



Université Panthéon-Assas

Revue de droit d'Assas

N°8 Octobre 2013

Le portrait

Michelle Gobert, professeur de la passion
Par Denis Mazeaud

Le débat

Le mariage pour tous, après la « bataille »
Avec Anne-Marie Leroyer et Cécile Pérès

Le dossier

Les grandes distinctions en droit public
Par Charles Gijssbers, Cédric Guillerminet, Olivier Gohin,
Élise Langelier et Bertrand Seiller

Le colloque

L'avenir de l'enseignement du droit
Avec Hugues Bouthinon-Dumas, Marie-Laure Coquelet,
Hervé Croze, Jean-Philippe Fruchon, Jean-François Guillemin,
Pierre-Yves Gautier, Kami Haeri, François-Xavier Lucas,
Denis Mazeaud, Philippe Théry, Didier Truchet et Michel Vivant

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 : **Guillaume Leyte**

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,
ancien président de l'Université

COMITE DE REDACTION

Rédacteurs en chef :
Nicolas Balat et Étienne Casimir

Responsable du développement :
Clotilde Lacotte

Responsable du financement :
Guillaume Drouot

Responsable du colloque annuel :
Clara Derrien et Antoine Touzain

Membres du comité de rédaction :
Yannick Blandin, Aurore Boucher,
Adrien Brochard, Kevin Cariou,
Charlotte Dubois, Estelle Fragu,
Diane Galbois, Roger Gaspard,
Elléa Ripoche, Sidney Rosenberg,
Jean-Charles Rotoullié,
Pierre-Antoine Teillauchet

L'intro

Nicolas Balat et Étienne Casimir, rédacteurs en chef

Le printemps n'a pas eu lieu, le soleil était ailleurs. L'été, lui, n'a cessé de jouer au grand écart. Mais la rentrée est bien là, avec sa nouvelle vendange d'étudiants découvrant Assas et sa *revue*. Alors, si en même temps que le sommaire de son huitième numéro, la *RDA* leur présentait ses « chers voisins » ?

Au plus près... Le Panthéon qui, fort de son bon droit de temple de la nation, justifie d'un dôme réprobateur le grotesque de la fontaine romaine ricanant à ses pieds, sans respect de l'éternel sommeil de ceux qu'il abrite. Les juristes y ont leur place avec René Cassin notamment qui, on le sait, réussit par sa persévérance à faire adopter par l'ONU la déclaration universelle des droits de l'Homme. Telle « la patrie à ses grands hommes » (et tout en leur souhaitant longue vie...), notre reconnaissance va aux auteurs dévoués et nombreux de la *revue*, à commencer par ceux qui ont accepté avec gentillesse de prendre part à notre dossier consacré, en écho au droit privé dans le précédent numéro, aux « grandes distinctions en droit public ». Elle va également au professeur Valérie Lasserre pour sa riche contribution intitulée « Du progrès et de la promotion des savoirs - L'Université et l'enseignement du droit au XXI^e siècle ». Notre hommage pour leur collaboration dépasse de beaucoup celui... d'une simple rose !

À quelques pas de là... Au jardin du Luxembourg, les reines de France, qui n'avaient en leur temps guère le loisir de choisir leurs époux, cachent dans leurs yeux de pierre un éclair d'étonnement à voir aujourd'hui s'agiter les vivants à propos du « mariage pour tous », thème de notre débat qui, à n'en pas douter, ne laissera pas de marbre... Ces dames y sont coiffées de tresses et n'ont donc pas à se demander, comme le fait un de nos auteurs dans une contribution... qui défrise, s'il est juste que les femmes paient plus cher chez le coiffeur ! Restons un instant encore au « Luco » (sur ce terme dans le langage « assassien », v. « Dictionnaire des idées reçues », cette *revue*, n° 4), jonché de ces nombreux joggeurs, pour vérifier, à l'instar de nos fidèles auteurs, que « sport et droit » sont tout à fait compatibles.

Plus loin, le boulevard Saint-Michel. Au musée de Cluny. Plus de sculptures, de vitraux, que de portraits. Ceux des femmes y sont rares, à l'exception, bien entendu, de la fameuse *Dame à la licorne*. Ce n'est pas le cas dans votre *revue*, qui vous propose dans cette parution celui de Madame le professeur Michelle Gobert, qui n'est pas moins légendaire... Il est intitulé par son auteur, le professeur Denis Mazeaud, qui sait de quoi il parle, « Michelle Gobert, professeur de la passion ».

Un signe amical à l'Université Paris I et à Sciences Po, toutes deux représentées, entre autres, au colloque de votre *revue* qui était cette année consacré au thème brûlant de « L'avenir de l'enseignement du droit », dont les actes, comprenant pour l'occasion questions et réactions (nombreuses...) de la salle, vous sont proposés dans ce numéro.

Ainsi donc... Que Saint-Michel qui n'est plus que le Boul'Mich' et que Sainte-Genève qui n'est plus que la tenancière du temple de la nation, et qui n'ont plus ni dragon à terrasser ni moutons à garder, occupent quelques loisirs de leur éternité à veiller au succès de cette nouvelle année d'Assas et de sa jeune *revue* en particulier...

Sommaire

L'intro

Quelques mots des rédacteurs en chef p. 3

Grand Un • Autour du droit

Grand A

Du droit et des hommes

Petit un : l'Homme du droit

Michelle Gobert,
par D. Mazeaud p. 7

Petit deux : droit au débat

Deux spécialistes, deux avis différents :
Le mariage pour tous, après la « bataille »,
par A.-M. Leroyer et C. Pérès p. 12

Grand B

Droit de regard

Petit un : hors les murs

« Forever sport »,
par C. Dubois et E. Fragu p. 19

Portrait-robot du Militant,
par G. Drouot p. 22

Petit deux : dans les murs

L'Université et l'enseignement du droit
au XXI^e siècle, par V. Lasserre p. 24

Do you speak UP2PA ?,
par D. Galbois p. 29

Grand Deux • Au tour du droit

Grand A

Droit sans frontières

Les grandes distinctions en droit public

Petit un : institutions administratives

Les grandes distinctions dans les institutions
administratives,
par O. Gohin p. 32

Petit deux : contrats administratifs

La distinction entre acte administratif
unilatéral et contrat administratif,
par É. Langelier p. 36

Petit trois : biens

La distinction de la propriété publique
et de la domanialité publique,
par C. Gijssbers p. 44

Petit quatre : contentieux administratif

Les grandes distinctions en contentieux
administratif,
par B. Seiller p. 55

Petit cinq : finances publiques

De la distinction entre les ordonnateurs
et les comptables publics,
par C. Guillerminet p. 66

Grand B

Passage aux actes

L'avenir de l'enseignement du droit

Petit un :

l'enseignement du droit

dans l'université

par M.-L. Coquelet, H. Croze,
J.-P. Fruchon, J.-F. Guillemin,
K. Haeri, D. Mazeaud
et Ph. Théry p. 85

Petit deux :

l'enseignement du droit hors de l'université

par H. Bouthinon-Dumas,
P.-Y. Gautier, F.-X. Lucas,
D. Truchet et M. Vivant p. 106

Droits fois rien

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

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Nicolas BALAT, ATER à l'Université
Panthéon-Assas

Hugues BOUTHINON-DUMAS, Professeur
associé de droit à l'ESSEC Business school,
vice-président de l'Association des professeurs
de droit des grandes écoles

Etienne CASIMIR, ATER à l'Université
Panthéon-Assas

Marie-Laure COQUELET, Vice-chancelier
des universités de Paris

Hervé CROZE, Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III), avocat au barreau de Lyon

Guillaume DROUOT, ATER à l'Université
Panthéon-Assas

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

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

Jean-Philippe FRUCHON, Notaire, secrétaire du
bureau du Conseil supérieur du notariat

Diane GALBOIS, Doctorante contractuelle à
l'Université Panthéon-Assas

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

Charles GIJSBERS, Maître de conférences
à l'Université Panthéon-Assas

Olivier GOHIN, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas, directeur de l'IPAG de Paris

Jean-François GUILLEMIN, Secrétaire général du
groupe Bouygues, administrateur de l'Université
Panthéon-Assas et de Sorbonne Universités

Cédric GUILLERMINET, Maître de conférences
à l'Université d'Orléans

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

Élise LANGELIER, Maître de conférences à
l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I)

Valérie LASSERRE, Professeur à l'Université du
Maine

Anne-Marie LEROYER, Professeur à l'École de
droit de la Sorbonne (Université Paris I)

François-Xavier LUCAS, Professeur à l'École de
droit de la Sorbonne (Université Paris I),
membre du comité pédagogique de HEAD

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

Cécile PÉRÈS, Professeur à l'Université Pan-
théon-Assas

Bertrand SEILLER, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas

Philippe THÉRY, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas

Didier TRUCHET, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas, président du Conseil
national du droit

Michel VIVANT, Professeur à l'École de droit
de Sciences Po

« 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
Michelle Gobert

p. 7

Petit deux

Droit au débat
Le mariage pour tous,
après la « bataille »

p. 12

Grand B

**Droit
de regard**

Parce que le juriste
doit être curieux !

Petit un

Hors les murs

« Forever sport »

p. 19

Portrait-robot du Militant

p. 22

Petit deux

Dans les murs

Du progrès et de la promotion
des savoirs – L'Université et
l'enseignement du droit
au XXI^e siècle

p. 24

Do you speak « UP2PA » ?

p. 29

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.

Michelle Gobert, professeur de la passion

Denis Mazeaud



Je me souviens encore de l'émouvant discours que Michelle Gobert avait fait lors de la remise de ses *Mélanges* en Sorbonne, un soir de l'année 2004, et plus précisément le passage dans lequel elle livrait son opinion sur le destin du professeur. J'espère ne pas la trahir, sur le fond tout du moins, mais elle utilisa alors l'image de la vague qui arrive sur la plage, qui s'immobilise quelques instants en suspension, puis qui redescend lentement, majestueusement, pour reprendre sa place dans l'Océan, et qui laisse une fine et éphémère empreinte sur le sable, qu'elle imbibe et irrigue alors, avant de disparaître à tout jamais, aussi discrètement qu'elle avait atterri.

Que d'élégance, que de sagesse, que de modestie pour dresser le bilan de plusieurs décennies passées au service de la passion du droit, de la liberté, de l'indépendance et, surtout peut-être, des étudiants, ses étudiants !

Ce qui frappe immédiatement, en effet, lorsqu'on passe un moment avec Michelle Gobert, c'est la rapidité avec laquelle on revient sur son sujet favori, sur lequel elle est tout simplement intarissable, infatigable : les étudiants, en particulier ceux, très nombreux, qu'elle a formés et qui ne l'ont jamais oubliée, comme si la vague qu'elle avait déposée sur leurs esprits juvéniles avait pris plus de temps que de coutume pour se retirer.

Ce sont, d'abord, ses propres souvenirs d'étudiante qu'elle se plaît à évoquer, notamment celui des professeurs de droit civil qui l'ont marquée et dont elle s'est par la suite inspirée, lorsqu'elle est, à son tour, passée de l'autre côté de l'amphithéâtre. René Rodière et Jacques Flour (excusez du peu !), furent, en effet, ses deux maîtres à l'Institut des hautes études de Tunis. Deux véritables antithèses : l'un bouillant, animé, passionnant, mais enseignant quelque peu décousu, dont les cours étaient difficiles à retranscrire ; l'autre, qui devint son directeur de thèse, certes un peu monocorde quant au ton, mais qui subjuguait son auditoire par la substance éblouissante de son enseignement. De ses années Tunis,

Michelle Gobert se plaît notamment à évoquer ses camarades de promotion, dont Claude Zarka et Paul Didier qui devinrent eux aussi professeurs, ses trois DEA obtenus à Paris (droit privé, droit public, histoire du droit), nécessaires alors pour se présenter au concours d'agrégation, et les professeurs qu'elle a vus arriver les uns après les autres, Roger Jambu-Merlin, Raymond Barre, Roland Drago, Roger Percerou, Philippe Malaurie, entre autres.

Elle n'est pas avare non plus d'anecdotes croustillantes sur sa carrière de professeur dans le « grand amphithéâtre » d'Assas, face auquel elle enseignait debout, devant l'estrade, à hauteur d'étudiant. Par exemple, comment elle avait continué son premier cours de l'année, imperturbable malgré le chahut phénoménal qu'avait suscité son passage, la veille, aux « Dossiers de l'écran », la messe cathodique d'alors.

Mais ce qui constitue l'épicentre de sa conversation, lorsqu'on lui demande de se raconter un peu, c'est l'exercice de son métier de professeur en général et de directeur du DEA de droit privé général de Paris II, en particulier, DEA qu'elle a incarné pendant près de deux décennies. Plus encore qu'un véritable sacerdoce, c'est comme une mission sacrée que Michelle Gobert appréhendait l'enseignement du droit, mieux, comme une passion : « *Ce métier m'a passionnée, parce que mes étudiants m'ont passionnée* ». Tout est dit ! La passion de l'enseignement l'habitait parce que ceux auxquels elle le destinait la passionnaient. Cette passion avait pour reflets, l'exigence, la rigueur, la fermeté, la précision, l'effort, la réflexion, la méthode, l'engagement, l'humanisme, la disponibilité, et pour fruits, la liberté, l'indépendance, l'esprit critique, l'originalité, l'anticonformisme ; elle excluait la démagogie, la facilité, la complaisance, la faiblesse, l'approximation, le laisser-aller, la négligence.

« *Transmettre et former les esprits, c'est le but de ma vie. Apprendre à mes étudiants à penser par eux-mêmes et pas par les autres. Leur insuffler l'esprit critique, quel que soit l'auteur de la décision ou de l'opinion à apprécier* ». Tel était le sens de la passion de Michelle Gobert, comme en témoignent encore aujourd'hui certains de ses étudiants de naguère, qui n'oublent pas non plus le prix à payer pour acquérir cette liberté que leur professeur avait érigée en statue, dans ses enseignements, comme dans ses écrits. « *Elle voulait nous faire lire, tout lire, lire tout le temps, et elle voulait que l'on apprenne de nos lectures ? Nous devons en avoir une opinion et pouvoir expliquer son point de vue. Nous devons affirmer les idées que d'autres contesteraient, et nous devons être sûrs de pouvoir les démontrer* »¹. Quel étudiant ne se souvient pas des fameux séminaires du DEA de droit privé général que Michelle Gobert a animés pendant de nombreuses années, impeccablement vêtue, coiffée et maquillée, intraitable avec ses étudiants sur la méthode, sur la recherche, sur la réflexion, sur l'exigence de proposition personnelle, intransigeante sur la régularité dans la préparation des exposés que chaque étudiant devait préparer chaque semaine... Et pourtant, aujourd'hui, nul entre ceux qui les évoquent avec nostalgie n'émet la moindre plainte, bien au contraire. C'est un immense sentiment de reconnaissance qui, à l'unisson et des deux côtés de l'Atlantique, prévaut aujourd'hui encore, de la part notamment de ceux qui sont devenus ses collègues : « *Elle est là avec moi bien sûr, enseignant à travers moi, puisque tout ce que je sais de cet art vient d'elle* »² ; « *J'interromps les étudiants voulant me donner leurs impressions de la loi ou de la convention en les interpellant, "Mais qu'est-ce qu'il dit le texte ?". Et je leur évoque le souvenir frappant d'une certaine professeure réprimandant ses élèves aux pensées mal réfléchies, aux habitudes désordonnées... et les convertissant en juristes. Car je n'ose pas dire que Michelle Gobert ait fait de moi un civiliste, mais je suis convaincue qu'elle a fait de moi un juriste capable de travailler mon propre champ de la common law* »³. Comme si, finalement, en matière d'enseignement du droit comme en matière de cuisine..., il n'y avait ni bonnes, ni mauvaises méthodes ou recettes en soi, mais seulement de grands professeurs et de grands chefs...

¹ R. Hyland, « Sensibilité et passion », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, spéc. p. 45.

² *Ibid.*

³ J. Ginsburg, « Hommage d'outre-Atlantique à l'enseignement de Michelle Gobert », *op. cit.*, spéc. p. 41.

Nombreux sont ses anciens étudiants qui savent que derrière le masque de l'exigence et de la rigueur se dissimulait un dévouement sans faille pour ses étudiants, un humanisme profond qui irriguait ses relations avec eux et avec les membres de ses équipes pédagogiques. Tous ceux, par exemple, qui ont déjà corrigé des copies savent qu'il ne s'agit de l'aspect ni le plus intéressant, ni le plus gratifiant du métier d'enseignant. Sous la houlette de Madame Gobert, la correction devenait une véritable ascèse au service de l'équité. Comme se plaisent à le raconter encore ceux qui ont travaillé à ses côtés, elle avait institué une véritable éthique de la correction : « véritable double correction "à l'aveugle", toujours au crayon de bois. Le premier correcteur annote certes la copie en marge, mais n'y fait figurer ni la note, ni l'appréciation générale ; pour chaque copie, marquée d'un numéro, il porte sur une petite fiche marquée du même numéro la note qu'il propose et ses appréciations. Il transmet ensuite les copies ainsi corrigées au second correcteur et conserve les fiches correspondantes. Le second correcteur procède de même et ensuite, ils se retrouvent, chacun avec leurs fiches pour délibérer »⁴ ; « Lorsqu'à 21 heures passées, nous descendions les degrés de certain escalier de la rue Saint-Jacques, au sortir d'une coordination des notes de l'examen de droit civil de 1^{ère} année qui avait commencé à 14 heures [...]. Passablement épuisés, quelque peu affamés, exténués, – mais non assoiffés car l'apéritif avait été servi – nous méditons [...] sur les exigences de l'éthique du pédagogue, qui nous avait tout l'après-midi fait peser et comparer les notes de centaines de copies, ajoutant ici un point, là un demi-point, en retranchant un autre ailleurs. Et le vent de l'éthique avait soufflé en tempête lorsqu'en fin d'après-midi, l'équipe étant presque décidée à rajouter un demi-point à telle copie, la dédicataire de ces lignes nous demandait si la dite copie ne serait pas, tous comptes faits, légèrement moins bonne que celle à laquelle nous avons mis onze et demi vers 14 heures 30... Et de rechercher dans les dizaines de piles cette copie [...] »⁵. Cette passion pour ses étudiants, cette éthique de l'enseignement poussée au paroxysme ont essaimé, la force irrésistible de l'exemple érigeant celui-ci en modèle : « Votre méthode, c'est une sécurité pour les correcteurs, mais c'est surtout une sécurité pour les étudiants. Votre méthode, je crois que nous l'avons tous – ou presque ? – respectée. Et depuis, je me la suis imposée à moi-même et, non sans peine parfois, je l'ai imposée à mes équipes »⁶ ; « J'ai gardé de ces séances, qui ont contribué à m'enseigner le métier de professeur, l'image de ce que peut être une implacable quête du juste, qui contrairement à celle du prêteur, sait s'arrêter au détail pourvu qu'il soit symbolique et édifiant. Chaque fois que j'ajoute ou retire un demi-point à une copie corrigée depuis plus de vingt-quatre heures, je pense à Michelle Gobert »⁷.

Parce qu'elle leur a beaucoup donné, ses yeux bleus brillent d'une lumière intense quand elle retrace la réussite de ses étudiants. Quand elle évoque fièrement, avec la satisfaction du travail ingrat et exigeant de directeur de thèse accompli, ses doctorants devenus agrégés, on devine dans son regard solaire une fierté certaine et légitime, dont ces heureux élus lui sont encore reconnaissants : « À Madame Le Professeur Michelle Gobert, notre Maître, nous lui devons tout. Aussi, outre le présent article, nous lui dédions l'ensemble de nos travaux – en particulier notre Droit bancaire – qui n'auraient pas pu voir le jour sans la transmission du Savoir dont elle nous a fait bénéficier »⁸ ; « la direction de ses thésards [...]. Dans l'accomplissement de cette tâche, qui est essentielle pour le devenir de la recherche universitaire, la dédicataire de ces lignes a excellé car, donnant énormément de son temps, elle ne faisait grâce d'aucune incorrection de forme ou de raisonnement et ne tolérait aucune de ces facilités qui bien souvent compromettent la rectitude d'une démonstration apparemment convaincante. En étant impitoyable, elle a été celle sans qui les thèses qu'elle a dirigées ne seraient pas ce qu'elles sont devenues. La dette de ses thésards est énorme »⁹.

⁴ J.-M. Olivier, « Lettre ouverte à Michelle Gobert », *op. cit.*, spéc. p. 20.

⁵ J.-L. Goutal, « Éthique, bioéthique et droits des brevets », *op. cit.*, spéc. p. 169.

⁶ J.-M. Olivier, *op. cit.*, spéc. p. 21.

⁷ J.-L. Goutal, *op. et loc. cit.*

⁸ Th. Bonneau, « Variations sur la jurisprudence, "source du droit triomphante mais menacée" », *op. cit.*, spéc. p. 127.

⁹ P. Crocq, « Dix ans après : l'évolution récente des propriétés-garanties », *op. cit.*, spéc. p. 347.

Même si on comprend l'importance fondamentale qu'ont tenu l'enseignement et ses destinataires dans la carrière de Michelle Gobert, il serait pourtant excessivement réducteur de la cantonner dans ce rôle, même si elle y a indiscutablement excellé, puisqu'outre qu'elle a suscité des vocations, nombreux sont ceux qui, dans l'exercice de leur art, ont entrepris de l'imiter. Mais il serait injuste d'oublier que cette *passionaria* de l'enseignement a aussi été un auteur engagé. Oh, certes, ceux qui mesurent la notoriété et l'influence d'un universitaire au poids de ses écrits feront la moue : pas de traité estampillé « Gobert », point d'ouvrage de droit civil destiné aux étudiants, un nombre d'articles, de rapports et de communications somme toute raisonnable, dont trois rédigés avec son coauteur exclusif (un certain Georges Durry...), autant de notes de jurisprudence que de doigts de main... Certes... Mais, à l'image de celle de son maître Jacques Flour, la plume de Michelle Gobert, « son épée »¹⁰, ne goûtait point aux plaisirs éphémères de la description, ne sacrifiait point à la mode de l'information brute et rapide, aux travers de l'écrire pour ne rien dire, ne se complaisait pas dans la facilité des formules aussi frappantes sur la forme, qu'éthérées sur le fond... : « *Il y a dans ce qu'enseigne et écrit Michelle Gobert une sorte d'énergie mentale qui engage ceux qui l'écoutent et la lisent à résister aux nombreux leurres des évidences faciles* »¹¹. L'étude de son œuvre révèle assez clairement la personnalité scientifique de son auteur, même si le mot exact pour la qualifier ne vient pas immédiatement à l'esprit après avoir lu et relu ses écrits sur la filiation, le transsexualisme, le nom, les incapacités, la publicité foncière, les sources du droit, la procréation médicalement assistée, la naissance d'un enfant handicapé : « *libérale ? [...] Libertine ? [...] Libertaire ? [...]* »¹². Plus banalement, j'oserai, à l'instar de Jean-Michel Olivier¹³, l'adjectif « libre », qui recouvre et sublime les trois précédents, auxquels j'ajouterai « engagée », « imprévisible », « indépendante », et j'insisterai aussi, à tort ou à raison, sur l'aversion pour le conformisme intellectuel et le culte de la pensée unique, voire un certain plaisir de déplaire à ceux qui, pratiquant frileusement la chasse en meute, n'aiment rien mieux que hurler avec les loups.

On peut ajouter que si Michelle Gobert se flatte, à juste titre, d'avoir été « à l'avant-garde de tout », que ce soit dans les matières choisies pour ses enseignements en DEA (médecine, biologie, bioéthique et droit), sans pour autant délaissier les matières fondamentales (propriété, sûretés) dans les causes au service desquelles elle a voué sa plume ciselée et acérée, dans les combats qu'elle a menés en tant que membre du cabinet du garde des Sceaux, Jean Taittinger, dans lequel elle était en charge de la direction des affaires civiles et du Sceau, elle ne succombe toutefois pas immodérément aux délices du mariage pour tous, à propos duquel elle tient aujourd'hui ce langage : « *Quant au mariage pour tous, dans la mesure où vous avez sollicité mon avis, le voici. D'une part, je constate que la passion des Français pour les lois est congénitale puisque Montaigne, déjà, se plaignait assez violemment de ce travers : "nous avons en France plus de lois que tout le reste du monde ensemble". Hier, nous accumulions les lois faits divers ; aujourd'hui, nous avons les lois promesses de campagne. D'autre part, et surtout, il est beaucoup trop tôt pour gloser sur la loi la plus emblématique de ce dernier type dont on ne sait pas encore si les principaux intéressés la mettront à profit (problème des enfants à trouver à adopter, compte tenu de la réticence de nombre de pays à admettre l'adoption de leurs enfants par un couple d'homosexuels ; interrogation sur la légalisation ou non de la PMA pour un couple de lesbiennes et, plus encore, problème posé par les pays qui condamnent un tel mariage (lorsque l'un des partenaires en est ressortissant), différentes réalités qui pourraient n'en faire qu'un gadget. L'hypothèse inverse est, évidemment, possible mais il faut attendre de savoir, si la loi est utilisée, dans quelles conditions elle le sera et avec quelles conséquences concrètes, pour envisager ses répercussions sur le droit de la famille et la société en général. Autrement dit, étant donné l'objet du texte, il faut distinguer l'opinion personnelle, qui approuve ou désapprouve et, à ce titre, ne présente que peu d'intérêt, de l'opinion*

¹⁰ P.-Y. Gautier, « Bien aimée responsabilité civile : exercice de controverses doctrinales sur le thème de la publicité foncière », *op. cit.*, spéc. p. 361.

¹¹ P. Gothot, « Origène et le procureur ou la nature de la Cour de cassation », *op. cit.*, spéc. p. 139.

¹² J.-M. Olivier, *op. cit.*, spéc. p. 22.

¹³ *Ibid.*

fondée scientifiquement qui a besoin d'une certaine épaisseur de temps pour se forger et être alors considérée comme point de départ d'une nouvelle réflexion. »

En définitive, je me demande si Michelle Gobert n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation dans son discours que j'évoquais en ouverture de ce petit portrait. J'ai, chemin faisant, acquis l'intime conviction, pour ma part, que la « vague Michelle Gobert » a omis de se retirer et que cette déferlante qui a rugé naguère sur les plages de Dakar, Lille, Sceaux (où elle avait été « prêtée » comme d'autres par la Faculté de droit de Paris), et de Paris II, a imprégné à ce point les esprits sur lesquels elle s'est posée que son destin a des allures d'éternité.

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.

Le mariage pour tous, après la « bataille »

Anne-Marie Leroyer

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

Cécile Pérès

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

L'entrée en vigueur de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe n'a pas épuisé toutes les questions posées par ce changement majeur en droit français de la famille. Les professeurs Anne-Marie Leroyer et Cécile Pérès ont accepté d'échanger, pour la revue, sur certaines d'entre elles.

Question 1 – Est-il légitime de manifester à propos d'une loi déjà votée ?

Anne-Marie Leroyer

Dans une société démocratique, il est toujours légitime de manifester contre le pouvoir politique. En l'occurrence, de telles manifestations sont toutefois largement symboliques, car elles n'ont plus pour objet de contraindre le politique à amender la loi, mais visent à maintenir un rapport de force, au sein de la société civile, entre les anti et les pro mariage gay. C'est sans doute là où les manifestations échouent dans leurs objectifs : la société civile aspirant après coup au retour à la cohésion sociale, les manifestants risquent davantage d'apparaître comme des agitateurs publics, souffrant ainsi d'une perte de légitimité dans la défense de leurs idées.

Au-delà de ce constat, on retiendra surtout des manifestations la forte mobilisation, même si elle n'est bien entendu pas exclusive, des catholiques organisés par le relai de leurs paroisses. La force de ce lobby religieux est intéressante car elle atteste d'un nouvel investissement de l'Église dans le politique. Cette dernière y intervient, non pas tant comme autrefois (voir *l'Ecclesia in Europa* de Jean-Paul II sur l'avortement), sur le fondement d'une doctrine théologique, mais en empruntant un certain discours laïc lié à la psychologie, à l'éducation des enfants, ou même à l'existence d'une nature biologique de l'homme.

De manière plus générale, la loi sur le mariage pour tous a été l'occasion de vérifier l'importante participation des autorités religieuses au processus d'élaboration de la loi par le biais des auditions devant le parlement. On peut y voir le témoignage « du fondement pluraliste de la société démocratique », sans pour autant que le principe de laïcité soit remis en cause puisque le politique n'a pas consacré les positions religieuses¹.

Cécile Pérès

Est-ce licite, d'abord ? Oui, sans nul doute. La liberté de manifester est une liberté publique fondamentale, même si elle ne figure pas formellement dans les textes assurant la protection des libertés et droits fondamentaux. Le Conseil constitutionnel la rattache au « droit d'expression collective des idées et des opinions » et à l'article 11 de la Déclaration de 1789². Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'Homme impose aux États, sur le fondement de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui proclame la liberté de réunion, d'adopter les mesures nécessaires pour que les manifestations pacifiques puissent se dérouler sans heurts. Si ce droit de manifester peut être encadré en raison des nécessités résultant de l'ordre public et de sa conciliation avec les autres libertés (ce qui justifie en France le système de la déclaration préalable), ces restrictions ne sauraient être fondées sur le fait qu'un projet de réforme, fortement controversé, a été transformé en loi. La liberté de manifester ne s'arrête pas avec la fin du processus d'adoption de la loi. Sous l'angle des droits fondamentaux, la cible des manifestants – simple projet susceptible d'évolution ou texte définitivement voté – est indifférente.

La question de la légitimité de telles manifestations est plus d'ordre politique que juridique. Elles traduisent bien les limites de la loi et de la démocratie. Fondamentalement, cela n'a rien de nouveau : la volonté générale, qu'est censée exprimer la loi (article 6 de la Déclaration de 1789), n'est pas la volonté de tous. Mais la persistance du rejet de la réforme par-delà son adoption conforte à sa manière le déclin contemporain de l'autorité de la loi et la crise du système représentatif traditionnel. Ces manifestations ont aussi, bien sûr, une vocation préventive. Elles sont une forme de mobilisation par anticipation à l'adresse du pouvoir politique en place contre les suites qui pourraient être données à la loi fraîchement adoptée. De ce point de vue, par les freins immédiats qu'elles opposent à la poursuite de la réforme, elles peuvent être analysées comme un mode original de participation des citoyens à l'élaboration – négative – de la loi. Cependant, leur légitimité apparaît limitée dans le temps : leur degré d'acceptation et de compréhension par le corps social semble s'épuiser somme toute assez rapidement après l'adoption de la loi.

Quoi qu'il en soit, ce que l'on retiendra des manifestations à l'encontre de l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe, c'est peut-être, plus que leur prolongement dans le temps (finalement limité), la forte répression policière à laquelle elles ont donné lieu. Dans une résolution 1947 intitulée « *Manifestations et menaces pour la liberté de réunion, la liberté des médias et la liberté d'expression* », l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a ainsi déploré les « récents cas de recours excessif à la force » pour disperser les manifestants en évoquant notamment l'exemple de la France. L'arrestation et l'incarcération d'un jeune opposant à la réforme pour des faits bien moins graves que ceux qui restent quotidiennement impunis par des délinquants multirécidivistes invitent à s'interroger plus généralement sur l'aptitude du pouvoir politique et de nos institutions à affronter, sur des questions de société qui sortent des sentiers battus habituels maîtrisés par les syndicats, une opposition proprement populaire, dans le respect des libertés et des droits fondamentaux.

¹ V. en particulier sur ces questions l'excellente thèse de E. Forey, *État et institutions religieuses - Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, PU Strasbourg, 2007.

² Cons. const. 18 janv. 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*.

Question 2 – Les maires peuvent-ils s’opposer à célébrer des « mariages pour tous » ?

Anne-Marie Leroyer

La loi du 17 mai 2013 ne l’a pas admis, indiquant d’ailleurs au passage que les maires sont sous l’autorité des procureurs de la République qui peuvent leur donner des instructions (article 34-1 du code civil). La circulaire interprétative du 29 mai 2013 rappelle en outre qu’il n’entre pas dans les pouvoirs du maire d’apprécier l’opportunité de la célébration d’un mariage, un tel refus exposant l’officier d’état civil à des sanctions administratives et pénales (articles L. 2122-16 du code général des collectivités territoriales et 432-1 et suivants du code pénal).

« il n’entre pas dans les pouvoirs du maire d’apprécier l’opportunité de la célébration d’un mariage »

Il faut rappeler que certains maires ont voulu invoquer le jeu d’une clause ou objection de conscience afin de pouvoir être dispensés de l’obligation de célébrer un mariage entre deux personnes de même sexe. En dernier lieu une proposition de loi a ainsi été déposée en ce sens (proposition n° 63 du 27 mai 2013). Une telle position ne nous paraît pas tenable. Pour le comprendre, il faut revenir rapidement à ce qu’est l’objection de conscience. Il s’agit d’une technique de résolution d’un conflit de normes, existant donc entre deux systèmes normatifs, notamment moraux ou religieux et juridique. La prise en compte de la

conscience individuelle atteste ainsi de la reconnaissance par le droit de l’existence d’autres normes, en particulier morales ou religieuses, et donc corrélativement d’un recul du juridique. Pour admettre ce recul, il faut à notre avis vérifier deux choses : que la norme non juridique dérogatoire derrière laquelle l’individu abrite sa conscience s’impose comme étant hiérarchiquement supérieure à la norme juridique préexistante et que l’individu soit placé dans une position telle qu’il puisse l’invoquer.

Le premier point est relatif au domaine de l’objection de conscience et se comprend aisément à partir de quelques exemples. Le maire ne pourrait refuser de remarier un divorcé, au motif que sa conscience, en l’occurrence religieuse, lui indiquerait que le premier mariage est en réalité indissoluble. Mais pourquoi le droit civil refuse-t-il de reconnaître, même à titre dérogatoire, cette règle religieuse ? Parce que s’opère une hiérarchie entre les deux normes au détriment de la dernière. Prenons maintenant l’exemple du médecin, qui confronté à l’interruption volontaire de grossesse, est admis à invoquer sa conscience pour ne pas y procéder. Là peut prévaloir la règle selon laquelle le médecin doit soigner et non détruire la vie. À confronter ces deux exemples, on voit bien que la vraie question est de savoir comment s’opère la hiérarchie des normes de systèmes différents et qui en décide. On ne saurait, en ces quelques lignes, donner une réponse simple, mais l’on voit que par analogie avec les solutions déjà existantes, il n’est pas concevable que l’altérité sexuelle dans le mariage puisse être retenue comme clause de conscience. Ou alors il faudrait reprendre toutes les autres règles relatives au mariage religieux et admettre qu’elles puissent être invoquées à titre dérogatoire par le maire ou le juge. Il faudra y penser lorsque l’on sera conduit à examiner la question de savoir si la liberté de conscience doit conduire à reconnaître l’objection de conscience. Récemment, la Cour européenne des droits de l’Homme a reconnu le droit à l’objection de conscience sur le fondement de l’article 9 de la convention³. Mais il s’agissait en l’occurrence de condamner l’Arménie qui ne reconnaissait pas la possibilité de s’opposer à l’obligation d’accomplir son service militaire et il est peu probable qu’une telle solution soit transposable au mariage de personnes de même sexe.

Il faut enfin invoquer le second point qui est de savoir si le maire, en tant qu’officier public, peut dans l’exercice de la mission de service public qui est la sienne, faire état de motifs relevant de sa conscience personnelle pour ne pas appliquer la loi. Une difficulté supplémentaire se présente en effet qui est liée à l’obligation de neutralité pesant sur tout fonctionnaire dans sa mission de service public. La question n’est pas nouvelle et avait déjà été posée pour le médecin travaillant dans un hôpital public.

³ CEDH, gde ch., 7 juill. 2011, n° 23459/03, *Bayatyan c. Arménie*.

On sait que cela avait été admis, mais seulement à titre individuel, ce dernier continuant d'être responsable pour des actes pratiqués sous sa direction en tant que chef de service (article L. 2112-8 du code de la santé publique). Il ne paraît pas concevable de transposer la solution au maire car il n'y a pas identité de raison. Ce qui est une autre façon de dire de ce que beaucoup pensent : à savoir qu'il n'y a pas de commune mesure entre les deux objections de conscience.

Cécile Pérès

La réponse est non. L'équivoque est née d'une « petite phrase » prononcée en novembre 2012 par le Président de la République dans le cadre du Congrès des maires de France. À l'attention des maires opposés à la réforme et en signe d'apaisement, le Président avait assuré que leur liberté de conscience serait respectée, notamment au moyen d'un « élargissement » des délégations. Mais, le propos avait été rapidement « clarifié » dans le sens d'une application uniforme de la loi. Aucune « clause de conscience », par laquelle l'officier de l'état civil serait autorisé à refuser de célébrer le mariage de deux personnes de même sexe pour des raisons liées à ses convictions personnelles, n'a jamais figuré dans le projet de loi. La loi adoptée le 17 mai 2013 n'en contient pas davantage. En dépit du vote de la loi, l'opposition de certains maires ne faiblit pas. Organisés dans le cadre du collectif des « Maires pour l'enfance », créé en 2005, ils revendiquent aujourd'hui sur leur site internet « plus de 20 000 signatures d'officiers d'état civil qui ne souhaitent pas célébrer des mariages entre personnes de même sexe » et relaient un certain nombre d'initiatives originales prises sur le plan local au nom de la liberté de conscience. Ainsi le conseil municipal de Montfermeil a-t-il autorisé le maire et ses adjoints à faire usage de leur droit d'objection de conscience et à transmettre au préfet tout dossier de demande en mariage entre personnes de même sexe afin qu'il procède, le cas échéant, à la célébration du mariage. Par ailleurs, le 2 juillet 2013, le collectif a annoncé avoir déposé un recours devant le Conseil d'État pour demander l'annulation de la circulaire du Ministère de l'intérieur relative aux sanctions encourues par les officiers de l'état civil qui refusent de marier deux personnes de même sexe⁴. Ce recours serait assorti d'une question prioritaire de constitutionnalité tirée de ce que la loi porte atteinte à la liberté de conscience protégée par l'article 10 de la Déclaration de 1789 et le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

En l'état, la circulaire rappelle que, si les fonctions d'officier d'état civil peuvent être déléguées à un conseiller municipal en cas d'absence ou d'empêchement du maire et des adjoints, l'officier de l'état civil qui refuse de célébrer un mariage en dehors des cas prévus par la loi commet une voie de fait, dans la mesure où ce refus porte une atteinte grave à la liberté fondamentale du mariage. Elle précise aussi que l'officier de l'état civil réfractaire s'expose à des poursuites pénales sur le fondement des articles 432-1 ou 432-7 du code pénal. L'article 432-1 du code pénal prévoit que « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ». L'article 432-7 du même code, pour sa part, sanctionne par les mêmes peines l'auteur d'un délit de discrimination. La question de savoir si ces textes pourraient effectivement s'appliquer à un maire qui ne prendrait pas des mesures positives en vue de faire obstacle à l'application de la loi mais se bornerait, par inertie, à refuser de l'appliquer est discutée. De même, l'on se demande si la discrimination pénalement sanctionnée pourrait être effectivement caractérisée⁵. La circulaire rappelle encore les différentes sanctions disciplinaires (suspension, révocation) auxquelles les officiers de l'état civil sont susceptibles de s'exposer. Parallèlement, une proposition de loi a été déposée au Sénat. Elle vise à compléter le Code civil par un article 165 qui énoncerait qu'un officier d'état civil « *ne peut être obligé de célébrer un mariage entre deux personnes de même sexe* » et lui permettrait de déléguer cette fonction à un membre volontaire du conseil municipal ou, à défaut, d'informer le

⁴ Circ. n° INTK1300195C, 13 juin 2013.

⁵ Sur ces aspects, v. not. F. Dieu, « Refus de célébrer un mariage entre personnes de même sexe : une circulaire et des doutes », *JCP G* 2013, 771 et, du même auteur, « Opposition des officiers de l'état civil au mariage entre personnes de même sexe : vers la reconnaissance de l'"objection de conscience" ? », *D.* 2013, p. 1643 s.

procureur de la République afin qu'il autorise la célébration dans une autre commune du département. Pour des raisons politiques assez évidentes, il est très peu probable que la proposition aboutisse.

Le contentieux des droits fondamentaux fournira-t-il un terrain plus propice à l'objection de conscience des officiers de l'état civil ? La liberté de conscience est certes protégée tant sur le plan constitutionnel⁶ que sur celui du droit européen des droits de l'Homme⁷. Mais, là encore, il est peu probable que le dispositif issu de la loi du 17 mai 2013 soit remis en cause sur ce point. Il serait très surprenant que le Conseil constitutionnel sorte de l'extrême réserve dont il a fait preuve sur la question du mariage homosexuel et/ou que la Cour de Strasbourg freine par ce biais l'évolution actuellement en cours sur ce terrain. De plus, dans le cadre de son contrôle de proportionnalité, le juge européen pourrait estimer que la possibilité de recourir à une délégation protège suffisamment la liberté individuelle de conscience de l'officier de l'état civil, même si elle ne lui permet pas de refuser ouvertement de procéder à la célébration pour des raisons tirées de son for intérieur. Suivant une approche pragmatique, il devrait donc considérer que l'atteinte est proportionnée, et ce d'autant plus que l'officier de l'état civil assume une mission de service public. Cependant, l'on sait combien la jurisprudence européenne, qui se distingue par son aptitude à promouvoir des droits individuels contradictoires, peut s'avérer imprévisible.

Question 3 – Faut-il avoir peur de la gestation pour autrui ?

Anne-Marie Leroyer

À lire l'excellent ouvrage de Muriel Fabre-Magnan sur la question, la terreur devrait nous envahir. La remarque n'est pas destinée à faire sourire, tant les termes du débat sont complexes et les objections formulées convaincantes. À titre personnel, je ne crois pas tellement à l'institutionnalisation d'une gestation pour autrui éthique. Ce qui ne veut pas dire qu'il n'est pas des cas où en pratique la gestation pour autrui est réellement grandiose, par l'humanité sur laquelle elle repose.

En tout état de cause, je crois que l'on ne peut pas totalement nier le fait accompli, surtout lorsqu'il s'agit de la naissance des enfants. Et à ce titre, je serais favorable à la transcription de leur acte d'état civil sur les registres français.

Cécile Pérès

Peur ? Tout dépend des convictions éthiques, religieuses, philosophiques, politiques de chacun. Les éléments du débat, qui sont connus, sont les suivants.

La gestation pour autrui conduit à une marchandisation de l'être humain (tant de la gestatrice que de l'enfant), procède d'une exploitation de la misère (il existe un marché procréatif à l'échelle internationale, l'Inde arrivant en bonne place non seulement pour ses tarifs « compétitifs » mais aussi en raison de la faible probabilité de voir les mères porteuses indiennes élever des contestations d'ordre juridique⁸), à des fins lucratives (il est évident que la plupart des femmes qui « louent » leur utérus ne le font pas pour des raisons charitables). Elle met en jeu la dignité de la personne humaine et, en ce sens, la société dans son ensemble. Elle favorise le développement de pratiques professionnelles déviantes, notamment de la part d'avocats qui font délibérément durer des procédures coûteuses ou de cliniques qui déclenchaient des accouchements avant le terme de la grossesse pour réduire les coûts. Elle ne tient pas compte des liens subtils, mis au jour par la médecine prénatale, qui se tissent déjà *in utero* entre le fœtus et la femme qui le porte. Elle aboutit à traiter différemment les couples stériles : seuls ceux qui en ont les moyens financiers peuvent recourir à une gestation pour autrui à l'étranger, ce qui accroît le sentiment d'injustice de ceux qui ont le double

⁶ Cons. const. 23 nov. 1977, n° 77-87 DC – 27 juin 2001, n° 2001-446 DC.

⁷ Art. 9.1 Conv. EDH. V. not. Cour EDH, 15 janv. 2013, n° 51671/10, *Ladele c. Royaume-Uni* et l'opinion dissidente publiée en marge de cette affaire, renvoyée depuis en grande chambre.

⁸ Par exemple, la page d'accueil du site internet de l'Agence *Proactive Family Solutions* indique que « *Surrogacy in India can solve many of the problems U. S. couples face : surrogacy and medial expenses are much lower than in the U. S. Surrogates are NOT in a position to raise significant legal challenges* ».

malheur d'être infertiles et insuffisamment nantis. À sa manière, elle accentue donc l'individualisme contemporain et la fragmentation de la société. Sur le plan juridique, elle aboutit à reconnaître qu'il existe une forme de droit subjectif « à » l'enfant, relégué au rang d'une chose que l'on peut acquérir.

À l'inverse, en faveur de la gestation pour autrui, l'on met en avant la profonde souffrance des individus et des couples qui, pour des raisons médicales ou d'orientation sexuelle, ne sont pas en mesure d'avoir un enfant alors que l'adoption ne leur offre que peu d'espoir. Sur le plan juridique, on insiste sur le caractère assez illusoire d'une interdiction radicale de la gestation pour autrui : le droit devrait s'incliner devant le fait, notamment dans l'intérêt de l'enfant, qui, innocent des circonstances de sa naissance, devrait pouvoir être juridiquement rattaché à ses parents d'intention dès lors qu'il est issu d'une gestation pour autrui régulièrement pratiquée à l'étranger. La légalisation de la gestation pour autrui permettrait encore de limiter les pratiques clandestines⁹, de mieux protéger le consentement de la gestatrice, d'augmenter les contrôles, d'ordre médical et juridique.

« La gestation pour autrui [...] aboutit à reconnaître qu'il existe une forme de droit subjectif "à" l'enfant »

L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe va-t-elle, suivant un enchaînement inéluctable, entraîner à terme la légalisation de la gestation pour autrui ? Il est difficile d'être catégorique mais cela semble assez probable, même si la gestation pour autrui dépasse largement le cadre de l'homoparenté et soulève des questions bien différentes. La brèche s'ouvrira sans doute par le biais du jeu cumulé du contentieux des droits fondamentaux et du droit international privé à la faveur de la reconnaissance, en France, des effets d'une gestation pour autrui légalement pratiquée ailleurs¹⁰. L'ordre public international des États devra certainement céder devant l'intérêt de l'enfant à voir sa filiation établie sans subir de discrimination, sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention EDH. Si cela se produit, l'ouverture se fera donc dans des conditions telles – « l'intérêt de l'enfant » – qu'aucune restriction ne pourra vraisemblablement être posée suivant les circonstances, plus ou moins respectueuses de la dignité humaine, dans lesquelles la gestation pour autrui avait été pratiquée à l'étranger. Une fois ce pas franchi sur le plan international, et à la faveur de la poursuite d'un fort lobbying associatif, un nouveau gouvernement expliquera probablement que la société a évolué, que la France est en retard et qu'au nom de l'égalité – toujours elle... –, la maternité pour autrui doit être légalisée. À ce stade, il sera certainement trop tard pour la restreindre à la seule gestation pour autrui dite éthique, fondée sur le don, actuellement promue par ceux qui préconisent d'en permettre l'accès, dans des conditions il est vrai très strictes, à des couples hétérosexuels dans lesquels la femme est atteinte d'une maladie qui l'empêche de porter un enfant. Le « droit à l'enfant » sera alors vraisemblablement déconnecté du couple, hétérosexuel ou homosexuel, stérile ou non, pour être reconnu à l'individu, en vue de l'épanouissement de sa propre personnalité.

Quoi que l'on pense de ces perspectives, le droit devra alors inévitablement résoudre des difficultés vertigineuses et d'une particulière complexité. En voici un échantillon¹¹ : Qui est la mère et qu'est-ce que la maternité ? Qui peut prendre la décision d'interrompre la grossesse en cas de malformation ou de maladie ? La responsabilité civile de la gestatrice peut-elle être mise en jeu lorsque sa conduite a nui à la santé du fœtus ? Comment assurer le respect de l'intimité de la vie privée et de la liberté individuelle de la gestatrice pendant sa grossesse ? Que faire si la gestatrice refuse de remettre l'enfant ? Ou si les parents d'intention refusent d'accueillir l'enfant, atteint d'une maladie ou d'une malformation ? Comment respecter le droit de l'enfant à la connaissance de ses

⁹ Certaines affaires récentes relayées par la presse montrent qu'elles existent en France.

¹⁰ La circulaire Taubira du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française même en cas de soupçon d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger préfigure assez bien le processus à venir.

¹¹ Pour de plus amples développements, v. M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui, Fictions et réalités*, Fayard, 2013.

origines ? Faut-il lui reconnaître un droit à entretenir des relations avec sa gestatrice ? Comment encadrer les rémunérations ? Le juge pourra-t-il les réviser en cas d'« excès » ? Quel sera le « prix » raisonnable d'un enfant ?...

Question 4 – S'il y avait une réforme importante à faire en droit de la famille, quelle serait-elle ?

Anne-Marie Leroyer

Permettre l'accès à la connaissance des origines personnelles des enfants adoptés et issus d'une insémination artificielle avec donneur et réformer l'adoption notamment pour l'ouvrir aux couples non mariés.

Cécile Pérès

Si l'on ne doit en choisir qu'une, ce serait sans doute celle de l'adoption, dont les règles ont beaucoup vieilli. La loi du 17 mai 2013 n'a procédé qu'à des retouches ponctuelles. Or, l'institution de l'adoption est en quête d'une nouvelle cohérence. Réserver l'adoption aux couples mariés ne se justifie plus dans une société où plus de la moitié des enfants naissent hors mariage et où le mariage n'est pas une condition d'accès à la procréation médicalement assistée. L'adoption a été conçue par imitation de la filiation charnelle. Mais, cette imitation est de moins en moins tenable. L'adoption simple, spécialement lorsqu'elle est envisagée pour un majeur, poursuit des finalités souvent bien différentes et devrait pouvoir s'émanciper du modèle de la filiation par le sang, dont la force d'attraction conduit à des détournements d'institution qui pourraient être évités si le droit offrait un outil plus adéquat et plus adapté à la diversité des situations. S'agissant de l'adoption plénière, il faudrait notamment réfléchir à la préservation d'un meilleur équilibre entre les candidats à l'adoption et la famille d'origine dans les cas d'accouchement sous X. En particulier, ces dernières années ont placé sous le feu de l'actualité des affaires qui ont montré que la marge de manœuvre laissée aux pères et aux grands-parents pour faire obstacle à l'adoption plénière de l'enfant est extrêmement étroite. Plus généralement, au lieu d'être brandi comme un slogan publicitaire, l'intérêt de l'enfant devrait être plus immédiatement placé au cœur des débats, trop souvent dominés par les désirs des adultes.

Petit un du Grand B :

hors les murs

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

« Forever sport »

Charlotte Dubois et Estelle Fragu

À l'heure où la question du maintien des « points sport » est débattue au sein des plus hautes sphères de l'Université, il paraît opportun de porter un regard juridique sur le renouveau du domaine sportif.

Comment assurer longévité, productivité et vivacité ? Le verdict churchillien fut *no sport* ; le remède assasien paraît être *more sport*. Notre Université d'avant-garde nous offre en effet le spectacle d'un hall futuriste où les écrans géants ont remplacé les murs, où la bibliothèque prend des allures de navette spatiale, où des tablettes encore se substituent progressivement aux appareils. Et pour satisfaire au culte du corps, il ne manquait plus qu'une salle de musculation, véritable bocal de verre offrant aux curieux le loisir de regarder un spectacle improbable. Le choix des sports proposés aux étudiants est alors complet. Libre à eux de délaissier leurs cours de droit pour parcourir les cours de squash ; il serait bien dommage en effet de se priver des quelques points supplémentaires que peuvent rapporter de telles pratiques.

Propagande d'un nouveau genre, l'accueil du site internet de l'Université porte en triomphe les étudiants d'hier, athlètes d'aujourd'hui, brandissant médailles et trophées. Mais serait-ce médire de prétendre qu'on en a trop fait ? Le culte du corps fait parfois perdre l'esprit. Et pourtant devant le sérieux d'une telle matière, le législateur s'est cru obligé d'adopter un Code du sport¹. Il n'est pas question ici de réglementer les jeux d'enfants, lesquels, on le notera, font déjà l'objet du courroux judiciaire. Ainsi, celui qui s'amusera aux *Gendarmes et aux voleurs* encourra les peines délictuelles des chefs de vol et de délit de fuite², tandis que le transporteur qui s'essayera au *Facteur n'est pas passé* ne pourra pas opposer sa clause limitative de responsabilité³. Qu'en est-il des jeux d'adultes ? Quel accueil les juridictions offrent-elles aux sports proposés par des justiciables, toujours plus imaginatifs ? La jurisprudence semble étrangement sensible au phénomène sportif.

L'étudiant, aux qualités tant athlétiques que juridiques, pourra en dresser deux constats : certains sports, marqués d'une originalité éton-

¹ Il est vrai que toute activité mérite son Code, à quand un *Code des activités ménagères* ?

² Respectivement articles 311-1 et 434-10 du Code pénal.

³ Com. 22 oct. 1996, *Chronopost*, *Bull. civ. IV*, n° 261 ; *GAJC*, 11^e éd., n° 156.

nante, subissent la censure (I) tandis que d'autres passent au travers du maillage judiciaire en dépit d'une singularité détonante (II).

I. L'ingéniosité sportive censurée

A. L'équipement source de censure

Le justiciable imaginatif n'hésite pas à renouveler les règles traditionnelles d'une discipline ancienne. Afin de rendre le sport plus attrayant – à tout le moins pour ses spectateurs – une sportive cannoise entama une partie de *ping-pong topless*. Ce sport non homologué – qui pourtant, à n'en point douter, ne manquerait pas de soutiens – fut porté devant les juridictions pénales. Le Tribunal correctionnel de Grasse⁴ censura cet esprit inventif au motif qu'il y avait là « recherche du scandale ». La justiciable fut alors condamnée pour outrage public à la pudeur, mais ne comptant pas en rester là, elle entama un véritable marathon judiciaire. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence⁵, visiblement plus sensible à la modernité, accorda à la joueuse un blanc-seing en la relaxant, au motif que « le port du monokini ne pouvait être une occasion de scandale à une époque où le spectacle de la nudité du corps humain est fréquent pour des raisons de sports, d'hygiène ou d'esthétique et n'a rien en soi qui puisse "outrager une pudeur normale, même délicate" »⁶. C'est bien vrai, il faut s'y résoudre, le sport adoucit les mœurs... Si le *ping-pong topless* encourut une censure temporaire, la *pêche naturiste* quant à elle ne suscita aucune clémence de la part des juridictions pénales⁷.

Les magistrats, après avoir statué sur la tenue vestimentaire des joueurs, n'hésitent pas à arbitrer la question de leurs accessoires. Ainsi la concurrence entre les boîtes de nuit devenant de plus en plus rude, certaines d'entre elles n'hésitent pas à se démarquer en proposant des activités sportives toujours plus innovantes, à l'image du désormais célèbre « lancer de nain »⁸. L'objectif était, on le devine aisément, de lancer

un nain, muni de multiples protections, le plus loin possible. Il n'en fallait pas plus pour que les maires des communes de Morsang-sur-Orge et d'Aix-en-Provence interdisent ce spectacle, usant de leur pouvoir en matière de police générale. Un nain n'est donc pas un équipement sportif homologué si l'on peut dire, n'en déplaise aux partisans de cette exhibition.

B. L'objectif source de censure

L'inventivité des joueurs se trouve encore limitée par l'objectif du jeu auquel ils prétendent participer. Ainsi, le sport dit du *lasergame*, a pu être interdit en Allemagne. En effet, l'autorité de police de Bonn considérait qu'un jeu consistant à « tirer sur des cibles humaines au moyen d'un rayon laser ou d'autres installations techniques (par exemple infrarouge), donc, [à] "jouer à tuer" des personnes », était contraire au principe de dignité humaine. La Cour de justice des communautés européennes saisie de cette question essentielle refusa de sanctionner cette interdiction, la protection du principe de dignité devant à tout prix prévaloir. Espérons que les juges de Luxembourg ne pousseront pas ladite protection jusqu'à interdire les pistolets à eau ou les déguisements de *cowboy*...

De même, l'*escalade* ne bénéficie pas toujours de la bienveillance des autorités. Ainsi l'on encourage fortement les adeptes de ce sport à ne pas le pratiquer sur des édifices urbains célèbres. Les *Spidermen* Alain Robert ou encore Vitaliy Raskalov ont pu en juger eux-mêmes lorsqu'ils escaladèrent respectivement à mains nues l'immeuble du *New York Times* et la pyramide de Khéops. Les autorités locales n'ont guère été convaincues par le goût du dépassement de soi...

Si la censure est parfois méritée, le blanc-seing accordé à certaines pratiques semble bien déroutant. Tantôt d'arrière-garde en imposant une moralité dépassée, tantôt d'avant-garde en outrepassant la bonne moralité, les juridictions peinent à vivre avec leur temps.

⁴ T. corr. Grasse, 23 sept. 1964, JCP 1965, II, 13974, obs. A. Rieg.

⁵ CA Aix-en-Provence, 20 janv. 1965, JCP 1965, II, 14143 bis.

⁶ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2006, n° 550, p. 587.

⁷ CA Montpellier, 8 août 1859, DP 1860, 5, 29 cité par M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2006, n° 550, p. 587.

⁸ CE 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, JCP G 1996, II, 22630, note F. Hamon.

⁹ CJCE 14 oct. 2004, Aff. C-36/02, *Omega c/ Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, §5.

II. L'ingéniosité sportive validée

A. La validation malgré l'équipement

Qu'on se figure un jeune homme brun, l'air ténébreux, en tenue de soirée, corset et boutons brillants, un bicorne sur la tête, agitant un drapeau rouge dans un grand bac à sable : que cet élégant personnage se livre à toutes sortes de cabrioles devant une vache apeurée avant de l'abattre solennellement sous les acclamations d'une foule en délire, c'est à n'en point douter un sport ! Dénommée *corrida*, cette discipline a été portée devant les plus hautes instances. La chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁰ l'entérina déjà dans la mesure où elle était pratiquée dans des régions justifiant d'une tradition locale ininterrompue : la répétition du ridicule permet donc sa perpétuation. Enfin plus récemment, et même s'il eût été de sages conseils de l'invalider, le Conseil des sages la valida¹¹. La prohibition des mauvais traitements sur animaux était-elle compatible avec le principe d'égalité, lequel assure une punition identique sur l'ensemble du territoire de la République ? Oui à en croire le Quai de l'Horloge ; une tenue est donc nécessaire, serait-elle ridicule et inadéquate.

Les juridictions semblent également témoigner d'une grande clémence à l'égard des acrobates. En témoigne, le cas d'un adolescent de quinze ans qui lors d'un voyage en train express régional, s'adonna aux joies du *trapèze* en exécutant plusieurs figures au moyen de la barre de maintien du marchepied et tomba malencontreusement pendant cet exercice de haut vol. Il eût été en effet fort dommage de retenir la force majeure au bénéfice de la SNCF et dissuader ainsi les adeptes de ce sport. L'ingéniosité et l'inventivité des poussins ne sont guère imprévisibles pour le transporteur, contraint dès lors d'anticiper les

sports les plus excentriques. La Cour de cassation ne transige pas avec la sécurité des participants et entend assurer financièrement leur reconversion en cas de blessures.

B. La validation malgré l'objectif

Les juges se sont parallèlement intéressés de près aux *sports de chambre* lesquels ont connu un renouvellement sans précédent de leurs règles du jeu, notamment celles concernant la composition des équipes. On savait déjà depuis l'arrêt Galopin¹³, que ce sport, qui se pratique traditionnellement en binôme, ne comportait pas d'exclusivité : aussi le partenaire peut-il varier et porter au gré des matchs le dossard de l'épouse ou de la maîtresse. De même, la Cour de cassation nous apprend, non sans surprise, que n'est pas sanctionné le coach sportif – agence matrimoniale en l'occurrence – qui jouera les sélectionneurs pour renouveler le binôme défaillant¹⁴.

Encore fallait-il régler la question des sanctions et autres cartons rouges, et c'est la Cour européenne des droits de l'Homme qui se montre la plus laxiste en la matière. Par l'arrêt *K. A. et A. D. contre Belgique*¹⁵, le *sport de chambre* devient un sport à risques. Au nom de l'autonomie la volonté et de la liberté individuelle, le consentement des athlètes justifie qu'ils se fixent leurs propres règles, les règles du *jeu* deviennent les règles du *je* : torture, violences, sévices, barbarie..., tous les coups sont permis !

Au *finish*, la question sportive suscite bien des passions de la part des juridictions, qu'elles soient nationales ou supranationales, du fond ou du droit, civiles, administratives, pénales ou constitutionnelles, communautaires ou européennes. Nul ne botte en touche, tous participent en équipe au renouveau du sport et de ses règles, quitte à sombrer dans la déraison.

¹⁰ Crim. 14 mai 1958, *Gaz. Pal.*, 1958, 1, p. 75.

¹¹ Pour le point de vue du taureau, v. V. Langenbach, « Est-ce que ce monde est sérieux ? », cette *revue*, n° 7, févr. 2013, p. 22.

¹² Ch. mixte, 28 nov. 2008, D. 2009, p. 461, note G. Viney.

¹³ Ass. plén. 29 oct. 2004, *Bull. AP*, n° 12.

¹⁴ Civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, D. 2012, p. 59, note R. Libchaber.

¹⁵ CEDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, D. 2005, p. 2973, note M. Fabre-Magnan.

Les féministes vont-elles chez le coiffeur ? Portrait-robot du Militant

Guillaume Drouot

Contrairement à ce qu'une lecture hâtive du titre pourrait laisser penser, il ne s'agit aucunement d'une critique esthétique des combattantes à tout crin pour l'égalité des droits entre l'homme et la femme. L'objet de cette contribution serait plus certainement d'essayer d'imaginer le quotidien d'une personne lambda ayant pour objectif déterminé d'assurer une égalité certaine des sexes. On s'excuse déjà si certains propos paraissent au Lecteur¹ capilotractés, il faut bien broder afin de remplir non sérieusement quelques lignes sans aucune étude sociologique pertinente devant nourrir une réflexion honnête.

La méthode est simple : prendre quelques avancées médiatisées afin de dresser le portrait robot de notre Militant², quitte à le prendre à rebrousse poil.

Tout d'abord, le Militant est assurément un être politique : non content d'avoir permis aux femmes de voter, il a obtenu la parité dans les fonctions publiques et dans les postes à responsabilité. Visiblement il s'agit du haut du panier, puisque la loi favorise « l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales »³, pour le reste, ce qui n'implique pas de responsabilité, comme une simple embauche, on verra plus tard.

Ensuite, le Militant fraye avec l'administration, et subit la contrainte assommante du remplissage effréné de formulaires comportant, tous, un rituel bandeau d'identification. La problématique est

alors la suivante : si la demoiselle se distingue de la dame, le jeune homme ne se distingue pas du sieur. Le degré d'intrusion dans la vie privée n'est donc pas le même selon que vous êtes génétiquement homogène (XX) ou hétérogène (XY) ! L'état marital devant être protégé, le terme « mademoiselle » fut supprimé. Mes hommages, mesdames.

Néanmoins, jeune fille ou rombière, jeune homme ou maquereau, le Militant se reproduit⁴. Et alors, vous allez bien lui donner un nom à cet enfant ! Semi-échec ou grande avancée, la loi du 4 mars 2002 fut votée afin que par la liberté, donc par le compromis, le marchandage, la discussion, la communication, en bref ce qui forme le ciment de tout couple, l'égalité fût réalisée en ce domaine. Au choix du prénom s'ajoute celui du nom. Les parents les plus mixtes devraient certainement imaginer un panachage : un prénom socialement reconnu féminin pour, par exemple une fille, auquel serait ajouté le nom du père, et inversement pour les garçons⁵. Toutefois, cette solution condamne à n'avoir une lignée d'enfant qu'unisexe avec le même partenaire, puisque le choix du nom ne peut être fait qu'une seule fois. En cas de désaccord il est désormais prévu que la neutralité s'exprimera par l'inscription du premier nom de famille de chaque parent, mis dans l'ordre alphabétique⁶. N'est-ce pas là le B-A BA de l'égalité ?

Une fois l'enfant paru, le cercle de famille applaudit à grands cris, puis vient le moment libérateur de le placer à l'école. Apanage des hommes ou des femmes que cette prise en charge ? Par une question au gouvernement, un

¹ La majuscule vise à dépasser le clivage sexué de la grammaire française et à nous éviter de préciser le lecteur ou la lectrice. Pourquoi ne pas avoir favorisé Lectrice ? Car le mot contient une lettre de plus, gaspillage impardonnable d'encre : l'idéologie du féminisme doit parfois plier sous celle de l'écologie.

² *Idem*.

³ Art. 1^{er}, al. 2nd de la Constitution actuellement en vigueur sur le territoire français.

⁴ Acte par lequel la jeune fille et le jeune homme cessent *ipso facto* de l'être.

⁵ On suppose ici le couple hétérosexuel, qui, sous cet aspect, est le seul à pouvoir faire respecter parfaitement la parité.

⁶ Article 311-21 du Code civil tel qu'issu de la loi du 17 mai 2013. À notre grand regret, les décrets d'application de la loi ne disent pas ce qu'est cet ordre alphabétique. Peut-être faut-il y voir la sagesse d'une loi qui renvoie à une coutume, ou à un autre ordre normatif, comme les règles de la langue française.

Militant s'indignait quant au caractère « maternelle » de l'école. Notons que l'Auteur de la question, une femme, fait ici preuve de générosité en défendant les pères, par les termes suivant : « Mme Sandrine Mazetier attire l'attention de M. le ministre de l'éducation nationale sur l'appellation "école maternelle". Cette dénomination institutionnelle, qui figure dans le code de l'éducation, laisse entendre que l'univers de la petite enfance serait l'apanage des femmes et véhicule l'idée d'une école dont la fonction serait limitée à une garderie. À l'heure où se prépare une loi de programmation et d'orientation pour la refondation de l'école, et où le Gouvernement s'engage fortement en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes et la lutte contre les stéréotypes, remplacer ce nom genré⁷ par un nom neutre redonnerait symboliquement aux pères la place qui leur revient dans l'éducation de leur enfant, et repositionnerait l'école dans son rôle éducatif différent de celui des parents⁸ ». Espérons, si la réforme est suivie, que les pères sauront se montrer reconnaissants, au moins symboliquement.

Enfin, le Militant n'est pas un combattant téméraire, il s'assure, et il assure son véhicule terrestre à moteur. La Cour de Justice de l'Union européenne, qui en matière d'auto ne se laisse pas mener en bateau, que c'est beau, répondit à une question préjudicielle⁹ afin que sans distinction de sexe le Conducteur paye comme son Voisin. Cela se traduit par une élévation des primes de Mesdames ; peu important ce qu'auraient pu

révéler les statistiques et autres probabilités à l'origine de l'activité d'assurance. Ironie de l'histoire, le développement des probabilités, et donc de l'assurance, était pourtant dû à Blaise Pascal, qui écrivit également que les femmes « ont un empire absolu sur l'esprit des hommes, elles y dépeignent ou les parties des beautés qu'elles ont, ou celles qu'elles estiment, et elles ajoutent par ce moyen ce qui leur plaît à cette beauté radicale »¹⁰. Les juges de la CJUE ont su échapper à cet « empire absolu » semble-t-il.

Le Militant est donc engagé politiquement, à un relativement haut niveau, il travaille, est confronté à l'administration, se reproduit, met ses enfants à l'école et s'assure. Ce serait finalement, un Homme comme tout le monde.

Toutefois, il suffit de traverser la rue, pour s'apercevoir que chez le coiffeur, la différence de prix est fondée non pas sur le temps de l'opération, ni sur la longueur du poil de la bête¹¹, mais avant tout sur le sexe du Client ! Acte relativement fréquent que celui d'aller chez le coiffeur, plus que celui de nommer un enfant, en tout cas nous semble-t-il, et dont les conséquences pécuniaires, à la longue, pourraient s'en ressentir. Pourquoi maintenir ces salons en bastion de l'inégalité homme-femme ? La seule réponse logique et que le Militant n'a pas encore posé son regard sur une seule vitrine de ces terroristes capillaires et autres génocides¹² de pilosité. Ce qui expliquerait que, comme l'auteur de cet article, le Militant soit « un animal aux cheveux longs et aux idées courtes »¹³.

⁷ Gageons qu'il s'agit du participe passé du verbe « genrer », utilisé ici comme adjectif. L'action de « genrer » consisterait à attribuer un sexe à quelque chose ou quelqu'un. Bien entendu le terme est péjoratif, et si l'on vous accuse de « genrer », honte sur vous !

⁸ Question publiée au JO le 18/12/2012 p. 7480.

⁹ CJUE, 1er mars 2011, aff. C-236/09.

¹⁰ *Discours sur les passions de l'amour*, disponible sur <http://www.bmlisieux.com>

[/curiosa/passions.htm](http://curiosa/passions.htm).

¹¹ L'auteur de ces lignes en sait quelque chose.

¹² Mot qui n'existe pas dans le dictionnaire. Étudiants s'abstenir.

¹³ Citation de A. Schopenhauer, déjà utilisée dans le n° 5 de la présente revue. À quoi bon se couper les cheveux en quatre quand une réutilisation de citation tombe aussi bien ?

Petit deux du Grand B : dans les murs

Regards sur l'université.

Du progrès et de la promotion des savoirs L'Université et l'enseignement du droit au XXI^e siècle

Valérie Lasserre

Professeur à l'Université du Maine

À quoi sert l'Université ? La loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche.

À quoi sert l'Université ? Cette question continue de se poser au lendemain de la publication d'une nouvelle loi réformant l'enseignement supérieur et la recherche, la loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013. Les débats exprimés à cette occasion ont fait surgir des paradoxes. Le premier concerne la propulsion des indicateurs de réussite (sous forme de pourcentage) non seulement au rang d'objectif législatif mais aussi à celui d'étalon de l'enseignement supérieur, le contraire d'une finalité de fond, comme par exemple la qualité des diplômés distribués. Tout comme le taux de 80 % d'une classe d'âge titulaire du baccalauréat, celui de 50 % d'une classe d'âge titulaire d'un diplôme de l'enseignement supérieur de niveau L3 traduit un esprit incitatif (oserait-on dire une pression ?) en faveur de la délivrance des

diplômes et mesuré par elles. C'est le paradoxe de la prépondérance et de la vacuité des indicateurs à laquelle incite de façon excessive et sans limites cette « société des indicateurs » dans laquelle nous vivons. Le deuxième a trait au message véhiculé par le terme d'excellence. Prenant le contre-pied de l'idéologie libérale et de la concurrence entre les laboratoires imposée par la LRU, le gouvernement a témoigné d'une réticence à l'égard de l'excellence. Mais le renoncement à sa quête est non seulement une arme inefficace contre les excès du libéralisme, mais aussi directement contredit par la volonté de rendre l'Université attractive pour les étudiants étrangers et de renforcer l'innovation. C'est le paradoxe de l'idéologie prégnante de l'excellence et en même temps de son rejet « politiquement égalitaire ». Le troisième porte sur la montée en puissance du régionalisme dans un monde global, évolution bien connue des spécialistes de la mondialisation. Avec la loi du 22 juillet 2013 relative à l'enseigne-

ment supérieur et à la recherche, l'autonomie des Universités cède la place à un module technocratique d'envergure pseudo-régionale : le site. C'est le paradoxe de la force des territoires et de leurs limites. Toute réforme de l'enseignement supérieur est extrêmement complexe, parce que l'institution universitaire est ancienne, immense et plurielle ; elle est encore plus difficile en période d'austérité budgétaire. Pourtant il n'est pas sûr que les gouvernements successifs aient pris la mesure des véritables enjeux auxquels doit répondre l'Université.

Des diplômes aux brevets. Il semble que la récente réforme de l'enseignement supérieur et de la recherche ait porté davantage sur l'aval de l'activité universitaire, c'est-à-dire la délivrance des diplômes et le dépôt des brevets, que sur l'amont, la création du savoir qui se prête à diffusion et à valorisation. L'erreur d'approche s'explique par le caractère concret des diplômes et des brevets, par leur visibilité, leur mesurabilité, tandis que la qualité de la formation et des créations scientifiques est d'une appréciation délicate ; de même que les moyens de les favoriser n'ont rien d'évident. Les Universités ont pourtant une mission bien plus haute : elles sont un lieu d'effervescence intellectuelle, de construction et de transmission du savoir. La recherche universitaire n'a-t-elle pas « pour fin de connaître les causes, et le mouvement secret des choses ; et de reculer les bornes de l'empire Humain en vue de réaliser toutes les choses possibles »¹ ? Cette phrase extraite de *La Nouvelle Atlantide* de Bacon nous rappelle que la réforme des lieux du savoir est une question ancienne. Les textes écrits par ce philosophe il y a quatre cents ans sont encore capables de nous éclairer sur les creusets de sciences que sont les institutions de recherche et les Universités et nous invitent à forger une défense et illustration de ces lieux de savoirs. La question de l'enseignement du droit qui nous intéresse en particulier sera envisagée à la lumière de la défense des sciences humaines et sociales, de la recherche fondamentale et de l'interdisciplinarité.

I. L'enseignement du droit et la défense des sciences humaines et sociales

Protection des valeurs et création de valeurs par le droit. Tout d'abord, aujourd'hui c'est la faiblesse des sciences humaines et sociales et des humanités dans les Universités qui est notable. Tandis qu'au XVII^e siècle, Bacon tentait d'introduire les sciences – maintenant dites exactes – aux côtés de la théologie et des matières littéraires, c'est au contraire au XXI^e siècle l'empire des sciences exactes qui règne à l'Université. Les sciences humaines et sociales et les humanités, qui peuvent paraître moins connectées à l'économie, moins concernées par le discours sur la compétitivité, la valorisation, la création des richesses et des emplois, tendent à être dévalorisées et sous-financées. Il est pourtant urgent de démontrer à quel point l'idée d'une telle hiérarchie est fautive. S'agissant du droit, la réflexion, les concepts et les règles juridiques sont capables non seulement de défendre des valeurs mais aussi de créer des valeurs au sens économique (au-delà du seul droit économique *stricto sensu*). Non seulement l'enseignement du droit contribue à l'État de droit et participe donc à la vie de la démocratie, à sa conservation. Mais l'enseignement du droit rend aussi nécessairement compte de la dimension stratégique de toute question juridique. Les ministères successifs ont négligé la force du droit et de la science juridique en termes de défense des valeurs et de création des richesses alors que la science juridique qui a conquis un rôle majeur devrait être défendue par le service public de l'enseignement supérieur. De leur côté, les juristes eux-mêmes devraient mieux mettre en relief la part du droit dans la structure et le fonctionnement de la société et défendre plus vigoureusement une représentation valorisée du savoir juridique.

II. L'enseignement du droit et la défense de la recherche fondamentale

Diversité des approches du savoir juridique. La défense de la recherche fondamentale est un

¹ F. Bacon, *La Nouvelle Atlantide*, trad. M. Le Doeuff et M. Llasera, GF Flammarion, 2000, p. 119.

thème baconien. Son projet de réforme du savoir concernait tant les lieux de production du savoir que sa nature. Bacon déplorait l'excès d'intérêt pour la recherche finalisée et directement utile : « les sciences progressent par le fondamental plutôt que par l'applicable »². Quant à l'Université, elle devait se concevoir comme un lieu permanent de recherche et de conservation de ses résultats, un lieu de recherche ouvert sur l'imprévu, les terres nouvelles³ et sur les connaissances générales. Aujourd'hui, sous le double impact de l'austérité budgétaire et des impératifs de croissance économique se pose de façon criante la question de la réhabilitation de la recherche fondamentale. En droit, cette distinction peut sembler difficile à mettre en œuvre car la thèse du « tout fondamental » peut être défendue (si l'on considère que les règles de droit sont des outils mentaux) comme celle du « tout appliqué » (si l'on ne considère que le droit positif). Pourtant, dans cette matière, il existe aussi des objets de recherche qui sont moins directement exploitables que d'autres dans la pratique, parce que plus généraux, plus abstraits, plus historiques ou philosophiques. Dans la matière juridique, à l'instar des autres sciences, l'ouverture d'esprit qui est la condition de toute découverte suppose de ne pas céder aux sirènes du « court-termisme », de la fructification rapide et de la finalisation systématique de tout processus de recherche. C'est pourquoi les juristes doivent continuer de défendre et promouvoir la variété des enseignements juridiques à tous les niveaux de la formation et la diversité des approches du savoir juridique, en stricte connexion avec la liberté de la recherche en droit.

III. L'enseignement du droit, la fausse bonne solution de la pluridisciplinarité et la défense de l'interdisciplinarité

Contre un saupoudrage des connaissances. La question de la pluridisciplinarité a été mise au goût du jour par la loi du 22 juillet 2013

relative à l'enseignement supérieur et à la recherche qui a imposé, à côté d'un principe de continuité entre l'enseignement secondaire et l'enseignement supérieur, un principe de pluridisciplinarité. Ce principe est censé garantir le succès des étudiants en licence. Au premier abord, le principe de pluridisciplinarité peut sembler être une bonne réponse à l'hyperspécialisation et au cloisonnement entre les savoirs. Mais en réalité, la pluridisciplinarité n'est pas employée à des fins intellectuelles d'amélioration de la formation. Elle est au contraire instrumentalisée comme un bouclier contre l'échec des étudiants et leur mauvaise orientation et comme le paravent destiné à cacher une formation universitaire censée être de plus en plus généraliste et polyvalente pour être accessible à tous les bacheliers. Envisagée de la sorte, de toute évidence la pluridisciplinarité ne peut pas être une bonne solution. Ce que le législateur aurait dû faire, c'est introduire davantage d'interdisciplinarité dans la formation universitaire. Contrairement à la pluridisciplinarité qui appose les matières côte à côte, qui fait un saupoudrage des connaissances, l'interdisciplinarité permet l'approfondissement de chacune d'entre elles à la lumière des autres : elle travaille à l'étagage des matières par d'autres disciplines. L'interdisciplinarité présente l'avantage d'apprendre aux étudiants à traiter des situations complexes et de construire un savoir en plus parfaite adéquation avec la société de l'innovation. Mais elle supposerait un niveau élevé d'exigences à l'égard des étudiants, ce qui n'a pas été l'objectif du législateur. En ce qui concerne l'enseignement du droit, il faut continuer d'offrir aux étudiants la possibilité d'entreprendre des bi-licences, répondant ainsi à la demande de pluridisciplinarité. Mais il faut se garder de croire que la formation juridique peut favorablement être diluée dans les flots pluridisciplinaires. La connaissance du système juridique est devenue de plus en plus difficile et l'apprentissage de son langage exige de former les

² Avant-propos de M. Le Doeuff à F. Bacon, *Du progrès et de la promotion des savoirs*, Gallimard Tel, 1991, p. XXIV. Bacon écrivait : « je trouve étrange que parmi tant d'importantes fondations de collèges en Europe, toutes soient consacrées à des professions, et qu'aucune ne soit ouverte aux arts et aux sciences libres de toute spécialisation » (F. Bacon, *Du progrès et de la*

promotion des savoirs, Gallimard Tel, 1991, p. 82).

³ Bacon compare la navigation à la recherche : « Et ce progrès de la navigation et des découvertes peut aussi fonder une espérance : celle de voir toutes les sciences aller de l'avant et augmenter » (F. Bacon, *Du progrès et de la promotion des savoirs*, Gallimard Tel, 1991, p. 102).

étudiants le plus longtemps possible aux innombrables questions de droit. En revanche, l'exigence d'interdisciplinarité est d'autant plus vive que, par sa nature même, le droit se trouve dans les interstices de toutes les autres disciplines, tant les sciences humaines et sociales que les sciences exactes. Le droit est une matière en processus continuels d'adaptation aux métamorphoses de la société et l'évolution des choses va dans le sens de la multiplication des situations complexes dont le traitement exige des réflexes d'apprentissage dans des matières distinctes du droit. Par exemple, le traitement juridique de la question des OGM, des antennes relais et de la sécurité sanitaire vont exiger des juristes en plus des connaissances juridiques (en droit international, européen et national, sans compter public et privé) des clés d'approche des travaux scientifiques d'expertise, de la sociologie, de la science politique et de l'économie. Les juristes doivent continuer de défendre une formation juridique de haut niveau, tout en travaillant à l'élaboration de ponts reliant non seulement diverses spécialités juridiques, mais aussi le droit à d'autres domaines du savoir sans craindre de voir la science juridique émuée et édulcorée par les illusions d'une formation générale et polyvalente en licence.

Conclusion. Le rôle de l'Université au XXI^e siècle dans la création et la transmission des savoirs. Une utopie ? Bacon a employé sa vie à réfléchir sur la réforme des savoirs et des institutions et en a conclu que le déploiement de l'activité scientifique et l'accroissement du savoir selon des règles rigoureuses permettraient d'œuvrer au bien de tout le genre humain. Au XXI^e siècle, la question de la création des savoirs et de leur partage est l'une des questions majeures pour le devenir de notre pays. Non pas uniquement parce que notre société est effectivement devenue une société des sciences et des techniques. Mais parce que plus que jamais toutes les sciences sont interdépendantes les unes des autres ; plus que jamais la poursuite du bien public exige un gigantesque investissement dans l'organisation et l'exploitation des savoirs pluriels. Bacon écrivait que « les tâches ou travaux méritoires à l'égard du savoir ont souvent un lien avec trois objets : les lieux de savoir, les livres de savoir, et les personnes des gens instruits »⁴. La relecture de sa philosophie invite à penser que le corps des enseignants universitaires est légitime pour faire valoir une hauteur de vue dont ont manqué jusqu'à présent les gouvernements de tous bords.

⁴ F. Bacon, *Du progrès et de la promotion des savoirs*, Gallimard Tel, 1991, p. 80.

⁵ F. Bacon, *Du progrès et de la promotion des savoirs*, Gallimard Tel, 1991.

⁶ Avant-propos de M. Le Doeuff à F. Bacon, *Du progrès et de la promotion des savoirs*, Gallimard Tel, 1991, p. XVI.

Bacon. Du progrès ou de la promotion des savoirs. La Nouvelle Atlantide. En 1605, Bacon écrit un livre intitulé *Du progrès et de la promotion des savoirs*⁵. Il y décrit les missions intellectuelles et sociales des Universités qui, au lendemain du schisme anglican, pouvaient désormais relever du pouvoir royal et non plus de l'autorité du pape. Par ce texte, l'auteur appelle à la réforme de l'Université, recommande de « placer le progrès du savoir sous la responsabilité de l'Etat »⁶ (une garantie pour la liberté de la recherche) et de suivre une méthode rigoureuse⁷, enfin plaide « pour la constitution d'une communauté scientifique internationale »⁸. Dix-huit ans plus tard, en 1623, Bacon publie *La Nouvelle Atlantide* qui détaille « ce qu'une société doit faire pour que des savoirs se développent et, réciproquement, ce qu'elle peut attendre d'un tel développement »⁹. Il décrit un collège consacré au développement de la recherche scientifique et technique à travers la forme utopique si prisée à son époque : un bateau se perd et accoste dans un pays inconnu des géographes, « dans le sein de Dieu, une terre inconnue du reste du monde »¹⁰. Dans ce pays imaginaire, cette Utopie, « lieu de nulle part » (on se souvient que Bacon est né en 1561, dix ans après la traduction en anglais de l'Utopie de Thomas More rédigée en latin en 1516), l'auteur décrit un peuple chrétien heureux dans un État aux mœurs solides. Mais c'est l'institution de recherche scientifique, la Maison de Salomon, qui fera l'objet d'une analyse minutieuse. Il expose tour à tour : le but de la Fondation¹¹, les dispositifs de préparation et les instruments mis à disposition pour les travaux, les diverses tâches et fonctions qui sont assignées aux membres de la Société et enfin les coutumes de ce peuple. « La Nouvelle Atlantide » c'est donc la ville ou plutôt le pays consacré à l'approfondissement du savoir, dans lequel un collège a été fondé « en vue de l'interprétation de la nature et de la production des grandes et merveilleuses œuvres pour le bien de tout le genre humain »¹². Au début du XVII^e siècle, cette utopie scientifique est révolutionnaire. Quatre cents ans après, en un début de siècle marqué par la chute des idéaux et la perte de vitesse des institutions publiques, les œuvres de Bacon méritent d'être méditées.

⁷ « Les arts intellectuels sont quatre, et se répartissent selon les fins qui sont les leurs. Car les tâches de l'homme sont les suivantes : trouver ce qui est cherché ou offert au débat ; juger ce qui a été trouvé ; retenir ce qui a été jugé ; enfin, transmettre ce qui a été retenu. Il faut donc que les arts soient quatre : l'art de chercher, c'est-à-dire l'invention, l'art d'examiner, c'est-à-dire le jugement, l'art de garder, c'est-à-dire la mémoire, et l'art de s'exprimer, c'est-à-dire la transmission » : F. Bacon, *Du progrès et de la promotion des savoirs*, Gallimard Tel, 1991, p. 160.

⁸ Avant-propos de M. Le Doeuff à F. Bacon, *Du progrès et de la promotion*

des savoirs, Gallimard Tel, 1991, p. VIII.

⁹ Introduction à *La Nouvelle Atlantide* de F. Bacon, par M. Le Doeuff (trad. M. Le Doeuff et M. Llasera, GF Flammarion, 2000, p. 7).

¹⁰ F. Bacon, *La Nouvelle Atlantide*, Trad. M. Le Doeuff et M. Llasera, GF Flammarion, 2000, p. 132.

¹¹ Voir note 1.

¹² F. Bacon, *La Nouvelle Atlantide*, Trad. M. Le Doeuff et M. Llasera, GF Flammarion, 2000, p. 81.

Do you speak UP2PA¹ ?

Diane Galbois

Plus de dix ans après la réforme dite « LMD »² (non pas la version féminine d'une mutuelle étudiante mais l'abréviation de « Licence-Master-Doctorat »), ayant pour but l'harmonisation des cursus d'enseignement supérieur européens, force est de constater que l'offre présentée par les universités françaises, et notamment la nôtre, est loin d'être limitée à ce simple schéma, et que des diplômes divers et variés, aux acronymes plus ou moins barbares (DU, DSU, CEIJ, CEJI, CRA, DJCE, VAE ou encore VAPP 85 – on frôle parfois la science-fiction et les noms de « droïdes » R2-D2 et C-3PO !) prospèrent. Et au milieu de ce florilège d'acronymes, ceux à consonance anglaise (MBA, LL.M, etc.) ont la part belle. Un petit décryptage lexicologique s'impose.

Certains de ces diplômes ont leurs spécificités propres : ainsi les VAE (« Validation des Acquis de l'Expérience », en bon français) et les VAPP 85 (« Validation des Acquis Professionnels et Personnels », issus du décret n° 85-906 du 23 août 1985, d'où l'adjonction d'un numéro) sont réservés aux personnes ayant déjà une expérience professionnelle de plusieurs années. Quant aux plus traditionnels DU (« Diplômes d'Université »), ils viennent sanctionner, à l'issue d'une ou deux années généralement avec un faible volume horaire – ce qui permet de les suivre en parallèle d'une formation traditionnelle en Licence, Master, Doctorat – une expertise acquise dans un domaine précis (DU « Civilisation et droits de Common Law », DU de l'Institut d'histoire du droit, etc.). Les DSU (« Diplômes Supérieurs d'Université ») sont quant à eux clairement affichés comme des formations de niveau Master réservées aux étudiants étrangers.

Mais *quid* des MBA et LL.M, ces appellations à consonance anglo-saxonne qui fleurissent sur le

sol de Panthéon-Assas ? On comprend l'utilisation du terme « LL.M » s'agissant des programmes d'échange à l'international sanctionnés par un double diplôme (et donc notamment par le diplôme de ladite université étrangère, qui est généralement un LL.M³). Cela peut également se comprendre – quoique l'on puisse déjà être plus réservé sur ce point – s'agissant des diplômes destinés à des étudiants étrangers, à des fins de visibilité et d'attractivité (c'est le cas du « LL.M Droit français, européen et international des affaires », ou encore du « LL.M in European Law » dont le site Internet d'Assas nous apprend qu'il est enseigné en langue anglaise et « plus spécifiquement ouvert aux étudiants étrangers anglophones venus d'universités partenaires »). On peine davantage à comprendre, en revanche, ce qui justifie les appellations « MBA » ou « LL.M » en lieu et place de celle de « Master » pour des diplômes délivrés par une université française principalement à destination d'étudiants français.

À moins que ce ne soit un effet de mode, déjà révélé par les anglicismes qui imprègnent le discours des grands avocats de la place de Paris (où un stagiaire doit « débrief » « asap » après s'être fait « staffer » par un avocat « surbooké » qui lui a demandé de « checker » un point sur lequel il n'est pas très « secure » avant la « deadline » à laquelle il doit « shooter » un « e-mail » au « partner » en vue de sa « confcall » avec le client afin de donner à celui-ci le « pitch » avant la « data-room », où l'on fera des « mark-up » en vue de « closer » le « deal » – pour lequel il n'est pas question d'arriver habillé en « casual Friday », ce qui serait un peu « borderline » et pas très « corporate »). Une marque de progrès ? On peut en douter, et « BTW »⁴, on remarquera à cet égard qu'au Québec, où les anglicismes abondent dans

¹ Université Paris 2 Panthéon-Assas.

² Décret n° 2002-480 du 8 avr. 2002 modifiant le décret n° 99-747 du 30 août 1999 relatif à la création du grade de mastaire et le décret n° 2001-295 du 4 avr. 2001 portant création de la commission d'évaluation des formations et diplômes de gestion – Décret n° 2002-481 du 8 avr. 2002

relatif aux grades et titres universitaires et aux diplômes nationaux.

³ C'est le cas par exemple du programme « BerMuPa », qui permet d'obtenir un LL.M de l'université Humboldt de Berlin ou Ludwig-Maximilians de Munich.

⁴ « By the way ».

les lois, un projet de loi déposé en décembre 2012 propose à l'inverse de conférer une responsabilité supplémentaire au ministre responsable de son application : promouvoir et favoriser la qualité du français⁵. « FYI »⁶, la Cour de cassation ne s'est d'ailleurs pas laissée prendre au jeu, et se garde bien de reprendre à son compte les anglicismes utilisés dans les moyens des pourvois (« impacter »⁷ et autres « baser »⁸). Le législateur non plus ne cède pas à la mode, et prend grand soin de traduire les concepts venus d'ailleurs en langue française (ainsi de la « fiducie » pour le *trust*⁹, du « gouvernement d'entreprise » pour la *corporate governance*¹⁰, de l'« action de groupe » pour la *class action*¹¹).

Pourtant, force est de reconnaître que les appellations « LL.M » ou encore « MBA » ont l'avantage de la simplicité et de la stabilité. Signe du pragmatisme anglais ? Là-bas, pas d'effet de mode avec une succession de termes reflétant la valse des ministres de l'enseignement supérieur et

de la recherche¹² ou l'imagination des directeurs de diplômes, tandis qu'il est bien difficile, chez nous, de s'y retrouver entre les défunts DES (« Diplôme d'Études Supérieures », supprimés en 1974), DESS (« Diplôme d'Études Supérieures Spécialisées ») et DEA (« Diplômes d'Études Approfondies »), qui ont eux-mêmes laissé place aux « Masters »¹³, lesquels coexistent avec des « Mastères »¹⁴ et des « Magistères »¹⁵... De quoi y perdre son latin ! Rien de mieux, de ce point de vue, que le sobre « LL.M » : il s'agit de l'abréviation du latin (justement !) « *Legum* », génitif de *Lex* (au pluriel, d'où les deux L), et « *Magister* ». Entre francisation abusive (« Magistère », « Mastère », voire même « Mastaire »¹⁶...) et anglicisme (« Master »¹⁷) mieux vaut s'en tenir aux classiques ! Alors, les « LL.M » et autres R2-D2, une marque de modernité ? Que nenni, notre belle université conforte à l'inverse par là son image traditionaliste. CQFD.

⁵ Assemblée Nationale du Québec, Projet de loi n° 14, Loi modifiant la Charte de la langue française, la Charte des droits et libertés de la personne et d'autres dispositions législatives, présenté par D. De Courcy.

⁶ « For your information ».

⁷ V. par ex. Soc. 14 déc. 2011, n° 10-20.378, *Bull. civ. V*, n° 303.

⁸ V. par ex. Crim. 19 déc. 2012, n° 12-81.043 – Civ. 1^{re}, 18 mai 2011, n° 10-14.518, *Bull. civ. I*, n° 93.

⁹ Loi n° 2007-211 du 19 févr. 2007 instituant la fiducie.

¹⁰ Article 1er de la loi n° 2013-100 du 28 janv. 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, articles 26 et 27 de la loi n° 2008-649 du 3 juill. 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire.

¹¹ Sénat, Proposition de loi n° 297 portant création d'une action de groupe.

¹² On doit les « Mastaires » à Claude Allègre, les « Magistères » à Jean-Pierre

Chevènement, les « Master » à Jack Lang...

¹³ Les DESS et DEA sont remplacés, depuis la réforme LMD, par les « M2 Professionnels » et « M2 Recherche », mais qui n'a pas passé un entretien face à un potentiel recruteur parlant encore en anciens francs – pardon, en termes de « DESS » et « DEA »... ?

¹⁴ Le Mastère Spécialisé est une marque collective et déposée de la CGE (« Conférence des Grandes Écoles »).

¹⁵ Circulaire n° 85-41 du 15 mars 1985 portant appel d'offres pour la constitution des Magistères.

¹⁶ Intitulé originellement retenu par Claude Allègre : v. Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 99-747 du 30 août 1999 relatif à la création du grade de mastaire.

¹⁷ Décret n° 2002-604 du 25 avr. 2002 modifiant le décret n° 99-747 du 30 août 1999 relatif à la création du grade de master.

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...

Les grandes distinctions en droit public

Petit un

Les grandes distinctions dans les
institutions administratives p. 32

Petit deux

La distinction entre acte
administratif unilatéral et contrat
administratif p. 36

Petit trois

La distinction de la propriété
publique et de la domanialité
publique p. 44

Petit quatre

Les grandes distinctions
en contentieux administratif p. 55

Petit cinq

De la distinction entre
les ordonnateurs et les comptables
publics p. 66

Grand B

Passage aux actes

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

L'avenir de l'enseignement du droit

Petit un

L'enseignement
dans l'université p. 85

Petit deux

L'enseignement
hors de l'université p. 106

Petit un du Grand A : institutions administratives

Les grandes distinctions dans les institutions administratives

Olivier Gohin

Professeur à l'Université Panthéon-Assas
Directeur de l'IPAG de Paris

1 ■ Comme Dieu, du moins dans la théologie catholique, l'État, dans l'ordre interne, est le tout et une partie du tout : il est le tout dans le champ du politique ; il est une partie de ce tout dans le champ du juridique. Que l'État soit politique ou juridique, il revêt deux formes : l'État fédéral et l'État unitaire qui se distinguent selon qu'il est pluriconstitutionnel ou monoconstitutionnel, l'ordre juridique étant déterminé, dans le premier cas, par la Constitution fédérale et les Constitutions des États fédérés qui lui sont subordonnées et, dans le second cas, par la seule Constitution de l'État unitaire. L'État fédéral est nécessairement plurilégislatif alors que l'État unitaire peut être soit plurilégislatif : il est alors un État autonome, soit monolégislatif.

2. Les États-Unis d'Amérique sont l'archétype d'un État fédéral régi par le principe de la primauté du droit fédéral sur le droit des États membres¹ qui tirent leurs compétences de la Constitution fédé-

rale, serait-elle de principe², et qui sont dépourvus de souveraineté externe³ et interne, sauf à conférer à cette dernière le sens de l'exercice d'un pouvoir de constitutionnalisation et de législation, au niveau fédéré⁴. Par exemple, le Vatican donne l'exemple rare d'un État unitaire concentré, l'Espagne celui discutable d'un État unitaire, mais autonome, dont les composantes constitutionnalisées sont des entités politiques, tandis que la Suède correspond à celui généralisé de l'État unitaire monolégislatif. S'agissant de la France, la question est posée, depuis un quart de siècle, de savoir si l'évolution du statut de la Nouvelle-Calédonie, sur la base de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, publicisé et constitutionnalisé par la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, n'est pas en situation d'avoir créé, *volens nolens*, un État unitaire asymétrique, autonomisé dans ce seul outre-mer⁵, alors qu'il est et demeure décentralisé dans tous les autres outre-mers et en métropole.

¹ Constitution du 17 sept. 1787, art. 6.

² X^e Amendement à la Constitution préc.

³ Supreme Court, *United States vs Curtiss-Wright Export Corp.*, 1936.

⁴ En ce sens, É. Zoller, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., PUF, 1999, n^o 192, p. 372 :

« la souveraineté peut se définir [comme] le pouvoir de faire les lois ».

⁵ La controverse repose sur le statut des lois du pays calédoniennes, selon que, d'un point de vue formel, on les considère ou non comme de vraies lois. On laisse de côté, ici, ce débat de doctrine.

3. Car, l'État unitaire, quand il est à la fois monoconstitutionnel et monolégislatif, est, lui-même, monoadministratif ou pluri-administratif :

– si un tel État unitaire est monoadministratif, il peut être un État concentré ou déconcentré : dans le premier cas, il comporte un seul niveau d'administration d'État qui est exclusivement d'administration concentrée ; dans le second cas, il comporte deux niveaux d'administration : le premier est celui de l'administration centrale de l'État ; le second est celui de l'administration déconcentrée de l'État⁶ : le transfert de compétences s'opère, en ce cas, au sein de l'État, vers des circonscriptions administratives de l'État qui relèvent de la personne morale de droit public qu'est l'État⁷ ;

– si un tel État unitaire est pluriadministratif, il est alors un État décentralisé, avec, d'une part, l'administration de l'État central qui peut être déconcentrée ou ne pas l'être (par exemple, Monaco), et, d'autre part, l'administration des personnes morales de droit public dont le régime est de droit public et qui sont autonomes par rapport à l'État : le transfert de compétences s'opère, en ce cas, de l'État vers des personnes morales de droit public autres que l'État et autonomes par rapport à lui. Elles disposent, au titre de cette autonomie administrative, de leurs propres institutions délibératives et exécutives, de leurs propres personnels, moyens et services ainsi que de leur propre patrimoine, budget et comptabilité.

4. Ces personnes morales sont bien des entités administratives dont les collectivités territoriales de la République⁸ ou les établissements publics administratifs, pour s'en tenir à ces deux catégories homogènes de personnes publiques et on distinguera, à ce titre, la décentralisation territoriale et la décentralisation fonctionnelle ou par services : par exemple, le maire d'une commune est une autorité administrative dont l'élection par le conseil municipal est une élection administrative et dont l'arrêté de police est un acte administratif de sorte que l'une et l'autre de ces deux décisions ressortissent à la compétence de la juridiction administrative. La différenciation entre décentralisation territoriale et fonctionnelle s'opère par la généralité de la vocation des collectivités territoriales qui renvoie à la notion d'« affaires locales »⁹ et à la vocation spécialisée des établissements publics. Cette vocation générale des collectivités territoriales ne se confond pas avec la prétendue clause générale de compétence, quelle que soit l'attachement de parlementaires – encore souvent des exécutifs locaux¹⁰ – à cette clause¹¹, pourtant dépourvue de tout fondement constitutionnel¹², et même en contradiction avec la souveraineté de l'État : c'est l'État qui définit ou redéfinit librement les compétences des personnes décentralisées, sous réserve de préserver le parallélisme des formes, et qui, dans l'ordre juridique interne, conserve à lui les compétences de souveraineté, au moins¹³.

⁶ Le critère à retenir est juridique, et non pas géographique : une administration centrale peut être délocalisée en dehors de Paris : par ex., l'état-civil des Français né à l'étranger est délocalisé à Nantes. Et, Paris est le siège de services déconcentrés de l'État, par ex. tel ou tel centre de finances publiques.

⁷ La déconcentration se conçoit au sein d'autres personnes morales de droit public que l'État, notamment dans telle ou telle collectivité territoriale dont l'importance du territoire ou de la population justifie cette modalité de son organisation administrative. C'est ainsi que les arrondissements de Paris, Lyon et Marseille sont le siège de l'administration déconcentrée de ces villes, en tant que « divisions administratives au sein des communes » (Cons. const. 30 déc. 1982, *Organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale*, déc. n° 82-149 DC, Rec. p. 76, consid. 6).

⁸ On dit bien collectivités territoriales de la République (Constitution, art. 72, al. 1er), et non de l'État, pour manifester leur autonomie par rapport à l'État juridique, telle que, depuis 1946, cette autonomie est constitutionnellement consacrée (*ibid.*, al. 3).

⁹ La loi exprime, depuis 1884, cette vocation générale des collectivités territoriale : en ce sens, le dispositif bien connu, repris à l'art. L. 2121-29, al. 1^{er} du code général des collectivités territoriales : « Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune ».

¹⁰ Moins de la moitié des députés et des sénateurs n'exercent aucune fonction exécutive au sein d'une collectivité territoriale. Le cumul avec des fonctions exécutives concerne, en effet, 58 % des députés et 59 % des sénateurs, intercommunalité comprise. Toutefois, le projet de loi organique, adopté, en première lecture, par l'Assemblée nationale en juillet 2013, vise à interdire,

à partir du 31 mars 2017, le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur.

¹¹ La transposition en 2003, à l'article 72, al. 2 de la Constitution révisée, du principe de subsidiarité, en ces termes : « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon » ne correspond pas à une prétendue clause de compétence générale, avant comme après la répétition par le législateur de cette prescription, à l'occasion de la délibération, en première lecture, devant l'Assemblée nationale, en juillet 2013, du projet de loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles comportant un dispositif sur « le rétablissement de la clause de compétence générale ».

¹² « Considérant que l'article 48 de la loi du 10 août 1871 susvisée précisait que le conseil général délibère "sur tous les objets d'intérêt départemental dont il est saisi, soit par une proposition du préfet, soit sur l'initiative d'un de ses membres" ; que ces dispositions n'ont eu ni pour objet ni pour effet de créer une "clause générale" rendant le département compétent pour traiter de toute affaire ayant un lien avec son territoire ; que, par suite, elle ne saurait avoir donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République garantissant une telle compétence » (Cons. const. 9 déc. 2010, *Réforme des collectivités territoriales*, déc. n° 10-618 DC, Rec. p. 367, consid. 54).

¹³ Par exception, dans des outre-mers de spécialité juridique, la compétence de l'État peut être d'attribution : il en est ainsi en Nouvelle-Calédonie, depuis la loi du 28 décembre 1976, et en Polynésie française, depuis la loi du 12 juillet 1977.

5. À raison même de leur autonomie, ces mêmes personnes morales disposent aussi de leur propre droit des actes et de la responsabilité – c'est là un pléonasme – dont elles maîtrisent la production, dans le cadre et pour l'exercice de leurs compétences¹⁴. Ce droit administratif de la décentralisation territoriale ou fonctionnelle est un droit infra-étatique, en tant qu'il est encadré par le droit constitutionnel ou administratif, encore qu'il y aurait lieu de tenir compte aussi du droit de l'Union européenne¹⁵ : par exemple, s'agissant des collectivités territoriales d'outre-mer, du droit d'assimilation adaptée des régions ultrapériphériques (RUP)¹⁶ ou de celui d'association des pays et territoires d'outre-mer (PTOM)¹⁷ :

– c'est la Constitution, norme d'État, qui détermine les catégories ou les sous-catégories de collectivités territoriales¹⁸, sur fond d'application du principe de libre administration par des conseils élus et, notamment, de la dévolution du pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences¹⁹ ; c'est aussi la Constitution qui définit les grandes lignes du droit des collectivités territoriales d'outre-mer, en particulier de celui transitoire de la Nouvelle-Calédonie, dans l'attente du résultat de la double consultation d'autodétermination qui doit avoir lieu sur place, à partir de mai 2014, à un suffrage fortement restreint²⁰ ;

– c'est la loi, norme d'État également, qui fixe les règles concernant la création de catégories d'établissements publics ou qui détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources²¹ ; encore faut-il faire à la loi organique toute sa place, celle qui s'est notablement élargie, depuis la loi constitutionnelle du

28 mars 2003, pour venir encadrer soit le régime général des collectivités territoriales, en matière d'expérimentation locale, de référendum local et d'autonomie financière²² soit le régime particulier des départements et régions d'outre-mer ou collectivités assimilées de l'article 73 de la Constitution ou bien des collectivités d'outre-mer à statut spécifique, de base ou d'autonomie, de l'article 74²³.

6. Encore faut-il préciser qu'il n'y a pas étonnement, au sein du droit de l'État décentralisé, entre droit des collectivités territoriales et droit des établissements publics administratifs. C'est ainsi que, pour contourner et l'élection des conseils régionaux au suffrage universel direct²⁴ et la révision de la Constitution visant à éviter une telle élection pour des régions devenues collectivités territoriales²⁵, la décentralisation régionale, fondée sur la loi Frey du 5 juillet 1972, fait initialement le choix singulier de l'établissement public régional (EPR) auquel la réforme opérée par la loi Defferre du 2 mars 1982 mettra progressivement un terme, d'abord en Corse (1982), puis outre-mer (1983), enfin en France continentale (1986). De même, c'est la voie de l'établissement public qui est retenue dans le droit foisonnant de la coopération intercommunale, le regroupement de bien trop nombreuses communes, en France, de bien trop faible population pour la plupart d'entre elles, ne pouvant guère donner lieu à la création de nouvelles collectivités territoriales²⁶.

7. Pour estompée qu'elle soit dans le droit de la décentralisation territoriale, cette distinction entre communes qui sont une catégorie constitu-

¹⁴ En ce sens, l'art. 72, al. 3 de la Constitution révisée prescrit que les collectivités territoriales de la République « disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ».

¹⁵ On laisse de côté, ici, cette importante question qui est anormalement minorée dans le traitement du droit français des collectivités territoriales.

¹⁶ TFUE, art. 349 et 355, § 1 ; *addé* Déclaration n° 43.

¹⁷ TFUE, art. 198 à 203 et 355, § 2 ; *addé* Annexe II.

¹⁸ Par ex., depuis la révision de 2003, les régions sont une catégorie constitutionnelle (Constitution, art. 72, al. 1^{er}) et les régions d'outre-mer, une sous-catégorie constitutionnelle (*ibid.*, art. 73, al. 1^{er}).

¹⁹ Constitution, art. 72, al. 3 *préc.*

²⁰ Accord de Nouméa du 5 mai 1998 et titre XIII de la Constitution ; *addé* loi organique statutaire du 19 mars 1999.

²¹ Constitution, art. 34.

²² Respectivement, Constitution, art. 72, al. 4 et loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003 – code général des collectivités territoriales, art. LO 1113-1 s. ; *ibid.*, art. 72-1, al. 2 et loi organique n° 2003-705 du 1^{er} août 2003 –

code général des collectivités territoriales, art. LO 1112-1 s. ; *ibid.*, art. 72-2, al. 3 et loi organique du 29 juil. 2004 – même code, art. LO 1114-1 s.

²³ Par ex., la loi organique du 21 févr. 2007, modif. loi organique du 27 juil. 2011 sur les conditions d'application aux départements d'outre-mer (hors Réunion) des al. 2 et 3 de l'art. 73 de la Constitution – code général des collectivités territoriales, art. LO 3445-1 s. ou la loi organique du 27 février 2004 modif. portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

²⁴ Constitution, art. 3, al. 3 et art. 72, al. 3 combinés en tant que le suffrage est indirect par exception et que cette exception n'est pas prévue pour l'élection des assemblées délibérantes des collectivités territoriales.

²⁵ Projet de loi constitutionnelle du 2 avril 1969.

²⁶ Il résulte des statistiques de la DGCL que la France comptait, au 1^{er} janvier 2013, environ 37 000 communes dont près de 20 000 de moins de 500 habitants (54,5 % exactement). À la même date, quelque 2 500 EPCI à fiscalité propre étaient constitués, regroupant 98 % des communes, mais 61 % seulement de la population, situation liée largement aux retards ou ratés de l'intercommunalité dans l'agglomération parisienne.

tionnelle de collectivités territoriales, et établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) qui ne sont pas des collectivités territoriales, renvoie à une distinction qui importe entre :

- d'une part, la dimension politique, pour les citoyens locaux, de la décentralisation par des collectivités, seraient-elles des entités administratives ;

- d'autre part, la donnée administrative de la décentralisation par des établissements, à l'instar de ce qu'est, pour les administrés, la déconcentration de l'État, en tant que, pour sa part, elle est seulement une modalité technique de son organisation interne, sur le thème récurrent du rapprochement dynamique et donc de la proximité statique des services concernés de l'État.

Or, lorsque les EPCI sont à fiscalité propre, au regard de la force constitutionnelle du principe du consentement à l'impôt qui, dans les démocraties contemporaines, suppose que le prélèvement forcé soit voté, au moins, par une assemblée représentative élue au suffrage universel direct, la question s'est posée de longue date, pour la plupart de ces établissements, de la modification du mode d'élection de l'organe délibérant de chacun de ces EPCI. Et, elle est résolue en faveur de leur élection au suffrage universel direct, pour la première fois, à compter des élections municipales de mars 2014²⁷.

8. L'État étant unitaire, déconcentration et décentralisation supposent le contrôle de l'État sur les administrations concernées encore que les modalités en soient notablement différenciées :

- le contrôle de l'État déconcentré est un

endo-contrôle, c'est-à-dire un contrôle de l'État sur lui-même, plus précisément un contrôle des administrations centrales ou des inspections générales sur les services déconcentrés qui relève, en principe, du droit réglementaire. Ce contrôle dit « hiérarchique » peut exister en légalité ou en opportunité, même sans texte, au titre d'un principe général du droit²⁸, selon des modalités diverses dont l'instruction, l'approbation, l'autorisation, la réformation, la substitution ou encore l'annulation, y compris administrative ;

- le contrôle de l'État décentralisé est un exo-contrôle, c'est-à-dire un contrôle de l'État à l'extérieur de lui-même, plus précisément un contrôle de l'autorité déconcentrée sur les collectivités territoriales, les institutions et leurs actes, qui relève, en principe, du droit constitutionnel et législatif, en tant qu'il touche à une liberté fondamentale²⁹ : l'autonomie des collectivités territoriales. Ce contrôle dit « de tutelle » ne peut exister qu'en légalité, dans le cadre d'un texte ou dans la limite du texte³⁰, selon des modalités précises : depuis 1982, est privilégiée la suspension ou l'annulation juridictionnelle de l'acte administratif, prononcée, en première instance par le tribunal administratif, institution d'État, sur saisine, dénommée déféré préfectoral, de l'autorité déconcentrée de l'État dans le département ou la région, autre institution d'État³¹. Encore faut-il souligner que ni l'approbation³² ni l'autorisation³³ ni, surtout, la substitution ont disparu du droit de la décentralisation territoriale, en particulier en matière de police municipale et d'équilibre budgétaire³⁴ où les enjeux de puissance publique sont particulièrement marqués.

²⁷ Il est prévu, en effet, par la loi du 16 déc. 2010 portant réforme des collectivités territoriales que l'organe délibérant des métropoles, communautés urbaines, communautés d'agglomération et communautés de communes sera composé de délégués des communes membres élus dans le cadre de l'élection municipale au suffrage universel direct pour toutes les communes dont le conseil municipal est élu au scrutin de liste dans les conditions fixées par la loi (code général des collectivités territoriales, art. 5211-6, al. 1^{er} dans sa rédaction applicable à compter des élections municipales de mars 2014). Ces conditions sont celles fixées par la loi du 17 mai 2013 relative notamment à l'élection des conseillers communautaires.

²⁸ CE Sect., 30 juin 1950, *Quéralt, Lebon* p. 413, 3 ; D. 1951.246, concl. J. Delvolvé ; S. 1951, 3, 85, note J.-M. Auby.

²⁹ En ce sens, CE Sect., 18 janv. 2011, *Commune de Venelles, Lebon* p. 18, concl. Touvet ; GAJA Dalloz, 18^e éd., 2011, n° 105-I et les réf.

³⁰ CE 17 janv. 1913, *Congrégation des sœurs de Saint-Régis, Lebon* p. 72, concl. Cornille.

³¹ V. Constitution, art. 72, al. 6 ; Cons. const. 25 févr. 2002, *Droits et libertés des communes, des départements et des régions*, déc. n° 82-137 DC, *Rec.* p. 38 ; GDCC Dalloz, 15^e éd., 2009, n° 24-I et les réf. ; et code général des collectivités territoriales, art. L. 2131-6.

³² Par ex., code de l'urbanisme, art. L. 123-12.

³³ Par ex., code général des collectivités territoriales, art. L. 1115-4, al. 2.

³⁴ Respectivement, code général des collectivités territoriales, art. L. 2215-1 et L. 1612-4 s.

Petit deux du Grand A : contrats administratifs

La distinction entre acte administratif unilatéral et contrat administratif

Élise Langelier

Maître de conférences à l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris I)

Qui n'a souvenir d'avoir souffert dans le cours de droit administratif de deuxième année à l'énoncé des critères d'identification de l'acte unilatéral (AAU) et du contrat administratifs qui comptent quelques principes et une succession d'exceptions (contenant leurs propres exceptions qui ne sont parfois que des présomptions pouvant être renversées) ?

Si le XX^e siècle a connu de substantielles évolutions dans le régime des actes, l'on aurait pu s'attendre à ce que cette distinction pédagogique soit un îlot de relative stabilité. Mais l'heure est à l'affinement et à la contestation. Comme souvent, le droit administratif repose sur une classification binaire qui résulte essentiellement de considérations pragmatiques. L'enjeu est d'abord contentieux dès lors que « la compétence suit la notion » : « c'est parce qu'un contrat [ou un acte unilatéral] est administratif que son contentieux relève du juge administratif »¹. Surtout le régime

juridique est concerné. Par conséquent, le débat a trait aux notions d'actes créateurs de droit et à la distinction entre droits subjectifs et droit objectif et à la mise en œuvre de la puissance publique. Le juge intervenant en cas de mauvaise qualification de l'acte peut ainsi annuler une « convention », la requalifier en AAU en en tirant les conséquences quant au régime juridique (ce qui suppose que son auteur fût compétent). Le danger de requalification est renforcé par l'essor d'actes frontières.

Aussi la question est-elle double : peut-on encore conserver une telle distinction binaire et, le cas échéant, sur quels critères ?

Au-delà d'importantes constructions doctrinales sur l'une et l'autre de ces notions, la classification dépend d'une construction empirique autour des concrétisations de la fonction administrative. Cela explique que, bien que relativisée (I), elle soit encore à affiner (II).

¹ J.-F. Lachaume, « La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, p.84.

I. Une distinction à relativiser

A. Des frontières franchies

Croire que l'acte unilatéral et le contrat sont deux champs distincts avec une frontière établie est un leurre. Il y a de l'unilatéral dans le contrat et vice-versa.

1. De l'unilatéral dans le contrat administratif

Rien d'étonnant à ce que le contrat administratif porte des traces d'unilatéralité. Non parce que puisqu'administratif il serait nécessairement déséquilibré, mais car divers contrats sont nés d'un AAU. Il en va ainsi de la concession : aujourd'hui traitée comme un contrat, elle fut un acte unilatéral avant d'être qualifiée d'acte mixte. Même les marchés publics, qui puisent historiquement leurs caractères dans les anciens cahiers des clauses et conditions générales, étaient attribués après adjudication sans qu'il y ait toujours place pour la négociation.

Ce rôle de l'unilatéral dans le contrat a été consacré à travers les actes détachables (de passation ou d'exécution)² et les clauses réglementaires³ – « fiction bien commode pour ouvrir droit à la contestation indirecte d'un contrat »⁴ par la voie de l'excès de pouvoir (REP).

Une autre traduction peut être trouvée dans le contrôle de l'interprétation des clauses du contrat par les juges du fond. Classiquement le Conseil d'État se refuse à un tel contrôle, considérant qu'il s'agit du fond du litige, d'une question factuelle, sous réserve de dénaturation du contrat⁵. Mais il contrôle pleinement les stipulations des cahiers des clauses administratives générales afin de tenir compte de la pratique qui veut que les contrats sont généralement conclus à partir d'un « squelette » de clauses types. Cette solution adoptée au nom de la nécessité d'une application uniforme de la règle de droit a été critiquée quant au respect de l'autonomie locale. Ces critiques ont été entendues, le Conseil refusant d'étendre cette exception

aux clausiers types particuliers ou techniques en raison de leur nombre.

2. Du conventionnel dans l'acte unilatéral

La place du conventionnel dans l'acte unilatéral s'explique par l'essor de la « participation » à leur élaboration, par l'idée d'actes « négociés », « consentis » et par la difficulté de définir le « co-auteur » de l'acte⁶. Cette imbrication se fait particulièrement dans les domaines où existent des conventions collectives mais aussi lorsqu'est requise la consultation de partenaires sociaux.

Si l'AAU intervient dans l'élaboration et l'exécution du contrat, l'inverse peut être vrai. Ainsi, le refus par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel qu'une personne publique dispose de ses compétences par contrat ne prohibe pas qu'un arrêté ministériel renvoie ses conditions de mise en œuvre à une convention s'il est suffisamment précis et ne dépossède pas le ministre de sa compétence⁷. En outre, le contrat peut servir à mettre en œuvre un dispositif législatif et réglementaire et en spécifier les conditions⁸. Un AAU peut aussi entériner un accord⁹ au terme d'une élaboration négociée. Cette pénétration réciproque s'explique par l'existence de chaînes d'actes combinant les deux catégories¹⁰.

B. Une utilité réduite

1. Dans le traitement contentieux

L'acte administratif a été pensé dans une perspective essentiellement contentieuse – notamment pour justifier l'extension de l'ilot de compétence du juge administratif au détriment du judiciaire, puis pour excuser la retenue du même juge pour conserver l'immunité juridictionnelle de certains actes. À mesure que le fleuron du contentieux administratif qu'est le REP s'affinait, la notion d'AAU se précisait. Un lien de dépendance paraissait se former.

En effet, classiquement le REP ne peut être ouvert qu'à l'encontre d'un acte administratif

² V. CE 11 déc. 1903, *Cne de Gorre, Lebon* p.771 pour les parties et CE 4 août 1905, *Martin, Lebon* p.749 (GAJA n° 15) pour les tiers.

³ CE Ass., 10 juil. 1996, *Cayzele, n°138.536, Lebon* p. 274 ; *AJDA* 1996, p. 732, chr. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; *CJEG* 1996, p. 382, note P. Terneyre ; *RFDA* 1997, p. 89, note P. Delvolvé. Surtout présentes dans les contrats portant délégation de service public, elles « fixent les conditions dans lesquelles le concessionnaire doit s'acquitter de sa mission et notamment les modalités de ses rapports avec les usagers ».

⁴ N. Boulouis, concl. sur CE 8 avr. 2009, *Assoc. Alcaly, RFDA* 2009, p. 463.

⁵ CE Sect., 27 mars 1998, *Sté d'assurances La Nantaise et l'Angvine réunies,*

n° 144.240, *Lebon* p. 109.

⁶ V. not. P. Ferrari, « Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français » in *Recueil en l'hommage de C. Eisenmann*, éd. Cujas, 1975, p. 215 s. *V. supra*.

⁷ CE 5 janv. 2000, *Assoc. fr. des banques*, n°198.492.

⁸ Art. L. 1511-8 du code général des collectivités territoriales.

⁹ CE Sect., 23 oct. 1974, *Valet, Lebon* p. 500.

¹⁰ V. aussi A. Virot-Landais, *L'efficacité de l'acte administratif unilatéral*, th. Poitiers, 2011, p. 635 s.

unilatéral décisoire faisant grief (et justiciable). Or, l'unité et la cohérence apparente de la conception contentieuse de l'acte administratif unilatéral cèdent face aux leçons de l'histoire¹¹ et à l'observation du présent. Cette affirmation fut d'ailleurs l'une des principales justifications à l'essor de la catégorie des actes détachables au sein du contrat : il s'agissait d'ouvrir une porte contre le contrat sans créer de courant d'air.

Toutefois, d'une part, cette affirmation s'est fendillée ; d'autre part, la réciproque n'est pas vraie. L'incompatibilité entre le REP et le contrat a presque figure de dogme. Or, la réalité de cette allergie est discutable, d'autant que le Conseil d'État a créé une brèche en admettant que le juge de l'excès de pouvoir connaisse des contrats de recrutement d'agents publics¹². Si l'on a pu justifier cette intrusion par le fait que ces contrats s'apparentaient à des actes unilatéraux d'adhésion à un quasi-statut, cette justification a cédé lorsque le déféré préfectoral contre un contrat a été assimilé à un REP avant d'être après deux décennies attrait dans la sphère du plein contentieux contractuel¹³. Certains contrats administratifs sont, sur le plan contentieux, traités comme des AAU, même s'ils ne répondent pas de leur régime juridique global.

L'utilité contentieuse de la distinction AAU/contrat administratif se réduit encore si l'on tient compte de la saignée actuelle dont fait l'objet le REP : divers actes unilatéraux quittent cette sphère pour pénétrer celle du plein contentieux soit du fait de la loi soit du fait de la jurisprudence¹⁴. S'y ajoutent ceux qui, bien qu'actes administratifs, ne relèvent ni de l'un ni de l'autre juge comme les actes de gouvernement et les mesures d'ordre intérieur.

En revanche, cette utilité réapparaît lorsque l'auteur du recours est un tiers. Pendant longtemps, le juge a mis en avant l'unilatéral au sein du contrat pour ouvrir un recours (*via* les actes détachables). Désormais, il a passé cette quasi-

fiction et traite les tiers au contrat différemment des tiers à un AAU classique. Ainsi les concurrents évincés et le préfet disposent-ils chacun de leurs recours spécifiques. Même si les « vrais » tiers sont encore cantonnés dans l'excès de pouvoir, leur intérêt à agir semble apprécié plus restrictivement que pour d'autres AAU¹⁵. Et la possibilité de disposer de « leur » recours de plein contentieux devient de moins en moins improbable¹⁶.

Enfin cette utilité ne disparaît pas tout à fait face à la mise en œuvre de son pouvoir d'injonction par le juge : bien qu'il ait récemment intégré à son office de plein contentieux un très contestable pouvoir de réécriture des clauses contractuelles, le juge est traditionnellement plus retenu dans ce qu'il impose au contrat qu'à l'auteur d'un acte unilatéral (où il dispose du pouvoir de substituer des motifs ou d'enjoindre un acte déterminé).

2. Dans le régime juridique

Différencier l'AAU et le contrat administratif a une importance considérable en matière de modification et d'extinction de l'acte. Pour modifier un contrat administratif il n'existe pas de limitation temporelle mais matérielle (les clauses financières ne peuvent normalement l'être). En revanche, la modification d'un AAU subit une double limite temporelle et matérielle dépendant des règles de retrait et d'abrogation (souvent découplés du délai contentieux)¹⁷.

Le privilège du préalable, souvent présenté comme corollaire ou effet du pouvoir de décision unilatérale, n'est pas absent du droit des contrats administratifs : il fonde une part des pouvoirs exorbitants de l'administration contractante (notamment le pouvoir de sanction). Certes, le droit des actes unilatéraux laisse encore une place résiduelle à l'exécution forcée, donc au recours à la force publique en dehors d'une décision de justice, mais cette possibilité ne saurait être une

¹¹ Contestant ce lien, A.-L. Girard, *La formation historique de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, 2013.

¹² V. CE Sect., 30 oct. 1998, *Ville de Lisieux*, n°149.662, *Lebon* p. 375.

¹³ CE 23 déc. 2011, *Min. de l'Intérieur*, n°348647, *Lebon* p. 662 ; *AJDA* 2012, p. 1064, note M. Quyolet ; *BJCP* 2012, p. 125, concl. B. Dacosta ; *Dr. adm.* 2012, comm. 27, note A. Claeys ; *RFDA* 2012, p. 683, note P. Delvolvé ; *RJEP* 2012, comm. 25, note F. Brenet.

¹⁴ Ainsi en va-t-il des sanctions administratives à l'encontre des administrés

CE Ass., 16 févr. 2009, *Sté ATOM*, n° 274.000 ; *RFDA* 2009, p. 259, concl. C. Legras ; *AJDA* 2009 p. 2163, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghli alors que celles à l'encontre d'agents demeurent dans la sphère de l'excès de pouvoir.

¹⁵ V. É. Langelier, « Nouvelles variations autour de l'intérêt à agir dans le recours en annulation », *AJDA* 2012, p. 417.

¹⁶ Si le Conseil d'État porte enfin le dernier coup à la jurisprudence *Martin* de 1905.

¹⁷ V. not. Y. Gaudemet, *Droit administratif*, LGDJ, 20^e éd., 2012, p. 332 s.

frontière suffisante entre les régimes des deux catégories d'actes (et entre autorité de la chose décidée et de la chose convenue) : l'administration contractante n'est pas dépourvue de moyens d'exécution forcée notamment lorsque la continuité du service public est en jeu, par exemple grâce à une résiliation aux frais et risques de l'entrepreneur¹⁸.

Alors que l'exorbitance de l'AAU ne faisait guère de doute, celle du contrat administratif n'était pas toujours évidente. Paradoxalement, le droit européen atténue cette divergence pour les contrats spéciaux de la commande publique. Il est même indifférent aux qualifications nationales (contrat, acte unilatéral) lorsque cela permet d'appliquer le régime juridique prévu par les directives¹⁹. La visée est téléologique : appliquer les règles concurrentielles.

Plus largement, au regard d'une matière, le juge interne peut tendre à unifier le régime indépendamment de l'acte. Cela fut ainsi le cas de la possibilité d'indemniser la rupture d'une autorisation d'occupation du domaine public qu'elle fût contractuelle ou unilatérale, à la condition toutefois qu'un terme ait été prévu²⁰. Déjà le juge avait unifié le contentieux des redevances d'occupation du domaine public, indépendamment de l'acte concerné²¹.

L'intérêt de la distinction s'est encore réduit lorsque le juge a commencé à faire application de normes nouvelles (notamment législatives) à des contrats en cours. Si cela ne faisait guère de difficultés pour les « pseudo-contrats » de recrutement d'agents publics, la difficulté était plus conséquente pour les matières réellement contractuelles²².

Mais réduction de l'utilité d'une distinction ne veut pas dire abandon de celle-ci. Cela impose juste d'admettre que la simplification attendue d'une distinction duale est insuffisante.

II. Une distinction à affiner

A. Réfléchir l'administrativité

1. Conserver une appréhension commune de l'administrativité

Un point commun entre contrat et AAU : ne pas assimiler l'administrativité des actes et leur « publicité » (i. e. émanant d'une personne publique). Une présomption peut être renversée. Cela est essentiel car malgré la volonté de penser une unité fondamentale du régime des actes juridiques de l'administration²³ une telle possibilité n'emporte que des effets limités : le type de régime est attaché à l'administrativité plus qu'au critère organique même.

L'on pourrait s'attendre en revanche à ce que l'administrativité soit appréciée d'une manière similaire entre contrat et AAU : critère organique et critère matériel alternatif (soit le service public, soit les clauses exorbitantes pour les contrats et ce qui serait leur pendant pour les actes unilatéraux les prérogatives ou sujétions de puissance publique). Tel n'est pas le cas.

Certes, le parallélisme existe : lorsque l'acte émane d'une personne publique et qu'il porte gestion du domaine privé, il sera présumé de droit privé qu'il soit unilatéral ou non ; un acte organisant un SPIC également²⁴. Mais ce parallélisme n'est pas systématique. D'abord, face à un SPIC, la possibilité de renverser la présomption d'application du droit privé ne concerne pas à proprement parler les contrats (ou, plutôt, ne concerne que l'unilatéral dans le contrat, notamment les recours pour annuler des mesures d'organisation comme les tarifs).

En outre, cette présomption ne cède pas de la même façon face à un acte unilatéral émanant d'une personne privée ou face à un contrat entre personnes privées. Dans le premier cas, cette présomption peut être renversée par la participation à une mission de service public administratif

¹⁸ Passation d'un marché de substitution dont le surcoût sera supporté par l'entrepreneur écarté.

¹⁹ CJCE 12 juill. 2001, *Ordine degli Architetti*, C-399/98, pt 63 s. V. R. Nogueu-lou, « Les catégories du droit des contrats administratifs » in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, spéc. p. 684.

²⁰ V. CE 31 juill. 2009, *Sté Jonathan*, n° 316534, *Lebon T. p. 739* ; *BJCP* 2009, p. 482, concl. N. Boulouis.

²¹ V. CE Sect., 22 déc. 1989, *Chambre de commerce et d'industrie du Var*, n° 46052, *Lebon p. 268*.

²² Soit que la loi ait prévu cette application explicitement, soit, si tel n'est pas le cas, que cette application résulte d'un « motif d'intérêt général suffisant lié à un impératif d'ordre public » : CE, Ass., 8 avr. 2009, *CGE c/ Cne d'Olivet*, n°271.737, *Lebon p. 116* ; *RFDA* 2009 p. 449, concl. E. Geffray ; *Dr. adm.* 2009, n° 85, note F. Melleray ; *AJDA* 2009 p. 1747, note S. Nicinski.

²³ L. Marcus, *L'unité des contrats publics*, Dalloz, 2010.

²⁴ Pour les actes unilatéraux, v. CE 21 av. 1961, *Veuve Agnesi*, Rec. p. 253, et pour les contrats, v. TC 21 mars 1983, *UAP*, *Lebon p.537*.

(SPA) et l'usage de prérogatives de puissance publique confiées à la personne privée pour la mission de service public²⁵, par la nature réglementaire de l'acte organisant le SPA ou le SPIC²⁶. En revanche, un contrat entre personnes privées est présumé de droit privé, peu importe son objet (même l'exécution d'une mission de service ou de travaux publics), sauf à ce que la personne privée révèle par transparence une personne publique²⁷.

En outre, l'appréciation du lien au service public paraît plus rigoureuse pour identifier un contrat administratif puisqu'il est exigé que le contrat ait pour objet soit l'exécution même du service²⁸, soit de faire participer le cocontractant à son exécution²⁹, soit, évidemment, de confier la gestion du service public à un tiers. Pour les actes unilatéraux pris par une personne publique, le seul lien avec un SPA paraît suffire (la situation est plus complexe pour les SPIC où les actes sont présumés de droit privé)³⁰.

Si les grands critères d'appréhension de l'administrativité se retrouvent – les deux actes ne font-ils pas partie d'une même catégorie conceptuelle ? –, des spécificités doivent demeurer.

2. Accepter des spécificités nécessaires

Ces spécificités résultent moins d'une dimension globalisante héritée de la jurisprudence que du double mouvement de spécialisation et de textualisation qui touche le droit des contrats administratifs au point d'inciter au développement d'une théorie du droit des contrats administratifs spéciaux³¹. L'essor de contrats nommés (marché public, délégation de service public [concession, affermage, régie intéressée], contrat de partenariat, convention d'occupation du domaine public...) engage sur la voie d'une administrativité présumée (ou imposée) chaque fois que les critères légaux d'identification du contrat spécial sont démontrés. Ainsi en va-t-il des marchés

publics soumis au code des marchés publics devenus contrats administratifs par la loi MURCEF de 2001. Un mouvement d'ampleur comparable n'existe pas dans le champ des AAU même si, là encore, des catégories propres émergent dans les champs techniques du droit administratif (AOT, autorisation d'urbanisme...).

B. Repenser la latéralité

1. L'ambiguïté des outils classiques de distinction

La clé de distinction entre les catégories d'actes juridiques n'est pas parfaitement établie. Le critère organique quantitatif est insuffisant. Si le nombre d'auteurs permet généralement de distinguer AAU et contrat, la pluralité n'est pas absente de l'édition d'actes unilatéraux, même sous couvert d'une « volonté unique »³² (en raison de la multiplicité des signatures [décret ou arrêté interministériel], de la nécessité d'avis conformes...).

Une solution a visé à restreindre la notion de « coauteur » aux seules personnes dont la participation est déterminante à l'existence de l'acte (ni les organismes consultés en amont, ni les futurs destinataires consultés dans le cadre d'une concertation préalable).

L'accent s'est porté sur un critère plus qualitatif : la question devient celle de savoir si la volonté exprimée dans l'acte se déploie à l'égard de personnes non associées à l'édition³³. L'externalité des effets de l'acte joue alors. Il y aurait contrat lorsque les auteurs de l'acte sont ses destinataires exclusifs et acte unilatéral lorsque les destinataires dépassent le cadre des seuls auteurs pour concerner des tiers dont le consentement n'a pas été requis. Le Pr. René Chapus le souligne « ce qui est déterminant, c'est le contenu de l'acte ». Régit-il également des personnes étrangères à son édition ou les relations réciproques des auteurs³⁴ ? L'idée de placer le curseur de l'unilatéralité

²⁵ CE Sect., 13 janv. 1961, *Magnier, Lebon* p. 33.

²⁶ TC 15 janv. 1968, *Cie Air France cf. Époux Barbier, Lebon* p.789 ; *GAJA* n° 83 ; J.-F. Lachaume et al., *Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif* (GDDA), PUF, 15^e éd., p. 168.

²⁷ Par l'effet d'un mandat en application du code civil ou du mandat « administratif » créé par la jurisprudence. V. M. Canedo, *Le mandat administratif*, LGDJ, 2001.

²⁸ CE Sect., 20 avr. 1956, *Bertin, Lebon*, p. 202 ; *GAJA*, n° 71 ; *GDDA*, p. 549.

²⁹ TC 6 juil. 2009, *Sté coopérative agricole Agrial*, n° 3711 ; *RJE* 2010, comm. 2 note G. Pellissier.

³⁰ Est de droit privé l'acte individuel vis-à-vis de l'utilisateur et l'agent du SPIC (sauf pour le directeur général et le comptable si la comptabilité est publique) sauf

à ce que l'acte traduise l'usage de prérogatives de puissance publique, peu important le destinataire. L'acte organisant le SPIC est administratif.

³¹ F. Brenet, « La théorie du contrat administratif. Évolutions récentes », *AJDA* 2003, p. 919 s.

³² V. la position critique de C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t.2 p.390 s.

³³ V. G. Dupuis, « Définition de l'acte unilatéral » in *Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann*, op. cit., p. 205 : il insiste sur le fait que les droits et obligations sont imposés indépendamment du consentement.

³⁴ Cet élément d'extranéité, tenant compte de la relation impliquée, sert aussi pour distinguer au sein du contrat les clauses réglementaires de celles purement contractuelles.

téral et du contractuel au niveau des destinataires et non des seuls auteurs est séduisante mais elle achoppe partiellement : des individus peuvent participer à l'élaboration d'un AAU sans en être « auteur » ; l'acte détachable d'un contrat peut concerner les seuls futurs contractants... Comment justifier que l'acte que signe un agent public soit un contrat lorsqu'il n'est pas titulaire et un arrêté lorsqu'il est fonctionnaire alors que dans les deux cas il n'a généralement aucune maîtrise sur le contenu des obligations et l'indice de rémunération ? Par sa signature, il ne fait ici qu'acquiescer.

En outre, ce critère laisse entendre que le contrat administratif serait un « monde clos ». Or, il est rarement tourné vers la seule satisfaction réciproque des parties. Nombreux sont les contrats dans l'équation desquels entre un tiers : ce peut être l'usager ou une autre personne privée (par exemple l'annonceur dans le cadre de contrats de mobilier urbain publicitaire)...

Ce critère imparfait est toutefois revalorisé par l'absence de critères alternatifs satisfaisants.

2. Les tiraillements des catégories intermédiaires

L'on voit émerger des actes à la frontière entre les catégories traditionnelles. La nécessité d'affiner la distinction a été renforcée par la pénétration de domaines nouveaux par le contrat, notamment pour piloter l'action administrative en matière sociale, économique ou d'aménagement du territoire³⁵. Des actes nommés « contrats » dont l'appartenance n'est pas claire ont pris leur essor. Certains sont au-delà du contrat, par leurs effets réglementaires, d'autres en deçà car leurs clauses ne génèrent pas d'effets attachés au contrat. S'y ajoutent des conventions entre personnes publiques qui, sur un plan contentieux, sont assimilées à des contrats sans en suivre toujours le régime juridique ou d'actes qui, passés sous forme contractuelle, n'en ont ni le contenu ni la portée³⁶.

Ces difficultés suscitées par la classification binaire ne sont pas nouvelles. Duguit proposait de distinguer entre « vrais » contrats, actes collectifs (supposant le consentement de plusieurs personnes juridiques mais ne générant pas d'obligation entre créancier et débiteur) et actes d'union (*convention* plus que contrats plaçant une partie sous l'application d'un régime légal déterminé auparavant)³⁷. La thèse du Doyen Madiot d'un acte mixte combinant effets contractuels et réglementaires connut une certaine résonance³⁸. Mais ces propositions n'ont pas eu les effets escomptés, notamment en jurisprudence, sans décourager les tentatives.

La focalisation contentieuse en matière de distinction AAU/contrat administratif est nécessaire mais pas sans risques. Elle est nécessaire car une requalification est possible³⁹ qui peut engendrer une incompétence du juge. Elle est insuffisante lorsque ce n'est pas la bonne question car l'enjeu véritable réside dans le régime juridique plus que contentieux.

Parfois, la frontière ne se situe pas entre AAU et contrat mais entre acte avec et sans portée juridique⁴⁰. Ainsi, un protocole d'accord constituant « une simple déclaration commune d'intention sans portée juridique » n'est pas assimilable à un « contrat susceptible de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l'État »⁴¹. Les contrats de plan revêtaient une nature authentiquement contractuelle à la condition de contenir des clauses suffisamment précises. Mais ce critère manque de prévisibilité. Aussi est-ce parfois l'absence de négociation face à un acte imposé qui emporte la qualification⁴². Le domaine d'intervention de l'acte joue un rôle dans la requalification (lorsque les conventions portent sur des matières échappant « par nature » au contrat, comme la police). Mais l'assimilation peut paraître douteuse⁴³ tant l'acte, même considéré normatif, se rapproche plus du régime de l'unilatéral que du contrat.

³⁵ V. spéc. CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, 2008.

³⁶ Sur la proposition de créer une catégorie juridique regroupant de tels actes malgré leur diversité, v. S. Hourson, *Les conventions d'administration*, th. Paris 2, 2011.

³⁷ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Boccard, 1927, t. 1, p. 380s.

³⁸ V. Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, 1971.

³⁹ V. R. Romi, « La requalification par le juge des actes négociés en actes

unilatéraux », *AJDA* 1989, p. 9.

⁴⁰ Sur la question de la juridicité, v. X. Dupré de Boulois, « Acte administratif unilatéral » in *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, p. 160.

⁴¹ V. CE 21 déc. 2007, *Région Limousin*, n° 293.260, *Lebon* p. 534 ; *BJCP* 2008, p. 138, concl. E. Prada Bordenave.

⁴² CE 21 déc. 2007, *Clinique Saint Roch*, *Lebon* p. 636, *AJDA* 2008, p. 1892, note H. Rihal.

⁴³ V. B. Seiller, « Acte administratif » Fasc. I Identification, *Rép. cont. adm.* Dalloz, n° 266 s.