la part des choses dans le fameux chœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence<sup>3</sup>. Ce peut être l'ambition d'une thèse<sup>4</sup> ; ce ne saurait être l'objet d'un simple article.

Une réflexion sur le rôle de la doctrine autorise alors le choix d'un angle de vue plus particulier. La doctrine, on le sait, travaille, tel un artisan, sur le matériau jurisprudentiel : de façon technicienne, elle analyse et commente, ordonne et conceptualise les solutions du droit positif. Mais on sait aussi que la doctrine est productrice de formes et d'images ; elle n'est pas étrangère à la diffusion de certaines idées reçues ; il peut lui arriver de déformer la réalité ; elle peut être porteuse d'idéologies ou fabriquer des mythes ;

<sup>1</sup> Cette étude reprend partiellement le fruit de recherches menées dans le cadre de travaux antérieurs : B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse Paris II, 2001, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 715-744.

<sup>2</sup> Sur le rôle de la doctrine en droit administratif, voir, en dernier lieu, *La doctrine en droit administratif*, Paris, Litec, coll. « Colloques et débats », t. 26, Travaux de l'AFDA, vol. 3, 2010.

<sup>3</sup> Selon l'indémorable formule de J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, pp. 27-36.

<sup>4</sup> Dans un autre domaine, v. M. Deguerge, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Thèse Paris I, 1991, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 171, 1994.

elle peut chercher à légitimer le champ disciplinaire dans lequel elle œuvre. C'est le sort de toute pensée humaine. En d'autres termes, une matière, une discipline académique, est une construction intellectuelle. Il n'est pas interdit d'étudier la part que joue la doctrine dans la construction, comme aiment à dire aujourd'hui les juristes imbus de sciences sociales, d'un discours sur le droit.

Du reste, la matière des contrats administratifs est un terreau fertile pour que s'y développent des présentations doctrinales orientées, des jeux de miroirs déformants. L'explication tient sans nul doute d'abord à la nature même du phénomène contractuel : incarnation juridique de la liberté et de la volonté pour les uns, instrument d'oppression pour les autres, le contrat demeure porteur d'une lourde charge idéologique. On peut faire un constat similaire, tout en s'en tenant à des questions propres à la discipline scientifique : instrument unique pour la pratique, concept commun pour la pensée juridique, transcendant les distinctions académiques entre le droit public et le droit privé, le contrat est naturellement favorable aux querelles sur la spécialité des régimes juridiques ou sur l'autonomie des droits. C'est dans cette optique que l'on voudrait dire quelques mots sur la part de la doctrine dans la construction d'un droit autonome des contrats administratifs.

Or, la doctrine administrativiste a grandement contribué à ce débat fort sensible chez les penseurs du droit : elle a sans doute hier surestimé la spécificité du droit des contrats administratifs ; elle a peut-être tendance aujourd'hui à la sous-estimer.

## I. Une surestimation de la spécialité du droit des contrats administratifs

C'est un lieu commun de la pensée juridique : la science du droit des contrats administratifs s'est largement bâtie en dehors de toute influence du Code civil et de la théorie civiliste des obligations. Au regard du caractère commun du concept contractuel, et eu égard à de nombreux emprunts réalisés par le juge administratif au droit civil des contrats (en matière de vices de consentement, de cause, d'interprétation des conventions), il est aujourd'hui d'usage de critiquer cette déclaration artificielle d'indépendance. Le constat est loin

d'être erroné : il est vrai que la doctrine publiciste s'est placée d'emblée dans une position d'autonomie affirmée vis-à-vis du droit privé, et cette posture doctrinale l'a sans doute conduit à sous-évaluer l'analogie du phénomène contractuel par-delà la césure académique entre le droit privé et le droit public. Dans un contexte politique, jurisprudentiel et doctrinal longtemps hostile à la dualité de juridiction et à l'autonomie du droit administratif, la jeune doctrine administrativiste du <sup>xx</sup> siècle a sans doute quelque peu forcé le trait de l'autonomie pour mieux institutionnaliser et légitimer l'existence d'un droit administratif spécial dans le champ du savoir universitaire et des sciences juridiques françaises. Mais tout constat un peu trop péremptoire comporte aussi sa part d'excès : comme en témoigne le souci de la recherche d'une définition contentieuse du contrat administratif, la doctrine publiciste a dû parfois volontairement ignorer un droit civil qui ne pouvait et n'avait rien à lui apporter pour résoudre des questions propres à l'élaboration d'une nouvelle discipline juridique. Les singularités ne sont pas toutes des constructions artificielles, y compris dans une matière où le contrat semble un instrument juridique commun aux droits privé et public et où il existe une antériorité indiscutable du droit privé des contrats, au point de voir souvent dans la théorie civiliste des obligations un droit commun des contrats.

### A. La préoccupation d'une définition contentieuse du contrat administratif

Historiquement, l'expression « contrat administratif » est liée au problème de la détermination du juge compétent. En d'autres termes, depuis ses origines, la notion de contrat administratif n'a jamais eu pour objet de qualifier un type d'instrument contractuel précis, mais seulement de donner un nom à l'ensemble des conventions dont la connaissance échappe à la compétence des juridictions judiciaires. Ce serait donc faire un mauvais procès d'intention que d'accuser la doctrine publiciste d'avoir ignoré les définitions offertes par le droit civil, alors qu'il lui importait surtout d'identifier l'ensemble des critères, d'origine légale ou jurisprudentielle, permettant de rattacher des pratiques conventionnelles de l'Administration à la compétence du juge administratif français, plutôt que de savoir si

les contrats administratifs étaient unilatéraux ou synallagmatiques, onéreux ou gratuits, consensualistes ou formalistes, commutatifs ou aléatoires.

L'auteur qui, en l'espèce, a profondément marqué de son empreinte le droit des contrats administratifs est Édouard Laferrière, ce qui est assez paradoxal car, en matière contractuelle, il est un homme du passé. S'il en est ainsi, c'est parce que le père fondateur du droit administratif, l'éminent vice-président du Conseil d'État, s'est entièrement fondé sur la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion. Initiée avec beaucoup de modération par Léon Aucoc, cette distinction part d'un postulat simple. Il ne suffit pas qu'un acte soit le fait d'un agent public et qu'il ait été pris dans un but de service public pour qu'il reçoive le caractère d'acte administratif et ressortisse aux juridictions administratives ; encore faut-il que sa nature propre traduise la présence de la puissance publique. D'où une distinction à faire. Il est d'abord des actes dans lesquels les autorités administratives se présentent sous les traits de la puissance publique, en exerçant des prérogatives de commandement : ils relèvent alors de la compétence du juge administratif car leur nature même implique qu'ils doivent échapper au droit commun. Il est ensuite des actes que l'Administration accomplit comme gérant ou intendant de ses services publics et dans lesquels la puissance publique n'intervient pas : parce qu'ils visent des opérations qui s'effectuent dans des conditions identiques à celles des particuliers, de tels actes de gestion relèvent de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

Dans le cadre de cet exposé, on devine aisément la place réservée par Laferrière au contrat en droit administratif. Pour lui, le contrat est le type même de l'acte de gestion. Parmi toutes les conventions que l'Administration est amenée à conclure, deux grandes catégories se dessinent : d'une part, celle qui regroupe les contrats passés dans l'intérêt du domaine privé ; d'autre part, les contrats passés pour assurer le fonctionnement

des services publics<sup>5</sup>. Or, toutes ces multiples conventions correspondent à des actes de gestion. En effet, l'exploitation et la mise en valeur des biens domaniaux de l'Administration sont le type même d'opérations qui s'effectuent dans des conditions identiques à celles d'une personne privée. Pareillement, lorsque l'Administration contracte dans le but d'assurer le fonctionnement des services publics dont elle a la charge, elle ne fait qu'user du même procédé que celui utilisé par les personnes privées, de telle sorte que « c'est encore l'autorité judiciaire qui est compétente en principe et sous réserve des exceptions légales<sup>6</sup> ».

Toutefois, Laferrière est bien obligé de tenir compte de l'existence d'un contentieux administratif contractuel loin d'être négligeable. Il s'en sort alors en présentant le droit des contrats administratifs comme une exception à la distinction entre l'autorité et la gestion. Deux hypothèses sont à envisager. La première est celle où le contrat, alors même qu'il a été passé dans l'intérêt du domaine privé ou d'un service public, relève de la compétence du juge administratif en vertu d'une dérogation légale. Tel est le cas des baux de sources minérales<sup>7</sup> ; tels sont surtout les cas des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures de l'État<sup>8</sup>. Il s'agit alors de contrats administratifs « *par détermination de la loi*<sup>9</sup> ». La seconde hypothèse est celle dans laquelle la puissance publique se manifeste dans un acte contractuel. Bien que l'hypothèse soit rare, il peut arriver que certains contrats excèdent les facultés que le droit privé reconnaît aux citoyens et ne peuvent se réaliser qu'avec le concours de l'autorité publique et en vertu des pouvoirs dont elle dispose. Tels sont, par exemple, les cas de la concession<sup>10</sup> ou de l'affectation d'un bien de l'État au service public ou d'utilité publique<sup>11</sup>. De telles conventions, étant « de véritables actes de puissance publique auxquels s'ajoute un élément contractuel<sup>12</sup> », échappent de plein droit à la compétence judiciaire, en vertu du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. En d'autres termes, « quand

<sup>5</sup> É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 2<sup>e</sup> éd., 1896, t. 1, p. 587.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 588.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 591-594.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 597-598.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 588.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 604-610.

<sup>11</sup> *Ibid.*, pp. 610-614.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 604.

l'administration agit comme puissance publique, et que l'accord de volontés survenu entre elle et des tiers n'est en quelque sorte que l'accessoire et la condition de l'acte administratif qu'elle accomplit, la compétence est administrative de plein droit, en vertu du principe de séparation des pouvoirs, parce que l'acte de puissance publique est l'élément qui domine ». Dans ce dernier cas seulement, « le contrat est administratif *par sa nature*<sup>13</sup> ». On le voit, Laferrière léguait une définition simple et efficace du contrat administratif : c'était le contrat relevant de la compétence administrative, soit en raison d'une dérogation textuelle, soit en raison de la nature de l'acte.

Une telle définition devait marquer pour toujours l'histoire doctrinale du droit des contrats administratifs, alors même que la distinction entre l'autorité et la gestion fut très rapidement dépassée, à partir du moment où Hauriou<sup>14</sup>, Romieu<sup>15</sup> et Blum<sup>16</sup>, à travers une réflexion doctrinale trop connue pour être ici reprise, devaient fonder le droit administratif moderne sur la distinction toute différente entre gestion publique et gestion privée. C'est dire que le cadre d'exposition de Laferrière fut rapidement obsolète car, pour lui, un contrat ne pouvait jamais être, du moins en principe, un acte administratif, tant était ancrée cette idée que le contrat n'appartenait qu'au droit privé et qu'à partir du moment où l'Administration l'utilisait, c'est que cette dernière accomplissait nécessairement l'opération pour laquelle elle avait contracté dans un esprit opposé à toute idée de puissance et de commandement. Tout au contraire, le droit administratif moderne posa le principe inverse que n'importe quel contrat pouvait être considéré comme un acte administratif à partir du moment où il était conclu en vue de l'exécution d'un service public, à condition toutefois, devait ajouter Léon Blum, que le contrat, par sa nature même, en raison de sa forme et de sa contexture, soit bien de ceux que

seule une personne publique peut passer ; en d'autres termes l'avènement du droit administratif moderne n'excluait pas de prendre en compte la volonté de l'Administration de se comporter à la façon d'un particulier. Ainsi naissait l'alliance des critères du service public et des prérogatives exorbitantes du droit commun.

Pour autant, la définition de Laferrière ne devait pas disparaître. C'est que d'une part, il avait donné une définition purement contentieuse du contrat administratif, ce qui ne pouvait que séduire la jeune doctrine publiciste du xx<sup>e</sup> siècle qui, tel Gaston Jèze, avait pour postulat scientifique de structurer le droit administratif moderne à partir du matériau jurisprudentiel, de théoriser la jurisprudence du Conseil d'État. D'autre part, sa distinction entre contrats administratifs par détermination de la loi et contrats administratifs par nature ne pouvait qu'intéresser une doctrine en quête de classification binaire. Il est inutile d'insister bien longtemps sur la séduction opérée et qu'opère toujours sur la doctrine publiciste française cette distinction des contrats publics selon que c'est la loi ou la jurisprudence qui en détermine le caractère administratif. Classification remarquablement commode, une telle distinction a pu ainsi *absorber* tout au long du xx<sup>e</sup> siècle, de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* à l'arrêt *Société Entreprise Peyrot*, les péripéties de la définition du contrat administratif par le Conseil d'État.

Telle fut donc la préoccupation constante de la doctrine publiciste française<sup>17</sup>. De Gaston Jèze<sup>18</sup> à Laurent Richer<sup>19</sup>, en passant par Péquignot<sup>20</sup> et Laubadère<sup>21</sup>, la doctrine publiciste, contrainte de suivre les évolutions de la jurisprudence administrative, a consacré une grande partie de ses écrits à la définition contentieuse du contrat administratif. Or, cette quête doctrinale, propre à la matière, ne pouvait trouver aucun point d'appui dans les écrits des civilistes. L'artificialité eût été

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 508.

<sup>14</sup> M. Hauriou, *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Paris, Larose, 1899. Sur cet apport majeur, voir l'étude de J. Rivero, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », dans *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 461-471.

<sup>15</sup> J. Romieu, concl. sur CE, 6 févr. 1903, *Terrier, Lebon*, p. 94.

<sup>16</sup> L. Blum, concl. sur CE, 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges, Lebon*, p. 909.

<sup>17</sup> Dans la première moitié du xx<sup>e</sup> siècle, nombreuses sont les thèses consacrées à ce problème : pour l'une des plus intéressantes, voir J. Rouvière, *À quels signes reconnaît-on les contrats administratifs ?*, op. cit. Pour une époque plus récente, on a un bon aperçu de l'état d'esprit de la doctrine publiciste en consultant les

seuls *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, t. II : voir les deux articles de J. Lamarque, « Le déclin du critère de la cause exorbitante », pp. 497-518 et P. Weil, « Le critère du contrat administratif en crise », pp. 831-848.

<sup>18</sup> G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Giard, 1925, 3<sup>e</sup> éd., t. III, pp. 297-511.

<sup>19</sup> L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 6<sup>e</sup> éd., 2008, pp. 90-134.

<sup>20</sup> G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Pedone, 1945, pp. 59-178.

<sup>21</sup> A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1983-1984, t. I, pp. 125-468.

ici de suivre servilement une doctrine privatiste qui n'offrait aucun élément de comparaison utile. Mais cette mise au point n'enlève rien au fait que, lorsque la doctrine publiciste s'attela à l'élaboration du régime des contrats administratifs, elle le fit, effectivement, dans une volonté d'autonomie qui a conduit à minimiser artificiellement les facteurs de rapprochement entre le contrat privé et le contrat administratif.

### **B. L'autonomie du régime des contrats administratifs**

L'histoire de la science du droit des contrats administratifs se décline au rythme de quelques noms célèbres, certains ayant œuvré à une vision d'ensemble de la matière, d'autres s'étant limités à l'étude de questions plus précises. Dans tous les cas, l'élaboration scientifique du droit des contrats administratifs a été entièrement placée sous le signe de l'autonomie, ce qui est d'autant plus significatif que l'organisation d'une telle théorie générale date seulement des deux derniers tiers du <sup>xx</sup>e siècle, période durant laquelle la doctrine publiciste aurait eu tout loisir de s'inspirer du Code civil ou de la façon dont les civilistes rédigeaient leurs traités ou manuels de droit civil des obligations.

Ainsi, chez Gaston Jèze, fondateur du droit des contrats administratifs, l'utilisation éventuelle par le juge administratif du droit civil (vices du consentement, objet, cause) est d'entrée reléguée en introduction<sup>22</sup>. C'est que Jèze entend organiser sa présentation doctrinale autour des trois grands thèmes : conclusion, exécution et résiliation des contrats administratifs. Le plan adopté a pour ambition, moins de suivre la vie d'un contrat, que de fournir un cadre adéquat pour montrer l'importance des prérogatives administratives à chaque étape déterminante de la vie d'un contrat administratif. Aussi bien, l'étude de la formation des contrats est en réalité une présentation de l'autorité compétente pour les conclure : d'où l'étude du rôle du Parlement, des ministres, du conseil municipal. Elle est encore une présentation des procédés de sélection des candidats à un contrat : d'où la longue étude de l'adjudication.

Elle est enfin une présentation des documents contractuels : d'où l'étude des cahiers des charges et des clauses pouvant ou non être insérées dans un contrat administratif<sup>23</sup>. Autant de chapitres n'ayant aucune analogie avec ceux se succédant dans les traités et manuels de droit civil. Un constat identique peut être dressé pour l'étude de l'exécution des contrats administratifs. Comme cela est bien connu, le souci de Jèze est d'expliquer ce qui singularise le régime de l'exécution : d'où d'importants développements consacrés au pouvoir de modification unilatérale ; d'où également le souci nullement innocent d'énumérer d'abord les obligations des cocontractants de l'Administration, notamment en matière de délais d'exécution, ce qui est prétexte à un exposé sur les sanctions en cas de retard<sup>24</sup> ; d'où enfin la présentation de l'importante théorie de l'imprévision<sup>25</sup>, au terme de laquelle Jèze accepte enfin d'évoquer les droits des cocontractants de l'Administration ; et encore l'analyse ne porte-t-elle que sur le droit à la rémunération pécuniaire inscrite dans le contrat<sup>26</sup>. Par conséquent, l'œuvre de Gaston Jèze porte incontestablement la marque de l'autonomie. La raison en est simple : pour Jèze, la notion spécifique de contrat administratif n'est pas fondée sur un privilège inhérent à la puissance publique ; elle ne résulte pas de la nature de l'acte mais de son but : assurer le fonctionnement du service public. D'où la volonté de concilier la logique contractuelle et le service public. Comme on l'a pertinemment observé, une telle volonté est sans doute l'explication des imperfections du monumental traité de Jèze, ce dernier étant moins à l'aise dans l'analyse des marchés que dans celle de la concession de service public<sup>27</sup>.

Certains auteurs vont tenter d'aller encore plus loin, désireux, non plus de concilier, mais de faire triompher la notion de service public sur la logique contractuelle. C'est très exactement l'esprit qui animera le deuxième grand ouvrage de systématisation du droit des contrats administratifs, la thèse de Georges Péquignot, parue au lendemain de la seconde guerre mondiale. « Le contrat administratif, écrit cet auteur, tire

<sup>22</sup> G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. IV, pp. 3-6.

<sup>23</sup> *Ibid.*, pp. 8-179.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pp. 180-464.

<sup>25</sup> *Ibid.*, t. V, pp. 465-543.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pp. 543-848.

<sup>27</sup> Sur ce point, v. G. Salou, « Gaston Jèze et la théorie générale des contrats administratifs », *RHFD*, 1991, pp. 71-86.

ses particularités de l'insertion en son sein des règles propres au service public.<sup>28</sup> » Chez Péquignot, l'ambition est clairement affichée : le contrat administratif se distingue fondamentalement du contrat de droit privé en ce qu'il est un instrument de gestion du service public. Le droit civil a construit le contrat autour des notions de liberté et d'égalité contractuelles ; le droit administratif s'articule tout autour des notions de service public et de bonne foi. Point de volonté et d'égalité : le contrat administratif n'est rien d'autre que l'adhésion donnée par un particulier à une entreprise administrative. D'où, une fois de plus, la mise en avant doctrinale des règles de forme et de compétence et de toutes les très nombreuses prérogatives de l'Administration à l'égard de ses cocontractants. C'est pourquoi, du reste, Péquignot récuse toute explication du droit des contrats administratifs fondée sur l'idée de transposition des règles issues de la théorie générale des obligations : il y voit un procédé du passé qui doit être précisément dépassé pour bâtir une théorie véritablement originale des contrats administratifs<sup>29</sup>. C'est cette ambition qui justifie une fois de plus cette insistance doctrinale quant aux règles de forme et de compétence ainsi qu'aux très nombreuses prérogatives de l'Administration vis-à-vis de ses cocontractants.

C'est dans la lignée de ces illustres prédécesseurs que s'inscrit au début des années 1950 l'œuvre remarquable d'André de Laubadère, actualisée au début des années 1980 par les professeurs Moderne et Delvolvé. Certes, le fameux *Traité des contrats administratifs* part d'une position plus modérée : Laubadère revient à une exigence de conciliation qui ne doit point perdre de vue la nature contractuelle du contrat administratif. Mais il n'en reste pas moins que l'organisation scientifique du *Traité*, c'est-à-dire le plan choisi, vise systématiquement à refléter ce qui est propre au contrat administratif. Ainsi, en matière de formation des contrats administratifs, le publiciste se doit de présenter les habilitations préalables à la conclusion du

contrat, les règles relatives à la compétence et à l'acte d'approbation, les procédés de sélection des candidats et l'importance des cahiers des charges<sup>30</sup>. La même approche est utilisée pour décrire le régime de l'exécution des contrats : si Laubadère reconnaît volontiers que la commune intention des parties joue un rôle fondamental, il n'en demeure pas moins que ce qui fait la spécificité de l'exécution d'un contrat administratif, ce sont les idées de collaboration au service public, de prérogatives de puissance publique, de changement de circonstances et d'équilibre financier<sup>31</sup>. Dès lors, la présentation détaillée du régime des contrats administratifs a bien pour objectif de mettre en avant les obligations du cocontractant et leurs sanctions<sup>32</sup>, les interventions de l'Administration dans l'exécution du contrat<sup>33</sup> ou encore les théories du fait du prince et de l'imprévision<sup>34</sup>.

Ce souci de l'autonomie se manifeste également dans les études spécialisées. Ainsi, la thèse du professeur Dominique Pouyaud est d'autant plus significative qu'elle porte sur un sujet – les conditions de validité des contrats administratifs – qui aurait pu fort bien se prêter à une imitation des règles du Code civil. Or, la caractéristique fondamentale de son étude est de ne s'être nullement inscrite dans les schémas d'un manuel de droit civil des obligations ; tout au contraire, elle a pris l'option inverse de présenter le droit de la formation des contrats administratifs en s'inspirant du cadre offert par le régime des actes administratifs unilatéraux, c'est-à-dire en prenant pour modèle les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir ; d'où cette systématisation doctrinale articulée autour des irrégularités externes et des irrégularités internes pouvant affecter la validité d'un contrat administratif<sup>35</sup>. De même, en matière de responsabilité contractuelle, la doctrine n'a jamais cherché à inféoder artificiellement ses analyses à celles du droit civil. Il faut dire que, dès les années 1950, André de Laubadère avait contribué à donner le ton, en soulignant les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'Administration, tenant

<sup>28</sup> G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, op. cit., p. 605.

<sup>29</sup> *Ibid.*, pp. 181-186.

<sup>30</sup> A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., t. I, pp. 469-695.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 699-721.

<sup>32</sup> *Ibid.*, t. II, pp. 1-178.

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp. 377-495.

<sup>34</sup> *Ibid.*, pp. 497-630.

<sup>35</sup> D. Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, Thèse Paris II, 1989, Paris, LGDJ, coll. Bibl. dr. publ., t. 158, 1991, pp. 23-284.

à l'existence d'une responsabilité sans faute<sup>36</sup>, tonalité que suivit par exemple Philippe Terneyre dans sa thèse<sup>37</sup>.

On le voit, l'élaboration du droit des contrats administratifs a été incontestablement placée sous le signe de l'autonomie. On peut critiquer ou regretter une telle option ; mais on doit objectivement constater que la doctrine publiciste a surtout cherché à mettre en avant ce qui était, dans la jurisprudence du Conseil d'État, propre au contrat administratif. C'eût été trahir la fonction de systématisation du théoricien que de couler dans un moule artificiel les règles originales posées par le juge administratif, au risque, toutefois, de forcer le trait, de surestimer l'autonomie du droit administratif et sous-estimer corrélativement la concordance des règles entre contrat de droit privé et contrat administratif.

## II. Une sous-estimation de l'autonomie du droit des contrats administratifs

Un dogme en chasse l'autre. La doctrine contribue aujourd'hui à un tout autre regard sur le droit des contrats administratifs. La mode doctrinale n'est plus à l'autonomie : tout au contraire, il s'agit de montrer qu'il n'existe aucune différence essentielle entre le contrat privé et le contrat public, de démontrer que la matière contractuelle est et a toujours été le lieu privilégié d'une sorte de droit commun, par-delà la césure académique poussée à l'extrême en France entre le droit privé et le droit public. Ce faisant, qu'il s'agisse de réunir les éléments communs des régimes juridiques ou de démontrer l'unité du concept contractuel, la doctrine contemporaine sous-estime sans doute à son tour les singularités du régime des contrats administratifs, l'autonomie du droit applicable.

### A. La comparaison des régimes juridiques

C'est la similitude des règles qui est censée porter un premier coup au mythe de l'autonomie du droit administratif : les partisans de la thèse unitaire des régimes de droit privé et de droit public commencent donc toujours par établir la liste des concordances entre le droit des contrats administratifs et le droit civil des obligations. Sans souci d'exhaustivité<sup>38</sup>, retenons quelques manifestations de ce courant doctrinal.

Une partie de l'œuvre de Roland Drago trahit aisément une telle démarche. Du reste, Roland Drago n'avait jamais caché les intentions de certains de ses écrits : « À force d'insister sur le critère du contrat et de mettre en valeur les prérogatives de l'administration, on a souvent étouffé toute idée contractuelle. Le *do ut des* qui est l'âme du contrat a été oublié [...]. Au total, l'élément contractuel fondé sur les principes du droit civil pourrait l'emporter sur les notions spécifiques du droit administratif. Derrière une codification aujourd'hui très complète, pourraient apparaître des règles de fond qui viendraient du droit des contrats issu du Code civil ou des usages commerciaux.<sup>39</sup> » On ne saurait être plus clair : Roland Drago, profondément attaché à l'unité du droit, voulait que le droit civil « l'emporte » sur le droit administratif et en appelait à un fonds commun contractuel. Cette volonté de faire correspondre la catégorie des contrats administratifs avec celle des contrats civils l'obligeait d'ailleurs à exclure de la première les concessions de service public. Réduite à la catégorie des contrats publics dans lesquels l'élément consensuel est dominant, Drago pouvait alors aisément soutenir l'analogie entre la catégorie des contrats administratifs et celle des contrats civils, donc, au-delà, la décision de bon sens d'instaurer un droit unique<sup>40</sup>. Aussi

<sup>36</sup> A. de Laubadère, « Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration », dans *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 383-394.

<sup>37</sup> Ph. Terneyre, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Thèse Pau, 1983, Paris, Economica, 1989, p. 329 : « Il n'est donc pas déraisonnable de conclure à l'existence d'un droit spécifique de la responsabilité contractuelle en droit administratif [...]. La présence d'une personne publique dans le rapport contractuel, tout d'abord, qui, en s'engageant, ne se dépouille ni de ses prérogatives de puissance publique ni de ses objectifs d'intérêts généraux contribue à donner à la responsabilité contractuelle une physionomie particulière en droit administratif. »

<sup>38</sup> Ce travail de comparaison est en effet plus que jamais à la mode : pour quelques exemples récents, voir J. Antoine, « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties. Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », *RFD adm.* 2004, p. 80 ; C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif. Étude de droit*

*comparé interne*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, t. 102, 2011 ; F. Luxembourg, « Le fait du prince : convergence du droit privé et du droit public », *JCP G* 2008, I, 119 ; R. Noguellou, « La fin du contrat. Éléments de comparaison entre le droit public et le droit privé », *Contrats publics. Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Montpellier, 2005, t. I, p. 341 ; J.-B. Seube, « Contrats privés - contrats administratifs : points de convergence » ? *Contrats publics. Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Montpellier, 2005, t. I, p. 367.

<sup>39</sup> R. Drago, « Paradoxes sur les contrats administratifs », dans *Études offertes à Jacques Flour*, Paris, Defrénois, 1979, pp. 152-153.

<sup>40</sup> R. Drago, « Le contrat administratif aujourd'hui », *Droits*, n° 12, 1990, p. 128 : « Le paravent de l'exercice des prérogatives de puissance publique correspond à une hypocrisie. Tôt ou tard, les marchés publics et les concessions de travaux relèveront du juge ordinaire et encore mieux de l'arbitrage, sous réserve du contrôle communautaire. [...] La liberté contractuelle, l'égalité des parties, la transparence des situations, la publicité, en un mot la concurrence sont les règles essentielles de tout contrat, donc de tout contrat administratif. »

bien, pour accentuer le sentiment d'une forte identité entre droit civil et droit administratif, il utilisait quelques emprunts en les présentant comme de simples concordances traduisant un alignement du droit administratif sur le droit civil : vices du consentement<sup>41</sup>, recours au crédit ou à la notion de droit réel sur le domaine public<sup>42</sup>. Pour lui, il y avait là autant de similitudes remettant en question le prétendu mythe de l'autonomie du droit administratif et conduisant nécessairement à soulever une question de principe : « le droit du Code civil constitue-t-il une sorte de droit commun subsidiaire des marchés publics ?<sup>43</sup> »

Les écrits du professeur Jean Waline témoignent également de ce souhait de mettre en avant le mimétisme entre contrats civils et administratifs. L'esprit de comparaison anime ses écrits, anciens comme actuels<sup>44</sup>. À cet égard, sa célèbre thèse comporte une démonstration exemplaire. L'auteur parle volontairement « d'application du droit privé » pour envisager ce qui pour d'autres relève davantage d'un phénomène de transposition. Échange des consentements, formation du contrat par correspondance, promesse de contrat, vices du consentement, objet et cause, théorie des nullités, autonomie de la volonté, interprétation et effet relatif des contrats, action oblique, compensation, quasi-contrats<sup>45</sup> : autant d'exemples qui ne sont jamais présentés comme des emprunts. À chaque fois, M. Waline se borne à dresser le constat que les solutions du juge administratif en matière contractuelle rejoignent celles du Code civil et du juge judiciaire : la règle d'origine civiliste n'est présentée que comme une règle analogue au droit civil. Certes, en 1962, l'auteur parlait encore prudemment de relativisation de l'autonomie du droit administratif. Aujourd'hui, le point de vue est plus tranché : « la notion même de "contrat" est une notion juridique générale [...]. Dès lors la logique voudrait qu'à un *concept* unique corresponde une *théorie*

*générale* unique, commune aux deux disciplines, sous réserves des adaptations.<sup>46</sup> » Aussi bien, le travail de comparaison n'a d'autre but que de montrer, d'une part un affaiblissement de l'autonomie de la volonté en droit civil et, d'autre part, un rôle beaucoup plus important qu'on ne le pensait de la notion de consentement en droit administratif ; rôle que le recensement des emprunts, par exemple en matière de vices du consentement ou de cause, est précisément censé mettre en avant.

La célèbre thèse du professeur François Llorens participe du même esprit. D'entrée, l'auteur se place volontairement dans une démarche de comparaison<sup>47</sup>, dont le but, avoué dès l'introduction de sa thèse, est de lutter contre les excès d'une séparation trop tranchée entre droit civil et droit administratif : « Débarrassée du dogme paralysant de l'autonomie du droit administratif, la comparaison entre contrat d'entreprise et marché de travaux publics y gagne en intérêt. Elle prend même des allures de nécessité.<sup>48</sup> » Or, une fois de plus, tout au long de sa démonstration, M. Llorens passe en revue une grande partie des emprunts faits au droit privé, également envisagés comme de simples analogies. Qu'il s'agisse de formation du consentement, de pourparlers, de vices du consentement, d'objet, de cause, de régime des nullités, d'inexistence ou d'enrichissement sans cause<sup>49</sup>, M. Llorens juxtapose les solutions du droit civil et du droit administratif, ne cesse d'évoquer des rapprochements, de dire que, sur tel point, Cour de cassation et Conseil d'État se rejoignent. Témoin de la démarche de M. Llorens est l'étude, au titre des conditions de validité des contrats, de la capacité du cocontractant de l'Administration, règles de capacité à propos desquelles il lui est évidemment facile de conclure à leur identité avec celles appliquées dans les contrats d'entreprise. L'auteur est si attaché à la démarche de comparaison qu'il lui arrivera même, chemin faisant,

<sup>41</sup> R. Drago, « Paradoxes sur les contrats administratifs », art. cité, p. 156.

<sup>42</sup> R. Drago, « Le contrat administratif aujourd'hui », art. cité, pp. 121-123.

<sup>43</sup> R. Drago, « Paradoxes sur les contrats administratifs », art. cité, p. 157.

<sup>44</sup> J. Waline, *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, Thèse, Paris, 1962 ; « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », dans *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 965-981. Voir aussi « Le rôle de la volonté dans la théorie de l'acte administratif unilatéral et dans le droit civil des contrats », dans *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 869-881.

<sup>45</sup> J. Waline, *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, op. cit., pp. 252-307.

<sup>46</sup> J. Waline, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », art. cité, p. 967 (souligné dans le texte).

<sup>47</sup> Voir l'introduction de la thèse de F. Llorens, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, Thèse, Toulouse, 1978, LGDJ, coll. Bibl. droit public, t. 139, 1981, pp. 1-9.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>49</sup> Voir *ibid.*, pp. 169-226.

de rejeter explicitement toute explication fondée sur l'idée de transposition<sup>50</sup>, comme en témoigne l'emploi de l'expression « application du Code civil » à propos des articles 1153, 1154<sup>51</sup> et 1792<sup>52</sup> du Code civil. Arrivé au terme de sa démonstration, M. Llorens ne peut que constater « l'identité fondamentale des contrats », la « prépondérance des similitudes », impliquant la « remise en cause des théories particularistes » et la « démystification des principes spécifiques du marché de travaux publics », et, au final, mettre en doute l'utilité de la dualité juridictionnelle<sup>53</sup>.

Tout ce travail de comparaison a sa légitimité. Mais il arrive parfois que certains auteurs forcent l'analogie, pour mieux convaincre de l'unité des régimes juridiques applicables. Ainsi, un auteur s'est proposé d'élaborer une classification des contrats synallagmatiques de l'Administration<sup>54</sup>. Certes, l'effort semble être motivé par un pur souci de systématisation ; en réalité, la classification a pour but inavoué d'aligner le droit des contrats administratifs sur le droit civil. À la fin de son étude, l'auteur souhaite que la doctrine revienne « à l'évidence », ce qui, pour lui, signifie un retour au Code civil, « tronc commun du droit français<sup>55</sup> ». D'où une classification fondée, d'une part sur la distinction entre les droits personnels et les droits réels, distinction jugée « fondamentale dans notre système juridique<sup>56</sup> » et, d'autre part, sur la distinction entre les biens meubles et immeubles. Il faut avouer que l'on est alors très loin d'une classification tirée des entrailles de la jurisprudence administrative. Il en ressort une démonstration assez artificielle, à l'image de la délégation d'un service public présentée comme une cession de clientèle que l'Administration ferait « au même titre qu'un grand couturier<sup>57</sup> ».

Dans le même ordre d'idées, il existe depuis longtemps une forte insistance d'une partie de la doctrine publiciste à souligner le rôle du consen-

sualisme dans le droit des contrats administratifs, au point que des études régulières lui sont consacrées<sup>58</sup>. Sous couvert d'analyse technique, cette allusion à l'un des piliers théoriques et pratiques du droit des obligations a pour unique but d'introduire dans les esprits l'idée qu'il n'y a aucune différence formelle entre contrats administratifs et contrats civils. L'insistante référence au droit civil a pourtant du mal, à cause de son caractère disproportionné, à dissimuler l'intention qui la sous-tend. Car quiconque connaît la pratique contractuelle du droit administratif, qu'il s'agisse des marchés, des concessions de service public, des contrats d'occupation du domaine public ou de recrutement d'agents publics, sait bien que le formalisme est le principe du droit administratif, en ce que la plupart des contrats administratifs ont besoin d'une forme pour juridiquement exister, quand bien même il existerait quelques rares cas de contrats verbaux, au rang desquels figure l'illustre arrêt *Bertin* que l'on n'hésite pas alors à faire ressurgir afin de faire croire que, comme en droit civil, le consensualisme serait le principe dans la passation des contrats administratifs. Ici aussi, l'analogie est forcée afin de mieux diffuser le sentiment d'une identité parfaite entre contrats administratifs et civils. Le travail de comparaison n'est pas toujours des plus objectifs : sans doute traduit-il la mode dominante qui aboutit à surestimer l'identité des régimes juridiques entre contrats privés et administratifs.

### B. L'unité du concept

Tel est en effet le but ultime recherché par les partisans du travail à la mode de comparaison : montrer, en réalité, qu'il existe un concept commun et supérieur, une notion unitaire de contrat. La mise en avant des similitudes sert la thèse d'une sorte de *jus universum* en matière contractuelle. Qu'il s'agisse de volonté des parties ou de loi de service public<sup>59</sup>, de qualification juridique d'un accord de volontés<sup>60</sup> ou de contrat

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 192 : « Cette théorie nuancée de la transposition du droit civil dans la matière des contrats administratifs eut son heure de succès. Mais aujourd'hui, elle ne semble plus disposer du même impact. [...] Entre leurs régimes, on ne perçoit guère de différence tranchée ; tout au plus des différences de détail, qui résultent tantôt de la nature des parties au contrat, tantôt de l'état de la réglementation en vigueur. »

<sup>51</sup> *Ibid.*, pp. 487-492.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp. 583-632.

<sup>53</sup> Expressions tirées de la conclusion, *ibid.*, pp. 651-658.

<sup>54</sup> R. Rouquette, « Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration », *AJDA*, 1995, pp. 483-495.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 495.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 484.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 495.

<sup>58</sup> Voir d'abord R. Drago, « Paradoxes sur les contrats administratifs », art. cité, pp. 156-158 ; voir surtout J.-C. Bruère, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDPA* 1996, pp. 1715-1749.

<sup>59</sup> J.-M. Rainaud, « Le contrat administratif : volonté des parties ou loi de service public », *RDPA* 1985, pp. 1183-1204.

<sup>60</sup> D. Truchet, « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés », dans L. Cadet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, pp. 185-205.

civil de l'Administration<sup>61</sup>, la définition du contrat administratif aboutit toujours à la même conclusion : entre contrats civils et contrats administratifs, il n'y a que des différences de régime ; la notion est une et indivisible, en ce qu'elle correspond à un accord de volontés. La force obligatoire du contrat, la théorie des vices du consentement, la lésion, la cause, la responsabilité contractuelle sont autant de preuves de l'existence d'une notion mère dont le contrat administratif n'est qu'un récent dérivé se distinguant par les pouvoirs que l'Administration possède vis-à-vis de ses cocontractants.

À cet égard, la démonstration du professeur Sinkondo est exemplaire. Cet auteur part volontairement d'une vision kelsenienne du droit, laquelle postule l'unité de l'ordre juridique et de ses concepts ; d'où l'adoption délibérée d'une conception objective du contrat, telle que défendue par Jacques Ghestin<sup>62</sup>. Éliminant du contrat civil toute dimension volontariste, il est alors aisé à l'auteur, après avoir présenté comme de simples similitudes de nombreux emprunts faits par le droit administratif au droit civil, de conclure à une stricte identité entre les contrats civils et les contrats administratifs. Pour M. Sinkondo, ces derniers partagent un critère commun : l'accord de volontés, entendu comme le fruit des compétences reconnues aux volontés individuelles par le droit objectif<sup>63</sup>. Assurément, le critère retenu évince tout sujet de discorde, tel le rôle de la volonté dans la conclusion des contrats civils ou le problème de l'unilatéralité dans la passation des contrats administratifs. De surcroît, le fonds commun contractuel étant ramené, non aux deux piliers classiques de la liberté contractuelle et de l'égalité des parties, mais aux concepts de l'utile et du juste, il est encore plus aisé pour l'auteur de trouver aux contrats civils et administratifs des points communs majeurs dans l'utilité (l'intérêt général en droit administratif) et la justice contractuelle (le maintien de l'équilibre initial et la sauvegarde des droits du contractant privé, grâce à la théorie

de l'imprévision et aux pouvoirs de révision et de modification unilatérales)<sup>64</sup>. Au final, la démarche de l'auteur est sans ambiguïtés : « Notre modeste ambition était de montrer qu'une catégorie juridique comme celle de "contrat administratif" est une simple construction à partir d'une notion, et que le caractère distinct d'une catégorie juridique avec une autre, surtout voisine, n'exclut pas qu'elles puissent appartenir à une même notion. La qualification est une méthode de triage qui permet d'accéder à telle ou telle catégorie juridique (contrat administratif ou contrat de droit privé). On peut simplement déplorer que ses vertus distinctives ou classificatoires soient souvent, de vive force, utilisées comme alibi pour une opposition artificielle entre le contrat administratif qui ferait peu de place pour la volonté des parties, et le contrat civil, au contraire plus respectueux du libre arbitre.<sup>65</sup> » Une telle démonstration, issue de la pensée de Jacques Ghestin, a été reprise par d'autres auteurs, notamment Jean Waline<sup>66</sup>.

Nous n'avons pas, malheureusement, la place de discuter en détails une telle vision des choses. L'objet de ces lignes, en tout état de cause, était simplement de montrer, à partir de quelques exemples, comment la doctrine façonne des angles de vues, des façons de voir le droit des contrats administratifs. Disons seulement que, tout d'abord, d'un point de vue historique, selon la très belle formule d'Yves Gaudemet, « le contrat administratif n'est pas né contrat<sup>67</sup> », ce qui devrait, à tout le moins, susciter des questions sur l'origine d'une prétendue notion mère dont le contrat administratif ne serait qu'un dérivé. D'autre part, on confond sans doute trop souvent définition et notion, et l'on oublie peut-être un peu trop vite que, passé le plus petit dénominateur commun, la spécialité des régimes finit par s'immiscer au cœur même des notions. Si tout contrat est assurément un accord de volontés, le contrat civil a été conçu comme un instrument de liberté de l'homme, bâti autour de la liberté et de la volonté, alors que le droit admi-

<sup>61</sup> M. H. Sinkondo, « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ? », *RTD civ.*, 1993, pp. 239-262.

<sup>62</sup> L'article de M. Sinkondo s'inspire en effet très nettement d'un article antérieur : J. Ghestin, « La notion de contrat », *Droits*, n° 12, 1990, pp. 7-24.

<sup>63</sup> M. H. Sinkondo, « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ? », art. cité, p. 247.

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp. 251-261.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 262.

<sup>66</sup> J. Waline, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », art. cité.

<sup>67</sup> Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDJ* 2010, p. 313.

nistratif en a fait progressivement un instrument de l'action administrative, construit autour des fins poursuivies ou de toutes sortes d'éléments extérieurs aux parties, ce qui est en harmonie avec un droit administratif lui-même conçu autour des buts et des compétences de l'autorité publique. Il arrive un moment où l'on ne sait plus trop si une règle n'est qu'un simple élément de régime ou finit par donner à la notion même ses caractéristiques propres, et cette seule incertitude devrait conduire à plus de prudence dans

l'appréhension de la prétendue absence d'autonomie du droit des contrats administratifs. Mais c'est sans doute le lot des concepts chargés d'idéologie de se prêter à certaines exagérations, et il est assez logique que la doctrine administrative française, après avoir longtemps surestimé la spécialité du droit des contrats administratifs, suive aujourd'hui la mode inverse de la sous-estimer. Mais rien n'exclut, à l'avenir, d'autres mouvements de balancier.

# Petit six du Grand A : le droit de la responsabilité de la puissance publique

## La part de la doctrine dans la création du droit de la responsabilité de la puissance publique

**Anne Jacquemet-Gauché**

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

La doctrine suscite un intérêt croissant depuis quelques années<sup>1</sup>, qu'il s'agisse de déterminer son identité ou ses fonctions. S'interroger sur sa part éventuelle dans la création du droit de la responsabilité de la puissance publique participe de ce mouvement. Définie au sens large comme l'« opinion communément professée par ceux qui enseignent le Droit (...) ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le Droit<sup>2</sup> », la doctrine n'a pas pour mission première de créer du droit, c'est-à-dire de produire du nouveau, soit à partir du néant, soit à partir de données préexistantes. Dans notre pays de tradition romano-germanique, le droit est généralement plutôt révélé par le constituant ou par le législateur. Le droit de la responsabilité de la puissance publique déroge

en partie à cette règle, puisqu'il est traditionnel de souligner qu'il est d'essence jurisprudentielle. Pourtant, de plus en plus de normes européennes, constitutionnelles et législatives irriguent la matière, si bien que l'on est parfois conduit à se demander si, quantitativement, la jurisprudence domine encore. En tout état de cause, traditionnellement, la doctrine n'est pas citée en tant que source créatrice de ce droit. Longtemps, l'accès à la doctrine au titre de source du droit a même été débattu. A l'heure actuelle, la doctrine est au moins considérée comme une source d'inspiration, une source matérielle. Pourtant, si l'on considère que la doctrine prend part à la création du droit de la responsabilité et qu'elle participe ainsi à la conception de règles générales

<sup>1</sup> V. not. *La doctrine juridique*, PUF, 1993 ; « Le Conseil d'Etat et la doctrine », *Rev. adm.*, n° spé., 1997 ; G. Koubi (dir.), *Doctrines et doctrine en droit public*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1997 ; Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004 ; D. Truchet, « Quelques remarques sur la doctrine en droit administratif », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 769 s. ; *La doctrine en droit administratif : actes du 3<sup>e</sup> colloque organisé les 11 et 12 juin*

2009, à la Faculté de droit de Montpellier par l'Association Française pour la recherche en Droit Administratif, Litec, 2010.

<sup>2</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2008, p. 324 ; v. égal. E. Millard, « Ce que "doctrine" veut dire », in *La doctrine en droit administratif...*, op. cit., p. 3.

obligatoires, il s'ensuit qu'elle pourrait éventuellement prétendre au titre de source formelle.

La place de la doctrine en droit de la responsabilité de la puissance publique a déjà retenu l'attention, en particulier celle de Maryse Deguegue, dans sa thèse, *Jurisprudence et Doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*<sup>3</sup>. L'auteur y souligne notamment le rôle central joué par la doctrine en la matière, notamment par son œuvre de conceptualisation et de diffusion de la règle jurisprudentielle. Toutefois, la création constitue un phénomène différent de l'élaboration. La première occurrence est plus restrictive que la seconde, car elle nécessite l'apport d'un élément nouveau, ce qui n'est pas nécessairement une condition de l'élaboration.

En outre, seule l'œuvre de la doctrine universitaire retiendra ici l'attention. La spécificité du droit administratif français et, partant, de la responsabilité de la puissance publique réside, en effet, dans la coexistence de deux doctrines au moins. Les publicistes sont confrontés à l'appréhension de la doctrine de manière unitaire ou en opérant une scission entre la doctrine universitaire et la doctrine organique ou officielle, rassemblant les écrits des membres issus de la juridiction administrative. Le rapporteur public occupe une place à part, parfois considéré tant comme « le messager de sa propre doctrine » que comme le « messager de la doctrine universitaire<sup>4</sup> ». S'il n'existe pas nécessairement d'opposition frontale entre les deux doctrines auxquelles échoient des fonctions semblables<sup>5</sup>, la doctrine organique est celle qui acquiert le plus de lisibilité. À l'inverse, eu égard à la méconnaissance dont elle fait l'objet, la fonction de création remplie par la doctrine universitaire mérite qu'on s'y intéresse.

D'une manière générale, la part de la doctrine dans la création du droit de la responsabilité de la puissance publique n'est pas très importante et elle est souvent minorée du fait de la séparation existant entre les doctrines organique et universitaire. Il ne faut pour autant ni douter de l'utilité ou de l'efficacité de cette dernière, ni *ipso facto* remettre en cause sa légitimité, voire son existence. La création du droit n'est qu'une des

nombreuses missions de la doctrine et peut-être même celle pour laquelle elle est la moins fondée à intervenir, puisqu'elle est ainsi conduite à se substituer partiellement aux autorités disposant du pouvoir normatif. Toutefois, la créativité de la doctrine universitaire est réelle. Elle s'exerce *a priori* principalement lorsque celle-ci propose des règles destinées à être introduites au sein du droit de la responsabilité. Plus classiquement, cette œuvre créative s'exprime aussi dans la structuration de la matière, dans l'émergence d'un droit de la responsabilité de la puissance publique. Ainsi, la capacité de la doctrine universitaire à créer se manifeste tant par la formation d'une discipline (I) que par la formulation de nouvelles règles au sein de la matière (II).

## I. La formation d'une discipline

La doctrine est généralement la plus attendue dans sa fonction de conceptualisation et de mise en forme de la jurisprudence. À cet égard, Yves Gaudemet souligne que revient à la doctrine universitaire « l'examen des constructions théoriques, des explications d'ensemble, finalement des conceptions générales du droit administratif et des systèmes de droit<sup>6</sup> ». Nonobstant, la responsabilité de la puissance publique déroge en partie à ces propositions. D'une part, la théorisation du droit et du contentieux administratifs et, par conséquent, celle de la responsabilité a souvent été le fait de membres du Conseil d'État, en particulier de Laferrière ou d'Odent. D'autre part, la matière semble rétive à la théorisation. La responsabilité a longtemps été considérée comme un pan du droit moins noble que celui de la légalité ou des contrats administratifs par exemple et a pu, de ce fait, être délaissée pendant de longues années. De surcroît, par comparaison avec le droit privé de la responsabilité, la faiblesse du nombre de manuels relatifs au droit de la responsabilité de la puissance publique est manifeste, aucun nouvel ouvrage n'étant paru depuis une quinzaine d'années, ce qui fournit d'ailleurs un contraste saisissant avec les thèses régulièrement consacrées à la matière.

<sup>3</sup> M. Deguegue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, Bibl. dr. pub. t. 171, 1994.

<sup>4</sup> M. Deguegue, *Jurisprudence et doctrine...*, p. 724 et p. 729 et « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *Droits*, n° 20, 1994, p. 126.

<sup>5</sup> M. Deguegue, « Doctrine universitaire et doctrine organique », in *La doctrine en droit administratif...*, op. cit., spéc. p. 44.

<sup>6</sup> Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, Bibl. dr. pub. t. 108, 1972, p. 150.

Sous ces réserves et si des progrès restent encore à accomplir, la doctrine universitaire a su faire preuve de créativité depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Duez a été l'un des premiers à structurer le droit de la responsabilité de la puissance publique. Comme il le souligne dans son introduction, sans ôter leurs mérites ni à Laferrière et Teissier, ni aux notes d'Hauriou et de Jèze en la matière, « à cotés d'écrits aussi autorisés, mais dispersés, il y avait encore de la place pour une œuvre de coordination présentant un des chapitres aujourd'hui les plus importants de notre droit public. C'est l'action jurisprudentielle du Conseil d'État en la matière que nous voudrions analyser, expliquer, synthétiser, apprécier, caractériser du point de vue de la philosophie juridique et situer dans l'évolution générale du droit »<sup>7</sup> et l'auteur de présenter « le droit commun de la matière », « les exceptions au droit commun de la matière » et « la procédure ».

D'autres ébauches de structuration du droit de la responsabilité ont été proposées pour donner à la matière l'unité qui lui fait défaut, comme le montre, par exemple, l'insoluble controverse relative au fondement de la responsabilité. Le principe de l'égalité devant les charges publiques est invoqué à titre principal, pour fonder tantôt la responsabilité de la puissance publique dans son ensemble<sup>8</sup>, tantôt seulement la responsabilité sans faute<sup>9</sup>. Le principe de corrélation entre avantages et charges a, en outre, été invoqué à titre de fondement par Eisenmann<sup>10</sup> et Chapus<sup>11</sup>.

L'œuvre de systématisation s'est poursuivie à travers la classification des régimes. Remettant en cause le cloisonnement traditionnel entre les responsabilités pour faute et sans faute, des auteurs ont tenté d'appréhender le droit de la

responsabilité selon la situation de la victime<sup>12</sup> ou selon l'anormalité du dommage<sup>13</sup>. D'autres ont cherché à appliquer à la responsabilité de la puissance publique les catégories civilistes de la responsabilité du fait des choses<sup>14</sup>, du fait d'autrui<sup>15</sup> ou, récemment, de la garde<sup>16</sup>. Par ailleurs, le point de scission entre les responsabilités pour faute et sans faute fait parfois l'objet de débats. La doctrine universitaire classe dans sa majorité le défaut d'entretien normal de l'ouvrage public parmi les hypothèses de responsabilité pour faute présumée<sup>17</sup>, là où la doctrine organique y voit une expression de la responsabilité pour risque<sup>18</sup>. Ce faisant, elle est contrainte de s'interroger sur les caractéristiques des différents régimes, ce qui lui permet de mieux les définir.

Plus ponctuellement, la doctrine a eu l'occasion de préciser certaines notions, en particulier celle, fondamentale, de faute. La définition traditionnelle de violation d'une obligation préexistante revient au civiliste Planiol. Hauriou a, pour sa part, développé la théorie de la faute du service public, à la suite de l'emploi de l'expression par le Conseil d'État sans aucune précision ou définition dans son arrêt *Tomaso-Grecco*. L'auteur toulousain décompose la notion, en expliquant, d'une part, en quoi la responsabilité peut être rattachée au service public et, d'autre part, en insistant sur la notion de faute. Alors que la théorie du risque était en vogue à l'époque, Hauriou montre tout d'abord l'intérêt du recours à la faute de service et dévoile déjà les potentialités de la notion : l'existence de gradations dans l'engagement de la responsabilité notamment grâce à l'appréciation *in concreto* de la faute et la distinction de la faute de service et de celle du fonctionnaire<sup>19</sup>. Duez a également

<sup>7</sup> P. Duez, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Dalloz, 1927, p. VI.

<sup>8</sup> M. Hauriou, « Les actions en indemnité contre l'État pour préjudices causés dans l'administration publique », *RDP* 1896, p. 51 ; P. Duez, *op. cit.*, p. 185.

<sup>9</sup> Voir notamment J. Moreau, *La responsabilité administrative*, PUF, Que sais-je ? n° 2292, 1986, pp. 109-110 ; T. Debarat, « L'égalité des citoyens devant les charges publiques : fondement incertain de la responsabilité administrative », *D.* 1987, chron. p. 157 s. ; P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, Bibl. dr. pub t. 88, 1969, p. 237.

<sup>10</sup> C. Eisenmann, « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques », *JCP* 1949, I, 751.

<sup>11</sup> R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée...*, p. 343.

<sup>12</sup> J. Moreau, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, LGDJ, Bibl. dr. pub. t. 7, 1956 ; F.-P. Benoît, « Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique », *JCP* 1954, I, 1178.

<sup>13</sup> V. not. C. Blaevoyet, « La place du normal et de l'anormal dans le droit », *Gaz. Pal.* 1966, 1, p. 65 et « De l'anormal devant les hautes juridictions civile et administrative », *JCP* 1946, I, 560 ; P. Amselek, « La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 249 et p. 255.

<sup>14</sup> R. Chapus, *op. cit.*, spéc. p. 289 et p. 306, et pour une critique de cette position, A. de Laubadère, « Le problème de la responsabilité du fait des choses en droit administratif français », *EDCE*, n° 13, 1959, p. 29 s.

<sup>15</sup> R. Chapus, *op. cit.*, p. 202 s., et pour une critique, P. Delvolvé, « La responsabilité du fait d'autrui en droit administratif », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 446.

<sup>16</sup> D. Meillon, « Un nouveau fondement pour la responsabilité sans faute des personnes publiques : la garde d'autrui », *RDP* 2006, p. 1221 s.

<sup>17</sup> V. not. P. Amselek, *op. cit.*, p. 244 ; R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 2, Montchrestien, 15<sup>e</sup> éd., 2001, p. 658 ; P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 2008, p. 498 ; F. Llorens-Frayse, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, LGDJ, Bibl. dr. pub. t. 149, 1985, p. 227 et pp. 233-237 ; F. Moderne, « La distinction du tiers et de l'utilisateur dans le contentieux des dommages de travaux publics », *CJEG* 1964, pp. 688-689.

<sup>18</sup> V. not. R. Odent, *Contentieux administratif*, Les Cours de droit, 1953-1954, p. 496 et p. 499 ; R. Latournerie, « De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics », *RDP* 1945, p. 133 et p. 292 ; M. Rougevin-Baville, *La responsabilité administrative*, Hachette, 1992, p. 120.

<sup>19</sup> M. Hauriou, note sous CE 10 févr. 1905, *Tomaso Grecco*, S. 1905, 3, p. 113.

façonné la notion, en distinguant au sein des faits susceptibles de constituer une faute de service les cas dans lesquels « le service a mal fonctionné », « n'a pas fonctionné » ou « a fonctionné tardivement<sup>20</sup> », cette classification étant encore fréquemment reprise à l'heure actuelle.

S'il manque encore une théorie générale de la responsabilité de la puissance publique, la doctrine universitaire sait ainsi faire preuve de créativité dans la formation de la matière. L'une des constantes tient au soin que prend la doctrine de distinguer la responsabilité de la puissance publique de celle du droit privé. Dans toutes les hypothèses précitées, la doctrine propose des constructions originales et se prononce souvent par opposition au droit délictuel. De plus, elle s'affranchit en partie de la domination du juge administratif. Cette faculté d'imagination est, en effet, la plus flagrante dans les cas où la doctrine ne se met pas à l'école de la jurisprudence, mais explore des terrains restés vierges ou sur lesquels la jurisprudence n'a aucune raison de se prononcer. De la sorte, la différence de fonction entre deux des acteurs du droit de la responsabilité est manifeste : il revient à la jurisprudence de trancher des litiges en application de règles de droit qu'elle définit parfois concomitamment, tandis que la doctrine remplit pleinement sa mission de théorisation. Il en va différemment dans le cas où celle-ci intervient dans la production des règles applicables en droit de la responsabilité.

## II. La formulation de nouvelles règles

La doctrine universitaire exerce, à côté de la doctrine organique<sup>21</sup>, une force de proposition et formule des règles nouvelles susceptibles d'être introduites en droit de la responsabilité. En ce sens, elle agit comme une source à part entière et fait preuve d'un grand dynamisme. Quelques illustrations démontrent la créativité de la doctrine en

ce qui concerne les règles et les principes applicables au droit de la responsabilité.

Alors que Laferrière considérait au début du xx<sup>e</sup> siècle que « la loi est un acte de souveraineté et le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation<sup>22</sup> », Duguit s'érige contre cette idée<sup>23</sup>. En réfutant la liaison de la souveraineté et de l'irresponsabilité, il prône l'engagement de la responsabilité de l'État législateur sur le fondement du risque, avec plusieurs décennies d'avance sur la plupart de ses contemporains et sur la jurisprudence. L'introduction dans la jurisprudence administrative d'un régime de responsabilité du fait des lois inconvictionnelles demeure une question lancinante à l'aube du xxi<sup>e</sup> siècle, en particulier depuis qu'augmentent en droit français les dispositions issues du droit européen. Nathalie Dantonel-Cor se prononce en faveur d'une « responsabilité pour simple illégalité » lorsque les normes nationales sont incompatibles avec la législation communautaire postérieure et « pour erreur des autorités nationales qui se sont trompées en édictant une législation incorrecte » lorsque la législation nationale est postérieure<sup>24</sup>. Ghislaine Alberton va plus loin et suggère de maintenir une responsabilité sans faute du fait des lois internes et d'instaurer une responsabilité pour faute du fait des conventions internationales<sup>25</sup>. En dernier lieu, la majorité de la doctrine est favorable à l'introduction de la responsabilité pour faute<sup>26</sup>, car elle est la « seule "sanction" envisageable à l'encontre d'un législateur qui aurait méconnu ses obligations communautaires<sup>27</sup> ». La synthèse de ces suggestions aurait-elle inspiré le juge administratif, qui a opté pour une responsabilité du fait des lois inconvictionnelles dans l'arrêt *Gardedieu* ?

Par ailleurs, l'absence de cumul de responsabilités longtemps en vigueur consistait à engager soit la responsabilité de l'administration en cas de

<sup>20</sup> P. Duez, *op. cit.*, p. 15.

<sup>21</sup> Les rapporteurs publics semblent aussi profiter de la situation privilégiée de leurs conclusions pour innover en droit de la responsabilité, comme le montre, par exemple, la création récente du nouveau régime de responsabilité *sui generis* du fait de l'inconvictionnalité d'une loi (L. Derepas, concl. sur CE Ass., 8 févr. 2007, *Gardedieu*, *RFDA* 2007, p. 361 s.).

<sup>22</sup> E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, 1896, 2<sup>e</sup> éd., p. 13.

<sup>23</sup> L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, *La théorie générale de l'Etat (suite et fin)*, E. de Broccard, 1923, p. 512 s.

<sup>24</sup> N. Dantonel-Cor, « La mise en jeu de la responsabilité de l'État français pour violation du droit communautaire », *RTDE* 1995, pp. 504-505.

<sup>25</sup> G. Alberton, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la confrontation à la conciliation ? », *RFDA* 1997, pp. 1037-1038 ; « Le législateur français transgressant le droit international pourra-t-il demeurer encore longtemps irresponsable ? », *ADJA* 2006, p. 2155 et p. 2162.

<sup>26</sup> V. not. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15<sup>e</sup> éd., 2001, p. 1381 ; L. Dubouis, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », *RFDA* 1996, p. 585 ; P. Senkovic, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence communautaire*, Bruylant, 2000, p. 226.

<sup>27</sup> G. Alberton, *op. cit.*, p. 1037.

faute de service, soit celle de l'agent public en cas de faute personnelle de sa part. Si la règle du cumul de responsabilités est généralement attribuée à Léon Blum dans ses conclusions sur l'affaire *Lemmonier*<sup>28</sup>, la doctrine universitaire s'était auparavant déjà engagée dans cette voie. Dès 1910<sup>29</sup>, puis en 1914 encore plus explicitement, Jèze remet en cause le principe traditionnel de non-cumul des responsabilités notamment défendu par Duguit, en formulant plusieurs objections contre cette théorie<sup>30</sup>. Enfin, en 1919, il salue la solution préconisée par le commissaire du gouvernement Blum, en rappelant incidemment que ces conclusions « consacrent des solutions qui, depuis 1910, étaient préconisées par cette *Revue* », en l'occurrence par lui-même<sup>31</sup>.

L'extension de l'engagement de la responsabilité de la puissance publique suite à l'admission du cumul de fautes, puis du cumul de responsabilités a suscité les réactions de la doctrine. Jèze se prononce en 1924 en faveur de « la responsabilité pécuniaire des agents publics envers l'administration<sup>32</sup> ». Des auteurs ont été jusqu'à énoncer des règles précises pour mettre fin à l'irresponsabilité de l'agent public. Waline souhaite poser une obligation de recours en justice de l'administration contre l'agent « chaque fois qu'elle a subi une condamnation par la faute personnelle d'un fonctionnaire, [aux fins de] réclamer en justice le paiement d'une indemnité à ce fonctionnaire ». De plus, la victime doit « prouver qu'elle a fait toutes diligences pour obtenir d'abord la condamnation personnelle du principal coupable ». Il considère enfin que l'administration n'intervient qu'à titre subsidiaire, en garantie<sup>33</sup>. En 1951, les arrêts du Conseil d'Etat *Laruelle et Delville* ne suffisent pas à faire cesser toutes les critiques. De nouvelles propositions de réforme sont alors formulées. Eisenmann se prononce en faveur de l'attribution au Tribunal des conflits et non plus à la juridiction administrative de la compétence pour statuer sur les actions récursoires<sup>34</sup>. De son côté,

Maestre suggère de retirer la disposition de l'action récursoire à l'administration active et de la déposer dans les mains du juge administratif<sup>35</sup>. Le fait que l'utilisation de l'action récursoire reste à la discrétion de l'administration fait d'ailleurs toujours l'objet de critiques.

D'une manière générale, la réparation du préjudice retient moins l'attention de la doctrine publiciste, peut-être en raison de la proximité des règles appliquées dans ce cadre avec le droit délictuel et de la domination de considérations factuelles et matérielles sur la mise en œuvre de principes généraux. Toutefois, la comparaison avec les règles délictuelles inspire la doctrine. La créativité de la doctrine se mue alors en œuvre d'avant-garde, puisqu'elle est dans trois hypothèses au moins en avance sur la jurisprudence.

Alors que le préjudice d'affection et, plus particulièrement, la douleur morale ne pouvaient faire l'objet d'une indemnisation, René Chapus propose de mettre fin à cette règle dans la jurisprudence administrative. Il fait état de la divergence entre les juridictions judiciaire et administrative et remet en cause la valeur de l'argumentation du Conseil d'Etat selon laquelle ce préjudice ne peut être évalué et réparé en argent. Il précise que « ni cette difficulté d'appréciation du dommage, ni cette crainte de l'arbitraire du juge qui lui est liée, ne peuvent justifier le refus d'indemnisation. Mieux vaut une réparation imparfaite que l'absence de toute réparation<sup>36</sup> ». Si son point de vue est repris par le commissaire du gouvernement Fougère dans ses conclusions sur l'arrêt *Bondurand*<sup>37</sup>, il n'est admis qu'en 1961 par le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Ministre des Travaux publics c/ Letisserand*.

Par ailleurs, la doctrine souligne parfois que le juge administratif est moins généreux que son homologue judiciaire. Les études concrètes portant sur les montants réellement alloués aux victimes font défaut. Toutefois, cette sévérité du juge administratif constitue l'une des explications

<sup>28</sup> L. Blum, concl. sur CE 26 juill. 1918, *Lemmonier*, RDP 1919, p. 41 s.

<sup>29</sup> G. Jèze, note sous CE 12 févr. 1909, *Compagnie commerciale de colonisation du Congo français*, RDP 1910, p. 76.

<sup>30</sup> G. Jèze, note sous TC 2 mai 1914, *Provost et Cornu*, RDP 1914, spéc. pp. 578-583.

<sup>31</sup> G. Jèze, note sous CE 26 juill. 1918, *Lemmonier*, RDP 1919, p. 42.

<sup>32</sup> G. Jèze, note sous CE 28 mars 1924, *Poursines*, RDP 1924, p. 605.

<sup>33</sup> M. Waline, « De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles, et des moyens d'y remédier », RDP 1948, pp. 17-18.

<sup>34</sup> C. Eisenmann, note sous CE 28 juill. 1951, *Sieur Delville*, JCP 1952, II, 6734.

<sup>35</sup> J.-C. Maestre, « La responsabilité civile à l'égard des collectivités publiques doit-elle être abandonnée ? », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, t. 2, spéc. pp. 588-593 ; du même auteur, *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, LGDJ, bibl. dr. pub. t. 50, 1962, spéc. pp. 330-343, la conclusion générale intitulée « la nécessité de réviser le système actuel ».

<sup>36</sup> R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée...*, p. 426.

<sup>37</sup> L. Fougère, concl. sur CE 29 oct. 1954, *Bondurand*, D. 1954, pp. 767-768.

du transfert au juge judiciaire, par la loi du 31 décembre 1957, de l'intégralité du contentieux relatif aux dommages causés par un véhicule<sup>38</sup>. Il est encore des domaines où la retenue du juge administratif est flagrante, en particulier dans la jurisprudence relative aux conditions de détentions indignes. Dans l'affaire *Donat*<sup>39</sup> par exemple, le requérant a obtenu le versement de trois mille euros pour une durée de détention de quatre ans, soit environ deux euros par jour. En soulignant le caractère dérisoire des sommes versées à la victime, la doctrine tente par là même de susciter la réaction du juge et de créer de nouveaux principes destinés à le guider dans son office.

Enfin, l'introduction de la réparation en nature au titre des modalités de la réparation fait partie des revendications de la doctrine. Elle serait particulièrement utile dans le cadre des dommages permanents de travaux publics, la victime préférant généralement la cessation de l'atteinte sonore ou olfactive qu'elle subit du fait de la proximité d'un aéroport ou d'une station d'épuration, plutôt que l'octroi une simple compensation pécuniaire. En accordant au juge administratif le pouvoir d'adresser des injonctions aux personnes publiques, la loi du 8 février 1995 aurait pu contribuer à une avancée en ce sens. Tel n'a pas été le cas. Pourtant, plus rien ne

justifie cette réserve que le juge administratif s'impose à lui-même, d'autant que le juge judiciaire ne se prive pas de condamner l'administration à réparer en nature dans les hypothèses de voie de fait. Comme le souligne Yves Gaudemet, « ce n'est pas une explication d'ordre juridique qui peut rendre compte de façon satisfaisante de cet état des choses<sup>40</sup> ». René Chapus souligne aussi que « le juge ne porte pas plus atteinte à l'indépendance de l'administration en mettant à la charge d'une personne publique (...) l'obligation d'accomplir certains actes qui conduisent au versement d'une indemnité<sup>41</sup> » que par une obligation de faire. Dans les deux situations, le juge impose une prestation à l'administration. En réfutant les arguments censés justifier la prohibition de la réparation en nature, la doctrine plaide *a contrario* pour sa reconnaissance dans le contentieux de la responsabilité.

En définitive, en plus de la structuration du droit de la responsabilité et de la conception *ex nihilo* de nouvelles règles applicables à la matière, la créativité de la doctrine découle également de la critique ou de la réfutation de règles préexistantes. L'œuvre est modeste, mais dévoile une capacité souvent sous-estimée des « faiseurs de système », qui concourent de cette façon aussi au perfectionnement du droit de la responsabilité de la puissance publique.

<sup>38</sup> Loi n° 57-1424 du 31 déc. 1957 attribuant compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigés contre une personne de droit public.

<sup>39</sup> TA Rouen, 27 mars 2008, *Donat*, AJDA 2008, p. 668 ; D. 2008, p. 1959, note M. Herzog-Evans.

<sup>40</sup> Y. Gaudemet, « Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif », in *Le pouvoir, Mélanges Georges Burdeau*, LGDJ, 1977, p. 806 ; « Le juge

administratif, futur administrateur ? », in *Le juge administratif à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle : actes du colloque du 40<sup>e</sup> anniversaire des tribunaux administratifs organisé les 11 et 12 mars 1994*, dir. G. Gardavaud et H. Oberdorff, PUF, 1995, p. 247 s. ; v. égal. C. Guettier, *La responsabilité administrative*, LGDJ, 1996, pp. 132-133.

<sup>41</sup> R. Chapus, *op. cit.*, p. 542, n° 535.

# Le secret et les professionnels

La RDA lie la parole aux actes en publiant ceux d'un colloque qui s'est tenu récemment au sein de l'Université.

## Propos introductifs



Dans ce quatrième numéro, la RDA propose la retranscription des actes de son deuxième colloque, qui s'est tenu le 7 mars 2011 dans la Salle des conseils du centre Panthéon.

« Le secret et les professionnels » : tel était le thème du colloque. Il est d'une brûlante actualité : devenu un véritable débat de société, le secret des professions fait l'objet des discussions les plus vives. Une réflexion d'ensemble s'imposait, et c'est dans ce contexte que s'inscrivent les trois tables rondes de ce colloque.

Trois professions furent étudiées : le secret et les journalistes, le secret et les avocats, le secret et les banquiers. Pour chacune d'elles, trois intervenants d'univers professionnels différents ont accepté de débattre pour la revue.

# Petit un du Grand B : le secret et les journalistes

## Le secret et les journalistes<sup>1</sup>

**Philippe Bilger**

Avocat général près la Cour d'appel de Paris

**Gérard Davet**

Journaliste au *Monde*

**Pierre-Yves Gautier**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Pierre-Yves Gautier**

**A**vant toute chose, j'aimerais vous présenter les intervenants à cette table ronde consacrée au secret et les journalistes.

Gérard Davet, grand reporter au *Monde*, nous fait partager de véritables suspens, des révélations, des feuilletons ancrés dans la réalité. Parmi d'autres : le dossier Bettencourt, l'affaire Clearstream, le cas Julien Dray. C'est donc un journaliste à l'affût des nouvelles touchant les grandes affaires judiciaires qui agitent notre vie dans la cité ; mais, évidemment, un journaliste qui se heurte à un certain nombre de problèmes dans ses rapports avec ses sources, avec les autorités judiciaires, lorsqu'il s'agit de révéler lesdites sources. C'est aussi un journaliste qui peut être un plaignant puisque le texte concernant la protection du secret des sources a été le fondement, récemment, de plusieurs de ses actions.

Philippe Bilger, avocat général près la cour d'appel de Paris, spécialement dans les affaires

d'assises – c'est-à-dire dans des dossiers aux enjeux très importants, supposant une grande humanité du Parquet, humanité qui est l'essence même de M. Philippe Bilger. Il manifeste également cette humanité au travers de plusieurs ouvrages : le dernier en date concerne le procès Brasillach. Il est encore l'auteur d'un blog, traitant de toutes sortes de sujets, dont les billets sont particulièrement suivis.

Puisque nous allons débattre dans l'enceinte de l'Université, et puisque nous sommes un pays de droit écrit, laissez-moi vous lire plusieurs textes, avant d'entamer la discussion.

Tout d'abord, l'article 11 du Code de procédure pénale : « *Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète* ».

Ensuite, l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881, célèbre loi sur la presse, récemment modifiée par une loi du 4 janvier 2010 : « *Le secret des sources*

<sup>1</sup> Le style oral des interventions a été conservé.

*des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public. Il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi ».*

Enfin, l'article 56-2 du Code de procédure pénale, au sujet des perquisitions et des actes d'instruction faits par un magistrat : ces actes ne portent pas atteinte au secret des sources, le journaliste peut s'opposer à la saisie d'un document ou de tout objet s'il estime que celle-ci serait irrégulière au regard du secret des sources.

Avec ces trois textes, nous avons posé le cadre de notre réflexion. Je voudrais illustrer ces trois textes par un fait d'actualité : vous avez sans doute lu, dans *Le Monde* daté du 4 mars 2011, un article qui faisait état d'une nouvelle plainte de ce quotidien pour violation du secret des sources, à nouveau dans le dossier Bettencourt. En effet, sur demande de Monsieur Courroye, Procureur du tribunal de Nanterre, des factures de téléphone d'un journaliste ont été saisies et ont montré que de nombreux SMS avaient été échangés entre le journaliste et Madame Prévost-Desprez.

Vous percevez immédiatement le problème, qui est difficile et presque impossible à résoudre : il y a des intérêts légitimes des deux côtés. De l'un, l'intérêt de personnes suspectées ; celui de la Justice et de sa sérénité de l'autre. Il y a l'information du public, un impératif majeur de nos jours, ainsi que le souci de transparence, qui est également très important ; il y a encore l'exercice du métier de journaliste d'investigation, celui de M. Davet et de ses collègues. Ces différents intérêts, tous aussi légitimes, se trouvent en conflit. Nous avons des textes qui permettent de concilier ces intérêts en préservant l'un et proclamant l'autre et *vice versa*, de sorte qu'il faut évidemment les articuler pour que chacun y trouve son compte.

Cependant, en pratique, cela est-il réalisable ? Chacun des intérêts protégés peut-il être efficacement préservé ?

### **Gérard Davet**

Que chacun y trouve son compte me paraît extrêmement compliqué. Par exemple, dans le cas précis de l'affaire Bettencourt, en présence d'une

enquête mettant en cause, d'une part, des sources de financement émanant d'un parti politique, et, d'autre part, un ministre. Il est essentiel que le public sache très précisément ce qui s'est passé.

Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, la presse est le chien de garde de la démocratie. Je considère qu'il faut absolument que ce rôle soit protégé en France, parce qu'il ne l'est pas suffisamment – c'est la même chose en Belgique.

Malgré la loi de 2002 protégeant le secret des sources, il faut constater une absence de sanctions et un classement sans suite de l'affaire par le Parquet.

### **Philippe Bilger**

Il est très difficile d'arbitrer, en si peu de temps, entre ces deux exigences contradictoires. Laissez-moi cependant vous raconter une anecdote : il y a quelque temps, l'on m'a demandé de participer à un débat sur *Wikileaks* en sollicitant mon appréhension technique de ce phénomène. Je m'étais renseigné, et j'avais lu que la philosophie de Julian Assange était de dire que tout doit être publié, sans aucune exception, et qu'il est moral de tout publier.

Même si je suis un fervent défenseur de la liberté d'expression, je ne pouvais pas admettre que tout dût être publié sans qu'à un moment donné, la conscience professionnelle et la moralité publique s'interrogent sur la pertinence de ce qu'il fallait dire ou taire. En outre, ce qui me gênait dans cette proposition péremptoire, c'est que j'ai toujours perçu le journalisme (et peut-être la Justice elle aussi), comme l'espace d'une tension : le journalisme n'existe pas s'il n'est pas en train de se battre en permanence pour arbitrer entre la volonté de dire et, parfois, la légitimité du devoir taire. Dès l'instant où l'on supprime l'embarras du choix, l'on dégrade cette belle profession qu'est le journalisme.

L'arbitrage à faire quotidiennement entre l'information du public et la nécessité de devoir taire certaines choses par rapport à la loi est, de toute manière, sous toutes les latitudes démocratiques et républicaines, un choix difficile à faire : à une certaine époque, lorsque j'étais en charge des affaires de presse, je pensais même que la synthèse était impossible.

Je ne voyais pas comment un pouvoir politique pouvait établir une synthèse républicaine

entre l'obligation d'imposer une certaine distance et l'aptitude à dire aux médias : « vous devez tout dire ».

Aujourd'hui, depuis 2007, deux événements se sont produits, structurant de manière très négative l'espace intellectuel et politique. La moralité publique a volé en éclats, le pouvoir normalement légitime pour aider à arbitrer entre des exigences contradictoires est de moins en moins légitime. Prenons l'exemple du Procureur Courroye : il n'agit pas au regard d'une légitimité supérieure, parce qu'il est animé par des sentiments personnels. Pour permettre le choix entre ces deux branches contradictoires, il existe un terreau à partir duquel on peut penser qu'il vaut toujours mieux informer le public que se taire.

L'officier de la Justice pèse lourdement sur l'administration de la Justice en général. Le journaliste doit donc dévoiler des secrets qui ne sont pas tous indispensables à la sérénité et à la stabilité de la République. Lorsque la démocratie est objectivement altérée, beaucoup de journalistes sont fondés, aujourd'hui, lorsqu'ils sont aux pieds de l'arbitrage, à privilégier naturellement l'information du public.

En outre, hier encore, il existait une limite extrêmement respectée : en France, la vie privée et la vie politique étaient radicalement incompatibles. Or, j'ai la faiblesse de penser que depuis quelques années (est-ce un progrès ou bien un régression ?), le citoyen veut appréhender l'ensemble, la totalité d'une personnalité politique (notamment ses principes, sa vie personnelle, ses comptes publics). Puisque nous sommes privés d'une forme élémentaire de moralité publique, nous avons un cruel besoin de la retrouver chez des personnalités publiques.

### **Pierre-Yves Gautier**

Nos deux orateurs ont un point de vue partagé. Je me retrouve en minorité en ayant posé la question de savoir si un équilibre entre les intérêts respectifs des parties en présence peut être trouvé. M. Davet est clair sur le fait qu'un équilibre n'est pas possible, ni même souhaitable, puisqu'il faut faire prévaloir, à titre de principe, les intérêts du public et de l'information. M. Bilger apporte la même réponse sous l'angle de la moralité publique. Cela veut-il dire que la presse, à travers l'information qu'elle prodigue au public chaque jour, peut contribuer à rectifier le

dévoilement de la Justice, de la politique ? Peut-être ; cependant, il reste que les textes et le principe du secret de l'instruction ne sont pas faits pour les journalistes, mais pour protéger certains intérêts supérieurs. La presse, dans une affaire venant de commencer, au stade de l'enquête préliminaire, peut-elle informer le public par tous moyens, en s'appuyant sur le secret des sources ?

### **Gérard Davet**

Une petite précision s'impose : le journaliste n'est pas astreint au secret de l'enquête et les avocats représentant les parties civiles ont le droit de communiquer des pièces de procédure aux clients, qui peuvent ensuite en faire ce qu'ils veulent.

### **Philippe Bilger**

Les textes de loi comptent, bien entendu. Simplement, le secret de l'enquête et de l'instruction n'a pas d'importance pour le pouvoir dans la majorité des affaires. Quand le pouvoir est en cause, le secret doit alors être respecté très fortement pour protéger la présomption d'innocence de la personne mise en cause. Encore faudrait-il avoir la certitude que ce secret est respecté par ceux qui ont la charge et la légitimité de le valider.

L'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1881 devrait inspirer l'ensemble des pratiques judiciaires en matière de presse : l'imprimerie et la librairie sont libres. C'est un principe de liberté qui supporte quelques exceptions qui sont les infractions de presse. Aujourd'hui, plus que jamais, si l'on veut être cohérent, il faut tenter d'appliquer les lois sur la presse avec cet esprit de liberté et d'équité.

### **Pierre-Yves Gautier**

Permettez-moi de vous lire un extrait de l'article préliminaire du Code de procédure pénale : *« l'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale. Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente ».*

### **Philippe Bilger**

Les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de droit de la presse nous renvoient à une autre difficulté. Le secret des sources est, en effet, pour cette juridiction, une pierre angulaire de l'activité du journaliste qui ne peut être entravée que par un « intérêt social dominant ». La discussion est alors reportée sur l'adjectif « dominant ». Dans

l'arbitrage qui peut être fait au quotidien, le partage est aisé entre les infractions de presse et le journaliste honnête. La Cour européenne renvoie à chaque fois à la conception que chacun peut se faire de l'intérêt social dominant.

### **Gérard Davet**

Lorsque la loi protégeant le secret des sources a été votée le 4 janvier 2010, tout le monde s'accordait à dire qu'il s'agissait d'un progrès, aucun texte ne matérialisait la protection des sources journalistiques jusqu'alors. Il a fallu se heurter à ce fameux « impératif prépondérant d'intérêt public », que représente-t-il ? Ce qui se passe en ce moment *via* l'affaire Bettencourt est extrêmement important, même si la presse nationale ne l'évoque plus beaucoup ; cette histoire est emblématique. S'attaquer aux sources journalistiques, c'est enfoncer un coin de la démocratie. Les autres sources n'oseront plus s'exprimer, c'est une manière insidieuse et efficace de tarir les sources et, par là même, de tarir l'information... En peu de mots, de protéger certains intérêts. Julian Assange, vous aviez raison de le souligner, ne fait pas de journalisme, il ne trie pas, ne hiérarchise pas l'information. Les journalistes ne publient que 50 % environ des informations qu'ils détiennent, ils font davantage attention à ce qu'ils font.

### **Pierre-Yves Gautier**

Du point de vue des journalistes et du droit à l'information, il n'y a rien à dire ; on pourrait considérer que dans des conflits de droits fondamentaux, il faudrait bien trancher en faisant prévaloir le droit du secret des sources.

Les conflits de droits fondamentaux sont de plus en plus nombreux. Il nous faut trouver les instruments méthodologiques pour les résoudre, et non se contenter de concepts aussi mous que ceux de proportionnalité, d'équilibres respectifs, d'impératif fondamental. Peut-être que la méthode consistant à faire prévaloir de façon plus nette un intérêt sur les autres permettrait d'y voir plus clair.

La source elle-même est un problème : quelles sont ses motivations ? S'il s'agit d'un avocat ou d'un magistrat, ils ne vont pas informer le journaliste si facilement. Ils disent parfois qu'ils l'ont fait pour des raisons fonctionnelles ; on assiste ainsi à une « fonctionnalisation » du procès.

### **Philippe Bilger**

Il existe un véritable paradoxe. À partir du moment où un dévoiement de la procédure a vu le jour, pour entraver l'activité des journalistes, l'on ne parle plus du tout de la donnée fondamentale qui a fait que ce magistrat a peut-être violé une règle. Cet arbitrage n'est donc pas neutre. Y aviez-vous pensé au moment de la mise en œuvre de cette procédure ?

### **Gérard Davet**

Les journalistes contactent les avocats, les policiers et les magistrats pour essayer d'obtenir des informations. Nous ne nous posons pas nécessairement la question de l'intérêt qu'a la source de nous parler, même si nous savons pertinemment qu'à chaque instant, nous pouvons être manipulés. Dans le cadre de l'affaire Bettencourt, il nous fallait évidemment prendre contact avec Mme Prévost-Desprez. Il en va de même si une personne nous donne de son plein gré des procès-verbaux : nous n'allons pas les refuser, c'est une évidence ; mais rien ne prouve que le conseiller de la chancellerie était l'une de mes sources, et aller chercher dans ses factures téléphoniques détaillées pour savoir si des journalistes sont en contact avec lui est illégal de la part des services secrets. C'est cette problématique-ci qui est intéressante. Je ne cherche pas à savoir si les sources ont le droit ou non de parler. Le travail du journaliste est d'obtenir l'information et de l'obtenir de manière légale (bien entendu, sans aucune rémunération), de la vérifier et de la publier.

### **Denis Mazeaud**

Deux univers se télescopent. Finalement, la licéité de l'information vous importe peu, seule vous préoccupe son utilité. Cependant, les journalistes se fixent-ils des règles dans la manière d'obtenir des informations ? Vous fixez-vous certaines limites ?

### **Gérard Davet**

Il s'agit toujours d'un travail au cas par cas. En voici un exemple précis : l'an dernier, j'ai été contacté par une personnalité politique qui a voulu me donner une information concernant un membre du cabinet de Ségolène Royal qui avait des problèmes de vie privée. La personne qui donnait cette information avait espéré que cela sortirait et que cela mettrait en cause ses adversaires politiques. Or, cette information n'a pas été

publiée, parce que je considérais ne pas avoir à entrer dans ce genre de pratiques ; mais elle est sortie quelques jours plus tard dans un autre journal... Nous nous fixons des limites : la déontologie, l'honneur du journal que l'on représente.

Au niveau des sources, les limites sont plus vagues : toute personne qui me contacte pour me donner une information est écoutée ; ensuite je vérifie cette information, je la croise avec d'autres sources. Je prends ce risque ; mais c'est un risque calculé.

### **Philippe Bilger**

Une difficulté tient à ce qu'il faudrait presque toujours un procès en diffamation pour qu'un contrôle de l'origine des sources ait lieu. La bonne foi du journaliste serait alors démontrée par un contrôle des sources de ses informations.

### **Gérard Davet**

En révélant certaines affaires, les journalistes font avancer la moralité publique. Le public doit savoir combien les choses se passent parfois de manière totalement invraisemblable.

### **Philippe Bilger**

Certaines informations très surprenantes ont

pu être révélées sur le plan de l'administration de la Justice. Tout le monde s'accorde sur la nécessité de ces révélations pour un bon fonctionnement de la démocratie.

Ce débat a pu laisser penser que le conflit de droits était insoluble. Mais, en réalité, il peut se résoudre de la manière suivante : lorsque le magistrat n'est pas saisi du dossier, il peut tenter d'en parler librement – comme aujourd'hui – ; il s'exprime en tant que citoyen comme les autres, il pose des problèmes, les analyse, et propose des solutions. Lorsque, en revanche, il est saisi de ces conflits, il doit redevenir profondément magistrat, c'est-à-dire indépendant. À chaque fois qu'un problème se pose, qu'une contradiction existe, il a tous les moyens de la régler en toute honnêteté et, si possible, avec intelligence, mais surtout avec indépendance ; c'est capital.

### **Pierre-Yves Gautier**

Pour conclure, il faut souligner que c'est déjà une très bonne chose que dans notre pays démocratique, nous puissions jouir d'une manière très large de ces droits fondamentaux essentiels avec, manifestement, une prévalence de la liberté d'information.

# Petit deux du Grand B :

---

## le secret et les avocats

### Le secret et les avocats<sup>1</sup>

**Kami Haeri**

Avocat au barreau de Paris

**Olivier Metzner**

Avocat au barreau de Paris

**Thierry Revet**

Professeur à l'École de droit de l'Université  
Panthéon-Sorbonne (Paris I)

**Thierry Revet**

Tentons d'éclairer ce sujet par certains points sensibles et par ailleurs actuels, les uns et les autres se rejoignant.

Pour introduire ce débat, je me contenterai de lire la loi. Tout d'abord, l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme des professions juridiques et judiciaires : « *En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces derniers de celles portant la mention "officiel", les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier, sont couvertes par le secret professionnel* ». Il s'agit d'un texte ancien, mais qui fut modifié sur certains points au gré de différentes réformes.

Plus récent, voici l'alinéa deuxième de cet article : « Ces dispositions ne font pas obstacle, à compter de la conclusion du contrat de fiducie, à l'application à l'avocat qui a la qualité de fiduciaire, de la réglementation spécifique à cette activité sauf dans les correspondances dépourvues de la mention "officiel" adressées à cet avocat par un confrère non avisé qu'il agit en cette qualité [de fiduciaire] ». Voyez le byzantinisme dans lequel nous sommes plongés par la confrontation entre la fiducie et le secret professionnel.

Ensuite, l'article 2-1 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat : « *L'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public, il est général, absolu et illimité dans le temps.*

*Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévus ou auto-*

---

<sup>1</sup> Le style oral des interventions a été conservé.

*risés par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel.* »

Voici donc les deux grands textes qui régissent le secret professionnel de l'avocat, dont Maîtres Metzner et Haeri nous diront combien il est crucial, central et au cœur du métier d'avocat. Pourtant, les textes révèlent déjà un secret paradoxal : nous pourrions dire – les avocats réfuteront peut-être mes propos – que l'avocat est comme un divulgateur souverain. Le secret confié à l'avocat ne lui est pas confié pour être à jamais conservé par lui coûte que coûte, quoiqu'il arrive et à tous points de vue. Le client doit pouvoir se confier à l'avocat en toute sécurité, afin que celui-ci fasse de son mieux, en accord avec le client, pour rendre éventuellement publiques ses confidences, si nécessaire.

À ce premier paradoxe, s'en ajoute un second, beaucoup moins admirable : celui des frontières que la diversification des activités de l'avocat, phénomène actuel et assez nouveau, redessine pour ce secret. Par exemple, au deuxième alinéa de l'article 66-5 de la loi de 1971, il est précisé que si un avocat embrasse la profession de fiduciaire, sa qualité d'avocat ne le protégera pas contre les investigations que le régime de la fiducie et que les grandes lois contemporaines sur la transparence permettront à l'autorité publique de réaliser, notamment *via* Tracfin.

*Quid* de la mise en œuvre concrète de cette proposition contradictoire ? Un secret absolu, illimité, général et universel d'un côté, mais un avocat tenu de répondre s'il agit en qualité de fiduciaire de l'autre.

Jusqu'où pourra-t-on tenir cette schizophrénie ?

Nous tâcherons d'envisager plusieurs questions au fil de ce débat : le domaine du secret, sa mise en œuvre, et ses limites, étant précisé que le droit comparé devrait occuper une place de choix car, aujourd'hui, au moins à l'échelle européenne, il n'est souvent plus possible de s'en tenir aux dispositions purement nationales.

Commençons, donc, par le domaine du secret de l'avocat. L'actualité a récemment illustré la question à travers des enregistrements qui auraient été faits par des personnes n'ayant pas la qualité d'avocat. Ils auraient ensuite utilisé ces enregistrements dans lesquels des professionnels

du droit, dont des avocats, auraient été mis en cause. Il a été reproché à ceux qui ont utilisé la divulgation de ces enregistrements par un non-avocat de trahir le secret professionnel : qui est tenu par le secret professionnel de l'avocat ? Le client, l'avocat, un tiers ?

### **Olivier Metzner**

Il convient de rappeler que ce que l'on qualifie de secret professionnel de l'avocat n'est pas là pour protéger l'avocat, mais bien les droits de la défense. C'est une liberté de dire ou de ne pas dire la vérité. Le client bénéficie de ce secret : il est libre de parler à son avocat sans que celui-ci soit tenu de révéler à qui que ce soit ce qu'il a entendu. La relation entre l'avocat et son client est protégée. C'est en tout cas ce qui était protégé à l'origine et qui l'est encore aujourd'hui.

On constate qu'à l'origine, le secret s'imposait à tous, mais nous devons parler au passé : l'introduction de la fiducie précédemment relevée en est un bon exemple, les lois anti-blanchiment suivent la même logique. Les avocats sont catégorisés, ils sont désormais de deux sortes : les avocats plaidants qui doivent conserver un secret absolu font face aux non-plaidants qui, à l'aune de la loi de 2009, doivent dénoncer des faits délictueux sur l'origine frauduleuse de sommes d'argent.

Le secret existe entre le client et son avocat. L'avocat est tenu au secret à l'égard du client et des tiers, alors que le client n'y est pas tenu. Si l'avocat écrit certaines choses à son client, rien n'interdit au client de les divulguer. Aujourd'hui, il est plus facile pour n'importe quel service de police d'entrer dans des bases informatiques que de mettre sur écoute une ligne téléphonique. En matière de secret professionnel de l'avocat, il faut donc prendre quelques précautions.

Ce secret professionnel est limité dans l'espace : il n'est pas le même dans tous les États. Or, le droit pénal s'est internationalisé et le fait que le secret ne soit pas le même à Paris, Genève, New York, peut poser des difficultés. En France, le secret est absolu. Il en est de même en Angleterre, à ceci près qu'il court seulement à compter du moment où l'avocat reçoit un acompte. L'avocat anglais n'a toutefois pas le droit de plaider contre ce qu'il sait, ce qui est effrayant ! En France, le client ne peut délier son avocat du secret ; il ne pourrait que l'accuser devant un tribunal d'avoir

violé le secret. Aux États-Unis, le client a le droit de relever son avocat du secret professionnel. Les avocats ont tendance à donner les informations dont ils disposent, ce qui fait que lorsque je discute d'un dossier avec un correspondant à Londres ou aux États-Unis, je ne communique pas les mêmes éléments aux uns et aux autres.

Ce secret, qui existe aussi dans d'autres domaines, est une bonne chose pour la relation avocat-client : le client peut se livrer sans crainte, ce qui permettra à l'avocat de le défendre au mieux. Lorsqu'un avocat n'a pas tous les éléments en main, il ne peut pas bien défendre son client.

L'avocat a les moyens de sauvegarder ce secret. Il est possible, bien évidemment, de combattre ce secret si l'avocat est soupçonné d'avoir participé à l'infraction. Ce secret existe, et il est donc très respecté par les avocats car il constitue l'essence même de leur métier.

Des questions peuvent se poser dans la pratique, comme lors de la célèbre affaire Bettencourt et des enregistrements réalisés par son majordome. Si l'avocat sait quelque chose de quelqu'un d'autre que de son client, est-il tenu par le secret professionnel ?

Beaucoup de juristes, beaucoup d'avocats, m'ont reproché d'avoir utilisé ces documents. Aucun ne s'est posé la question de savoir à quel titre un majordome serait tenu à quelque secret que ce soit. Dès lors qu'il n'y a pas d'infraction principale, il n'y a pas de recel. Des professeurs de droit avaient conclu à l'absence d'une violation d'un quelconque secret. Puisqu'il n'y a pas à conserver le secret du majordome, il ne pouvait y avoir de recel d'informations. La profession a été heurtée par cela. L'avocat se pose la question, en présence d'éléments de preuve, de savoir s'il doit détruire une preuve au risque d'être poursuivi pour entrave à la justice ou bien s'il doit être le plus transparent possible ou, troisième hypothèse, s'il doit se faire juge des preuves qu'il obtient. Tout cela est complexe. Ce sont des éléments de nature à prouver l'innocence du client ou bien à accuser l'adversaire : doit-on les cacher ? Pour ma part, je considère que l'on se doit d'être transparent avec la justice, sans pour autant violer le secret professionnel. Il n'existe pas de secret par procuration. Sans ces enregistrements, nous n'aurions jamais su quel était le degré d'intrusion du pouvoir politique dans les affaires judiciaires, ni que des ordres

passaient de l'Élysée au Procureur de Nanterre de prendre telle ou telle décision. Je devais donc transmettre ces éléments à la justice et il lui revenait de trancher.

Le secret est donc clair dans son principe, mais plus délicat dans son application. Le secret existe aussi entre avocats : le client ne peut avoir connaissance des communications entre avocats. Ceci permet d'aboutir à de nombreuses solutions : les discussions conduites entre avocats étant secrètes, une médiation entre avocats est possible sans que l'on doive tout dévoiler de ce qui pourrait être compromettant. Beaucoup de litiges peuvent être réglés par cette voie.

Le principe fondamental reste celui de la protection des droits de la défense.

### **Kami Haeri**

Ce secret professionnel n'appartient pas aux avocats mais à la société de manière indivise. De la même manière qu'un pénitent a besoin d'un prêtre, qu'un malade a besoin de son médecin, le justiciable a besoin de son avocat. Il a besoin de pouvoir établir une relation saine et préservée dans la manière dont elle s'exprime. Certes, l'on conjugue souvent la solennité du secret professionnel à travers le prisme des droits de la défense, mais ce droit à la relation intime, protégée, existe dans toutes les sphères de notre droit. Ce qui compte est que chacun puisse venir vers son avocat pour partager avec lui ce qu'il sait.

La vérité doit pouvoir être construite à travers le rôle de l'avocat, qui est celui de défendre son client. Et ce secret ne doit pas être uniquement un concept en flottage dans l'atmosphère ; il s'inscrit, de manière concrète dans notre procédure, à travers un groupe de règles qui réglementent le rapport fondamental, en matière pénale notamment, entre l'individu mis en cause et la justice.

Dans chaque société, la procédure pénale est un marqueur de la démocratie. Dans les sociétés les plus mures en matière de droits de la défense, plus une personne est accablée, plus les faits qui lui sont reprochés sont graves, meilleurs seront les droits qui lui seront accordés pour sa défense. En France par exemple, nous avons le sentiment qu'il existe une loyauté judiciaire plus grande encore devant la Cour d'assises, là où les crimes les plus graves sont jugés. Notre procédure pénale est d'ailleurs très singulière et paradoxale. En matière

de peines prononcées, elle est mesurée, n'est ni excessivement répressive, ni scandaleusement indulgente. Lorsque l'on prétend le contraire, c'est que l'on fait de la politique. En revanche, notre procédure pénale est souvent très coercitive et traumatisante. Les actes d'enquête qui y sont menés sont parfois choquants en termes de droit de la défense et de présomption d'innocence.

Nos collègues étrangers ne comprennent pas, par exemple, comment en France, l'on peut être mis en garde à vue sous la simple volonté d'un officier de police judiciaire.

Ce qui compte n'est pas la vérité mais la perception de la vérité. Or, la perception d'une personne qui se présente devant un juge en étant détenue est différente de celle de la même personne se présentant librement. Il faut donc préserver ce qui est fondamental pour cette personne : le droit de pouvoir s'exprimer, de préserver son secret.

Contrairement à mon confrère Olivier Metzner, je ne pense pas que l'avocat puisse être le juge du secret professionnel lorsqu'il défend les intérêts de son client. En d'autres termes, je ne pense pas que l'avocat puisse décider de ce qui doit être fait du secret professionnel. Ce secret est le même pour tous, et s'il n'est pas respecté, il sera affaibli et disparaîtra.

### **Olivier Metzner**

Il y a aussi le pré-contentieux, qui évitera le contentieux. L'hypothèse est la suivante : un client vient nous voir pour telle opération financière, et il souhaite savoir si cette opération est licite. Là aussi, le secret professionnel s'applique. Nous lui dirons de prendre telle option plutôt que telle autre. Sans le secret professionnel, il ne serait pas possible de donner ce conseil, parce que l'on ne pourrait même pas écouter le client ! Ce secret est donc aussi préventif de la commission de certaines infractions.

### **Kami Haeri**

Je voudrais vous raconter une anecdote pour vous montrer à quel point ce secret est absolu, même en matière de conseil, parfois même jusqu'à l'excès. Une entreprise sollicite une consultation d'un avocat. Un cabinet d'avocats fournit cette consultation, adressée au directeur juridique de cette entreprise, lequel fait l'objet d'une mesure de licenciement. La consultation ayant été

payée par l'entreprise en question, elle est censée lui appartenir, faire partie de son patrimoine intellectuel. Quelques années plus tard, dans le cadre d'une procédure de licenciement contre son ancien directeur juridique, l'entreprise souhaite communiquer ce document. Il a été fait interdiction à ses avocats de produire cette consultation : l'entreprise ne peut donc même pas se défendre en exploitant une information revêtue du cachet d'un cabinet d'avocats, alors même qu'elle a pourtant acheté cette information. C'est un cas extrême, sans doute excessif. Mais il démontre que ce secret est protégé avec une très grande rigueur.

Dans le système anglais, les choses sont différentes : le secret professionnel ne repose pas sur la personne, comme en France, mais sur l'objet même sur lequel il porte. Il y a une très grande disparité de rigueur, il faut donc être vigilant sur le statut d'un produit juridique dans cet environnement international.

### **Olivier Metzner**

Je ne suis pas totalement d'accord avec ce point de vue. Si l'un de mes clients m'apporte un document dans lequel un avocat lui conseille de faire tel ou tel montage juridique qui s'avère frauduleux, je produirai ce document, et la jurisprudence me donnera raison. Si mon client a fait cela parce qu'un avocat le lui a conseillé, l'avocat en question engage sa responsabilité et doit en répondre, bien évidemment.

### **Pierre-Yves Gautier**

Le Bâtonnier pourrait-il être saisi pour avis avant de produire devant un juge des pièces obtenues par un tiers ?

### **Olivier Metzner**

J'ai pour principe d'être indépendant, notamment de ne pas dépendre d'un Bâtonnier. Je considère que l'indépendance de l'avocat doit passer outre tout cela. Le Bâtonnier jouera toujours la sagesse, pas nécessairement l'intérêt du client. Dans l'affaire des enregistrements du majordome, le Bâtonnier aurait certainement conseillé de ne pas y toucher, de ne pas les transmettre... Lorsque, quelques mois plus tard, j'aurais été poursuivi pour entrave à la justice, il n'aurait pas été présent. Je n'ai donc pas consulté le Bâtonnier, ma conscience m'a suffi. Je rappellerai que je n'ai pas produit ces pièces directement, j'ai

demandé à ma cliente de le faire, de les présenter à la police qui est tenue de garder des traces de tout document, d'établir un procès-verbal, au contraire du Parquet.

### **Kami Haeri**

Sachons rendre hommage à ce secret professionnel. Lorsqu'il faut se réunir pour discuter, pour négocier, les parties sont heureuses de pouvoir bénéficier de la confidentialité des échanges. On ne peut avoir le secret et tous les avantages que l'on peut en tirer, sans avoir des responsabilités en contrepartie. Le secret professionnel est quelque chose d'important, il faut le préserver.

### **Olivier Metzner**

Je suis d'accord avec vous, je suis gardien des secrets de mes clients, pas de ceux d'un major-dome. Il peut faire ce qu'il veut de ce qu'il a. Les textes indiqués au début de ce débat sont beaux, admirables, mais ne sont pas respectés. Depuis des années, la Cour de cassation considère que le secret professionnel entre l'avocat et son client ne commence, en matière pénale, à courir que du jour où le client est poursuivi. C'est inimaginable. Le secret professionnel est aussi une relation de confiance qui fera que le client sera bien défendu. Aujourd'hui encore, la Cour de cassation maintient sa jurisprudence. C'est une aberration totale qui sera, je le pense, rectifiée un jour par la Cour européenne des droits de l'Homme ou par le Conseil constitutionnel.

### **Denis Mazeaud**

Enregistrer quelqu'un à son insu ne constitue-t-il pas, en soi, une infraction ?

### **Olivier Metzner**

Lorsque la partie écoutée ne se plaint plus, il n'y a plus de poursuites pénales. En revanche, en matière civile, une preuve déloyale ne peut pas être produite. En matière pénale, dès lors que l'enregistrement provient d'un tiers et pas de quelqu'un chargé de l'autorité publique, il peut être produit. C'est une preuve valable ; pour autant, elle n'empêche pas des poursuites pour atteinte à la vie privée.

### **Thierry Revet**

Il convient maintenant de s'interroger sur les évolutions acquises et à venir du secret professionnel. La question du blanchiment me semble importante. La possibilité pour le Bâtonnier d'être

médiateur de ce genre d'affaires est une victoire. Même si c'est en pratique une très grande protection, cela n'a pas supprimé l'obligation de révélation qui pèse sur les avocats. Elle est mise en œuvre d'une façon qui assure une protection beaucoup plus grande que celle du droit commun, mais elle n'a pas été supprimée. Je trouve assez préoccupante, en théorie, l'existence même d'une telle obligation. Quelle est sa compatibilité avec le secret professionnel ?

### **Olivier Metzner**

Le Bâtonnier n'est pas un filtre absolu, il est un filtre et s'il constate qu'il y a suspicion de blanchiment, il doit nécessairement transmettre à Tracfin. Il se fait juge de la suspicion ou pas. La protection du secret professionnel devrait être absolue pour tous les avocats, quels qu'ils soient.

### **Thierry Revet**

Comment articuler le secret professionnel avec l'exercice du métier d'avocat en entreprise, qui est à la fois avocat de plein exercice et salarié d'une entreprise ?

### **Olivier Metzner**

Dans les pays anglo-saxons, il faut savoir que les directeurs juridiques des entreprises sont tous des avocats. L'avocat ne pourra pas plaider pour l'entreprise dont il est salarié du fait du défaut d'indépendance. En France, d'après le rapport Darrois, le directeur juridique devrait être protégé par le secret professionnel. À quel niveau les collaborateurs du directeur juridique devraient-ils être protégés ? C'est une question complexe. Je suis pour une indépendance totale de l'avocat et de l'entreprise ; il vaudrait mieux externaliser le juridique pour garantir l'indépendance de l'avocat.

### **Kami Haeri**

C'est un débat politique que celui de l'intégration des avocats dans l'entreprise, débat qui a agité la profession et qui s'est conclu par un rejet de cette possibilité. À titre personnel, j'y suis favorable parce que je considère que cette intégration valorise la filière juridique, la profession d'avocat.

Ce clivage est maintenu pour prendre en compte l'angoisse des avocats de province, alors que l'entreprise n'aurait plus besoin d'aller faire à l'extérieur des choses qui doivent rester secrètes. Les avocats ont un avantage concurrentiel du fait du secret professionnel, parce que nous

pouvons écrire des choses qui resteront enfermées dans ce sanctuaire. S'il y a un secret professionnel en entreprise, on aura moins besoin d'aller chercher un avocat. Là est le clivage.

**Olivier Metzner**

Il ne faut pas en arriver à faire du secret professionnel une valeur marchande.

**Thierry Revet**

Le risque n'est-il pas d'accentuer plus encore la séparation entre défense et conseil ? À supposer

que l'on puisse envisager une forme de secret de l'avocat en entreprise, ne serait-elle pas nécessairement édulcorée face à celle du secret de l'avocat, naturellement indépendant ?

Les mouvements actuels autour du secret professionnel de l'avocat ne révèlent-ils pas, finalement, l'évolution de la profession d'avocat par cette diversification, cet enrichissement, cette extension ? Tout cela a pour prix une perte inévitable d'homogénéité, d'unité du secret professionnel de l'avocat.

# Petit trois du Grand B : le secret et les banquiers

## Le point de vue du professeur

**Dimitri Houtcieff**

Professeur à l'Université d'Evry – Val d'Essonne  
Avocat à la Cour

Le miracle du banquier est de connaître la vie de ses clients par l'argent. Cette vérité qu'il détient, il revient parfois au banquier de la révéler : s'il est rare que des banquiers soient mis au secret pour s'être tus, il est en revanche assez fréquent que leur responsabilité civile soient admises de n'avoir pas parlé : la jurisprudence admet volontiers, depuis quelques années, la responsabilité du banquier en cas de manquement à son devoir d'information ou de mise en garde.

Réciproquement, il revient parfois au banquier de se taire<sup>1</sup> : voici le secret bancaire. Détenant les secrets du cœur et des affaires de son client, il ne saurait s'en dessaisir sans lui porter dommage : ce qui est précieux est toujours secret. Si le propos est d'évidence, il n'en reste pas moins que le secret bancaire ne s'est clairement imposé en France que de manière finalement fort récente, peut être parce que la banque était jadis moins fréquentée par le grand public et que les besoins en financements extérieurs étaient moindres<sup>2</sup>. La problématique du

secret bancaire ne paraît en effet avoir émergée que peu avant la deuxième guerre mondiale : ainsi, le 8 novembre 1934, la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne impose le secret bancaire en Suisse. En France, la doctrine se saisit de cette question à la toute fin des années 1940<sup>3</sup>, qui s'appuie sur la loi du 2 décembre 1945 sur la nationalisation de la Banque de France et des grandes banques commerciales.

Voilà qui ne suffisait cependant à tracer les contours du secret ni le régime de son opposabilité. Certes, la loi du 3 janvier 1973 l'imposait à tous les agents de la Banque de France, tandis que la chambre criminelle de la Cour de cassation admettait l'existence du secret professionnel<sup>4</sup>. Le secret bancaire n'en relevait cependant pas moins pour l'essentiel du non-dit législatif et d'une jurisprudence discrète : voilà qui ne pouvait utilement rassurer les confidents des banquiers.

La loi bancaire du 24 janvier 1984 mit fin à cette situation : son article 57, qui fut plus tard

<sup>1</sup> Sur cette question, F. Labrunie, « Le devoir d'information du banquier et le secret professionnel », *Gaz. Pal.* 5 déc. 2000, n° 340, p. 22.

<sup>2</sup> En ce sens, B. Bouloc, « Le secret professionnel du banquier : principes et limites », *Gaz. Pal.* 29 juin 2004, n° 181, p. 1.

<sup>3</sup> V.-P. Gulphe, « Le secret professionnel du banquier », *RTD com.* 1948, p. 8 s. Notre collègue Thierry Bonneau relève que le traité de Joseph Hamel sur *Les*

*banques et les opérations de banque* ne fait pas état du secret, in « Le secret professionnel du banquier : principes et limites », *Gaz. Pal.* 29 juin 2004, n° 181, p. 1.

<sup>4</sup> Le secret professionnel bancaire défini et aménagé naguère par la jurisprudence, interprétant à cette fin l'art. 378 anc. C. pén., a, on le sait, été consacré par l'art. 57 de la loi bancaire du 24 janv. 1984.

repris à droit constant à l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier, soumis les dirigeants et les employés de tout établissement de crédit au secret professionnel à peine de sanctions pénales. Le client, sa vie privée, le secret de ses affaires aussi, étaient ainsi protégés. Mais l'histoire n'était pas achevée. Ce secret proclamé fut bien vite perçu comme une entrave. Dans le contexte de l'internationalisation des relations bancaires, il est nécessaire que l'information circule, parfois sans que le client y consente expressément : la matière est fortement concurrentielle et le cadre de certaines opérations de groupe imposent nécessairement la communication d'informations entre les groupes bancaires. Ajoutons que la révélation de l'information est nécessaire à la lutte, non seulement contre la fraude fiscale – ou l'évasion fiscale pour reprendre la distinction suisse – mais également contre le terrorisme où la drogue. Le secret bancaire peut bien être considéré comme un instrument de protection du client, il ne doit pas être conçu pour autant comme une immunité.

C'est par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (« LME ») que le législateur a tenté d'assouplir un tantinet le secret bancaire à l'aune de ces objectifs. Si elle a élargi le nombre des confidentiels astreints au secret bancaire aux établissements de crédit les services d'investissement, elle a toutefois libéré certaines informations afin de les pouvoirs faire circuler...

Au final, le secret bancaire s'étiole. Il n'est pas absolu : le banquier en est parfois dispensé. Il n'est pas inviolable : le secret bancaire n'est pas opposable à tous. Aussi vous dirai-je quelque mot sur ce secret, tel qu'il est imposé, avant d'envisager ce même secret, lorsque vient le temps de l'opposer.

## I. Le secret imposé

Le Code monétaire condamne certaines personnes au secret (A). La condamnation n'est cependant pas absolue : le secret bancaire est seulement relatif (B).

### A. La condamnation au secret

**Gardiens du secret.** L'article L. 511-33 du Code monétaire et financier pose le principe d'un

secret professionnel qui pèse sur « *tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employée par l'un de ceux-ci est tenu au secret professionnel* ». Si les gardiens du secret sont ainsi découverts, le texte est en revanche fort mystérieux quant à l'objet de leur arcane. Sur quoi porte donc ce secret, qu'il leur revient de cacher et que les tiers ne sauraient voir ?

**Contenu du secret.** Par définition, le secret dont il s'agit porte sur des faits non publics, qui ont été confiés au banquier dans l'exercice ou à l'occasion de son activité professionnelle par son client ou bien encore par un tiers<sup>5</sup>. Encore faut-il que l'information dont il s'agit soit précise : le numéro du compte, son solde, ses mouvements, ou – selon une jurisprudence constante, les informations portées au verso des chèques<sup>6</sup> ne peuvent être délivrées qu'au titulaire du compte. Les informations plus générales, telles que la solvabilité du client, ne sont en revanche pas couvertes par le secret : au vrai, le banquier pourrait bien voir sa responsabilité engagée de ne les avoir pas révélées, par exemple dans le contexte de la conclusion d'un contrat de cautionnement.

**La sanction du secret.** Le banquier qui romprait le silence engagerait sa responsabilité civile, et responsabilité pénale : de tels faits étant – pour le moins – constitutifs du délit de violation du secret professionnel<sup>7</sup>, ils sont passibles d'un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende. La Commission bancaire pourra également prononcer des sanctions disciplinaires à l'encontre du banquier indiscipliné. Ces sanctions lourdes ne seront cependant brandies que si la révélation du secret est la conséquence d'une trahison. Or, le secret bancaire n'est pas absolu : il est relatif.

### B. La relativité du secret

**Finalité et relativité.** Le secret bancaire est relatif. Contrairement au secret professionnel de l'avocat, qui repose sur l'intérêt supérieur de l'organisation de la défense de son client, la finalité du

<sup>5</sup> H. Aubry, « Banques et établissements de crédit », *Rép. com.*, 2006, spéc. n° 165.

<sup>6</sup> Com. 21 sept. 2010, n° 09-68.994 – Com. 25 févr. 2003, *Bull. civ. IV*, n° 26 – Com 8 juill. 2003, *RTD com.* 2003, p. 783, obs. M. Cabrillac.

<sup>7</sup> Le délit de divulgation d'informations nominatives susceptibles de porter atteinte

à la réputation et à la considération des personnes a également été admis dans le cas d'un banquier qui avait adressé à des commerçants une liste informatique et nominative de personnes supposées présenter un risque (CA Rennes, 13 janv. 1992, *D.* 1993, somm. p. 54, obs. M. Vasseur).

secret bancaire est d'ordre privée. Le secret de la vie privée ou de la vie des affaires du client sont sans doute en cause, mais il n'y a jamais là que l'intérêt du client. Aussi le secret n'est-il ni absolu ni d'ordre public, ce qui, soit dit en passant, distingue la France du Luxembourg<sup>8</sup>.

**Renonciation dans le propre intérêt du client.** Le client peut ainsi tout naturellement renoncer au secret, puisqu'il n'appartient qu'à lui. L'article L. 511-33 prévoit ainsi que « *les établissements de crédit peuvent communiquer des informations couvertes par le secret professionnel au cas par cas et uniquement lorsque les personnes concernées leur ont expressément permis de le faire* ». Voilà qui recoupe l'ordinaire de la renonciation, qui ne se présume pas et doit être expresse.

**Mise à l'écart du secret au profit du banquier.** Le secret professionnel ne cède cependant pas que du consentement du client : la loi LME a multiplié les hypothèses où l'information n'est plus couverte par le secret, dans l'intérêt du récipiendaire du secret, je veux dire du banquier. En particulier dans un contexte de concurrence, les établissements de crédit doivent parfois faire circuler les informations dont ils disposent, fussent-elles confidentielles : c'est ainsi notamment pour faciliter la titrisation ou encore le transfert du risque des crédits dans un contexte de mondialisation que – visionnaire, il faut bien le dire – le législateur a extirpé certaines informations du domaine du secret bancaire...

Précisons ! Sans parler même de la possibilité de levée du secret bancaire au profit des agences de notation, le Code monétaire et financier admet désormais qu'une information confidentielle soit transmise sans le consentement du client dans l'hypothèse d'opérations de crédit effectuées, directement ou indirectement, par un ou plusieurs établissements de crédit ; ou d'opérations sur instruments financiers, de garanties ou d'assurance destinées à la couverture d'un risque de crédit ; ou de cessions d'actifs ou de fonds de commerce ou de transferts de créances ou de contrats ou encore de « contrats de prestations de services conclus en vue de confier au tiers cocontractant des fonctions opérationnelles importantes ». Et la liste n'est pas exhaustive. L'on voit cependant par là combien les

blessures faites au secret sont nombreuses. Les opérations mentionnées sont en effet des plus fréquentes, cependant que les conditions d'application du texte sont parfois floues... : que faut-il entendre, pour se borner à cet exemple, par « fonctions opérationnelles importantes » ?

**Que reste-t-il du secret ?** Que reste-t-il alors du secret bancaire ? L'on aurait tort de croire que l'article L. 511-33 l'a totalement vidé de sa substance. La liste de cette disposition étant limitative, elle s'interprète restrictivement : ainsi certaines situations fort proches de celles qu'elle évoque demeurent-elles soumises au secret, sans qu'il soit véritablement possible de savoir pourquoi : comment expliquer par exemple que « l'étude et l'élaboration » de tout type de contrats ou d'opérations dans le cas des groupes échappent au secret tandis que la conclusion et l'exécution de ceux-ci demeurent sous son emprise ?

Les conséquences de cette légistique imprécise ne sont pleinement satisfaisantes pour personne : si la protection du client est incontestablement affaiblie, le banquier demeure contraint par le secret quand il serait légitime qu'il y échappe. D'autres voies eussent peut-être pu être explorées, telles que la dépénalisation du secret ou encore l'admission d'un principe de consentement tacite du client que celui-ci eût pu renverser... L'on objectera peut-être que le client ne saurait être admis à décider discrétionnairement de l'existence du secret : la question n'est cependant alors plus tant celle de l'imposition du secret que celle de l'opposabilité du secret.

## II. Le secret opposé

Il ne suffit pas de dire quelles informations sont couvertes du sceau du secret, ni de se borner à envisager les cas où le secret s'impose ou disparaît : encore faut-il savoir à qui et dans quelle mesure le secret est opposable. Sans doute le secret préserve-t-il ordinairement de la curiosité des tiers, et même souvent du juge du judiciaire. Il n'empêche pas néanmoins certaines juridictions ou autorités de voir les choses derrière les choses. L'on envisagera donc fort simplement l'opposabilité (A) puis l'inopposabilité du secret (B).

<sup>8</sup> A. Serebriakoff, « le caractère d'ordre public du secret bancaire : conviction ou réalité », in *Le droit bancaire et financier au Luxembourg*, vol. 1, Larcier.

### A. L'opposabilité du secret

**Les tiers ordinaires.** Par principe, le secret bancaire est opposable à tout autre que le client lui-même. Il est ainsi heureusement opposable à l'épouse – ou à l'époux – du client, ou à sa famille, à moins évidemment de l'existence d'un compte joint : c'est qu'après tout, en famille, tout se sait, mais rien ne se dit. Si le client le souhaite, le secret bancaire sera opposable à ses héritiers et légataires universels<sup>9</sup> : il lui survivra de toutes les façons à l'égard des tiers<sup>10</sup>. Les choses sont un tantinet plus complexes si le bénéficiaire du secret est une personne morale. Deux situations se profilent clairement, cependant : tout comme le dirigeant social ne souffrira pas le secret bancaire s'agissant de la société qu'il dirige<sup>11</sup>, l'associé s'y heurtera puisqu'il est un tiers. Les solutions sont plus floues s'agissant des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance...

**Les tiers désintéressés.** Il faut distinguer des tiers ordinaires ce tiers désintéressé qu'est le juge. C'est que le secret s'oppose à la manifestation de la vérité : en quoi la question se pose avec une particulière vivacité de savoir si le secret bancaire est opposable au juge. L'article L. 511-33 du Code monétaire et financier offre une réponse *a priori* des plus simples : le secret bancaire, dit-il, ne peut être opposé « à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale ». Voilà qui s'interprète restrictivement et *a contrario* : il faut donc en déduire que le secret bancaire est opposable au juge civil, sauf disposition contraire. Faut-il donc comprendre que le banquier échappe à l'obligation imposée par l'article 10 du Code civil de participer à la manifestation de la vérité ? Telle est la position de la jurisprudence : dès lors que les informations réclamées sont couvertes par le secret bancaire et que la demande de communication n'est pas diligentée par le bénéficiaire du secret, celui-ci constitue un empêchement légitime opposable au juge civil<sup>12</sup>. L'on ne saurait, ni s'en étonner, ni en être choqué. Comme le relève Thierry Bonneau « dans la mesure où la justice civile

comme le secret bancaire concernent des intérêts privés, il n'y a aucune raison de faire céder le second devant la première<sup>13</sup> »... Si malgré tout l'information était délivrée, le juge serait impuissant à s'en saisir...

L'on aurait cependant tort de croire, se bornant à ces exemples, que le secret bancaire est inoxydable. Les hypothèses où il cède sont au contraire de plus en plus nombreuses, le juge civil étant parfois admis à y porter atteinte.

### B. L'inopposabilité du secret

**Initié.** De plus en plus nombreux sont ceux devant qui le secret bancaire s'efface : qui sont donc ces initiés au secret bancaire. Le juge pénal d'abord, on l'a dit, mais d'autres encore. Selon l'article L. 511-33, « le secret professionnel ne peut être opposé ni à l'Autorité de contrôle prudentiel ni à la Banque de France ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale ». La liste n'est pas exhaustive. Un certain nombre d'acteurs investis d'une mission de contrôle ne s'embarrassent pas du secret bancaire. Le banquier doit ainsi communiquer à l'administration fiscale tous les renseignements qu'elle sollicitera, par application de l'article L. 83 du Livre des procédures fiscales, ceci sans avoir à passer par aucune case judiciaire<sup>14</sup>. Les autorités compétentes en matière de surendettement ou de blanchiment d'argent sont également de celles pour qui les banquiers n'ont pas de secret... L'on ne s'attardera pas sur l'atteinte particulièrement vigoureuse et rigoureuse que les dispositifs relatifs à la déclaration de soupçon constituent au secret bancaire et même aux droits de la défense. Ainsi a-t-on pu écrire – peut-être de manière un brin excessive – que le « principe du secret bancaire comporte tellement d'exceptions que je considère que son domaine d'application est devenu résiduel<sup>15</sup> ».

**Le juge civil ?** Il faut ajouter encore à cette cohorte le juge civil : normalement exclu du cercle des initiés, le voici qui frappe à la porte. Il faut en effet admettre que les textes admettant la mise à l'écart du secret bancaire croissent et multiplient,

<sup>9</sup> TGI Paris, 10 juill. 1991, *Banque* 1991. 1088, obs. J.-L. Rives-Lange – CA Reims, 25 févr. 1993, *RD bancaire et financier* 1993, 226, note F.-J. Crédot et Y. Gérard.

<sup>10</sup> Com. 25 févr. 2003, n° 00-21.184, *Bull. civ. IV*, n° 26.

<sup>11</sup> Com. 16 janv. 2001, n° 98-11.744, *Bull. civ. IV*, n° 12 ; D. 2001, AJ 545, obs. A. Lienhard.

<sup>12</sup> Com. 25 janv. 2005, n° 03-14.693, *Bull. civ. IV*, n° 13 ; *Banque et droit* mai-juin 2005, p. 79 note T. Bonneau ; Com. 23 janv. 2007, n° 05-18.368, *Bull. civ. IV*

n° 7 ; *RLDC* mars 2007, p. 26 note C. Kleitz.

<sup>13</sup> Note préc.

<sup>14</sup> Le banquier doit déférer à cette demande de communication, sauf « impossibilité technique avérée » : Com. 19 juin 1990, *Bull. civ. IV*, n° 178 ; D. 1992, somm. p. 20 obs. M. Vasseur.

<sup>15</sup> L. May, « La conformité des établissements bancaires protège-t-elle les secrets ? » *Bulletin Joly Bourse* 2009, p. 234.

au point de le livrer souvent au juge judiciaire. L'atteinte au secret est parfois indirecte : ainsi lorsque, sans être révélé, il passe d'une oreille l'autre, afin que le juge n'en connaisse que ce qui révélera la vérité.

L'atteinte au secret est parfois franche. Les dispositions dérogatoires sont nombreuses, dès lors que des impératifs plus cruciaux que la protection du secret bancaire paraissent devoir inéluctablement l'emporter. L'on songe aux procédures collectives : le Président du tribunal, ou un juge commis par lui, ou encore le juge commissaire peuvent se faire communiquer toutes les informations qu'il juge utile par l'entreprise, « *nonobstant toute disposition contraire* »... Il n'y a d'ailleurs pas besoin d'aller chercher si loin : la moindre saisie-conservatoire conduira le banquier à révéler le numéro et le solde des comptes bancaires du débiteur...

La jurisprudence participe de ce mouvement, quitte à s'affranchir des textes. Citons ici un arrêt par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 16 décembre 2008, rendu dans un domaine qui a moins de secret pour moi que le secret bancaire, je veux dire le droit du cautionnement. De quoi s'agissait-il ? En l'espèce, une banque créancière avait réclamé le montant d'un cautionnement à l'encontre des héritiers de la caution décédée : ces dernières s'exécutèrent. Ils sollicitèrent pendant de la banque qu'elle leur

communique certaines pièces et informations relatives aux engagements de la société à la date du décès : la banque s'y opposa, se retranchant derrière le secret bancaire. Elle fut approuvée tant par le juge des référés que par la Cour d'appel de Colmar. Cette position est censurée par la Chambre commerciale : « *dès lors qu'il appartient au banquier d'établir l'existence et le montant de la créance dont il réclame le paiement à la caution ou à ses ayants droit, ceux-ci sont en droit d'obtenir la communication par lui des documents concernant le débiteur principal nécessaires à l'administration d'une telle preuve, sans que puisse leur être opposé le secret bancaire*<sup>16</sup> ». Certes, il semble de bon sens que les héritiers ne soient pas contraints par le secret bancaire de payer plus qu'il ne devait : mais comment expliquer la mise à l'écart du secret ? La charge de la preuve exclurait-elle le secret ? À moins – mais il y a là, chez moi, une obsession plus compulsive encore que celle du cautionnement – qu'une règle de cohérence n'interdise au banquier de se prévaloir du secret d'une dette dont il a réclamé l'exécution<sup>17</sup>...

Affirmé autant qu'il est battu en brèche, le secret bancaire n'a pas livré tous ses mystères. Mais puisque selon la parole évangélique, il n'y a rien de caché qui ne doive être découvert, ni de secret qui ne doive être connu, je ne doute pas que Madame le Président et Monsieur Gourio participeront à éclairer ce qui est obscur.

<sup>16</sup> Com. 16 déc. 2008, *Bull. civ. IV*, n° 206.

<sup>17</sup> D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, PUAM, 2001.

# Le point de vue du magistrat<sup>1</sup>

**Claire Favre**

Président de la Chambre commerciale  
de la Cour de cassation

La Chambre commerciale a un regard nécessairement pragmatique et contraint vis-à-vis des questions qui lui sont assez souvent posées. Sur la règle générale, nous avons une décision de principe qui n'est pas récente. Depuis au moins 1995, nous avons affirmé que le secret bancaire était un motif légitime que l'on pouvait opposer au juge auquel un tiers demande la communication de renseignements bancaires. C'est bien là la règle de principe. L'on invoque les articles 10 et 11 du Code de procédure civile qui permettent à une partie de demander avant tout procès à un tiers la communication de pièces qu'il détient. Ce texte trouve facilement à s'appliquer : un créancier a besoin de savoir si son débiteur est solvable pour se tranquilliser et savoir s'il sera payé. Ces documents seraient certes utiles, mais un motif légitime empêche le banquier de donner satisfaction à la demande, c'est le secret bancaire.

C'est notre règle de principe, un principe que nous rappelons constamment au regard de ce secret bancaire que le banquier peut opposer aux tiers.

## I. Qu'est-ce qui est couvert par le secret bancaire, d'abord ?

C'est la distinction entre les faits précis et chiffrés qui sont couverts par le secret et la solvabilité qui n'est pas couverte par le secret bancaire puisqu'il s'agit bien plus d'un renseignement commercial que d'une information précise. Le banquier doit donc soit se taire, c'est le secret, et veiller à ne pas fournir des renseignements inexacts sous peine de voir sa responsabilité engagée.

Cette jurisprudence avait toujours été maintenue, en dépit des critiques, jusqu'à une décision du 21 septembre 2010 relative à la communication de la copie de chèques. Nous avons toujours décidé que les tiers pouvaient demander la copie des chèques, mais pas le verso, car il peut y figurer

des renseignements qui intéressent une autre personne (le numéro de compte du bénéficiaire, le nom du bénéficiaire s'il s'agissait d'un chèque au porteur) : cette jurisprudence, en dépit de tout l'avantage que pouvait tirer le tireur de la communication de l'intégralité du chèque, est toujours de circonstance.

Dans une autre affaire, il s'agissait d'une société dont le compte bancaire avait fait l'objet d'une décision de blocage par un juge d'instruction ; sur ce compte étaient prélevés les remboursements d'un crédit bancaire. La banque n'a pas pu procéder à ces prélèvements puisque le compte était bloqué et, au bout de quelques mois, elle a averti son client de ce que, faute de paiement, elle avait prononcé la déchéance du terme. Le client a essayé de mettre en jeu la responsabilité du banquier pour ne pas l'avoir informé de l'existence de cette mesure de blocage. La Chambre commerciale a décidé, dans cette affaire, que le banquier était tenu par le secret de l'instruction.

Sur le plan pénal, je ne suis pas certaine qu'il y ait de nombreuses poursuites pour violation du secret bancaire. En fin de compte, chacun s'y retrouve.

## II. Qu'entend-on par « bénéficiaire du secret », ensuite ?

Ce secret a pour objectif la protection d'intérêts privés, ceux du client. Mais alors, l'interrogation se déplace : qu'est ce qu'un client ? Dans un dossier, une caisse d'assurance vieillesse avait, dans l'ignorance du décès de la personne à qui elle versait des prestations, continué à les verser sur le compte bancaire. Apprenant le décès quelques mois plus tard, elle a voulu engager au minimum une action en répétition de l'indu ; pour cela, elle a souhaité connaître les coordonnées de la personne qui avait continué à diligenter les opéra-

<sup>1</sup> Le style oral de l'intervention a été conservé.

tions sur le compte bancaire du de *cujus*. Elle s'est donc adressée au banquier. Les juges du fond se sont montrés favorables à cette demande. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a, par deux arrêts des 23 janvier et 23 avril 2003, censuré ces décisions en décidant que la production ordonnée se heurtait aux règles légales du secret bancaire, auquel est tenu un établissement de crédit, qui ne cesse pas avec la disparition de la personne qui en bénéficie, et qui s'étend aux personnes qui ont reçu le pouvoir de faire fonctionner le compte.

Le client, en présence d'une personne morale, est celui qui a un pouvoir de représentation de cette personne morale, comme l'administrateur ou le liquidateur judiciaire. Il s'agit de personnes auxquelles le banquier ne peut pas opposer le secret bancaire, puisqu'elles sont assimilées au client. En revanche, dans le cadre de ces procédures collectives, le commissaire à l'exécution du plan n'a qu'une mission de représentation des intérêts des créanciers, et non pas de ceux du débiteur ; il est donc tiers, et peut se voir opposer le secret bancaire.

Qu'en est-il des héritiers, continuateurs de la personne du défunt ? Lorsqu'ils agissent pour la défense de leurs intérêts patrimoniaux, le banquier ne peut pas leur opposer le secret bancaire. En revanche, dans certains cas, les héritiers sont en opposition. On touche alors au secret de la vie privée ; le secret bancaire retrouve ici toute sa place.

Dans un arrêt du 6 octobre 2004 mettant en présence deux frères héritiers, l'un d'eux soupçonnait leur mère d'avoir fait des libéralités à l'autre ; il s'appuya sur l'attestation d'un employé de banque qui avait indiqué que leur mère, alors titulaire du compte, avait versé en espèce une certaine somme à son frère. Selon ce dernier, cette attestation était le reflet de la violation du secret bancaire puisque, par celle-ci, l'employé avait fait connaître un secret dont il n'avait pas été délié par la cliente. Nous lui avons donné raison car, dans ce cas, c'était un renseignement touchant à la sphère privée, les héritiers n'agissant pas dans le cadre de la défense d'intérêts patrimoniaux. Le banquier était tenu par le secret bancaire.

La question est assez compliquée, comme vous le voyez. Toutes les hypothèses dans lesquelles la banque est partie au procès sont intéressantes. L'on pourrait imaginer que, dans tous ces cas, la banque puisse se trouver déliée du secret bancaire. Notre réponse est différente.

Le cas se présente lorsque la banque est assignée en responsabilité mais ne se défend pas en donnant des informations relatives aux comptes de tiers.

Il faut par exemple se référer à un arrêt du 25 janvier 2005 concernant une opération de promotion immobilière. En l'espèce, des renseignements précis concernaient un tiers, mais les banquiers ne pouvaient les fournir aux acquéreurs.

De même, dans le cadre d'une cession de créance professionnelle, un banquier assignait le débiteur cédé qui voulait lui opposer toutes les exceptions inhérentes à la dette en invoquant la mauvaise foi du banquier. Le débiteur cédé demanda alors la communication des comptes du cédant, pour démontrer que la banque savait que son client se trouvait dans une situation irrémédiablement compromise. Là encore, le cédant étant un tiers, il bénéficiait du secret professionnel. Le banquier ne devait pas fournir au débiteur cédé de renseignements précis sur le compte du cédant bien qu'il y ait un intérêt à les obtenir.

La caution est un cas particulier. Elle est un cas d'exception au secret bancaire, puisque le banquier doit donner à la caution, une fois par an, des informations sur le montant de la dette. La caution est tiers, mais elle a tout de même une position particulière : elle est tenue de la dette d'autrui, du débiteur principal. Dans ce cas-là, il faut faire prévaloir les règles de droit commun de l'action en justice et de la charge de la preuve : celui qui demande paiement doit apporter la preuve de sa créance, c'est ce qui nous a fait pencher dans le sens de la caution. Il faut alors que le banquier apporte les éléments de preuve à la caution, c'est le principe de loyauté.

La conclusion s'impose : nous avançons au cas par cas en essayant d'être, pour chacun d'eux, les plus pragmatiques possible et de coller à la définition et à l'objet de ce secret bancaire.

# Le point de vue du banquier<sup>1</sup> : que reste-t-il du secret bancaire ?

**Alain Gourio**

Docteur en droit

Responsable de la coordination juridique BNP Paribas

C'est la question que suscite l'évolution de la réglementation, principalement européenne et internationale. Le secret bancaire apparaît attaqué de toute part, que ce soit par la voie officielle des lois et conventions internationales, ou par celle de diverses fuites portant notamment sur des listes d'évadés fiscaux. Certes, le principe reste apparemment bien ancré en droit français. Il fait l'objet de sanctions pénales fulminées par l'article 226-13 du Code pénal. Mais cet arsenal fait aujourd'hui figure d'obstacle à des exigences nouvelles qui peuvent conduire jusqu'à la remise en cause de la légitimité du secret bancaire. Celui-ci est trop souvent apparu comme un instrument de protection de l'argent frauduleux. Il doit céder devant l'exigence de transparence permettant de lutter contre le blanchiment de capitaux, la corruption, la fraude fiscale et le financement du terrorisme. Le secret bancaire constitue par ailleurs un élément de rigidité susceptible d'entraver le bon fonctionnement des groupes bancaires.

Aussi le législateur a-t-il multiplié les exceptions au secret bancaire conduisant non seulement à un recul notable de son champ d'application (I) mais aussi à une dilution du concept (II).

## I. Le recul du secret bancaire

Le recul du secret bancaire provient tout d'abord d'une multitude de textes qui prévoient des exceptions somme toute classiques.

Le secret bancaire est inopposable lorsqu'il s'agit de satisfaire à des objectifs d'intérêt général comme la surveillance des activités bancaires et financières ou la protection des consommateurs. Il en est de même pour ce qui est du droit de communication du fisc et des douanes. Le secret bancaire peut aussi s'effacer devant des intérêts privés, vis-à-vis des cautions, en matière de règle-

ment des successions, etc. Mais ce qui a bouleversé la matière ce sont les règles récentes relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, la corruption et la fraude fiscale.

La réglementation est d'abord de source européenne. Les banques (elles ne sont pas les seules) sont tenues de déclarer à la cellule de renseignement financier nationale (TRACFIN) les sommes inscrites dans leurs livres et les opérations portant sur ces sommes pouvant provenir d'activités illicites. Il s'agissait initialement du trafic de stupéfiants, de la corruption, des activités criminelles organisées et de la participation au financement du terrorisme.

La troisième directive relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, transposée par l'ordonnance 2009-104 du 30 janvier 2009, élargit considérablement le champ d'application des déclarations à Tracfin. Les organismes financiers (mais aussi les professionnels du droit et du chiffre) sont tenus de déclarer les sommes et les opérations qu'ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participant au financement du terrorisme (art. L. 561-15 du Code mon. fin.). Le nombre d'actes délictueux est considérable en raison de la pénalisation du droit français. La fraude fiscale en fait partie, ce qui est nouveau dans le dispositif de lutte anti blanchiment. Mais elle fait l'objet d'un régime plus restrictif puisque la déclaration sera subordonnée à l'existence d'au moins un des critères définis par un décret à paraître. Ces obligations vis-à-vis des autorités ont leur pendant à l'intérieur des groupes bancaires européens.

L'article L. 511-34 du Code monétaire et financier, qui est la transposition en France de la

<sup>1</sup> Le style oral de l'intervention a été conservé.

troisième directive précitée, oblige à une centralisation au niveau du groupe des informations suivantes :

- les informations nécessaires à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ;
- la détection des opérations d’initiés ou des manipulations de cours ;
- la gestion des conflits d’intérêts.

Toutes ces informations devront donc être transmises par les filiales à leur maison mère, sans bien sûr, l’accord des clients.

À ces règles européennes s’ajoutent les conventions fiscales internationales qui ont été conclues ou renégociées récemment à l’instigation de l’OCDE et du GAFI (Groupe d’Action Financière). C’est ainsi que les conventions conclues entre la France et la Suisse ou le Luxembourg ont été modifiées en 2009 pour faciliter l’échange de renseignements sur l’existence de comptes et sur les sommes déposées. La même année, la France a signé vingt et un accords avec des pays dits à fiscalité privilégiée (Bahamas, les Antilles Néerlandaises, les îles Caïmans, Lichtenstein, Malaisie, Hong Kong, les îles Urk et Caicos, Taïwan, Singapour, Saint-Marin, Andorre, Gibraltar, etc.). En sus de tout ceci, va s’appliquer à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013, une réglementation américaine à vocation mondiale : FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*).

L’objectif est d’inciter les banques étrangères (non américaines) à conclure un accord avec l’administration fiscale américaine (IRS) visant, d’une part, à identifier les comptes détenus à l’étranger par des « *US persons* » et les entités contrôlées par des « *US persons* », et, d’autre part, à déclarer au fisc américain tous les avoirs et revenus détenus par ces personnes. À défaut d’un tel accord, une retenue à la source de 30 % sera appliquée à tous les revenus de source américaine perçus par la banque « récalcitrante » en son nom ou au nom de ses clients. Une fois l’accord conclu avec l’administration américaine, la banque demandera à ses clients « *US persons* » leur accord pour déclarer l’ensemble de leurs avoirs et revenus au fisc américain. Le refus du client de lever le secret bancaire aura deux conséquences :

- tout d’abord, son compte sera clôturé ;
- ensuite, lui sera appliquée la retenue à la

source de 30 % sur les revenus de source américaine.

Cette nouvelle manifestation du recul du secret bancaire se double d’une dilution du concept proprement dit.

## II. La dilution du concept

Un groupe bancaire ne constitue pas en général une structure juridique unique et il ne vit pas en autarcie. Autrement dit, des flux d’information concernant les clients circulent nécessairement entre les différentes filiales du groupe et avec des contractants extérieurs.

Le secret bancaire peut se révéler, dans ces conditions, quelque peu artificiel. En effet, selon que le groupe est organisé ou non en filiales, la transmission interne d’informations relatives aux clients relèvera ou non du secret bancaire.

Certes, le secret bancaire est relatif. Destiné à protéger les clients, ceux-ci peuvent y renoncer. Ceci a été confirmé par la loi LME du 4 août 2008 qui a inscrit cette faculté de renonciation dans l’article L. 511-33 du Code monétaire et financier. Des clauses sont prévues en ce sens dans les contrats bancaires et de financement stipulant la transmission d’informations à d’autres sociétés du groupe ou à des prestataires extérieurs. Mais ces clauses doivent être précises. Elles ne peuvent donc pas couvrir tous les cas. Par ailleurs, la jurisprudence ne semblait pas accepter la notion de secret bancaire partagé en dehors des cas prévus par la loi.

Aussi la loi LME du 4 août 2008 a-t-elle reconnu la possibilité pour les établissements de crédit de communiquer des informations couvertes par le secret professionnel aux personnes avec lesquelles ils négocient, concluent ou exécutent un certain nombre d’opérations, dès lors que les informations sont nécessaires à ces opérations. La liste de ces opérations est longue (art. L. 511-33 du Code mon. fin.). Elle vise des transferts d’informations confidentielles à l’extérieur de la banque pour des opérations de crédit effectuées directement ou indirectement par un ou plusieurs établissements de crédit, des cessions d’actifs, des cessions ou transferts de créances ou de contrats, les contrats de prestation de services conclus avec un tiers en vue de lui confier des fonctions opérationnelles importantes. Elle vise aussi des communications d’informations à l’inté-

rieur des groupes bancaires : les informations échangées entre entités d'un même groupe lors de l'étude ou l'élaboration de tout type de contrats ou d'opérations.

Quel statut vont recevoir les informations ainsi communiquées ? Les personnes recevant de telles informations doivent les « conserver confidentielles » (art. L. 511-33 du Code mon. fin.). Toutefois, précise le texte, dans l'hypothèse où l'opération pour laquelle elles ont été transmises se réalise, ces personnes peuvent à leur tour communiquer les informations à ceux avec lesquelles elles négocient, concluent ou exécutent les opérations visées à l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier, qui elles-mêmes devront les conserver confidentielles.

La question se pose de déterminer la nature de l'obligation de conserver confidentielles les informations ainsi transmises. Les termes de la loi paraissent se référer à une obligation civile de confidentialité, dont la violation ne pourrait donner lieu qu'à des dommages et intérêts, en dehors de toute sanction pénale. L'effet dilutif du

nouveau régime légal est dès lors manifeste. L'information confidentielle de source bancaire est soumise à un régime de protection de droit commun dès lors qu'elle est transmise aux tiers habilités par la loi.

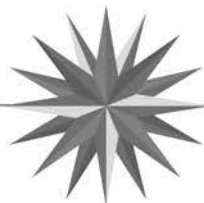
Ne serait-il pas plus simple dans ces conditions d'unifier la protection dans une obligation civile de confidentialité ? Celle-ci reposerait sur deux critères majeurs : la nécessité et la proportionnalité. Une telle proposition peut s'autoriser de deux constats tirés de l'expérience :

– tout d'abord, il semble bien que la violation du secret bancaire soit poursuivie dans la plupart des cas sur le fondement de la responsabilité civile (v. la rareté des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière pénale) ;

– ensuite, si l'on se réfère à la situation des compagnies d'assurance, elles aussi détentrices de nombreuses informations confidentielles, leur soumission dans ce domaine au droit commun de la responsabilité civile ne semble pas avoir créé de difficultés particulières.

# Exco SOCODEC

Audit - Expertise Comptable - Conseil



...évaluation d'entreprise...

...expertise-comptable...

...commissariat aux comptes...

## A VOS COTÉS DANS LA CONDUITE DE VOTRE ENTREPRISE DEPUIS PLUS DE 60 ANS

...commissariat aux apports...

...gestion de la paie...

...conseil en gestion...



### Exco SOCODEC, c'est :

- 90 spécialistes à votre service
- 5 implantations en Ile de France et Bourgogne
- La confiance de plus de 2.300 clients
- L'appartenance à un groupe national de plus de 2.000 collaborateurs répartis sur quelques 110 bureaux
- L'appartenance à une réseau international permettant de vous suivre dans le monde entier
- Un environnement technologique de premier plan



Membre de **Kreston International**

**58, rue de Ponthieu - 75 008 PARIS**

**Tél. : 01 70 61 22 00**

**socodec@exco.fr - www.excosocodec.fr**

# Droits fois rien...

Denis Mazeaud, Directeur scientifique, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

---

Enfin seul ! Dernier jour de juillet sur mon île de rêve... J'ai réussi, pour une heure, pour une heure seulement, à fausser compagnie à ma tribu de frangins, de cousins et d'amis avec lesquels je séjourne, comme de coutume, pour ce deuxième mouvement de ma fugue estivale, dans cette maison basse et blanche, face au bois de Trousse chemise. Une heure donc de solitude avant que mon évasion ne soit découverte et que la meute ne rapple pour une énième ballade, pour une ixième baignade. Une heure à ne penser à rien et à laisser mon esprit vagabonder sur cette terrasse de café inondée de soleil, sans autre ombre que celle que dessine le verre d'alcool que je me suis offert pour fêter cette éphémère accalmie. Pour m'isoler plus encore, je me dissimule derrière le journal que j'ai choisi, à dessein, en fonction de la seule hauteur de ses pages. C'est *Le Monde, Dossiers & Documents* des mois de juillet et août qui me sert en l'occurrence de paravent de papier...

Distraitement, au rythme des olives noires que je déguste pour mêler leur goût à celui de l'alcool que je bois pour fêter ma liberté provisoire, mon regard flâne sur les articles de la feuille de chou, dont j'ignorais jusqu'alors l'existence. Ici et là, quelques brèves sur les derniers mois écoulés retiennent peu à peu mon attention, alors que je n'avais pas d'autre projet que demeurer, quelques instants, en apesanteur. Reconnaissons qu'à moins d'être définitivement blasé, il est impossible de ne pas être sidéré par cette demi-année folle. Folie qui se propage inexorablement par-delà les continents, du sud au nord, de l'orient à l'occident, de dictature en démocratie... Folie qui se traduit par d'enthousiasmants bouleversements là où on pouvait légitimement penser que les ténèbres constituaient un irréversible décor, mais aussi par des tragédies aussi improbables qu'effroyables.

Folie que ce printemps arabe qui a vu éclore les embryons de la démocratie en Tunisie et en Égypte, autant de dictatures renversées par la volonté populaire et *via* internet qui a tissé sa toile libératrice. Recte que dans la région, l'hiver perdure en Libye, où ses anciens obligés occidentaux ont subitement découvert que le Guide était un tyran, et en Syrie, où la terreur règne au quotidien sans que les grands de ce monde ne s'en émeuvent... Silence complice et assourdissant au nom de la real politique... Folie de la nature qui plonge le pays du soleil levant dans le chaos nucléaire et qui conduit, qui l'eût cru hier, l'Allemagne à renoncer demain à cette énergie... Folie d'un fanatique, tueur froid et possédé, qui, en seulement quelques heures, commet deux fois plus de meurtres que son pays n'en connaît en moyenne en un an et qui permet au monde entier de s'intéresser, autrement que par le prix Nobel de la paix, à un pays dans lequel règnent les idées de tolérance et de confiance, et qui donne au monde une superbe leçon de démocratie en réponse à l'incarnation de la bête immonde. « Si un seul homme est capable d'autant de haine, pensez à l'amour que nous pourrions générer ensemble ! » twitte une jeune norvégienne à l'intention de ses compatriotes... Folie médiatique qui, avant que justice passe, condamne, sans voie de recours, un ex futur favori à l'élection présidentielle en France... Folie d'une justice américaine qui semble attacher moins d'importance au viol qu'une femme soutient avoir subi qu'aux petits arrangements avec la vérité dont cette victime se serait rendue coupable, comme si le mensonge constituait un fait justificatif de ce crime abject...

---

Dans ce même numéro du *Monde, Dossiers & Documents*, un passionnant dossier sur « Les écrivains-journalistes » et cette phrase superbe d'Albert Londres, le plus grand d'entre tous, écrite à son retour de Guyane pour convaincre le gouvernement français de supprimer le sinistre bagne de Cayenne : « C'est la loi, mais la loi s'est trompée », déclinaison de la résistance à la loi injuste. J'aurais tant aimé avoir une once de son talent pour améliorer l'ordinaire de ma plume poussive... Mais n'est pas Albert Londres qui veut, comme me le rappelleront, sans doute, sans ménagement les membres de ma tribu quand je m'évertuerai à leur expliquer maladroitement les raisons de mon inexcusable absence. De toute façon, mon heure de répit s'est écoulée, il est grand temps que j'enfourche mon vélo pour rejoindre ma base arrière... Les vacances, c'est la santé, rien faire, tel est le secret !

31 juillet 2011

## COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA RDA ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la *Revue*.

*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit  
par courrier électronique à l'adresse suivante :  
revuededroitdassas@gmail.com*

L'équipe de la *RDA* tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Panthéon-Assas.

La *revue* est disponible en ligne sur le site  
[www.u-paris2.fr](http://www.u-paris2.fr)





FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER



## Promouvoir l'excellence

PARIS

**Marion Parrenin**

2, rue Paul Cézanne

75008 Paris

T +33 1 44 56 27 97

E marion.parrenin@

freshfields.com

[www.freshfields.com](http://www.freshfields.com)

Le cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer LLP est heureux d'apporter son soutien humain et financier à la revue universitaire de Panthéon-Assas (Paris II).

Projet ambitieux et novateur, la "Revue de droit d'Assas" (RDA), symbolise l'importance et la richesse de partenariats indispensables entre les étudiants en droit, avenir de la profession, leurs professeurs et le monde des affaires.

Le cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer LLP a depuis toujours montré son attachement aux valeurs du monde universitaire. Il est notamment l'organisateur depuis plus de 20 ans

en partenariat avec le quotidien Les Echos du Prix du meilleur étudiant juriste d'affaires, concours ouvert à toutes les universités de droit en France.

Cabinet international, notre attachement au monde universitaire ne se limite pas à l'hexagone. Freshfields accompagne de nombreux projets universitaires en Europe et dans le monde, afin de continuer à promouvoir la formation de juristes d'excellence, qu'ils s'orientent vers la pratique ou vers la recherche.



# Généalogie successorale Recherche d'héritiers

PARIS

AIX EN PROVENCE

BAYONNE

BEAUNE

CLERMONT FERRAND

LYON

NICE

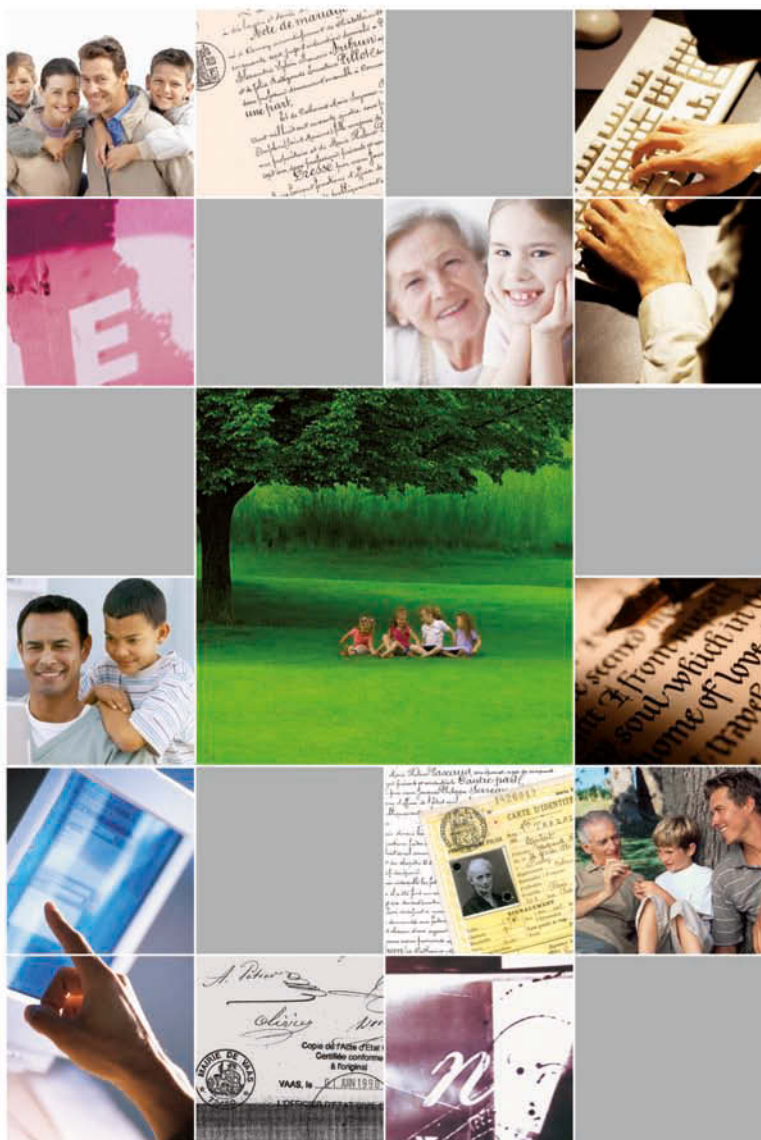
RENNES

ROUEN

TOULOUSE

IRUN

VARSOVIE



[www.add-genealogie.com](http://www.add-genealogie.com)