

UNIVERSITÉ PARIS I – PANTHÉON-SORBONNE

Écoles doctorales de Droit public & droit fiscal et de Droit comparé

JURISDOCTORIA

Revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique

L'ACCÈS AU DROIT

sous le parrainage du Professeur Étienne PICARD

XAVIER SOUVIGNET : L'accès au droit, principe du droit, principe de droit

EMMANUEL CARTIER : Accessibilité et communicabilité du droit

GUILLAUME DU PUY-MONTBRUN ET

RAPHAËL LEONETTI : Droit accessible et droit acceptable

**AURÉLIEN RACCAH : L'accès aux normes de l'Union,
composante de leur application directe**

**AMANDA DEZALLAI : Les relations entre l'émetteur de
l'accès au droit et son destinataire**

MARIA-MAGDALENA VLAICU : Accessibilité du droit et réglementation du lobbying

**CHARLES REIPLINGER : L'accès aux études juridiques : la route est droite,
mais la pente est forte**

NUMÉRO 1



OCTOBRE 2008

Jurisdoctoria

Revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique

DIRECTEUR :

Jean-Philippe DEROSIER

COMITÉ DE RÉDACTION :

Vanessa BARBÉ

Jean-Philippe DEROSIER

Amélie FORT

Thales MORAIS DA COSTA

Anne-Thida NORODOM

Julien THOMAS

Anapaula TRINDADE MARINHO

PARRAIN DU NUMÉRO :

Professeur Étienne PICARD

CONTACTS :

<http://www.jurisdoctoria.net>

redaction@jurisdoctoria.net

Jurisdoctoria n° 1, 2008

« L'accès au droit »

Sous le parrainage du Professeur Étienne PICARD

L'ACCÈS AU DROIT

Sous le parrainage du Professeur Étienne PICARD

Sommaire

Éditorial	p. 7
Présentation du premier numéro consacré à <i>L'accès au droit</i> , par Étienne PICARD.....	p. 11

ARTICLES

L'accès au droit, principe du droit, principe de droit, par Xavier SOUVIGNET	p. 23
Accessibilité et communicabilité du droit, par Emmanuel CARTIER.....	p. 51
Droit accessible et droit acceptable, par Guillaume DU PUY-MONTBRUN et Raphaël LEONETTI	p. 77
L'accès aux normes de l'Union, composante de leur application directe, par Aurélien RACCAH	p. 91
Les relations entre l'émetteur de l'accès au droit et son destinataire, par Amanda DEZALLAI	p. 117
Accessibilité du droit et réglementation du lobbying : l'influence du système des États-Unis sur l'Union européenne, par Maria-Magdalena VLAICU	p. 143
Accès aux études juridiques : la route est droite, mais la pente est forte, par Charles REIPLINGER.....	p. 181

Éditorial

Proposer une nouvelle revue au monde de la littérature scientifique, c'est affronter plusieurs défis et lancer plusieurs paris. Lorsque cette nouvelle revue s'inscrit dans la science du droit, adopte le droit public comparé et la théorie juridique comme ligne éditoriale, s'offre exclusivement aux jeunes chercheurs et n'est éditée qu'électroniquement, les défis sont nombreux et les paris sont osés.

Jurisdoctoria entend tous les relever et espère tous les gagner ! Elle entend le faire en cherchant à répondre aujourd'hui aux besoins de demain.

*

D'abord, cela commence par donner aujourd'hui la parole aux auteurs de demain : ceux qui, à force de travaux et d'implication dans le monde scientifique, constitueront les références doctrinales de notre science du droit. En réservant exclusivement notre revue aux jeunes chercheurs, nous souhaitons leur permettre de relever le défi de leur réussite. Alors même que la doctrine juridique s'est rajeunie ces dernières années et que les auteurs n'ayant pas encore ou ayant tout juste soutenu leur thèse sont de plus en plus nombreux, l'accès à la première publication demeure encore délicat. Parce que nous sommes persuadés que la question fondamentale que tout auteur doit se poser avant de soumettre une proposition est bien « mon article est-il scientifiquement bon ? », et non « cette revue aura-t-elle un moindre égard pour un article signé d'un doctorant ? », nous proposons de faciliter la publication à ceux qui connaissent le plus de difficultés pour y accéder. Cela n'empêche pas, bien au contraire !, d'avoir des exigences élevées en matière de qualité scientifique en répondant, notamment, aux critères d'évaluation définis par les instances de la recherche scientifique (comme L'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur). C'est pourquoi *Jurisdoctoria* est une “ revue à Comité de

lecture ” lequel examine minutieusement chacun des articles proposés, dans un parfait anonymat entre auteur et rapporteur. C’est pourquoi, également, chaque numéro est placé sous le parrainage d’un chercheur confirmé qui exerce un rôle de présentation, de coordination et surtout de caution scientifique.

Ensuite, cela se poursuit en adoptant aujourd’hui une ligne éditoriale qui pourrait être attendue demain : le droit public comparé et la théorie juridique, ainsi associés, entendent occuper une place dans le monde de la littérature juridique jusqu’alors inoccupée, alors que le droit comparé constitue une méthode toujours plus utilisée par les juristes et qui semble répondre à un certain besoin scientifique. En restreignant ainsi notre ligne éditoriale, nous entendons gagner tant le pari d’intéresser et de séduire notre communauté de chercheurs que celui de développer la connaissance de cette méthode, qui vient alors servir l’élaboration et la justification de théories juridiques. Imposer cette ligne éditoriale aux jeunes chercheurs, c’est aussi relever le défi que les œuvres de jeunesse, grâce à leur érudition particulière, sont susceptibles d’ouvrir (aujourd’hui) de nouvelles portes dans le cheminement de la théorie juridique que l’on pourra alors mieux explorer (demain).

Enfin, cela aboutit à une publication électronique : d’aucuns estiment que « la doctrine de demain est sur le Web », tandis que d’autres prétendent que « les auteurs n’auront plus besoin demain des éditeurs ». Le défi est ici important : conserver l’esprit d’une revue en évitant celui d’un Blog – non que celui-ci ne soit pas intéressant, mais c’est celle-là que nous avons choisi de réaliser –, tout en profitant de tous les avantages des NTIC... et en évitant ses travers ! Le pari est tout aussi osé : introduire un phénomène encore peu répandu dans notre communauté scientifique nationale, alors qu’il est particulièrement présent au-delà de nos frontières. Certes, le plaisir du “ feuilletage ” d’une revue traditionnelle est irremplaçable, mais la simplicité offerte par la dématérialisation des articles doctrinaux n’a pas son pareil. Et c’est précisément ici que nous relevons le défi sus-mentionné car, hormis la dématérialisation, *Jurisdoctoria* entend être en tout point identique à une autre revue : périodicité fixe, ligne éditoriale préétablie, mise en forme et pagination des articles et, surtout, sélection par un Comité de rédaction. Seulement, grâce à cette publication électronique, nous ne sommes pas liés par d’éventuels délais d’impression ou par des contraintes de volume. De plus, l’espace de la toile est devenu un lieu privilégié d’échange et de discussion et nous entendons le rejoindre. Aussi, chaque article pourra être commenté par tout lecteur, libre à l’auteur d’apporter ensuite les réponses, les précisions ou les remarques complémentaires qu’il souhaite.

Contribuer à la réussite des jeunes chercheurs, occuper un nouvel espace au sein de la littérature juridique, offrir un support de communication et d'échange moderne, simple et original, autant de défis que *Jurisdoctoria* relève aujourd'hui pour parier sur le développement de la recherche de demain et d'après-demain. C'est du moins ce qu'elle espère, et c'est vous qui en jugerez.

Il n'y a plus qu'à vous souhaiter une agréable lecture et une bonne navigation !

Jean-Philippe Derosier

Revue Jurisdoctoria :

Présentation du premier numéro consacré à L'accès au droit

ÉTIENNE PICARD

Parrain du Numéro

Professeur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

C'est réellement une très grande joie de voir naître cette nouvelle revue juridique, *Jurisdoctoria*, et un véritable honneur d'avoir été sollicité pour assurer ce rôle de 'parrain' de son premier numéro, opportunément consacré à « l'accès au droit » – ce dont je remercie vivement les fondateurs de cette Revue.

On peut toujours, d'une façon générale, se réjouir de voir paraître de nouvelles revues juridiques : elles témoignent du dynamisme du droit, en tant qu'ensemble de règles et en tant que discipline d'étude. Cependant, la parution de ces nouvelles revues suscite largement plus de réconfort sur le second plan que sur le premier. Car elle signifie, ordinairement, que le *corpus* des règles applicables a encore augmenté, et qu'il faut, autant que possible et malgré tout, s'en informer. Ainsi, d'un côté, ce phénomène sans fin de multiplication et d'amplification des normes complique et alourdit notre tâche de juristes, au point de la rendre presque irréalisable si l'on devait la concevoir comme on le pouvait encore autrefois, tandis que la disponibilité d'une nouvelle source d'information et de réflexion tend plutôt, d'un autre côté, à faciliter cette tâche, en améliorant justement *l'accès au droit*.

Surtout, la création d'une nouvelle revue atteste que les juristes, tout spécialement ceux qui, en la créant, se donnent comme fonction de favoriser une certaine forme d'accès au droit, ne baissent pas les bras face au développement aujourd'hui quasi-géométrique de ces règles de droit qui, au sein de notre société, tentent de suivre ou d'accompagner son infinie complexification (mais en la provoquant aussi). Ces juristes qui ont l'initiative de ces revues ne se contentent pas, en effet, de croire ou de laisser croire que la prolifération des règles juridiques – et qui sont de plus en plus précises, détaillées, techniques, et quelquefois vétilleuses, ou bien, à l'inverse, de plus en plus englobantes, dominantes, généralisantes et souvent vagues – serait de nature à résoudre tous les problèmes juridiques qui se présentent à

nous au quotidien. Au contraire peut-être, car l'abondance voire la surabondance engendrent nombre de difficultés nouvelles, selon un processus cumulatif. Et ces difficultés apparaissent sans doute plus considérables encore que les prétendus « vides juridiques » – que ne déplorent, le plus souvent, que ceux-là seuls qui voudraient les remplir pour imposer leurs propres solutions ou qui, ne connaissant pas le droit, ne savent pas faire face à ces situations et s'offusquent naïvement d'en découvrir, en accusant de carence ou de 'dysfonctionnement' le monde entier du droit c'est-à-dire, selon le cas, l'administration, le gouvernement, le juge, le législateur et même le constituant, et d'une façon générale tous les juristes. Il n'est pas exclu non plus que ce besoin éperdu de droit, ou plutôt de normes, procède d'altérations plus profondes : comme si la détermination des comportements par le droit devait se substituer, dans ce rôle, à la volonté et à la conscience, à la liberté et à la responsabilité, qui paraissent alors renoncer à elles-mêmes.

C'est d'ailleurs paradoxalement la surabondance qui alimente la conviction du vide. Car elle donne à croire que le droit peut et *doit* toujours avoir tout prévu et qu'il *doit* y avoir une règle – quand ce n'est pas une circulaire ou même un code – pour chaque situation particulière possible, alors que cela *ne se peut pas* et *ne se doit pas* en raison même de ce qu'est le droit. En effet, le droit est pris dans cette contradiction ontologique, qui est bonne en elle-même, de devoir régler toute question particulière, toujours plus ou moins spécifique par rapport à d'autres espèces, au moyen de ces énoncés généraux et impersonnels que sont les règles de droit, lesquelles forment le droit en son principe même, en conférant à ses normes stabilité, clarté, sécurité, égalité d'application, tandis que la solution des cas d'espèce accomplit sa vocation ultime qui est de conformer l'être des choses au devoir-être des normes (sans compter avec cette autre contradiction constitutive du droit, qui lui impose d'être stable tout en s'adaptant à des réalités changeantes). Ainsi, les règles procèdent et ne peuvent procéder, nécessairement, que de manière abstraite et relativement indéterminée : elles doivent précisément faire *abstraction* des cas particuliers, dont les particularités, si elles devaient être seules prises en compte lorsque l'on conçoit la règle, empêcherait de penser la généralité de celle-ci, qui doit bien si possible subsumer *tous* les cas particuliers, et finalement conduirait à la formulation de règles sans doute impropres à régler d'autres cas, lorsque précisément ces derniers n'auraient pas, quant à eux, été spécialement envisagés: le droit est condamné à se poser sous forme de règles, normes générales, impersonnelles et abstraites, pour régler en fin de compte des cas forcément concrets et particuliers, inattendus en leur particularité concrète ; ce qu'est le droit, par lui-même, lui impose de passer par la nécessaire généralité de ses énoncés tout en devant faire face à l'inévitable particularité des problèmes qu'il a à résoudre, alors que l'imagination du réel est inépuisable pour soulever sans cesse des problèmes ponctuels inédits; et il ne peut pas ne pas faire que les cas particuliers qu'il doit résoudre, ces espèces, doivent

trouver leur solution par l'application de ces normes générales et abstraites. Or c'est notamment dans cette distance entre le général-abstrait des règles et le particulier-concret des cas qu'apparaissent tout ensemble, ces « vides juridiques », ces indéterminations, ces incertitudes, ces conflits de droits, de situations, ces litiges d'intérêts, ces débats juridictionnels, ces disputes de raisons, ces controverses doctrinales, ces « guerres des juges » ou désormais leurs « dialogues », comme ils aiment à le dire désormais – car ils savent que la guerre est vaine lorsque les armes ne sont pas égales ou qu'aucun belligérant ne peut imposer sa propre solution...

Une des façons de résoudre nombre de problèmes pratiques consiste donc bien à surajouter du droit au droit, ou plutôt des règles aux règles et des décisions juridictionnelles aux décisions juridictionnelles. Mais on sait aussi que les problèmes juridiques peuvent s'engendrer les uns les autres par les dénouements qu'on leur trouve, en cela que la solution apportée à tel ou tel d'entre eux peut en faire surgir un autre, quelquefois plus grave encore : l'excès des normes ou le 'trop-plein' qu'elles infligent au droit peut tout autant susciter leurs conflits ; la divergence des points de vue ou des préoccupations des différents auteurs de ces normes peut provoquer des qualifications hétérogènes, voire la contradiction ou l'*imbroglio* ; la hiérarchie formelle de ces normes peut se trouver altérée ou renversée par une hiérarchie plus substantielle, tirée de considérations de fond, que ces autorités avaient pu négliger ; des sur-normes, écrites ou non, principielles ou fondamentales, primaires ou dérivées, inférées ou découvertes, peuvent vouloir prétendre écarter ou rectifier celles qui sont écrites, quelquefois plus ou moins bien ; les raisons de fond, ou quelquefois la raison tout court, peuvent devoir triompher d'énoncés maladroits, inappropriés, délibérément ambigus, irréguliers ou illégaux ; l'équité ou la justice, qui ne sont tout de même pas étrangères au droit qui se pose en général ou qui se dit en particulier, peuvent aussi conduire à la formation de règles inattendues, quelquefois plus ou moins apparentes ou, pire encore, clandestines, car elles ne sont pas toujours sûres de leur fait ou plutôt de leur droit, alors qu'il est facile de les camoufler, grâce à l'une de ces innombrables techniques dont le droit lui-même sait se doter...

Et ce sont bien-là certaines des raisons pour lesquelles la multiplication des règles de droit et la profusion des solutions ponctuelles ne sont pas de nature, par elles-mêmes – ces règles et ces solutions seraient-elles déjà parfaitement connues en leurs contenus –, à régler la *question du droit* : on peut bien tenter, en posant ces règles de droit, tour à tour de plus en plus nombreuses, détaillées, affinées, subtiles ou, au contraire, de plus en plus fondamentales, générales, suréminentes, impératives, de régler telles ou telles questions de droit, particulières ou générales : l'expérience multiséculaire et universelle que nous en avons nous enseigne que si ces phénomènes normatifs donnent du corps au droit, alimentent sa substance, lui confèrent de la portée, lui attachent des effets, lui permettent de dégager des solutions concrètes,

n'épuisent pas du tout la *question du droit*, au sens fondamental de l'expression: ils ne font que susciter toujours plus d'interrogations et invitent à réfléchir encore plus aux seules questions qui vailent, celles de savoir ce qu'est le droit et ce qu'il peut justifier effectivement : en vue de quoi le droit se pose-t-il et pourquoi s'impose-t-il, en tant que droit en général et en tant que droit d'une certaine sorte et d'un certain contenu plus spécifique en particulier, et comment opère-t-il pour se former, se formuler, s'imposer, se régler lui-même, tout en réglant les cas dont il est saisi ou dont il se saisit, et comment le bien comprendre et le bien expliquer...? La question même du droit pose donc déjà celle de l'accès au droit, dont on aperçoit ainsi qu'elle se dédouble aussitôt en ses deux branches, et cela depuis toujours : d'abord celle qui pose la question de savoir quelles en sont les règles et les solutions, puis celle de savoir essentiellement ce qu'est le droit : *quid jus* et *quid juris*, comme Kant l'avait déjà clairement distingué.

La création d'une nouvelle revue juridique atteste donc que ceux qui se lancent dans une telle entreprise ont parfaitement compris que la production des règles de droit et l'édition des décisions juridictionnelles, dont le nombre s'accroît lui aussi de manière exponentielle, si elles permettent de résoudre divers problèmes juridiques, et si elles doivent et peuvent être par ailleurs parfaitement connues, ne sauraient, en aucune façon, épuiser la question du droit, en tant que tel. Et c'est bien cela qui fait, aujourd'hui, l'intérêt d'une revue nouvelle, alors même que les sources d'information sur ces règles et ces solutions sont désormais nombreuses, et, en général, très accessibles et remarquablement efficaces – « performantes », comme le dit le maître mot du discours contemporain. Mais, sur le plan du droit, la « performance » ne se situe pas seulement dans l'information: elle se situe aussi, et surtout, dans la réflexion. Car, à elle seule, en définitive, l'information informe trop peu et forme encore moins : il lui faut aussi des clés et des codes, une grammaire et une syntaxe, des lexiques ou des dictionnaires, des tables de concordance ou de décodage, puis du recul et de la hauteur, de la profondeur et de la largeur, mais aussi de l'esprit et du cœur, de la valeur et du désir, et toujours beaucoup de lumière, qu'il faut donc répandre en abondance et, avant cela, rechercher en croyant qu'elle existe et que l'on peut la trouver. Et encore, celle-ci ne suffit pas toujours s'il est vrai que « les mystères les plus malins se cachent dans la lumière » (Giono).

Or, c'est précisément sur ce terrain de la réflexion qu'entend se placer cette nouvelle revue, *Jurisdoctoria*, dont la double référence au droit et au doctorat fait toute l'inspiration. Et c'est bien là l'une des deux raisons principales de se réjouir au plus haut point de la parution de cette revue-ci, en particulier : elle ne veut pas être une revue de plus, mais, dans ce champ de la réflexion juridique, une revue de mieux. Non que les autres qui l'occupent déjà et qui n'y sont d'ailleurs pas si nombreuses, auraient failli : pas le moins du monde; mais le champ est immense et admet la concurrence ; plus encore, il l'appelle comme une nécessité. Car le droit est

d'abord *disputatio*, avant même d'être législation et juridiction, dès lors qu'il n'y a pas de droit possible – ni concevable – sans pensée, ni pensée sans discussion : il faut certainement, au droit, la volonté normative ou juridictionnelle, qui tranche et doit trancher à un certain moment de la discussion – quelles que soient les connotations un peu inquiétantes et définitives que puisse comporter ce verbe ; mais cette volonté doit trouver ses objets dans certaines formes de rationalité ou de justice, dont l'expression, quant à elle, ne fait l'objet d'aucun monopole, au profit de quelque autorité que ce soit ; et, pour cette même raison, cette *disputatio* peut et doit encore se faire entendre après même que soient intervenues la loi, ces décisions juridictionnelles puis toutes les appréciations et constructions dont les unes et les autres ont pu faire l'objet, car rien n'est définitif dans le droit considéré cette fois dans sa généralité, pour ce qu'il est, et non plus dans ses solutions particulières. Tel qu'il est en lui-même, le droit convie tout ensemble les autorités et les auteurs, qui n'œuvrent pas nécessairement pour s'approuver les uns les autres, mais au moins pour s'écouter, sinon pour toujours s'entendre – au sens de s'accorder –, car, en ce domaine, le désaccord, au moins temporaire, s'avère assez souvent plus fructueux, à long terme, qu'une unanimité trop immédiate. Il faut cependant, pour que la concurrence soit profitable par elle-même, qu'elle sache se montrer à la hauteur – la hauteur des enjeux et la hauteur des concurrents ou plutôt des interlocuteurs.

Or tout laisse penser que les initiateurs de cette Revue, aussi jeunes qu'ils soient, puisqu'ils sont encore doctorants pour la plupart, comme le laisse bien entendre le titre de leur publication (mais il s'est produit un décalage entre sa conception et sa réalisation, de sorte que certains doctorants plus avancés qui avaient pris part, à des degrés divers, à sa création, ont pu déjà soutenir leur thèse et même, pour quelques-uns, réussir les concours de l'université...), sont déjà parfaitement conscients de ces enjeux. Et c'est une immense satisfaction de constater qu'ils les ont bien saisis au point d'y consacrer, avec cette Revue, une invraisemblable énergie, en plus de celle qu'ils réservent à leurs thèses. Soulignons à cet égard que, pour y parvenir, il leur a fallu aussi affronter la résistance et quelquefois les obstacles que leur ont opposés ceux qui, ne connaissant pas le droit, sont portés à croire, comme presque tout le monde, que ce sont seulement la production des règles de droit et l'édition des décisions juridictionnelles qui forment le droit et constituent la totalité de ce qu'il est – autrement dit qu'il n'y a pas lieu, à l'université, de penser en droit quoi que ce soit, ne serait-ce que le droit lui-même...

Il était donc à certains égards naturel que ces doctorants passent de la thèse à la revue juridique, car « il n'y a que ceux qui ne cherchent rien qui ne rencontrent jamais l'obscurité » (Valéry) et n'ont donc pas davantage besoin de lumière. Mais même si ce prolongement s'explique par lui-même, voir des doctorants concevoir une telle revue suscite réellement le bonheur de leurs professeurs qui, tout au long de leurs enseignements, et avant même que leurs étudiants ne se décident à entamer le

long et courageux processus de la thèse, se sont appliqués à les éveiller à toutes ces immenses questions et à les convaincre que le droit est d'abord de la pensée et qu'il en vaut la peine – ou le plaisir. Plus exactement, c'est pour qu'ils veuillent bien consacrer la meilleure part de leur jeunesse à la réflexion qui fait le droit et, si possible, à cette expérience unique et exaltante qu'est la thèse, que leurs professeurs s'efforcent d'exercer leur métier dans ce sens-là. En allant jusqu'à prendre l'initiative de lancer une revue de cet ordre, ils ont donc déjà, en quelque sorte, dépassé nos espérances.

Plus encore, à la lecture de ce premier numéro, dont la conception et la rédaction leur revient entièrement, ils ont d'ores et déjà démontré qu'ils sauront être à la hauteur de leurs interlocuteurs. Car la question de l'accès au droit, qui ne pouvait pas constituer meilleur sujet pour inaugurer une revue et pour entamer ce processus de réflexion sur le droit, leur ont fourni l'occasion de démontrer qu'ils ont bien compris que la réflexion juridique ne doit pas être conçue comme extérieure au droit, en cela qu'elle ne se contente pas de discourir sur un objet qui lui serait préexistant, déjà posé, et avec lequel elle ne se mêlerait pas : la réflexion juridique, science ou doctrine, constitue aussi elle-même ses objets juridiques, ceux du droit lui-même, en produisant ses concepts et ses notions, ses catégories et ses principes dont, en tant qu'ensemble de normes, il se compose. Et c'est ce que révèlent bien les différents articles de ce premier numéro qui se consacrent à tels ou tels aspects des trois questions fondamentales que soulève le thème de l'accès au droit : tout d'abord que peut bien vouloir dire la notion ou le concept d' 'accès au droit' ? Puis à quel statut juridique cet énoncé peut-il correspondre ? Et, si c'est une norme, quelle peut donc en être la consistance et la portée ?

Sur le plan du sens, 'l'accès au droit' recouvre certainement l'accès à la connaissance des règles de droit, avec leurs solutions particulières, ce qui constitue le minimum concevable. Mais, d'une part, sur quoi se fonde ce minimum ? Et d'autre part, au-delà de la connaissance, n'y a-t-il pas la compréhension ou l'explication, autrement plus ambitieuses, car l'accès au droit s'étend alors à l'accès à la réflexion juridique. Et puis comment cet accès peut-il ou doit-il s'opérer, matériellement et juridiquement ? Par l'effet d'une liberté-faculté (en consultant des livres ou des revues ou en étudiant le droit) ou par l'effet d'un droit – d'un droit-liberté (droit à l'information au sens de droit de s'informer ou droit à l'instruction) ou d'un droit-créance (droit d'exiger et de recevoir des informations ou un enseignement, ou droit d'obtenir le financement nécessaire à leur obtention) ? Mais quelles informations ou quel enseignement ? Des informations générales et impersonnelles ou des informations personnalisées, qui transformeraient alors l'information en consultation ? Mais quelle sorte de consultation, et donnée par qui ? Suffirait-il d'ailleurs de savoir quel est son droit pour qu'il soit dit que l'on a réellement 'accès au droit'. A cet égard, pour accéder au droit, il faut d'abord, au moins, accéder au

commerce juridique, c'est-à-dire se voir reconnaître la personnalité juridique, que toutes les entités n'ont pas nécessairement ; il faut avoir au moins la jouissance de ses droits, sinon pouvoir les exercer soi-même. Et puis si le droit en général a vocation nécessaire à l'effectivité, l'accès au droit excède la seule question de la connaissance ou du droit à la jouissance de ses droits: il suppose que l'on ait aussi la possibilité d'obtenir que ce droit soit effectivement appliqué à soi-même : l'accès au droit recouvre alors, notamment, l'accès à la justice, le droit au recours et le droit au juge, et, d'une façon générale, tous les droits attachés au concept de procès équitable, qui s'engendrent les uns les autres. L'accès au droit doit-il, de façon encore plus globale, se comprendre comme l'accès au bénéfice de l'état de droit ou de l'État de droit ?

La deuxième question, que l'on peut démêler de la première et de la troisième, est de savoir quel peut bien être le statut juridique de cette simple formule 'accès au droit' ou – si l'on peut lui donner un corps un peu plus consistant – ce concept ou cette notion d'accès au droit, un peu plus élaboré, mais dont on note que le droit positif ne l'a pas inventé, encore qu'il en fournisse quelques aspects non négligeables : l'accès au droit désigne-t-il donc une aspiration légitime ou un droit véritable ? Correspond-il à un simple objet du discours des juristes, à une revendication de citoyens ou encore à un droit effectif des justiciables ? S'il a une existence juridique positive, est-ce une sorte de programme normatif de l'État de droit ou, déjà, un énoncé immédiatement et intégralement prescriptif ? A quelles conditions pourrait-il se poser en droit véritable lorsque le droit positif ne le consacre pas – ou pas encore ? Comment pourrait-il le consacrer sans que cet énoncé fasse l'objet formel d'un texte particulier ? Peut-on concevoir, en cette matière comme dans d'autres, qu'il y ait, dans ce qu'est le droit, une sorte d'objectivité normative ou une normativité objective qui implique nécessairement que chacun ait un droit à l'accès au droit. Et ce droit serait-il alors fondamental et donc constitutionnel ou bien constitutionnel et donc fondamental, si toutefois ces notions sont distinctes ? Et si l'accès au droit correspond à un droit, ce droit coïncide-t-il avec ce que l'on a pu appeler « le droit au droit » ? Est-ce là un simple jeu de mots ou l'expression même ce qu'est le droit et qui, sans qu'il ait jamais été posé et n'ait pas à l'être formellement pour exister, implique objectivement que les sujets de droits aient un droit fondamental à bénéficier du droit.

Mais, en troisième lieu, si c'est un droit, peut-il être raisonnablement aussi vaste et aussi indéterminé que ce « droit au droit » ? Si l'on voit bien toute la palette de ses implications possibles, faut-il céder au « démon de la possibilité » et faire que tout ce qui est idéalement possible devienne nécessaire et obligatoire pour tous, sans conditions et sans limites ? Le droit, par ce qu'il est lui-même, c'est-à-dire un tissu de relativités qui se déploie dans la contingence, peut-il supporter intégralement l'affirmation normative de « ce droit au droit ». S'il est fondamentalement justifié, sur quels fondements pourra-t-il trouver ses limites de contenu ou ses limites

d'effets ? Et s'il les trouve, quels devront être au contraire les moyens ou les procédés de son effectuation positive : faudrait-il, en fin de compte, que l'ordre juridique fournisse lui-même les conditions propres à obtenir que jamais aucune de ses normes ne soit violée ou que, si elles peuvent l'être, cette violation soit aussitôt effacée et réparée ?

Telles sont donc certaines des questions que soulève la thématique de l'accès au droit et que les articles que l'on va lire abordent avec toute la science et la profondeur qui font de ce premier numéro une vraie réussite et qui augurent bien de l'avenir de la revue *Jurisdoctoria*.

ARTICLES

L'accès au droit, Principe du droit, principe de droit

XAVIER SOUVIGNET

ATER à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

Il est paradoxal de traiter *en droit* de la question de l'accès au droit... Et ceci n'est sans doute pas le moindre des paradoxes !

Et pourtant, force est de constater, qu'en France au moins, le problème de l'accès au droit semble relever davantage de la science administrative, à la limite de la sociologie du droit, que de la réflexion juridique.

Par exemple, afin d'évaluer le degré d'accès d'une société à son droit, on analysera en priorité, et à grand renfort de statistiques, de sondages et d'enquêtes de terrain, la connaissance des citoyens de leurs droits, ainsi que des procédures permettant de les faire respecter ; on s'intéressera également au statut du droit dans la société, au prestige des juges, aux rôles des avocats, aux représentations de la justice ; on décortiquera enfin avec minutie les difficultés matérielles d'accès aux tribunaux, ainsi que leurs degrés d'engorgement¹... C'est donc d'abord à travers la problématique de l'*accessibilité* des citoyens au droit, que semble devoir se poser la question de l'accès au droit. Cette approche implique essentiellement des études en

¹ Ainsi peut-on apprécier la publication de nombreuses études de sciences sociales s'intéressant à cette question de l'accès au droit ; par exemple : A. BIHR et R. PFEFFERKORN, *Déchiffrer les inégalités*, Paris, La Découverte, Syros, 1999 ; F. CHAZEL et F. COMMAILLE, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991 ; Conseil d'État, *L'aide juridictionnelle : pour un meilleur accès au droit et à la justice*, Paris, La Documentation française, 1991 ; B. DEFFAINS, « Économie de la Justice », dans *Dictionnaire de la justice*, L. CADIET, (dir.), Paris, PUF, 2004 ; B. DEFFAINS et M. DORAT-DUBAN, « Équilibre et régulation du marché de la justice : délai versus prix », *Revue économique*, n° 5, 2001, pp. 949-974 ; F. DUBET, *Les inégalités multipliées*, Paris, Édition de l'Aube, 2000 ; INSEE, *Données sociales 2002-2003 : la société française*, Paris, Insee, 2002 ; J. FAGET, « Regard sociologique sur l'accès au droit », dans *L'accès au droit*, F. LEDUT, (dir.), Tours, Publications de l'Université François Rabelais, 2002 ; Ministère de la Justice, *Annuaire statistique de la Justice 2005*, Paris, La Documentation française, 2005 ; G. ROUET, *Justice et justiciable au 19^{ème} et 20^{ème} siècle*, Paris, Belin, 1999 ; R. TREVES, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1995.

Il est par ailleurs remarquable, mais guère étonnant quand on connaît les préoccupations de la sociologie française, de constater que la question soit le plus souvent traitée à travers le prisme égalité/inégalité.

termes de réalité, d'efficacité, d'effectivité, et en termes d'égalité. L'accès des citoyens au droit apparaît alors essentiellement comme une question *de fait*, plus qu'une question, justement *de droit*.

Bref, on ne voit pas en quoi *a priori* le juriste pourrait éclairer en quelque façon la question de l'accès au droit. Tout au plus pourrait-il donner, s'il est praticien bien entendu, son opinion, fruit de son expérience personnelle.

Et pourtant l'*accès au droit* ne soulève-t-il pas des problématiques essentiellement juridiques ?

En fait, dénier à la doctrine juridique la légitimité de se pencher sur un tel problème, révèle une certaine représentation que l'on se fait du droit et des juristes. Gageons que la question ne saurait être abordée de la même manière dans un pays comme la France que dans une société de tradition anglo-saxonne. Que l'on nous pardonne ainsi d'emprunter une perspective d'abord sociologique afin de *désociologiser* notre objet !

En France, le droit apparaît comme une discipline aride de techniciens jargonneux, fort éloignée de la mission cognitive des sciences sociales. L'accès au droit constitue dans ce contexte intellectuel, où toute question est envisagée en terme de pouvoir et de domination, une problématique de pure sociologie.

Il n'est au contraire point nécessaire de s'attarder sur le prestige des juges et des *lawyers* aux États-Unis. Dans un tel environnement, où toute relation sociale est analysée à travers le prisme du contrat, le droit irrigue l'ensemble des sciences sociales. L'accès au droit constitue alors un problème éminemment et essentiellement juridique².

L'approche épistémologique de la question de l'accès au droit est enfin, et surtout, tributaire non pas seulement d'une représentation que l'on se fait du droit et des juristes, ou de leur importance réelle dans le champ social et intellectuel, mais également d'une conception *juridique* du droit, si l'on ose l'expression.

Si l'on considère le droit comme le produit d'un ordre social ou politique prédéfini³, ou encore une enveloppe de pure forme constituée par une série de normes, sans contenu *a priori* déterminé, la question juridique de l'accès au droit ne présente guère d'intérêt. Tout au plus pourra-t-on constater que tel ordre juridique

² Cf. sur ces questions la célèbre enquête de L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., Quadrige, 2007.

³ On pourrait qualifier la première conception de positiviste *sociologique*, la seconde de positiviste *traditionnelle*. Cette formulation peut paraître superficielle et peu opératoire. Néanmoins elle constitue une expression commode pour désigner le *premier* positivisme, (G. JELLINEK, R. CARRÉ DE MALBERG), précédant le normativisme kelsénien. Ce positivisme repose essentiellement sur un volontarisme en ce qu'il qui impute le droit à la seule volonté de l'État.

reconnait, organise et prévoit de manière plus ou moins satisfaisante⁴, un certain nombre de droits et de procédures que l'on pourra classer dans une catégorie doctrinale « *accès au droit* ». La question présentera un tout autre intérêt dans un système, réel ou intellectuel, qui postule le droit comme valeur ou comme finalité. Dans un tel contexte l'accès au droit apparaît comme consubstantiel à l'idée même de droit.

Considérer l'accès au droit comme problématique essentiellement juridique relève alors d'un double pari. Le premier réside dans l'idée que notre objet possède des qualités proprement juridiques, c'est-à-dire que le concept même d'*accès au droit* serait susceptible d'une ou de plusieurs réponses en termes essentiellement juridiques. Le second pari consiste dans la conviction que notre objet donne à voir une certaine réalité du droit ; on veut ici développer l'idée que l'accès au droit ne se pose pas à tel ordre juridique de manière purement *contingente*, mais bien au contraire *nécessaire*.

Mais au fond, comment comprendre l'*accès au droit* ?

Doit-on considérer cette notion d'un point de vue subjectif : *un droit opposable pour les individus d'accéder au droit* ? Doit-on adopter une perspective plus objectiviste : l'accès au droit comme *principe ontologique du phénomène juridique* ?

Le terme d'*accès* mérite par ailleurs quelques attentions : s'agit-il d'un accès *intellectuel*, c'est-à-dire une connaissance, une intelligibilité ? S'agit-il d'une *saisine*, c'est-à-dire d'un accès à une autorité, on pensera ici évidemment au juge ? Finalement les mêmes hypothèses s'appliquent *mutatis mutandis* à la compréhension du terme *droit* : aspect normatif (accès aux normes), aspect organique (accès aux autorités), ou aspect matériel (accès à une décision juste, ou conforme à la vérité). On peut encore complexifier le problème en s'interrogeant sur la nature de ce droit, auquel il conviendrait d'avoir accès : le droit comme institutions, comme ensemble de normes valides (droit positif) ou comme justice, équité, voire vérité (droit naturel) ?

Il convient alors de s'interroger quant à la méthode la plus pertinente pour saisir juridiquement l'*accès au droit*. Plusieurs approches sont possibles.

La première approche consiste à considérer que l'objet *accès au droit* n'existe qu'à travers les manifestations normatives ou institutionnelles contenant l'énoncé « *accès au droit* »⁵. Point n'est besoin de nous étendre plus avant afin de montrer les

⁴ Ici l'étude scientifique laissera place à une considération plus dogmatique.

⁵ On s'intéressera alors principalement au fonctionnement des *Conseils départementaux d'accès au droit (CDAD)*, créés par la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 *relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits*. Hébergés par les Tribunaux de grande instance du chef lieu de chaque département, les *CDAD* jouent un rôle d'information et de communication auprès des usagers du service public de la justice (ceux-ci ont succédé aux *Conseils départementaux de l'aide juridique*, créés par la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 *relative à l'aide juridique*). On regardera de près également les motifs qui ont présidé à la création du site Internet

limites d'une telle entreprise. Une deuxième approche considérera que l'*accès au droit* recouvre un ensemble de manifestations objectivement observables, organisant juridiquement ce que l'on pourra appeler, de manière plus ou moins arbitraire, l'*accès des individus au droit*. Cette démarche, scientifique et empirique, apparaît au premier abord satisfaisante, et semble présenter le moins d'inconvénients possibles sur le plan intellectuel. Néanmoins elle cache des présupposés théoriques et philosophiques qu'un positiviste conséquent doit savoir mettre à jour. Car comme la première approche, cette méthode suppose que le droit est réductible à un ensemble de normes valides susceptibles de vérification empirique. Cette conception du droit ne nous paraît pas forcément contestable. Seulement elle tend précisément à détruire le concept même de *droit* pour le remplacer par celui de *normes*. Il nous semble que la notion même d'*accès au droit* tend justement à construire un autre visage du droit, tout emprunt d'axiologie. Car s'il importe d'accéder au droit, c'est bien que celui-ci ne saurait être *a priori* insignifiant en son contenu.

L'approche retenue consistera à distinguer l'*idée* de l'accès au droit, de ses manifestations normatives concrètes. Nous pouvons observer en effet au sein des ordres juridiques un ensemble de règles et de principes normatifs participant de ce que l'on peut appeler *accès au droit*. Mais force sera pour nous de constater qu'une *idée* préexiste et préside à l'ensemble de ces manifestations. Cette idée réside dans l'*inscription du destinataire de la norme dans la norme elle-même*. Il nous faudra alors apprécier et définir les relations qu'entretiennent ces normes avec les finalités qu'elles entendent accomplir.

Notre ambition consistera donc en la redéfinition du concept d'*accès au droit* comme principe essentiellement juridique. Il nous semble justement que le succès du point de vue des sciences sociales sur cette question réside largement, au moins en France, en la perte de consistance juridique de la notion. Nous utilisons à dessein le terme de *perte*, afin de souligner l'aspect historique et donc relatif de cet état. En effet, l'histoire du droit, ainsi que le droit comparé, fournissent maints exemples de la place centrale de l'idée de l'accès au droit dans les systèmes juridiques.

Ainsi en droit romain le droit est avant tout un *accès à la justice*. D'une part parce que *droit* et *justice* se confondent⁶, d'autre part parce que le droit est essentiellement conçu comme *actio* devant le prétoire⁷.

Légifrance, dit le *service public de diffusion et d'accès au droit*, instauré par le décret n° 2002-1064 du 7 août 2002. On étudiera enfin les travaux de la *Commission Accès au droit et à la Justice* du Conseil national des barreaux.

⁶ « Celui qui s'adonne au droit doit d'abord savoir d'où vient ce mot (ius). Il tire son nom de la justice. En effet, selon l'élégante définition de Celse, le droit est l'art du bon et de l'équitable. C'est à bon droit qu'on nous qualifie de prêtres, car nous exerçons la justice et nous faisons connaître ce qui est bon et équitable, séparant l'équité de l'iniquité, distinguant le licite de l'illicite, cherchant à susciter le bien non seulement par la menace des peines, mais par la promesse de récompenses, pratiquant ce qui nous semble la vraie et

Les systèmes de *common law*, que l'on ose, sans condescendance continentale, qualifier de relativement *primitifs*⁸, donnent eux aussi à l'accès au droit, une place tout à fait centrale. Rejetant largement les catégories et concepts, et donc les solutions du *jus civile*, le⁹ *common law* a consisté historiquement en un certain nombre de procédures (*forms of action*) au terme desquelles une décision, incertaine *a priori*, pouvait intervenir¹⁰. L'attention des juristes tend, dans un tel système, à se porter moins sur le contenu de la décision, que sur la procédure aboutissant à une décision, voire surtout à la possibilité même d'accéder à une décision¹¹.

On devine que l'accès au droit ne se pose pas de la même façon dans les systèmes où le droit constitue moins une digue de protection de la société civile contre les ingérences de l'État, que justement un produit de l'État. Dans cette

non une fausse philosophie », ULPIEN, *Institutes, L.1*, traduit par J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien, Précis Domat, 2^{ème} éd., 2000, p. 305.

⁷ « [...] un droit est d'abord conçu sous son aspect procédural, plutôt que sous son aspect substantiel ; la notion d'action est dès lors assimilable au droit lui-même », voilà ce que l'on peut lire à l'entrée « Actio (action) », in J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, *Lexique de droit romain*, Genève-Bruxelles, Schulthess, Bruylant, 2006, p. 2.

La procédure est jusqu'à l'avènement de l'Empire la source principale du droit, eu égard à la modestie de la législation. À telle situation de fait correspond une *actio*, véritable droit d'obtenir une décision de justice, délivrée par l'édit du préteur. Un nouveau cas soumis au préteur peut faire l'objet, si le magistrat le décide, d'une *actio* nouvelle. Cf. J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, Paris, Montchrestien, Précis Domat, 7^{ème} éd., 2006, pp. 84 et s.

⁸ Ce terme de *primitif* n'entend exprimer aucun jugement de valeur. Il prétend juste constater que l'évolution historique d'un *état judiciaire* à un *état administratif*, au contraire de la France, n'a pas eu lieu en Angleterre. Ceci s'explique essentiellement par la victoire du Parlement sur le pouvoir royal à la fin du XVII^{ème} siècle mettant fin définitivement à l'expérience absolutiste des Stuart catholiques. Évidemment il serait ridicule aujourd'hui de ne pas prendre en compte les bouleversements qu'ont subis les systèmes de *common law* durant tout le XX^{ème} siècle : montée en puissance d'une administration publique, intervention du législateur, place plus grande de l'écrit au sein des sources du droit, etc. Néanmoins l'Angleterre demeure le modèle d'un système de régulation sociale par le *judge-made law*.

⁹ *Le common law* et non *la common law*, car on ne saurait, sans un certain franco-centrisme, assimiler *law* au seul acte voté par le Parlement. Si *common law* vient du vieux normand *commune ley*, loi commune, il désigne en fait le *droit* tout entier, formé du *common law stricto sensu*, de l'*equity* et du *statute law*. Cf. sur ce point É. PICARD, « Common law », dans *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAN et S. RIALS (dir.), Paris, PUF, Quadrige, 2003, p. 238.

¹⁰ Ainsi doit-on comprendre l'adage *Remedies precede rights*, tout comme la formule de Sir Henry Maine, selon lequel le *common law* a été « secrété dans les interstices de la procédure », cité par R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 2002, p. 72.

¹¹ Historiquement les cours royales qui forgent le *common law* à partir du XIII^{ème} siècle, ne sont que des juridictions d'exception. L'enjeu primordial est de faire admettre par les cours leur compétence, notamment par la délivrance préalable d'un *writ*, octroyé par la chancellerie royale. Cette procédure, là encore *primitive*, ressemble de très près au processus prétorien de création du droit à Rome dans les derniers siècles de la République (cf. *supra*) ; cf. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, p. 71.

dernière perspective, le droit se résorbe dans la loi, c'est-à-dire dans l'acte de commandement du souverain, seul juge du *bien commun*¹². La question juridique pertinente n'est plus alors l'accès au droit, mais celle de l'exécution de la loi par les organes que sont d'abord l'administration, ensuite les tribunaux¹³. On pourrait considérer le modèle français, non sans forcer la démonstration il est vrai, comme l'archétype de ces systèmes¹⁴.

La convergence des systèmes romano-germaniques avec ceux de *common law*, sur fond d'élaboration d'un *jus commune* européen, n'est plus à démontrer, et constitue à présent un stéréotype obligatoire de toute étude juridico-comparative. Il est néanmoins saisissant de constater à quel point celle-ci confère un relief particulier à la problématique juridique de l'accès au droit.

En particulier, il est remarquable de constater l'éclosion au sein des ordres des différents États européens, de nouvelles règles, tant de par leur contenu, leur forme, que leur mode d'énonciation. D'abord, ces règles s'intéressent moins à prescrire des contenus, qu'à indiquer des manières de les formuler. Ensuite, celles-ci ne prennent souvent pas la forme de normes d'interdiction, de permission ou d'habilitation, mais plutôt celle de *principes* ou d'*objectifs*. Enfin ces règles de droit sont le plus souvent formulées par des juridictions nouvelles, situées au niveau national et supranational¹⁵.

Les juristes des États européens se trouvent alors aux prises avec des notions, souvent pour eux nouvelles, de *procès équitable*, de *sécurité juridique*, de *confiance légitime*, d'*accessibilité*, d'*intelligibilité*, de *prévisibilité* du droit,... Quelle cause agit au sein de ces nouvelles règles sinon l'idée même de l'accès au droit ?

Ce n'est pas par hasard si ces règles de droit prennent le plus souvent la forme du *principe*. Ici réside, selon-nous, la clé du mystère de l'*accès au droit*. Encore convient-il d'appréhender le caractère protéiforme du concept de *principe*. Selon la célèbre typologie de Lalande¹⁶, trois types de principe doivent être distingués : le principe au sens ontologique, le principe au sens logique, enfin le principe au sens normatif. Même si une approche positiviste rigoureuse impose de séparer résolument ces trois

¹² On constate ici l'influence de la doctrine de l'Église dans la construction d'une représentation du droit dans les systèmes romano-germaniques ; cf. É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, 1^{ère} éd., 2006, p. 7.

¹³ Cf. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 137 et s.

¹⁴ L. COHEN-TANUGI, précité.

¹⁵ Hormis le cas particulier des États-Unis, on peut considérer que la justice constitutionnelle constitue un phénomène juridique relativement nouveau dans l'histoire des institutions juridiques et politiques occidentales.

¹⁶ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, Quadrige, 2002, pp. 827 et s.

types de principe¹⁷, nous constaterons que ceci s'avèrera impossible. En effet l'accès au droit constitue à la fois un élément inhérent au phénomène juridique, et une norme de droit positif. C'est de ces deux aspects dont il faudra rendre compte.

Ainsi l'accès au droit apparaît tant comme un principe *du* droit (I) que comme un principe *de* droit (II).

I – L'ACCÈS AU DROIT COMME PRINCIPE DU DROIT

Le principe au sens ontologique désigne une « *source ou cause d'action* »¹⁸. Chez Aristote, fondateur de l'ontologie, c'est-à-dire de la *science de l'être en tant qu'être*, le *principe* est une cause première. Dans cette optique, Descartes considérera, notamment, que Dieu est la cause première, le *principe*, de tout¹⁹. Par la suite, on appellera *principe*, ce qui contient les propriétés essentielles d'une chose. C'est dans cette acception plus commune de *propriété constitutive* que nous envisagerons l'accès au droit comme *principe* du droit.

L'accès au droit apparaît alors comme principe ontologique du droit (1). En retour, ce principe d'accès constitue une grille d'interprétation, et même une doctrine du droit (2).

1) *L'accès au droit, principe ontologique du droit*

Une épistémologie positiviste semble rejeter radicalement toute ontologie, donc toute idée de principe *du* droit (a). Néanmoins la considération du droit comme relation, et comme langage, permettra de dégager des principes *essentiels* du droit, au premier rang desquels le principe d'accès (b).

a) La difficile reconnaissance de principes ontologiques du droit

Pour le juriste, il ne saurait exister de principe au sens ontologique du terme, c'est-à-dire de propriétés essentielles. Seuls existent des principes, au sens normatif du terme, c'est-à-dire des normes. Cette séparation se rapporte à la *summa divisio* entre *droit* et *discours sur le droit*.

¹⁷ Cf. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1999, pp. 6 et s. L'auteur rappelle en effet que l'on ne saurait confondre, au nom de l'autonomie du droit, ces trois types de principes. Le principe ontologique relève de la métaphysique, le principe logique relève d'un discours scientifique ; seul le principe strictement normatif constitue l'objet d'un discours du droit.

¹⁸ A. LALANDE, *op. cit.*, p. 828.

¹⁹ « Il est impossible que Dieu soit jamais la fin, s'il n'est le principe... S'il y a un seul principe de tout, [il y a] une seule fin de tout ; tout par lui, tout pour lui », PASCAL, *Pensées*, cité par A. LALANDE, *op. cit.*, p. 828.

Selon cette conception, cette division correspond à « une distinction de bon sens : l'activité de création du droit, d'édiction des normes n'est pas l'activité de rationalisation et de systématisation du droit, qui prend des normes déjà posées comme objet »²⁰. Si le droit exprime ce qui *doit être*, il appartient à la science du droit d'établir des axiomes de démonstrations, les méthodes de connaissance, les procédés épistémologiques qui permettent d'élaborer, de valider par la raison et de mettre en ordre les règles de droit²¹. Comme l'illustre l'expression de J.-L. Souriou, les « *idées juridiques* » s'opposent au « *traitement des idées dans le droit* »²².

Une séparation entre le droit, comme objet et comme science, et les autres disciplines, y compris la philosophie, est donc postulée comme naturelle ou évidente ou, ce qui est plus étrange de la part d'un discours positiviste, revendiquée comme nécessaire²³.

La construction de ces principes est l'œuvre de savants discours *sur* le droit, et ne saurait constituer des prescriptions valides de l'ordre juridique lui-même. Le positivisme ne peut donc logiquement assimiler de tels principes sans renier la distinction *normes juridiques / propositions de droit*²⁴, l'un de ses éléments mythologiques.

Plus fondamentalement encore une telle perspective, qui conférerait force normative à des constructions intellectuelles et rationnelles, impliquerait nécessairement la reconnaissance d'autres autorités normatives que les autorités formellement habilitées par l'ordre juridique. En particulier, la *doctrine du droit* ressuscitée²⁵, apparaîtrait comme la nouvelle et principale source du droit, ou plutôt

²⁰ Cf. le *Dictionnaire encyclopédique et théorique de sociologie du droit*, de A.-J. ARNAUD (dir.), Paris-Bruxelles, LGDJ, Story-Scientia, 1988, « Science du droit », p. 363 : « le discours scientifique tend au minimum à rationaliser les phénomènes étudiés en les ramenant sinon à l'uniformité, du moins à des régularités ordonnées. [...] sa tâche spécifique est [...] la systématisation des règles », cité par P. MORVAN, *op. cit.*, p. 34.

²¹ Sur ce point, cf. Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1985, n° 19, pp. 40 et s.

²² J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd., 1990, n° 43, p. 46.

²³ « Ce serait en effet persévérer dans l'erreur que d'analyser le principe à la lumière du langage courant ou de celui de toute autre discipline, fût-elle la discipline-mère de toutes les sciences. Le langage juridique a une finalité normative originale et les principes de philosophie doivent abandonner aux principes de droit leur domaine spécifique. Le principe défini comme être, objet du pensable, axiome, proposition première, cause génératrice... appartient au vocabulaire de la philosophie du droit, nullement au langage juridique », *ibid.*

²⁴ Dans la terminologie kelsenienne : *Rechtsnormen / Rechtssätze*, in *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, Paris-Bruxelles, LGDJ, Bruylant, éd. française, 1999, p. 78 : « la science est fonction de connaissances et de description, elle n'est pas fonction de volonté et de prescriptions ».

²⁵ Car il conviendrait alors de parler bien davantage de *doctrine juridique* que de *science du droit* ; cf. É. PICARD, « Science du droit ou doctrine juridique », *L'unité du droit : mélanges en hommages à Roland Drago*, Paris, Économica, 1996, pp. 79 et s.

une sorte d'oracle, un révélateur d'un droit qui, invisible et latent, lui préexisterait²⁶. Quant aux fondements proprement dits du droit, il faudrait les rechercher du côté de la Raison, de la Morale, de la Nature ou de l'Histoire. L'autonomie du droit et de la science juridique, si âprement revendiquée par le positivisme, dans l'ensemble de ses composantes, s'en trouverait irrémédiablement ruinée. Ainsi reconnaître des principes ontologiques en droit conduit nécessairement au *jusnaturalisme*.

Enfin le principe ontologique impose une problématique en terme de *contenus*, laquelle n'est recevable que dans ce que H. Kelsen a appelé une *théorie statique du droit*. « La " théorie statique du droit " envisage l'état du droit à l'état de repos, comme un système de normes en vigueur »²⁷. Dans ce système, c'est bien « en vertu de leur fond ou contenu que ses normes sont valables »²⁸. Cette théorie considère un système de normes dont le contenu se laisse subsumer comme le particulier sous le général. Le principe au sens logique ou ontologique du terme est susceptible d'une telle analyse : du contenu qu'il pose, on peut déduire d'autres contenus.

Or pour le juriste autrichien cette perspective est juridiquement indéfendable. Car en effet celle-ci présuppose l'existence de « normes immédiatement évidentes ». Or accepter l'idée de normes immédiatement évidentes revient à reconnaître la normativité « d'une raison pratique, c'est-à-dire d'une raison qui pose des normes »²⁹. Encore une fois, telle perspective ruine la distinction fondamentale du kelsenisme entre activité cognitive, domaine où intervient la raison, et activité normative, domaine de la volonté³⁰.

b) Le droit comme relation et comme langage

Si l'n'existe pas d'ontologie du droit, alors on peut légitimement se demander sur quel objet devraient raisonner les juristes. Si la recherche d'une nature du droit apparaît vaine, au moins peut-on accepter l'idée de l'existence de conditions de l'existence du phénomène juridique.

« Sans la personne, pas de droit », proclamait le Professeur L. Vogel dans un ouvrage intitulé *Les droits de la personne, fondement du droit*³¹. L'idée ici affirmée est que la

²⁶ Pour choisir une image révélatrice de l'esprit de l'École historique, la doctrine apparaîtrait comme l'un de ces « organes conférant forme visible au droit » ; G.-F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, cité par A. DUFOUR, « Théorie des sources du droit dans l'École du Droit historique », *Archives de philosophie du droit*, tome 27, Sirey, 1982, p. 106.

²⁷ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 78.

²⁸ *Ibid.*, p. 195.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, p. 339.

³¹ L. VOGEL (dir.), *Des droits au droit : Les droits de la personne, fondement du droit*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2006.

*personne*³² constitue la condition d'existence du droit. Cette recherche des conditions de possibilité, c'est-à-dire des *fondements* du droit³³, n'est pas sans poser quelques difficultés. D'abord parce que ces fondements, à supposer que la connaissance en soit possible, apparaissent fluctuants d'une société à une autre, d'une époque à une autre. Si la *personne* est aujourd'hui au fondement du droit, la *société* l'était hier chez les romains : *ubi societas, ibi jus*. Ainsi on peut poser comme condition d'existence du phénomène juridique un nombre infini de concepts : la famille, la cité, les échanges, le langage, etc., l'existence humaine même !

En fait ces possibles fondements du droit, qui viennent spontanément, et même naïvement à l'esprit, semblent tourner autour d'une seule et même idée, selon laquelle le droit, constitue *in fine* une relation. En ce sens, H. Kelsen précisait que « lorsque nous comparons les uns avec les autres les objets qui se sont qualifiés de droit chez les peuples les plus différents et aux époques les plus éloignées, il apparaît d'abord qu'ils se présentent tous comme des ordres de conduites humaines »³⁴.

Ainsi dans une conception normativiste du droit, on considérera que la norme, schéma d'interprétation, vise à provoquer une conduite d'autrui : « une norme est la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée »³⁵. Le droit comme ordre de conduites humaines se concrétise ainsi en trois fonctions distinctes : la *création* du droit, *l'application* du droit³⁶ et *l'obéissance* au droit³⁷. La norme est donc cette relation qui unit un auteur à un destinataire, un émetteur à un récepteur³⁸.

On trouve notamment les traces de cette dimension relationnelle du droit dans une de ses manifestations principales : la loi, la norme *qui lie*. Dans sa généalogie des *Noms de la loi*, G. Timsit³⁹ retrace les diverses figures qu'emprunte la loi selon les âges.

³² On pourrait d'ailleurs considérer cette affirmation comme une tautologie, si l'on veut bien définir la personne comme le titulaire de droits et d'obligations, c'est-à-dire comme déjà juridiquement constituée.

³³ Il n'est pas de notion plus employée et donc des plus galvaudées que celle de *fondement*. Celle-ci est bien souvent utilisée avec légèreté par les juristes, tour à tour comme synonyme de *sources, d'origine* ou *d'inspiration*. Une utilisation rigoureuse du terme conduit à considérer comme fondement les *conditions d'existence ou de possibilité*.

³⁴ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 39.

³⁵ *Ibid.*, p. 13.

³⁶ On pourrait également ajouter fonction *d'interprétation* du droit. Mais il ne s'agit pas d'une fonction spécifique selon H. Kelsen, puisque celle-ci constitue à la fois une *création* et une *application* du droit ; *ibid.*, pp. 339-341.

³⁷ Même si « en un sens plus étroit et spécifique, on n'appelle fonctions juridiques que la création de droit et l'application du droit – à l'exclusion de l'obéissance au droit », *ibid.*, p. 237.

³⁸ H. Kelsen ne parle que d'*organes juridiques*.

³⁹ G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1991.

Celle-ci est d'abord *parole*, puis *écriture* et enfin *silence*⁴⁰. Car le droit est d'abord un langage. Et c'est par le langage que le principe d'accès au droit se manifeste comme principe ontologique du droit.

Si le droit est avant tout échange et langage, nous avons dit *relation*, alors toute norme de droit tend à se placer elle-même sous l'autorité des lois qui régissent naturellement le discours, en premier lieu l'accessibilité et l'intelligibilité. L'accessibilité à un discours s'analyse comme la possibilité pour les destinataires d'en prendre connaissance ; l'intelligibilité d'un discours, comme la possibilité de le comprendre. Ces principes, *a priori* dépourvus de toute portée juridique, apparaissent alors comme conditions essentielles de l'existence de toute norme de droit.

Une approche intuitive et spontanée ratifierait d'ailleurs assez volontiers une telle définition du droit : sans un minimum *d'accessibilité* et *d'intelligibilité* de la règle de droit, il n'y a qu'arbitraire et chaos, c'est-à-dire le contraire même du droit.

Certes on peut fort bien considérer que telle ou telle norme ne remplit pas suffisamment ces conditions, sans pour autant perdre sa qualité de norme juridique. On peut même imaginer un régime politique fondé sur un système relativement, voire largement arbitraire. Mais aucune société humaine organisée ne saurait fonctionner *durablement* selon une sorte d'état d'exception permanent. Un état d'*exception* suppose logiquement une situation de *normalité*⁴¹. Or, une telle situation ne saurait reposer que sur une *qualité*⁴² minimum de la norme.

On peut raisonnablement considérer qu'une norme est *de qualité* quand elle obtient le plus efficacement les comportements humains qu'elle entend ordonner. En d'autres termes, une norme de qualité est efficace. Certes, on sait depuis H. Kelsen que *l'efficacité* n'est pas la *validité*. Mais le juriste viennois affirmait lui-même « qu'on ne [pouvait] pas nier qu'un ordre juridique dans son ensemble, ainsi qu'une norme juridique isolée, n'[étaient] plus regardées comme valides, et [perdaient] leur validité, s'ils [cessaient] d'être efficaces »⁴³. Si l'efficacité n'est pas le mode

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 28-35 : la parole vaut *pré-détermination* de la norme (volonté de l'auteur), l'écriture *co-détermination* (volonté de l'interprète), et le silence *sur-détermination* (représentations et croyances d'une communauté).

⁴¹ L'état d'exception, ou la *dictature*, a même pour unique objet de suspendre l'État de droit, afin de ramener l'ordre constitutionnel normal. La dictature est par nature « *une transition vers une situation juste dont [elle] est la condition de réalisation* ». Ainsi celle-ci « continue d'être placée sous la dépendance fonctionnelle de ce qu'elle nie » ; C. SCHMITT, *La Dictature*, Paris, Éditions du Seuil, novembre 2000 pour la traduction française, p. 17.

⁴² La *qualité de la loi*, notamment quand celle-ci constitue une ingérence dans l'exercice d'un droit, constitue d'ailleurs un objectif garanti par la Cour européenne des droits de l'homme ; cf. en particulier les arrêts CEDH, *Kruslin* et *Huwig c. France*, 24 avril 1990, Série A, n° 176-A et -B.

⁴³ H. KELSEN, « Eine "realistische" und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross : On Law and Justice », traduit par E. MILLARD, *Théories réalistes du droit*, Dossier n° 4, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 24.

d'existence spécifique des normes juridiques, elle constitue pour autant l'une des dimensions nécessaires de la juridicité.

Ainsi, aux exigences d'*accessibilité* et d'*intelligibilité* de la norme, nous ajouterons celle de la *prévisibilité*, c'est-à-dire de stabilité permettant le règlement d'une conduite, au titre de conditions d'efficacité de la relation que constitue le phénomène juridique. Ces principes, consacrés par le vocable moderne de *sécurité juridique*⁴⁴, sont les conditions nécessaires du consentement des destinataires à la règle, condition de possibilité de toute relation, donc de la règle elle-même. Car le célèbre adage *nul n'est censé ignorer la loi* ne constitue une fiction juridiquement efficace que pour autant que le système juridique permette d'en susciter la foi.

S'il est certainement vain d'identifier la ou les conditions d'existence du droit, tel n'est d'ailleurs pas notre objet, au moins l'idée de l'accès au droit apparaît comme l'une des dimensions essentielles de la *juridicité*. Le principe de l'accès au droit est contenu dans l'idée même du droit, et déductible de celle-ci.

2) *L'accès au droit, doctrine du droit*

Déduire le principe d'accès au droit de l'idée même de droit n'est pas sans signification sur la nature de celui-ci. Le principe d'accès au droit tend à dessiner une certaine figure de la juridicité, à la fois comme anthropologie (a) et comme finalité (b).

a) Le droit comme anthropologie

Si le principe d'accès au droit constitue un principe ontologique de celui-ci, il ne saurait pour autant constituer un élément technique sans portée philosophique et anthropologique forte. On veut dire ici que l'accès au droit nous donne à voir quelque chose de l'Être. On ne prétend pas ici spéculer quant à une quelconque nature humaine. Notre propos sera bien plus modeste : il se limitera à considérer le tableau d'une nature humaine *telle que dépeinte* par le principe d'accès au droit.

Nous avons vu que le principe de l'accès au droit se manifestait en premier lieu dans les exigences d'accessibilité, d'intelligibilité et de prévisibilité de la norme, c'est-à-dire dans l'impératif de sécurité juridique. Or l'exigence de sécurité juridique, si la

⁴⁴ Si H. Kelsen rejette la notion d'État de droit comme tautologie (« Dès lors que l'on reconnaît que l'État est un ordre juridique, tout État est un État de droit », H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, précité, p. 304), un juriste normativiste comme O. Pfersmann place la sécurité juridique au cœur d'une théorie purement normativiste de l'État de droit, « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'« État de droit » », dans *Figures de l'État de droit*, O. JOUANJAN (dir.), Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 53 et s.

notion est relativement nouvelle, notamment en droit français⁴⁵, renvoie à des constructions philosophiques et politiques bien précises. Elle puise notamment ses racines dans la philosophie des Lumières⁴⁶.

Les Lumières doivent être considérées comme une remarquable réaction de la Raison contre l'arbitraire. L'anthropologie qu'elles expriment éclate notamment dans les constructions de l'École du droit naturel moderne. L'Homme, postulé comme naturellement libre est placé au centre du système politico-juridique⁴⁷.

E. Kant héritier subversif⁴⁸ de ces constructions, peut être considéré comme le premier penseur de l'État de droit⁴⁹. L'État Kantien est en effet et avant tout un *état juridique*⁵⁰, constitué selon les principes rationnels *a priori* du droit, c'est-à-dire la liberté, l'égalité et l'autonomie politique des individus conditionnés par l'idée du pacte social. Cette exigence conduit nécessairement à la reconnaissance de certains principes d'organisation. L'accès au droit, dans son volet « sécurité juridique », accessibilité, intelligibilité et prévisibilité du droit, apparaît alors comme une exigence minimum de l'État de droit⁵¹.

Il existe donc un lien consubstantiel entre le principe de l'accès au droit et une anthropologie individualiste libérale, fondée sur *l'autonomie*. L'autonomie désigne cette capacité dont dispose l'être humain à faire usage de sa raison, au travers de sa conscience, afin de régler sa propre conduite. En d'autres termes il s'agit de sa

⁴⁵ Cf. notre deuxième partie *infra*.

⁴⁶ Nous parlons bien d'exigence philosophique et politique de sécurité juridique, pas de la sécurité juridique elle-même. Par exemple l'ordre politique médiéval, notamment celui du Saint-Empire, « outre sa vocation de préserver et de garantir le droit, [...] était aussi un État où régnait une forme de protection de la confiance légitime », Th. WÜRTEMBERGER, « L'État de droit avant l'État de droit », dans *Figures de l'État de droit*, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁷ « Le projet [...] de l'École du Droit naturel (« échafaudant ses constructions sur une définition première de la nature de l'homme ») avait été de rebâtir l'ordre juridique tout entier à partir des individus pris comme unique matière première. On supposait d'abord les hommes “ naturellement libres ” puis on reconstituait l'ordre public par le biais du “ contrat social ” comme un géomètre construit les figures à partir des lignes », M. VILLEY, « La “ Rechtslehre ” de Kant dans l'histoire de la science juridique », *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 150.

⁴⁸ L'École du droit naturel entend découvrir et déduire le droit naturel de l'observation de la *nature de l'Homme*. E. Kant considère au contraire qu'une telle opération est impossible : de la connaissance de l'être aucun devoir être ne saurait être déduit. Sur cette différence fondamentale, cf. S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Kant*, Paris, J. VRIN, 1996, p. 147.

⁴⁹ Le néologisme *Rechtsstaat* est utilisé en 1798 par Johann Wilhelm Placidus pour désigner l'École kantienne.

⁵⁰ E. CARPANO, *États de droits et droits européens*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 69.

⁵¹ Cf. O. PFERSMANN, *op. cit.* Pour H. Kelsen, « le principe de l'État de droit [...] est pour l'essentiel le principe de sécurité juridique », *op. cit.*, p. 251.

faculté de déterminer la règle à laquelle il entend se conformer⁵². L'autonomie constitue ainsi la caractéristique propre de l'être humain, et en même temps sa marque distinctive⁵³.

Le lien entre autonomie des individus et qualité des normes apparaît alors manifeste : c'est parce que les individus sont fondamentalement *autonomes* que leurs comportements ne peuvent être durablement régis, non par la force et l'arbitraire, mais par des normes de droit, c'est-à-dire des règles de conduites accessibles, intelligibles et prévisibles.

Cette anthropologie fondée sur l'autonomie est profondément inscrite aujourd'hui dans le patrimoine des différents États européens. Elle s'exprime avec un éclat particulier, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, quand celle-ci considère qu'« on ne peut considérer comme une “ loi ” qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »⁵⁴.

À travers ce détour par le concept d'autonomie, le principe de l'accès au droit révèle une autre dimension du droit : la protection et la garantie de la liberté.

b) Le droit comme finalité

Le principe de l'accès au droit trouve un fondement anthropologique dans l'autonomie de l'individu. Mais si la faculté de l'homme de s'autodéterminer fonde son entrée dans l'état civil, donc dans sa sujétion à un régime de lois accessibles, intelligibles et prévisibles, alors ce même régime ne peut avoir pour finalité de nier cette faculté fondatrice.

C'est pourquoi l'État de droit de Kant est tout orienté à la protection de la liberté individuelle. L'idéal kantien du droit se confond avec l'idéal de justice ; or chez le philosophe de Königsberg, est juste « toute action qui permet ou dont la maxime permet à la liberté de l'arbitre de tout un chacun de coexister avec la liberté

⁵² L'autonomie, *auto-nomos*, consiste bien étymologiquement en la capacité de se donner à soi-même ses propres règles. Cette définition de la liberté est également présente chez J.-J. Rousseau dans le *Contrat social* (1762).

⁵³ L'autonomie est donc constitutive de la *dignité humaine*, principe « à l'origine des droits qui sont reconnus à l'homme [...] ; [la dignité humaine] est le principe matriciel par excellence [...], le socle sur lequel est construite la philosophie des droits de l'homme » ; B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », *Recueil Dalloz* 1996, pp. 282 et s.

⁵⁴ Parmi de nombreux arrêts, cf. : CEDH *Sunday Times c/Royaume-Uni*, 26 avril 1979, § 49, Série A, n° 30 ; *Goodwin c/Royaume-Uni*, 27 mars 1996, § 31, Rec. 1996, II, 483.

de tout autre suivant une loi universelle »⁵⁵. Si l'idéal de justice est la liberté, alors il est possible de dire que la fin ultime du droit est la liberté. Mieux, le droit est lui-même liberté : « la liberté [...] est cette unique droit originaire revenant à l'homme de par son humanité »⁵⁶.

On retrouve cette conception du droit comme liberté chez F.-A. Hayek. Certes les prémisses de la construction sont bien différentes que celles que l'on retrouve chez Kant. Si Kant est un philosophe de la raison transcendante, Hayek est un théoricien de l'immanente nature des choses.

Le penseur autrichien oppose deux ordres⁵⁷ : *Kosmos*, un ordre mûri, issu de la pratique, et *Taxis*, un ordre fabriqué par la volonté. À chacun des deux ordres correspondent une conception et une pratique du droit. Le *Kosmos* voit le règne du *Nomos* : c'est un droit engendré par la pratique des individus, garanti et perfectionné par le juge. Le *Taxis* résulte de la *Thesis*, l'acte de commandement d'un législateur. Seul le *Nomos*, qui est naturellement antérieur à toute législation, constitue le vrai droit : le droit de la liberté⁵⁸.

Si le droit est liberté, ou en tous cas s'il se donne pour finalité de la garantir et de la préserver, alors le principe de l'accès au droit, dans sa dimension « sécurité juridique », constitue l'une des garanties de cette liberté.

Mieux, la sécurité juridique implique elle-même la garantie des droits et de la liberté⁵⁹. Le principe de l'accès au droit resurgit alors sous une autre dimension : celle de la protection juridictionnelle, et plus particulièrement celle du droit au juge.

Mais déduire uniquement un droit au juge de la nécessité de garantir les droits et la liberté, reviendrait à réduire la nécessité du prétoire à une pathologie : c'est la figure classique du juge protecteur de la société civile contre les ingérences de l'État. Or le juge n'est pas seulement un thérapeute ou un chien de garde ; et le pouvoir juridictionnel n'est pas seulement un pouvoir d'exécution des lois par des organes non-administratifs⁶⁰. C'est également et surtout le pouvoir de trancher une contestation, au moyen du droit. D'où le sens du mot *jurisdictio* : le juge est celui qui *dit* le droit. Par ailleurs si dire le droit constitue certes un pouvoir, une compétence,

⁵⁵ E. KANT, *Métaphysique des Mœurs, Doctrine du droit* (1797), trad. A. PHILONENKO, Paris, J. VRIN, 1993, § C, p. 107.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 112.

⁵⁷ F.-A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, I Règles et ordre*, trad. R. AUDOUIN, Paris, PUF, Quadrige, 1995, pp. 42 et s.

⁵⁸ Le droit se conçoit alors lui-même comme « science de la liberté », F.-A. HAYEK, *La Constitution de la liberté*, éd. française, Paris, Litec, 1994, p. 178.

⁵⁹ C'est en tous cas l'interprétation choisie par la doctrine française qui fonde généralement le principe de la sécurité juridique sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ; cf. *infra*.

⁶⁰ Cf. R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, pp. 137 et s.

c'est également une science, voire un art⁶¹, avec ses méthodes, ses techniques et ses pratiques érigés en rites. Ainsi le droit ne peut être *dit* que dans les *règles de l'art*. Ces règles se retrouvent partout et à toute époque : équité, indépendance, impartialité, publicité, contradiction.

Du droit comme langage se déduit le principe de l'accès au droit dans sa dimension « sécurité juridique » ; du droit comme liberté, se déduit le principe de l'accès au droit dans sa dimension « droit au juge ». L'accès au droit est donc bien un principe protéiforme mais essentiel de la juridicité. En tant que tel, il inspire et informe le droit positif, pour devenir un principe *de* droit.

II – L'ACCÈS AU DROIT COMME PRINCIPE DE DROIT

L'accès au droit constitue un principe reconnu et consacré par le droit positif. En ce sens il est un principe de droit. Reconnus dans l'ensemble des ordres juridiques européens et supranationaux, le principe de l'accès au droit constitue une véritable norme (1). Mais il s'agit d'une norme particulière, qui pour s'imposer, doit être justifiée (2).

1) *L'accès au droit comme principe normatif*

Avant d'apprécier les différentes reconnaissances de l'accès au droit en tant que norme (b), il conviendra de s'interroger quant aux contours du principe normatif (a).

a) Les contours du principe normatif

La notion de *principe normatif* ne va pas de soi. Il convient de le distinguer des autres principes qui ne sont pas des normes⁶², et des autres normes qui ne sont pas des principes.

Il revient en premier lieu à la doctrine publiciste, et plus particulièrement aux doctrines internationaliste⁶³ et administrativiste⁶⁴ le mérite d'avoir dégagé une

⁶¹ *Jus est ars boni et aequi*. Pour les Romains, le droit est l'art du bon et du juste. Cf. sur cette question l'œuvre de M. VILLEY, notamment *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001.

⁶² Comme par exemple les *règles de principe* qui s'opposent aux *exceptions* ; ou encore les *principes* d'interprétations du juge. Cf. sur ce point P. MORVAN, *op. cit.*, pp. 36 et s.

⁶³ Cf. notamment en droit international général : A. BLONDEL, « Les principes généraux dans la jurisprudence de la CPJI et de la CIJ », *Mélanges Guggenheim*, Genève, IHUEI, 1968, pp. 201 et s., A. VERDROSS, « Les principes généraux du droit dans le système des sources du droit international », *ibid.*, pp. 521 et s. ; ainsi que la thèse d'A. PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, thèse, Paris, 1974.

première approche du *principe normatif*. Par-delà les différences entre disciplines, il est possible d'en dresser un portrait, fût-il grossier.

Qu'il apparaisse sous le vocable de *principe*, *principe général* ou encore *principe général du droit* ou de *droit*, le principe, au sens normatif, s'analyse bel et bien comme une *règle de droit*. Cette règle de droit a la particularité d'être *non écrite*⁶⁵ et *jurisprudentielle*, c'est-à-dire dégagée à l'occasion d'une décision de justice. Néanmoins elle n'est pas l'œuvre d'un arbitraire judiciaire, mais le fruit d'une *découverte*, en fait d'une induction, opérée par le juge, à partir des différents textes dont il est chargé d'assurer le respect. Les principes généraux prennent ainsi en charge la fonction essentielle de *compléter* un système juridique, postulé ou induit comme nécessairement *lacunaire*. La doctrine leur concède également la fonction de transposer au sein du système juridique des exigences de nature axiologique.

Pour le droit communautaire : J. BOULOUIS, « Principes généraux du droit », *Répertoire communautaire*, Dalloz, 1992 ; G. COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux. Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1999 ; R. KOVAR, « Ordre juridique communautaire, sources non-écrites », *J.-CL. Europe*, Fasc. 411 ; R. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas-Bruylant, 1996 ; F. PICOD, « Principes généraux du droit », *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 858 ; D. SIMON, « Y-a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, p. 73 ; F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalités du droit communautaire et des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; enfin cf. l'ensemble des contributions dans *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Édition Apogée, 2006, 830 p.

Pour le droit de la Convention européenne le champ est moins balayé : K. GRABARCZYCK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Aix-Marseille-Paris, PUAM-Économica, 2008 ; M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, Paris II, 2006.

⁶⁴ Cf. les thèses de B. JEANNEAU, *Les Principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954, 287 p. ; et de J.-M. MAILLOT, *La théorie administrative des principes généraux du droit*, Paris, Dalloz, 2003, 766 p.

Cf. aussi : J. BOULANGER, « Les principes généraux du droit et le droit positif », *Mélanges Ripert*, 1950, t 1, p. 55 ; G. BRAIBANT, « L'arrêt Syndicat général des ingénieurs conseils et la théorie des PGD », *EDCE*, 1962, n° 16, p. 67 ; R. CHAPUS, « De la valeur juridique des PGD et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *Recueil Dalloz* 1966, chron., p. 99 ; B. GENEVOIS, « Les PGD (Aspects de droit administratif) », *RIDC (Journée de la Société de Législation Comparée)*, t. 2 ; 1980, p. 279 ; et « Principes généraux du droit », *Répert. Dalloz contentieux adm.*, t 3, 2000 ; F. MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA* 1998, p. 495 ; et « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, p. 722 ; B. JEANNEAU, « La théorie des PGD à l'épreuve du temps », *EDCE* 1981-1982, n° 33, p. 33 ; M. LETOURNEUR, « Les PGD et la jurisprudence du Conseil d'État », *EDCE* 1951, n° 5, p. 19 ; A.-S. MESCHERIAKOFF, « La notion de PGD dans la jurisprudence récente », *AJ* 1976, p. 596 ; G. MORANGE, « Les PGD sous la V^e République », *RDP* 1960, p. 1188 ; et « Une catégorie juridique ambiguë : les PGD », *RDP* 1977, p. 761.

⁶⁵ Ainsi qualifie-t-on de tels principes de *sources non écrites* du droit.

Dans sa monumentale contribution relative au *Principe de droit privé*, terre considérée traditionnellement comme aride pour la prospérité des principes⁶⁶, P. Morvan⁶⁷ entreprend la déconstruction de plusieurs décennies d'études doctrinales sur les principes, toutes disciplines confondues. La contribution du privatiste constitue donc une charge féroce contre une doctrine publiciste, coupable d'avoir subverti la véritable nature du principe normatif, notamment en le confondant systématiquement avec le principe logique⁶⁸. Démontrant l'existence et l'importance de tels principes en droit privé, l'auteur dégage deux critères permettant de l'identifier.

Le premier critère se situe en amont, au niveau de l'élaboration : contrairement au mythe du principe relevant de *l'esprit des lois*, il apparaît que celui-ci est fondamentalement d'extraction *extra-legem*. Le deuxième critère se situe en aval, au niveau des fonctions : c'est ici le mythe du *principe complétant la loi* qui est contesté, celui-ci endossant en fait une fonction *contra-legem*, c'est-à-dire de neutralisation du droit écrit.

Le principe normatif est donc bien une norme obligatoire, en ce qu'elle opère une éviction du droit écrit. En ce sens, elle ne constitue pas un simple standard ou objectif. Mais il s'agit d'une norme particulière car spécifiquement d'origine jurisprudentielle. Ceci ne signifie d'ailleurs en aucun cas que le principe ne peut avoir une existence à l'état scriptural, mais seulement qu'il est consacré en tant que norme par une décision de justice.

Caractère *extra-legem*, fonction *contra-legem*. Il conviendra de mesurer l'accès au droit à l'aune de cette définition.

b) Les reconnaissances du principe d'accès au droit

Le principe d'accès au droit en tant que tel ne connaît aucune consécration, législative, ni jurisprudentielle. Néanmoins il convient d'analyser son existence positive à travers ses deux volets, à savoir la sécurité juridique et le droit au juge. Nous en rechercherons donc les éléments éventuels *d'extra-* et de *contra-légalité*.

⁶⁶ Il est en effet souvent soutenu que les principes généraux ne sauraient prospérer que dans des systèmes juridiques faiblement codifiés, ce qui n'est pas le cas à l'évidence du droit privé, cf. l'étude de P. MORVAN, *op. cit.*, pp. 93 et s.

⁶⁷ P. MORVAN, *op. cit.*

⁶⁸ Cf. notre définition *supra*.

i) Le caractère *extra-legem*

Le principe de sécurité juridique constitue l'exemple le plus parfait du principe normatif. Reconnu en tant que tel par aucun texte de nature constitutionnelle⁶⁹ ou conventionnelle, celui-ci est néanmoins consacré par un grand nombre d'ordres juridiques européens nationaux et supra-nationaux.

C'est en Allemagne que le principe est né⁷⁰, et où il a reçu les développements jurisprudentiels les plus importants. Selon la Cour de Karlsruhe, la sécurité juridique, impératif de valeur constitutionnelle, est la condition de l'effectivité de la Loi fondamentale et le préalable nécessaire à l'exercice de la liberté⁷¹.

Imprégné de la conception allemande, le droit européen, dans sa dimension luxembourgeoise et strasbourgeoise, consacre largement le principe de la sécurité juridique. Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme dans la célèbre affaire *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979⁷², rappelle que « le principe de sécurité juridique [est] nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire ». Néanmoins la jurisprudence du juge de Strasbourg reste relativement pauvre en la matière en comparaison de son homologue de Luxembourg. Qualifiée d'« exigence fondamentale »⁷³ ou de « règle de droit supérieure »⁷⁴, la sécurité juridique occupe une place tout à fait « axiomatique »⁷⁵ au sein de l'ordre juridique communautaire. Cette situation centrale s'explique en grande partie par la nature largement économique du droit communautaire, laquelle implique une particulière stabilité.

La France n'a consacré que très récemment la sécurité juridique sous forme de « principe »⁷⁶. Néanmoins d'une manière « clandestine mais efficiente »⁷⁷, la sécurité juridique agissait depuis longtemps au sein du droit français, à travers notamment le

⁶⁹ La sécurité juridique n'est reconnue en Europe occidentale que par la relativement récente Constitution espagnole de 1978, en son article 9 al. 3.

⁷⁰ Selon Th. Würtenberger, « la protection de la confiance légitime du citoyen dans la pérennité des positions juridiques acquises semble depuis longtemps profondément ancrée dans la conscience politico-juridique allemande », dans *Figures de l'État de droit*, *op. cit.*, pp. 90-91.

⁷¹ *BverfGE*, 72, 2000 (257)

⁷² CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Série A, n° 31.

⁷³ CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries*, aff. 48/69, *Rec.* 619.

⁷⁴ CJCE, 14 mai 1975, *CNTA*, aff. 74/74, *Rec.* 533.

⁷⁵ R.-E. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, p. 208.

⁷⁶ CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, *Rec.* 154.

⁷⁷ B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, p. 301.

principe de non-rétroactivité des actes administratifs⁷⁸, ou l'exigence de la qualité de la loi⁷⁹.

Quant au volet « *droit au juge* », composante du principe d'accès au droit, il constitue le contentieux privilégié de la Cour de Strasbourg, essentiellement à travers l'article 6-1 de la CEDH, relatif au droit à un procès équitable. Le droit au juge se concrétise essentiellement par le *droit d'accéder à un tribunal*. Ce principe mérite d'être qualifié de principe normatif, dans la mesure où, nonobstant l'article 6-1 de la Convention il résulte d'une pure construction jurisprudentielle.

Dans un arrêt *Golder c. Royaume-Uni*⁸⁰, en date du 21 février 1975, la Cour européenne des droits de l'homme consacre un droit d'accès à un tribunal, en même temps qu'elle en reconnaît l'absence dans le texte conventionnel⁸¹. Par un raisonnement *a absurdo*, la Cour considère qu'« on ne comprendrait pas que l'article 6-1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès »⁸².

Le juge Sir Gerald Fitzmaurice condamnera sévèrement, dans une longue opinion séparée, cette œuvre « *législative* »⁸³.

Pour la reconnaissance de l'accès à un tribunal en droit interne, on se limitera à rappeler le célèbre arrêt *Dame Lamotte*⁸⁴ du Conseil d'État par lequel la Haute juridiction reconnaît un droit au recours⁸⁵ ouvert, même en l'absence de texte, contre tout acte administratif.

⁷⁸ CE Ass, 25 juin 1948, *Société du journal « l'Aurore »*, Rec. 289.

⁷⁹ CC, décision n° 99-241 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, R. p.136. ; décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, R. p. 49. Ces décisions de la jurisprudence constitutionnelle consacrent l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi comme des objectifs à valeur constitutionnelle.

⁸⁰ CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A, n° 18, *AFDI* 1975, 330, note R. PELLOUX.

⁸¹ *Ibid.*, § 28.

⁸² *Ibid.*, § 35.

⁸³ *Ibid.*, *Opinion séparée de Sir Gerald Fitzmaurice*, § 32 : « Il existe une différence considérable entre une " législation législative ", édictée dans l'exercice d'un pouvoir souverain, et une législation fondée sur une convention, qui elle-même résulte d'une négociation, et limitée à ce qui a été accepté ou peut à bon droit être censé l'avoir été. Dans ce dernier cas, une bien plus grande réserve est requise de l'interprète : on ne doit donc pas interpréter la convention comme prévoyant plus que ce qu'elle contient ou qu'il faut nécessairement dégager ce qu'elle contient ».

⁸⁴ CE Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, Rec. 110.

⁸⁵ Depuis, les différentes juridictions nationales ont étoffé leur jurisprudence en matière de droit d'accès à un tribunal : CE, 7 janvier 1972, *Élections au Conseil de l'Unité d'enseignement des lettres et sciences humaines de l'Université de Limoges*, Rec. 26, concl. THÉRY ; CC, décision n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Autonomie de la*

ii) La fonction *contra-legem*

La fonction *contra-legem* de ces principes ne fait aucun doute. D'abord la sécurité juridique s'exerce directement à l'encontre même d'une norme : acte administratif, loi, décision juridictionnelle. C'est en effet de la qualité de la *loi*⁸⁶ dont il s'agit de faire le procès.

Les manifestations du droit au juge opèrent également comme éviction du droit écrit. Dans la jurisprudence *Dame Lamotte* donné en exemple, le principe général du droit dégagé vient faire échec à la loi du 23 mai 1943, laquelle prohibait pourtant bien explicitement tout recours.

On devine aisément la charge subversive attachée à une telle norme, notamment dans des systèmes de droit écrit. En fait, en tant que principe normatif, l'accès au droit demeure extrêmement difficile à justifier.

2) *Le principe d'accès au droit, norme à justifier*

Parce qu'il s'écarte des cadres de la conception dominante⁸⁷ de la norme, le principe de l'accès au droit, d'essence *extra-legem*, aux fonctions *contra-legem*, doit être justifié par l'ordre juridique. Ainsi celui-ci doit être refondé (a) et médiatisé (b).

a) Le droit d'accès, norme à re-fonder

Nous avons vu que le principe d'accès au droit trouvait son fondement juridique dans une certaine ontologie du droit. Néanmoins une telle considération est inacceptable, en tant que telle, dans une conception des ordres juridiques fondés sur la décision démocratique.

Point n'est besoin de nous attarder sur les contradictions entre démocratie et État de droit⁸⁸, à moins de réviser le concept de démocratie⁸⁹. L'accès au droit, à la

Polynésie française, AJDA 1996, 371, obs. SCHRAMMECK ; pour la Cour de cassation : Ass. Plén., 30 juin 1995, *M.X.*, *Recueil Dalloz* 1995, concl. JEOL.

⁸⁶ La loi au sens de la Cour européenne des droits de l'homme doit s'entendre au sens matériel et non au sens formel. À la fois « le droit écrit et le droit non écrit » (affaire *Sunday Times*, précitée, § 47), il s'agit de l'ensemble du droit en vigueur.

⁸⁷ On peut considérer comme *conception dominante* dans le champ intellectuel français, la définition selon laquelle une norme trouve le fondement de sa validité dans une norme supérieure, et *in fine*, dans une constitution démocratiquement établie. On voit ici qu'une telle conception combine étrangement des éléments *normativistes* (la question de la validité objective de la norme) et *décisionnistes* (la norme comme produit d'une décision souveraine). Sur la conception décisionniste du droit, cf. C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, Léviathan, 1993.

⁸⁸ Cf. en particulier : E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, *op. cit.* ; J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, Clef, 4^{ème} éd., 2003, 160 p. ; L. HEUSCHLING, *Rechtsstaat, Rule of law, État de droit*,

fois dans sa substance (principe ontologique du droit) et dans ses manifestations positives (principe normatif), emprunte la logique, non de la démocratie, c'est-à-dire de la volonté populaire, mais de l'État de droit. Celui-ci repose, par-delà les multiples constructions intellectuelles dont il a fait l'objet, sur le culte du règne du droit, c'est-à-dire sur une certaine objectivité et rationalité du droit, non sur le gouvernement des hommes, fut-il démocratiquement élu.

Par ailleurs, la problématique purement juridique de la *légalité* ne peut totalement faire l'impasse sur celle de la *légitimité*⁹⁰. Même le droit, *surtout* le droit, doit savoir se munir de cette « dimension symbolique » qui le dotera de cette « force particulière » ; ce que P. Legendre appelle le « passeport du sacré »⁹¹. Ainsi pour durer les systèmes juridiques doivent être *fondés*, c'est-à-dire *justifiés*.

L'État de droit⁹² ne peut plus reposer comme la démocratie sur la mythologie du peuple souverain⁹³, mais sur l'arbitrage du juge⁹⁴. Néanmoins la démocratie, au sens de régime politique fondé sur la souveraineté populaire demeure en Occident⁹⁵ le paradigme de toute légitimité. Or la décision démocratique s'objective juridiquement dans des normes positives. Il est donc impératif pour le juge, sous peine de susciter la condamnation infamante de « *gouvernement des juges* »⁹⁶, d'ancrer les principes normatifs dans l'ordre juridique positif, en d'autres termes, de doter les principes normatifs d'un fondement positif.

Les jurisprudences relatives au principe de l'accès au droit, constituent donc un remarquable exercice de justification.

Paris, Dalloz, 2002, 739 p ; M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. Évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Aix-Marseille-Paris, PUAM-Économica, 1992 ; pour une conception contraire, cf. É. PICARD, « Démocraties nationales et justice supranationale : l'exemple européen », dans *Gouvernement des juges et Démocratie*, S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 211.

⁸⁹ C'est-à-dire de considérer que la démocratie n'est plus une *forme*, suivant la célèbre définition de A. Lincoln, « le gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple », mais un *contenu* à garantir et à défendre. Telle est d'ailleurs la conception de la Cour européenne des droits de l'homme, pour qui la société démocratique se caractérise par le triptyque « pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture » ; cf. arrêt CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, série A 24.

⁹⁰ Sur les fondements de cette distinction, cf. C. SCHMITT, *op. cit.*

⁹¹ Cité par J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 63.

⁹² C'est le cas en particulier de la République fédérale allemande.

⁹³ Puisque l'État de droit implique en particulier la nécessité d'un contrôle juridictionnel des normes démocratiquement adoptées.

⁹⁴ Cf. *supra* les distinctions de *Nomos* et *Thesis* de F.-A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, précité.

⁹⁵ À des degrés variables évidemment selon les sociétés.

⁹⁶ Cf. S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *op. cit.*

La sécurité juridique a trouvé son fondement en Allemagne dans le principe du *Rechtsstaat*, constitutionnalisé par la Loi fondamentale (ci-après LF) de 1949. En effet l'article 28⁹⁷ de la LF fait de l'*État de droit* une source directe de la normativité constitutionnelle, en l'érigeant en principe constitutionnel fondamental de l'ordre juridique⁹⁸. Depuis 1953, la Cour de Karlsruhe considère que la sécurité juridique constitue le corollaire nécessaire du principe de l'*État de droit*⁹⁹.

On peut tout de même s'interroger sur la solidité d'un tel fondement. D'abord, le principe du *Rechtsstaat* est absent des articles 1 à 20 LF, lesquels jettent les bases de l'ordre constitutionnel fédéral. De plus, l'article 28 LF ne semble concerner que l'ordre juridique des *Länder*¹⁰⁰. Il a donc été considéré que le *Rechtsstaat* constituait un « *principe directeur* », « *immanent* » en quelque sorte, à la loi fondamentale¹⁰¹.

La théorie de l'immanence a été également développée afin de justifier la consécration de la sécurité juridique en droit communautaire. En effet, selon la CJCE, la sécurité juridique constitue « un principe général inhérent à l'ordre juridique communautaire »¹⁰². On peut s'étonner qu'ici, le concept de « *Communauté de droit* »¹⁰³ n'ait pas servi de fondement. Plus prudente, la Cour de Strasbourg, qui considérait depuis 1979 que le principe de sécurité juridique était « nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire »¹⁰⁴, a jugé préférable, de le rattacher par la suite, au principe de prééminence du droit¹⁰⁵. Là encore il s'agit d'un fondement relativement branlant puisque la prééminence du droit, dont la Cour n'a jamais donné de définition, n'est mentionnée que dans le préambule de la Convention¹⁰⁶, ainsi que dans le Statut du Conseil de l'Europe¹⁰⁷.

⁹⁷ Le principe de l'*État de droit* est également repris dans une loi constitutionnelle de 1992, révisant l'article 23 LF.

⁹⁸ Cf. C. GREWE, « L'*État de droit* sous l'empire de la Loi fondamentale », dans *Figures de l'État de droit*, *op. cit.*, pp. 385 et s.

⁹⁹ *BverfGE*, 1, 380 (257).

¹⁰⁰ L'article 28 LF est rédigé comme suit : « L'ordre constitutionnel des *Länder* doit être conforme aux principes d'un *État de droit* républicain, démocratique et social au sens de la présente Loi fondamentale [...] ».

¹⁰¹ Sur ces questions, cf. E. CARPANO, *op. cit.*, pp. 197 et s.

¹⁰² CJCE, 10 février 2000, *Schröder*, aff. C-50/96, *Rec.* 619.

¹⁰³ Notion dégagée lors d'un célèbre arrêt CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts »*, aff. 294/83, *Rec.* 1353.

¹⁰⁴ Cf. l'arrêt CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, *précité*.

¹⁰⁵ CEDH, 28 octobre 1999, *Brumarescu c. Roumanie*, JCP, 2000, I, p. 203, obs. SUDRE.

¹⁰⁶ « Résolus, en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle, Sont convenus de ce qui suit ».

Quant au juge administratif français, qui n'a reconnu la sécurité juridique qu'en 2006¹⁰⁸, il est, suivant sa propre tradition, beaucoup plus avare de justification. Néanmoins la doctrine considère généralement que la sécurité juridique trouve son fondement dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen¹⁰⁹.

Même quand le juge ne justifie pas ces décisions, il est remarquable que la doctrine tente de le faire à sa place.

En ce qui concerne le droit au juge, nous nous en tiendrons à la reconnaissance par le juge de Strasbourg du droit d'accès à un tribunal, précédemment évoqué dans l'arrêt *Golder*¹¹⁰. Alors que l'article 6-1 de la Convention européenne ne pouvait constituer un fondement pertinent, la Cour avait considéré que cette stipulation devait être « lue dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce traité normatif qu'est la Convention [...], ainsi que des principes généraux du droit »¹¹¹. Au cœur de ce projet se situe encore une fois, la prééminence du droit, à laquelle les Hautes parties contractantes seraient *sincèrement attachées*¹¹². La fragilité de ce fondement avait, là encore, été dénoncée par le juge Fitzmaurice : « L'importance que le paragraphe 34 de l'arrêt de la Cour attache à la " prééminence du droit " est très exagérée. Si grand qu'en soit le poids, cet élément ne se trouve mentionné qu'incidemment dans le préambule de la Convention. Ce sont surtout des considérations humanitaires, et non le souci d'assurer la prééminence du droit, qui ont animé les États contractants »¹¹³.

¹⁰⁷ *Préambule* : « Inébranlablement attachés aux valeurs [...] qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit sur lesquels se fonde toute démocratie véritable » ; article 3 : « Tout membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

¹⁰⁸ Arrêt CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, précité.

¹⁰⁹ Cf. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 424 ; F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, pp. 67 et s.

¹¹⁰ CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, précité.

¹¹¹ *Ibid.*, § 36.

¹¹² *Ibid.*, § 34 : « Si les gouvernements signataires ont décidé de " prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration Universelle ", c'est en raison notamment de leur attachement sincère à la prééminence du droit ».

¹¹³ *Ibid.*, *Opinion séparée de Sir Gerald Fitzmaurice*, note 20.

b) Le droit d'accès, norme à médiatiser

Une autre forme de justification du principe de l'accès au droit découle de sa nécessaire médiatisation. L'*accès au droit* constitue une notion trop vague et générale pour pouvoir positivement s'imposer d'elle-même. Celle-ci a donc besoin de trouver des médiations, lesquelles organiseront et garantiront son effectivité au sein des ordres juridiques positifs. La rencontre entre la norme, nécessairement générale, et le fait qu'elle entend régir, nécessairement particulier, impose à celle-ci qu'elle se précise, qu'elle se particularise.

Voilà pourquoi le principe ontologique de l'accès au droit trouve à se concrétiser positivement aux moyens d'autres normes, comme la sécurité juridique et l'accès au juge. Ces dernières normes sont elles-mêmes subdivisables en une multitude de sous-principes : principe de non-rétroactivité, de confiance légitime, de légalité, d'accessibilité, d'intelligibilité, pour la sécurité juridique ; droit d'accès à un tribunal, procès équitable, pour le droit au juge.

Ainsi l'accès au droit peut être considéré comme un véritable « principe matriciel », engendrant « d'autres droits de portée et de valeur différentes », « dont la protection est nécessaire pour assurer le respect du principe lui-même »¹¹⁴.

Enfin la médiatisation de l'accès au droit est rendue nécessaire dans la mesure où celui-ci ne constitue non pas seulement une norme, à laquelle s'imposeraient des réponses selon un mode binaire, mais surtout un idéal à atteindre, empruntant plus volontiers une *logique de flou*¹¹⁵, caractéristique du droit post-moderne¹¹⁶.

Paradoxalement, l'accès au droit, principe inhérent de l'idée même de droit, et à ce titre principe intemporel, apparaît dans ces manifestations normatives comme une figure spécifique de la contemporanéité juridique.

¹¹⁴ B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de “ principes matriciels ” en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Recueil Dalloz* 1995, chron., p. 211.

¹¹⁵ Cf. M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit, du Code pénal aux droits de l'Homme*, Paris, PUF, Quadriga, 2004.

¹¹⁶ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2003.

RÉSUMÉ :

*La question de l'accès au droit, constitue, au moins en France, un objet d'étude privilégié des sciences sociales. Dans cette perspective, cet objet est défini comme l'accessibilité matérielle et culturelle des citoyens au droit positif. Pourtant, l'accès au droit implique des problématiques essentiellement juridiques. Il convient alors de redéfinir celui-ci comme l'inscription du destinataire de la norme dans la norme elle-même. Ainsi reconstitué comme concept purement juridique, l'accès au droit ne se pose plus aux ordres juridiques positifs de manière purement contingente, mais au contraire nécessaire. Le concept de principe, permet de rendre compte de la double nature de l'accès au droit : à la fois comme élément essentiel du droit, et comme norme de droit positif. Il importe alors de considérer l'accès au droit comme principe du droit (principe ontologique), et comme principe de droit (principe normatif). L'accès au droit constitue une dimension essentielle de la juridicité, conçue comme langage et comme garantie de l'autonomie. En tant que principe du droit, il inspire et informe le droit positif, pour devenir un principe de droit, c'est-à-dire un principe normatif, dont les propriétés résident dans son élaboration extra-*legem*, et dans sa fonction *contra-*legem**. Ainsi, plus que tout autre, l'accès au droit, principe éminemment subversif, est une norme à justifier.*

SUMMARY:

*At least in France access to law issue turns to be a central topic for the Social Sciences. In that sense, we define this object as the citizen material and cultural access for the positive right. However, access to law is mainly involved with legal issues which have to be redefining as the recipient registration of the convention in the convention itself. The access to law, considered as a pure legal concept, is not asked to the legal positive orders anymore. Thus this opposition is more required than incidental. Concept of principle shows up the access to law double nature. First of all as a central part in law and as a norm for the positive law. So, we have to consider the access to law as a principle of the law (ontological principle) and a rule of the law (prescriptive principle). The access to law constitutes a central dimension of legality, considered as a language and as a guaranty of autonomy. As a rule of law, it inspires and notifies the positive law by ending up to be a rule of law. It is a prescriptive rule which properties are based in its extra-*legem* elaboration and in its *contra-*legem** function. Thereby, the access of law is more than anyone else a subversive rule. It is a norm, which has to be justified.*

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- BRONDEL S., FOULQUIER N. et HEUSCHLING L. (dir.), *Gouvernement des juges et Démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001
- CARPANO É., *États de droits et droits européens*, Paris, L'Harmattan, 2005
- CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 2003
- CHEVALLIER J., *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, clef, 4^{ème} éd., 2003, 160 p.
- CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2003
- COHEN-TANUGI L., *Le droit sans l'État*, Paris, PUF, Quadrige, 2^{ème} éd., 2007
- DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit, du Code pénal aux droits de l'Homme*, Paris, PUF, Quadrige, 2004
- GREWE C., « L'État de droit sous l'empire de la Loi fondamentale », dans O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 385
- HAYEK F.-A., *Droit, législation et liberté, I Règles et ordre*, trad. R. AUDOUIN, Paris, PUF, Quadrige, 1995
- HEUSCHLING L., *Rechtsstaat, Rule of law, État de droit*, Paris, Dalloz, 2002, 739 p.
- JOUANJAN O. (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001
- Kelsen H., *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, Paris-Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1999
- MATHIEU B., « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 301
- MATHIEU B., « Pour une reconnaissance de " principes matriciels " en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*. 1995, chron., p. 211
- MORVAN P., *Le principe de droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1999
- PFERSMANN O., « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'« État de droit » », dans O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 53 et s.
- PICARD É., « Common law », dans D. ALLAN et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2003, p. 238

-
- PICARD É., « Démocraties nationales et justice supranationale : l'exemple européen », dans S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et Démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 211
 - PICARD É., « Science du droit ou doctrine juridique », *L'unité du droit : mélanges en hommages à Roland Drago*, Paris, Économica, 1996, p. 79
 - REDOR M.-J., *De l'État légal à l'État de droit. Évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Aix-Marseille-Paris, PUAM-Économica, 1992
 - SCHMITT C., *La Dictature*, Paris, Éditions du Seuil, novembre 2000
 - SCHMITT C., *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, Léviathan, 1993
 - TIMSIT G., *Les noms de la loi*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1991
 - VILLEY M., « La " Rechtslehre " de Kant dans l'histoire de la science juridique », *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 150
 - VILLEY M., *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001
 - VOGEL L. (dir.), *Des droits au droit : Les droits de la personne, fondement du droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2006
 - WÜRTEMBERGER Th., « L'État de droit avant l'État de droit », dans O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 79

Accessibilité et communicabilité du droit

EMMANUEL CARTIER

Professeur à l'Université de Lille II – Droit et Santé

Quel droit pour quel accès ? Ces questions en apparence simplistes méritent d'être posées tant l'expression « accès au droit », largement diffusée par les textes législatifs et réglementaires¹ dans le cadre d'une politique publique de transparence et de réduction des inégalités amplifiée par la juridicisation de la société², recouvre des significations et des enjeux divers que l'angle juridique n'épuise pas. Les dimensions historique³, sociologique⁴, voire

¹ La loi du 10 juillet 1991 *relative à l'aide juridique* crée les Conseils départementaux de l'aide juridique que la loi du 18 décembre 1998 *relative à l'accès au droit et la résolution amiable des conflits* transforme en conseils départementaux de l'accès au droit (CDAD) tout en élargissant le concept d'accès au droit auparavant essentiellement envisagé au travers de l'aide juridictionnelle. Ceux-ci ont pour mission de garantir au plus grand nombre d'habitants du département l'accès à une information juridique de qualité. L'article 54 de la loi dispose que le CDAD est « chargé de recenser les besoins, de définir une politique locale, de dresser et diffuser l'inventaire de l'ensemble des actions menées. [...] Il procède à l'évaluation de la qualité et de l'efficacité des dispositifs auxquels il apporte son concours ». Dans le prolongement de ce dispositif et dans le cadre de la politique de la ville, des « bureaux de l'accès au droit » ont été mis en place, cf. Arrêté du 20 février 2002 *fixant l'organisation en bureaux du service de l'accès au droit et à la justice et de la politique de la ville* ; Arrêté du 9 juillet 2008 *fixant l'organisation en bureaux du service de l'accès au droit et à la justice et de l'aide aux victimes du secrétariat général du ministère de la justice*, *JORF* 11 juillet 2008.

² Voir sur ce point les conclusions du Rapport 2008 de la commission de réforme de l'accès au droit et à la justice rendu à la demande de la Ministre de la Justice, suite au mouvement de grève des barreaux protestant contre la refonte de la carte judiciaire. Ainsi que le note Philippe Didier, avoir fait de l'accès au droit un enjeu de politique publique traduit une volonté de faire du droit un mode essentiel de résolution des conflits dans la société en négligeant dès lors les autres modes de résolution ayant pour nombre d'entre eux fait leurs preuves par le passé comme la religion, la morale ou la tradition, cf. Ph. DIDIER, « Regard juridique sur l'accès au droit », in *L'accès au droit*, Actes du colloque du 3 juin 2001 à l'Université de Tours, CRDP, Publications de l'Université François Rabelais, Tours, 2002, p. 105.

³ Sur les aspects historiques de la prise en compte par les pouvoirs publics de la nécessité de rendre accessible aux plus démunis le droit, cf. Ch. DAUCHEZ, « Regard historique sur l'accès au droit », in *L'accès au droit*, *ibid.*, pp. 91-104.

⁴ Sur les aspects sociologiques de la question, cf. J. FAGET, « Regard sociologique sur l'accès au droit », *ibid.*, pp. 119-135.

anthropologique et psychologique complètent en effet de manière pertinente cette question de l'accès au droit. La seule approche juridique se traduit d'ailleurs par différentes problématiques liées à la diversité des matières concernées, qu'il s'agisse du droit constitutionnel où le Conseil constitutionnel a consacré en 1999 un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁵ ; du droit administratif puisque les mesures matérielles de communication et de conservation des lois comme de l'ensemble des actes unilatéraux de puissance publique se rattachent classiquement à l'exécutif et à la fonction administrative ; du droit de la propriété intellectuelle puisque la réutilisation des données ainsi produites par l'administration, notamment sous leur forme dématérialisée⁶, peut donner lieu à la perception de redevances⁷ ; enfin du droit de la preuve avec la question de l'authenticité des actes ainsi portés à la connaissance des administrés et de la responsabilité éventuelle des autorités en charge de leur mise à disposition par les organes officiels de diffusion⁸.

La question de l'accès au droit nécessite au préalable de distinguer ce à quoi l'expression « droit » renvoie, ce qui ne va pas forcément de soi. En effet, s'agit-il de l'accès aux sources du droit qui par définition ne sont pas toujours évidentes à appréhender même si on s'en tient aux seules sources formelles pour reprendre une distinction controversée de François Génay⁹ ? S'opposent alors deux conceptions du

⁵ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes* ; J.-É. SCHOETTL, « Codification par ordonnance », *AJDA* 2000, p. 31.

⁶ La dématérialisation peut concerner, soit le processus de transformation d'une pièce papier originale en une pièce numérique, soit la création originelle d'une pièce numérique. Le second procédé consiste, selon certains auteurs, à créer des pièces « immatérielles » et non dématérialisées comme pour le premier, cf. V. E. A. CAPRIOLI, « Variations sur le thème du droit de l'archivage dans le commerce électronique », *LPA* 1999, n° 164, pp. 5-6.

⁷ Outre le fait que certaines des données diffusées par le site Légifrance sont protégées par le droit d'auteur – art. L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle – (traductions et résumés ainsi que les modes de classement des documents consultables), « l'extraction ou la réutilisation » de « parties quantitativement ou qualitativement substantielles du contenu » des bases du site sont subordonnées à l'obtention d'une licence en vertu de l'art. L. 341-1 du même code. C'est l'ordonnance du 6 juin 2005 *relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques* qui, en même temps qu'elle définit le régime de la réutilisation des données juridiques, confie à la Commission d'accès aux documents administratifs la mission de veiller à son application aux moyens d'avis et de sanctions. Un décret d'application du 30 décembre 2005 vient compléter le dispositif.

⁸ Cf. E. CARTIER, « Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques », *AJDA* 30 mai 2005, pp. 102-111.

⁹ L'auteur oppose en effet les sources réelles du droit ou matérielles, par définition en dehors du droit, aux sources dites formelles, traditionnellement associées à la loi, au règlement, à la coutume et à la jurisprudence. Cette distinction est très critiquable non seulement en ce qui concerne l'emploi du mot « source » mais surtout du fait de la dogmatique qui préside à toute présentation des sources dites

droit rattachées respectivement à la tradition romano-germanique, en vigueur en Europe continentale, dont se fait écho l'Union européenne, et à la tradition de *Common law*, en vigueur au Royaume-Uni et dans les pays du *Common wealth*, qui inspire l'OMC et la Banque mondiale dans leur recherche de performance économique¹⁰. S'agit-il de l'accès aux divers supports de la règle de droit, c'est-à-dire pour reprendre une distinction doctrinale classique à l'*instrumentum* – qu'il faut distinguer du *negotium* (l'opération juridique enregistrée sur le document) – parmi lesquels l'écrit occupe le premier rang mais n'est pas le seul ? S'agit-il de l'accès à la règle de droit elle-même, ce qui suppose la perception objective de son caractère impératif par son destinataire et, parmi les différents modes impératifs, celui correspondant au commandement effectif énoncé par son auteur, ce qui suppose d'introduire la problématique de l'interprétation en droit et la controverse qu'elle suscite au regard de la théorie réaliste¹¹ ? La question se posera d'ailleurs différemment selon que l'accès au droit concerne l'autorité chargée de l'application de la règle de droit, juge ou administration, le justiciable devant conformer son comportement au droit en vigueur, l'avocat chargé de défendre les intérêts de son client sur la base d'une argumentation juridique parfois peu conventionnelle, ou tout simplement l'étudiant en droit cherchant à acquérir des connaissances sur telle ou telle matière qu'il doit étudier dans le cadre du cours qui lui est dispensé.

L'accès au droit ne doit néanmoins pas être confondu avec l'accès au juge, au risque de limiter le droit aux seuls conflits dont la résolution est demandée aux juridictions¹². Cette vision d'un droit limité au seul contentieux – c'est-à-dire d'une certaine manière de la pathologie du droit – outre qu'elle ne correspond pas à notre culture juridique et à ce qu'il faut entendre par « droit », témoigne d'une tendance préoccupante à la judiciarisation de la société sur le modèle non transposable du droit anglo-saxon. Cette tendance illustre d'ailleurs une certaine démission du

formelles du droit dont le contenu et la structure varient selon les systèmes et les auteurs (nombre exact, définitions, domaines respectifs, forces). Il s'agit en effet principalement, pour s'en tenir aux auteurs français, d'un droit légiféré, interniste ou étatiste, souvent calqué sur le droit privé tant en ce qui concerne l'articulation des règles et catégories juridiques qu'en ce qui concerne le rôle du juge.

¹⁰ Pour exemple le *rapport Doing business* rendu par la Banque mondiale en 2004 épingle les systèmes judiciaires de droit civil par rapport à ceux de *Common law* pour leur lenteur et leur absence de souplesse, obligeant les premiers à s'interroger sur leur capacité d'évolution, cf. *Doing business in 2004 : understanding regulation*, The World Bank, Oxford University Press, 2004, Report No: 27147, 217 p.

¹¹ Pour une présentation de cette problématique sur un mode contradictoire, cf. O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* 2002, n° 50, pp. 279-334. et M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC* 2002, n° 50, pp. 335-353.

¹² Sans nier le caractère complémentaire de l'accès au droit et de l'accès à la justice, la distinction est essentielle. Elle est d'ailleurs fort judicieusement reprise par le Rapport 2008 de la commission réforme de l'accès au droit et à la justice, *op. cit.*

politique dans sa capacité à résoudre une partie des conflits de société¹³. Il s'agit donc à la fois d'une question d'effectivité, voire d'efficacité (question extra-juridique)¹⁴ et d'une question juridique liée aux conditions d'opposabilité de la règle de droit à ses destinataires. Nous écarterons ainsi de cette étude la question tout aussi intéressante de l'accès intellectuel au droit en notant que la présomption de connaissance de la loi qui repose sur le principe « Nul n'est censé ignorer la loi » que connaît la majorité des systèmes juridiques traduit *in fine* une présomption de lisibilité ou intelligibilité de la règle de droit aujourd'hui souvent renversable lors du contrôle de constitutionnalité de la loi¹⁵, même si la base de ce contrôle demeure dotée d'une normativité faible¹⁶.

Ne serait-il pas judicieux dans un premier temps de renverser la question : qu'en serait-il en effet d'un droit inaccessible ? Serait-ce même encore du droit ? Ne lui manquerait-il pas la part d'effectivité minimale nécessaire à tout ordre juridique digne de ce nom¹⁷ ? Il en résulte que l'accessibilité du droit, sans être une condition de son existence, est une condition de son acceptabilité, c'est-à-dire de sa légitimité (I). Dans un second temps c'est une question préalable à toute analyse de l'accès au droit qui doit être posée, à savoir celle de l'authenticité de la règle ainsi rendue accessible (II). Cette question précède en effet celle de la communicabilité de la règle de droit qui, dans les systèmes de tradition romano-germanique conditionne son opposabilité à ses destinataires (III).

¹³ Ce mouvement, non spécifique à la France traduit parallèlement une déresponsabilisation de la société en général.

¹⁴ Une norme ne pouvant être fondée sur un fait, le constat de l'efficacité ou de l'absence d'efficacité de la norme en question ne relève *a priori* pas d'un discours sur le droit et n'apporte rien à l'analyse juridique.

¹⁵ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *op. cit.* et L. MILANO, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP* 2006, pp. 637-671.

¹⁶ Sur le faible degré de normativité des objectifs de valeur constitutionnelle, cf. P. DE MONTALIVET, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006, pp. 169-175 et du même auteur, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2006, 647 p.

¹⁷ Dans les deux versions de sa *Théorie générale du droit* (TGD 1 et 2), Kelsen considère en effet que l'efficacité globale est une condition *sine qua non* de la validité d'un ordre juridique. L'auteur fait même du principe d'efficacité la condition de détermination de la Constitution de tout ordre juridique et, par un étrange raisonnement inversé, la détermination de sa norme fondamentale, cf. H. KELSEN, *TPD* 1, p. 126 et *TPD* 2, pp. 209-211. Selon Kelsen, l'efficacité du droit, qu'il s'agisse de la Constitution ou de l'ordre juridique qui en découle, peut ne pas être totale, il suffit qu'elle soit « globale » ou « grosso modo », « en tant que tout », efficace, « c'est-à-dire effectivement obéies et appliquées en gros et de façon générale », cf. *TPD* 2, p. 215.

I – L’ACCÈS AU SUPPORT DE LA RÈGLE JURIDIQUE COMME CONDITION D’ACCEPTABILITÉ DU DROIT

Nous ne sommes plus aujourd’hui, du moins dans nos démocraties occidentales, face à un droit révélé constitué de règles qui s’imposent par leur seule origine divine à l’ensemble des hommes, soit qu’elles résultent directement de la volonté de Dieu dont les commandements s’adressent à l’homme dans des textes sacrés, soit indirectement lorsque les autorités politiques prétendent édicter des règles positives au nom de Dieu¹⁸. La révélation elle-même ne suffit d’ailleurs pas à faire du commandement divin une règle de droit. Encore faut-il que le commandement ait été posé comme tel, souvent par le biais d’un écrit, simple retranscription de la volonté divine, comme l’ont été les tables de la loi pour Moïse et le peuple hébreu dont les prescriptions furent, selon l’Ancien Testament, dictées par Dieu sur le mont Sinäi. Même la norme divine suppose d’avoir été posée ou du moins transposée en la forme de signes linguistiques compréhensibles, c’est-à-dire lisibles donc accessibles du point de vue intellectuel, soit directement, soit par l’intermédiaire d’hommes dont la fonction est justement de diffuser les commandements divins et d’en donner l’interprétation officielle¹⁹.

Une fois cette étape accomplie, encore faut-il que la norme puisse toucher les justiciables et les autorités chargées de son application, respectivement destinataires primaires et secondaires de la norme. Elle doit pour cela être communiquée ou tout du moins être rendue communicable à ses destinataires. Sans cela elle perdrait sa fonction normative, à savoir régir les comportements humains. Seule serait effective la sanction de la règle de droit qui perdrait dès lors son caractère hypothétique, s’apparentant à une série de décisions individuelles dont les destinataires, faute d’avoir pu connaître le contenu de la règle, n’auraient pu conformer leur comportement à celui-ci et en cela la respecter. La connaissance de la règle interviendrait dès lors *ex post*, la sanction jouant le rôle de vecteur communicationnel du contenu de la règle enfreinte vis-à-vis des justiciables susceptibles de voir leur comportement régi par celui-ci.

La communication du droit, entendu comme un ensemble de prescriptions organisées en un système hiérarchisé et sanctionné visant à régir le comportement humain dans une société donnée, apparaît à la fois comme une nécessité conditionnant l’effectivité de la règle de droit et comme un facteur de sa légitimité. Sa violation implique en effet le recours à la sanction c’est-à-dire à la force

¹⁸ Origine de la distinction kantienne entre « religion révélée » et « religion naturelle », cf. I. KANT, *La religion dans les limites de la raison*, trad. J. TRULLARD, Librairie de Ladrangue, Paris, 1841, pp. 274 et s.

¹⁹ Le prêtre a ce rôle au sein de l’Église et jusqu’à la transcription des textes sacrés du latin aux langues modernes, sa fonction de vecteur des commandements divins était essentielle.

(publique), stade ultime du processus de concrétisation de l'ordonnement juridique. Comment en effet justifier la sanction d'une règle dont le contenu n'a pu, au moins potentiellement, être connu des justiciables ? Quelle autorité pourrait se prévaloir d'une telle prérogative ? C'est pourtant ce qui se produit lorsqu'une règle de droit comporte des dispositions rétroactives, c'est-à-dire régissant des situations révolues ou plutôt tirant des conséquences juridiques nouvelles de faits révolus. La condamnation par la plupart des systèmes juridiques contemporains, sous la forme d'une règle ou d'un principe général, des normes de portée rétroactive, notamment dans l'ordre pénal²⁰, témoigne à la fois de l'antinomie et de l'illégitimité qui préside à l'existence de telles règles²¹. L'accès au droit participe donc à son acceptabilité par la société dans le cadre du minimum de sécurité juridique nécessaire à l'effectivité de tout ordonnancement juridique. La consécration récente dans notre droit positif sous l'influence de la jurisprudence de la CEDH et de la Cour constitutionnelle allemande d'un principe de sécurité juridique contribue à juridiciser une problématique dont seule la dimension politique (en termes de légitimité et de transparence démocratique) émergeait antérieurement²².

La question de l'accès au droit doit être analysée sous l'angle juridique c'est-à-dire à partir des catégories et des règles issues de notre ordonnancement juridique et de leurs rapports spécifiques. Le droit dont la question de l'accès doit être posée correspond par conséquent à l'ensemble des règles juridiques en vigueur sur un territoire donné dont les autorités publiques doivent assurer l'application et auxquelles les justiciables doivent conformer leur comportement. De ce point de vue, le justiciable doit pouvoir connaître les règles qui lui sont applicables quelle que soit leur origine (législative, réglementaire ou non réglementaire, interne ou externe), leur portée (générale ou individuelle, rétroactive ou non) ou leur date d'édition (pouvant remonter parfois à l'Ancien Régime)²³. L'accès au droit suppose par conséquent la combinaison de procédés de communication et de conservation du droit en vigueur afin que nul ne puisse l'ignorer ou l'oublier. A défaut, outre le risque d'être soumis sans le savoir à telle ou telle prescription, le justiciable risque aussi d'être maintenu dans l'ignorance de ses droits et libertés fondamentaux que les textes

²⁰ Principe affirmé en France pour la loi pénale par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme ainsi que par l'article 2 du Code civil pour les autres lois mais dont la valeur demeure en ce cas simplement législative.

²¹ *Le principe de non rétroactivité des lois*, VIIe Table ronde internationale, Aix-en-Provence, 11 juillet 1990, A.I.J.C., VI, 1990, PUAM et *Économica*, Paris et Marseille, 1992.

²² Celui-ci a pour le moment rang de principe général du droit, cf. CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, n° 288460, *AJDA* 2006, pp. 1028 et s.

²³ Par exemple la célèbre ordonnance de Colbert sur la Marine de 1681, en vigueur en matière de détermination du domaine public maritime, jusqu'à son abrogation par la publication de l'ordonnance du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code de la Propriété des personnes publiques.

constitutionnels modernes ont pour fonction de consacrer et que la loi a pour tâche de mettre en œuvre. Le préambule de la DDHC de 1789 qui ne suscite, à tort, que peu d'intérêt de la part des juristes sous prétexte de ne pas avoir été consacré comme norme de référence par le Conseil constitutionnel, précise ainsi que : « considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que leurs actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous ».

L'accès au droit présuppose pour remplir sa fonction de garantir l'authenticité du contenu des règles en vigueur. Il repose par conséquent sur une administration prolongeant la fonction normative de l'État dans le domaine de la communication. L'activité normative apparaît en effet comme une activité de communication par nature. Elle opère dans un cadre communicationnel formé entre l'auteur de la règle (le Parlement, le gouvernement, le Président de la République, le Premier Ministre, un ministre, l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou toute autorité administrative) et ceux auxquels elle s'adresse ou destinataires qui en seront par conséquent les lecteurs, qu'il s'agisse des destinataires primaires de la règle, individuellement identifiés (Monsieur ou Mme X) ou formés de catégories spécifiques (personne morale ou physique, artisan, parents, étudiants, contribuable, étranger, etc.), ou des destinataires secondaires, c'est-à-dire des autorités en charge de son application (les ministres, les administrations concernées et, *in fine* le juge et les autorités de police en cas de recours à la force publique). Dans son Discours préliminaire au premier projet de Code civil Portalis déclare que « les lois ne peuvent obliger sans être connues ».²⁴ Selon les « maximes du droit public universel [...] il est essentiel que les citoyens puissent connaître les lois sous lesquelles ils vivent et auxquelles ils doivent obéir »²⁵.

La communicabilité de la règle de droit est considérée dans les pays de tradition romano-germanique comme une condition de son opposabilité aux administrés. Leur connaissance du droit est d'ailleurs présumée acquise dès lors que les formalités de communicabilité ont été accomplies par un procédé de publication,

²⁴ J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris, éd. Confluences, coll. Voix de la cité, 1999, p. 26.

²⁵ *Ibid.*, p. 67.

de notification et ou d'affichage, c'est-à-dire par une « mesure de communication » matérielle²⁶, voire par le simple écoulement d'un délai ou *vacatio* au cours duquel le justiciable est sensé avoir pu s'informer de l'existence et du contenu du texte²⁷. Sans ce formalisme – qui peut être qualifié de substantiel – l'acte n'acquiert pas force exécutoire et ne peut être opposé à ses destinataires car ils n'ont pas été en mesure de pouvoir connaître la règle concernée, même si dans les faits ils ont pu ne pas en avoir pris connaissance. Celle-ci est quérable et non portable pour reprendre une expression civiliste habituellement associée aux choses. « C'est la même chose », disait Portalis, « d'avoir connu la loi ou d'avoir pu la connaître »²⁸.

La connaissance du droit est régie par un principe issu de l'adage d'origine latine « Nul n'est censé ignorer la loi » (*nemo legem ignorare censetur*) auquel le *Digeste* consacrait un Titre entier (Titre 6 du Livre 22) en distinguant « l'ignorance de droit », inexcusable, de « l'ignorance de fait », par nature excusable²⁹. Comme le souligne François Terré, la maxime est considérée sous l'Antiquité et encore aujourd'hui comme traduisant un principe de raison sans lequel toute vie en société serait impossible. Bien qu'inscrit nulle part dans le corpus de nos règles juridiques il domine tout notre droit³⁰. Le droit allemand reprend la formule latine dans l'expression « Rechtsunkenntnis schützt vor Stafe nicht »³¹ et même le droit anglais, pourtant marqué par une toute autre tradition juridique consacre la formule « ignorance of law is no excuse ». La présomption de connaissance du droit en vigueur par les justiciables quels que soient leur niveau d'éducation et leur statut (étranger en séjour dans le pays ou citoyen français, majeur ou mineur, infirme ou valide), traduit par conséquent une fiction : celle d'une société de juristes éclairés. La continuité et l'unité de l'ordonnement juridique impliquent, sous peine d'une application intermittente du droit en vigueur, une telle présomption. La société juridique est par conséquent bâtie sur une fiction qui a comme conséquence

²⁶ Expression empruntée à Ch. EISENMANN, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », in *Mélanges Michel Stassinopoulos, Problèmes du droit public contemporain*, Paris Athènes, LGDJ *RDP*, coll. Loi et Justice, 1974, p. 201.

²⁷ C'était le cas sous l'empire du Code Napoléon dont l'article 1^{er}, jusqu'à une ordonnance du 27 novembre 1817, faisait dépendre l'opposabilité de la loi aux justiciables d'un délai calculé à partir du décret de promulgation et fonction de l'éloignement du chef lieu de département concerné de la capitale. Si les textes étaient publiés au *Bulletin des lois* depuis 1794, leur opposabilité n'en dépendait juridiquement pas.

²⁸ J.-É.-M. PORTALIS, *op. cit.*

²⁹ S. D. CONNOLLY, *Access to law in Late Antiquity: Status, Corruption, and the Evidence of the Codex Hermogenianus*, UMI Microform, 2005, pp. 25-26.

³⁰ F. TERRÉ, « Le rôle actuel de la maxime “ nul n'est censé ignorer la loi ” » *Études de droit contemporain*, 1996, I, pp. 91 et s.

³¹ R. DUMEY, W. PLASA, *Dictionnaire juridique Français-Allemand*, éd. de Navarre, 1982, p. 162 et p. 674.

indirecte l'obligation pour tout justiciable de se tenir informé des règles juridiques qui régissent la grande variété des relations qu'il peut entretenir dans la société, à commencer par la cellule familiale. Le bon père de famille doit aussi être un bon juriste puisque son ignorance comme son erreur – les deux notions étant confondues sauf lorsqu'une tierce responsabilité peut être invoquée – ne pourront, sauf exception notamment en droit pénal³², le soustraire à l'application stricte de la règle de droit lorsque celle-ci a répondu aux formes de publicité adéquates³³. Le droit, au même titre que l'économie appréhende l'homme par le modèle de l'*homo economicus*, l'appréhende par le modèle de l'*homo juridicus*. Les buts sont néanmoins distincts puisque là où l'économie vise la scientificité de ses analyses – ce qu'illustre bien la précaution argumentative chère aux économistes « toutes choses étant égales par ailleurs » – le droit vise par la voie de la prescription – la présomption « Nul n'est censé ignorer la loi » – la stabilité et l'unité de son système, voire l'égalité de tous (égalité formelle) devant la loi.

Si l'accès au droit conditionne l'acceptabilité de celui-ci et par-là sa légitimité, encore faut-il que les règles édictées par les pouvoirs publics soient certifiées conformes tant en ce qui concerne leur qualité de norme – qu'elles tiennent du respect de la procédure d'édiction prévue par les normes supérieures – qu'en ce qui concerne leur contenu dont l'authenticité doit pouvoir être établie.

³² Le droit pénal connaît en effet le concept d'erreur de droit qui, commise à propos de l'existence ou de l'interprétation d'une règle pénale, peut annuler le dol général et par conséquent supprimer l'élément intentionnel de l'infraction. L'article 1^{er} du Code civil dans sa version antérieure à l'ordonnance du 20 novembre 2004, admettait ainsi l'exception d'ignorance qui permettait au tribunal d'acquitter une personne ayant commis une infraction dans les trois jours ayant suivi la publication du texte. Au-delà de cette faculté à la discrétion du juge, la Cour de cassation a eu une jurisprudence fluctuante. Dans un premier temps réticente à admettre une telle exception au principe la Cour de cassation a fini par accepter que puisse être invoquée l'erreur de droit « invincible », c'est-à-dire lorsqu'elle résulte d'une information erronée donnée par l'administration à l'administré. L'art. 122-3 du NCP consacre cette exception en disposant que : « N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte », cf. Cass. Crim., 10 octobre 1958, Bull. crim. n° 615 ; Cass. Crim., 2 avril 2008, n° 07-85920, à propos de l'article L. 221-17 du Code du travail.

³³ Le terme « publicité » correspond dans l'acception qui sera retenue dans cette étude à « l'opération par laquelle les actes sont portés à la connaissance des intéressés », G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, t. 1, PUF, 1992, p. 296. Elle ne se limite donc pas à la publication mais est réalisée par bien d'autres formes de « communication », au sens juridique du terme, puisque la publicité de la norme emporte son opposabilité aux intéressés comme l'affichage, la proclamation au roulement du tambour ou la notification pour les actes individuels, voire la publication et la notification pour certains actes administratifs mixtes.

II – L'AUTHENTICITÉ DE LA RÈGLE JURIDIQUE COMME CONDITION PRÉALABLE DE L'ACCÈS AU DROIT

Il n'est ici question que de l'accès formel au droit, c'est-à-dire à la condition de présomption de connaissance de la règle de droit, accès institutionnalisé par une « mesure de communication » matérielle en la forme d'une publicité au sens large du terme. Cette mesure de publicité – individuelle (pour la notification) ou collective (pour la publication et l'affichage) – implique la garantie de l'authenticité de la règle en faisant l'objet afin que celle-ci puisse faire foi et être par conséquent opposable à ses destinataires en tant que règle de droit, c'est-à-dire en tant qu'acte ayant fait l'objet d'une procédure particulière d'édition par un organe lui-même habilité à cet effet. Se pose alors la question de l'authenticité du texte, question préalable à toute publicité du support de la norme puisque c'est sur cette base que les justiciables conformeront ou non leur comportement et seront ou non susceptible de commettre une « erreur de droit »³⁴. Le droit privé connaît cette problématique que l'office du notaire, hérité de l'Ancien Régime³⁵, est censé résoudre en conférant par l'apposition de sa signature, force probante aux actes – qualifiés dès lors d'actes « authentiques » – qu'il rédige selon les formes légales avec leurs clients, en vertu de l'autorité que leur confère la puissance publique. Le notaire a par ailleurs la charge d'assurer la date de ces actes en en conservant le dépôt³⁶. En ce qui concerne les actes unilatéraux de puissance publique, cette question se pose différemment selon qu'il s'agit de la loi ou des autres règles de droit. En effet, seule la loi comporte une procédure spécifique destinée à authentifier à la fois la forme (ou le respect des formes) et le contenu de l'acte ayant droit à l'appellation « loi ». Les autres actes de puissance publique sont dispensés d'une telle précaution dont seul l'auteur de l'acte ou *in fine* le juge peuvent corriger l'absence.

La promulgation et la publication de la loi demeurent deux notions distinctes bien que rattachées à une même opération normative³⁷, et en dépit de la confusion opérée par l'article 1^{er} du décret-loi du 5 novembre 1870 modifiant l'article 1^{er} du

³⁴ Cf. cette notion, *infra*.

³⁵ Sur l'apport du système du notariat public à la formalisation du droit français, cf. J. HILAIRE, « Les notaires et la naissance du droit français », *Droits*, n° 40, 2004, pp. 129-140.

³⁶ Article 1^{er} de la loi du 25 Ventôse an XI *relative à l'organisation du notariat*, repris par l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 *relative au statut du notariat*, version consolidée au 12 février 2004.

³⁷ Gaston Jèze y voit l'illustration bien particulière d'une opération complexe mettant en œuvre dans le cadre défini par la Constitution, la collaboration entre l'exécutif et le législatif au sein du régime parlementaire, allant du vote de la loi à sa publication, cf. G. JÈZE, « La promulgation des lois », *RDP* 1918, p. 393.

Code civil dans sa rédaction antérieure au 1^{er} juin 2004³⁸. Le juge confirme d'ailleurs cette distinction depuis longtemps³⁹, infirmant la théorie de la signature prônée par certains auteurs à propos des actes administratifs⁴⁰. La même solution est appliquée pour les décrets⁴¹.

C'est l'acte de promulgation, préalable à la publication, qui assure la fonction d'authentification de la règle en tant que loi votée par le Parlement, conformément au texte constitutionnel et aux règlements internes des assemblées. À ce titre, le Président de la République, investi exclusivement de cette tâche en France depuis la III^e République⁴², ne participe pas à la fonction législative mais se contente de constater par un acte juridique propre (un décret de promulgation) l'existence juridique de la loi en tant qu'acte de forme législative, c'est-à-dire sa validité, pour reprendre la distinction opérée par Otto Pfersmann entre validité et conformité⁴³. La

³⁸ L'article 1^{er} disposait en effet que « dorénavant la promulgation des lois et des décrets résultera de leur insertion au J.O.R.F., lequel à cet égard remplacera le Bulletin des lois ». L'ordonnance du 27 novembre 1816 opérait déjà la même confusion en prescrivant que « la promulgation des lois [...] résultera de leur insertion au Journal officiel »

³⁹ Un arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 22 juin 1874 confirme cette distinction tandis que le Conseil d'État précise dans un arrêt d'Assemblée du 8 février 1974, *Commune de Montory*, que si la promulgation rend la loi exécutoire, seule sa publication la rend opposable, à l'exception de certaines lois dont l'entrée en vigueur est conditionnée par l'intervention de mesures d'application, CE Ass., 8 février 1974, *Commune de Montory, sieurs Espelette Athape et autres et communes de Lanne, sieurs Uthurry, Bigue et autres, Rec.*, p. 93, concl. M. Rougevin-Baville.

⁴⁰ Ch. EISENMANN, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », *op. cit.*, pp. 215-216. L'auteur démontre la vacuité de la théorie de la « signature » comme point de départ de l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux.

⁴¹ CE, 24 juin 2002, *Ministre de la Défense c. Wolny*, Req. n° 227983, *Rec.*, tables, p. 605. Défaut de publication au *Journal officiel* du décret du 27 novembre 1967 portant statut spécial des fonctionnaires titulaires de la direction générale de la sécurité extérieure. Nullité subséquente des actes négatifs intervenus sur son fondement.

⁴² Avec le rétablissement sous la IV^e République (art. 36 C. 1946) de la possibilité, héritée de la Constitution de 1848 (art. 56 et s. C. 1848), pour le Président de l'Assemblée nationale de procéder à la promulgation de la loi en cas de carence du chef de l'État. La V^e République renoue ainsi avec la III^e République en ne reprenant pas cette possibilité.

⁴³ La validité doit être entendue comme une relation d'appartenance au système juridique propre à une norme, c'est-à-dire, pour reprendre les mots de Kelsen, son « existence spécifique ». Elle résulte d'un certain type de rapport de conformité, limité aux conditions de production de la norme. Ainsi, une norme peut-elle être valide (une norme étant par définition toujours valide sinon elle n'a pas la qualité de norme) sans être pour autant conforme à l'ensemble des normes en vigueur au moment de sa production. En outre, le rapport de validité implique un rapport hiérarchique, ce qui n'est pas forcément le cas d'un rapport de conformité qui peut être envisagé entre normes de même rang. L'existence de normes non conformes – ou « normes fautives » – dans le système juridique implique un « calcul des défauts », qui consiste en la présence de procédures permettant, par l'intervention ponctuelle d'organes habilités, à purger le système juridique de ces normes au moyen d'actes d'annulation, d'abrogation, de révision, de retrait, selon la gravité des défauts constatés, O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la hiérarchie des

date de la loi est d'ailleurs fixée depuis 1875 à la date de sa promulgation, ce qui atteste de son existence en tant que loi. Le Président aurait par conséquent le devoir de refuser de promulguer une loi irrégulièrement votée par le Parlement, ce qui n'est pas sans rappeler la célèbre controverse d'entre-deux-guerres entre Carl Schmitt et Hans Kelsen sur la question de qui du Président de la République ou de la Cour suprême devait être le gardien de la Constitution⁴⁴. La Constitution de 1958 aboutit à concilier en apparence du moins les deux points de vue en permettant au Président, dans le délai de promulgation, de saisir le Conseil constitutionnel (art. 61 C. 58) ou de demander une seconde délibération (art. 10 C. 58) tout en précisant que sa mission consiste, conformément à l'article 5 C. 58, à « veiller au respect de la Constitution »⁴⁵.

La promulgation d'une loi ne se réduit toutefois pas à ce seul effet de certification du caractère authentique de la loi⁴⁶. Sans constituer une sanction de la loi au titre de l'ancienne sanction royale qui faisait participer le monarque à la fonction législative⁴⁷, le décret de promulgation, acte propre du chef de l'exécutif, emporte le caractère exécutoire de la loi (mais pas encore son opposabilité aux justiciables) ainsi qu'en témoigne l'apposition de la formule exécutoire « La présente loi sera exécutée comme loi de l'État » et la reproduction dans sa teneur intégrale de la loi⁴⁸. Le commandement associé à l'acte de promulgation a donc la signification non pas d'une simple signature mais d'un ordre d'exécution de la loi, la loi

normes », rééd. in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1818*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Strasbourg les 8 et 9 décembre 1995, O. BEAUD, P. WACHSMANN, (dir.), nouvelle série n° 1, Strasbourg, PU de Strasbourg, 1997, pp. 10 et s.

⁴⁴ H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, trad. et introd. S. Baume, éd. M. Houdiard, « Citations », 2006.

⁴⁵ Yves Gaudemet note que cette faculté n'a été utilisée que deux fois depuis 1958 : d'abord en 1983, à propos d'une loi relative à l'organisation d'une exposition universelle en 1989 ; puis en 1985 à propos de la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, Y. GAUDEMET, « Promulgation et publication des lois », *Juristat* Civ. 11, 1993.

⁴⁶ J. LAFERRIÈRE, « De l'authenticité du texte des lois publiées au Journal officiel », *RDP*, 1949, pp. 113-152.

⁴⁷ L'article 69 de la Constitution belge du 7 février 1931 repris à l'article 109 de la version actuellement en vigueur, distingue ainsi la sanction de la promulgation de la loi toutes deux exercées par le monarque en disposant que « Le Roi sanctionne et promulgue les lois ».

⁴⁸ Un décret du 19 mai 1959 détermine dans quelles formes doivent être promulguées les lois par le Président de la République selon le type de loi (ordinaire, organique ou constitutionnelle) et la procédure suivie, notamment lorsque celle-ci comporte *in fine* la saisine du Conseil constitutionnel ou l'intervention d'un référendum, décret n° 59-635 du 19 mai 1959 *relatif aux formes de promulgation des lois par le Président de la République*. Sur les différentes formules apposées aux lois promulguées depuis la Révolution, cf. R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, rééd. Economica, 1984, pp. 142 et s.

préexistant en tant que norme législative à l'acte de promulgation. Le chef de l'État intervient donc à ce titre comme chef de l'ensemble des services administratifs de l'État en charge de l'exécution des lois. Portalis soulignait que « la promulgation [qu'il confond d'ailleurs avec la publication par la suite] ne fait pas la loi ; mais l'exécution de la loi ne peut commencer qu'après la promulgation de la loi : *Non obligat lex, nisi promulgata*. La promulgation est la vive voix du législateur (...) ». ⁴⁹ Les dispositions législatives prévoyant l'entrée en vigueur différée de la loi ne peuvent d'ailleurs se concevoir que si lesdites dispositions sont elles-mêmes exécutoires, qualité qui résulte du seul acte de promulgation. Cet acte qui demeure administratif en raison de la fonction à laquelle il est associé (l'exécution de la loi) et de sa forme (pris en la forme d'un décret simple du Président de la République) échappe pourtant au contrôle du Conseil d'État qui y voit selon une jurisprudence classique un acte de gouvernement ⁵⁰. Il n'est donc pas possible de voir un tel acte invalidé pour cause de transcription inexacte de la loi promulguée ou de promulgation d'une loi n'ayant pas été adopté selon les formes prescrites par la Constitution. L'authenticité de la loi promulguée, qui participe pleinement à l'accès au droit en vigueur, n'est donc pas pleinement garantie faute d'une voie d'action juridictionnelle. La question de l'existence d'un acte non adopté en la forme d'une loi mais promulgué en tant que loi par le chef de l'État mérite toutefois d'être posée. Le juge devrait en principe refuser d'appliquer le texte en dépit de sa promulgation non pas sur le fondement de l'inconstitutionnalité, moyen auquel il se refuse encore, mais sur le fondement de l'inexistence juridique, concept né en droit du mariage, appliqué depuis longtemps dans le domaine des actes administratifs par le juge administratif ⁵¹ et dès lors aisément transposable à tout acte n'ayant pas été adopté selon la procédure propre à lui conférer la qualité d'acte d'une forme particulière (loi ordinaire, organique, constitutionnelle, décret, arrêté, délibération d'une assemblée locale, etc.). Par comparaison avec l'acte nul, l'acte inexistant possède le même degré d'inefficacité, c'est-à-dire une inefficacité radicale et *ab initio* dont seule la cause diffère ⁵². Sur ce point, à la différence de la loi, les autres actes unilatéraux de puissance publique, en dehors des ordonnances ratifiées, peuvent voir leur forme

⁴⁹ J.-É.-M. PORTALIS, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁰ CE, 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, *Rec.* p. 993 ; S. 1934, III, 9, note Alibert. Le Conseil d'État y voit « des actes relatifs au rapport du pouvoir exécutif avec le Parlement » alors même qu'en l'espèce le texte législatif du décret de promulgation diffèrait du texte voté et transmis par le Parlement à l'exécutif.

⁵¹ P. WEIL, « Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif », *Dalloz* 1958, pp. 49 et s. ; L. SÉGUR, « L'inexistence en procédure civile », *JCP (G)* 1968 I 2129, n° 3.

⁵² Sur la question de la spécificité de l'inexistence par rapport à la nullité, cf. J. BOULOUIS, « L'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, T. XIV, 1961-1962, Paris : Dalloz, 1962, pp. 771-792.

contestée (c'est-à-dire leur validité) devant le juge administratif ou le juge répressif lorsqu'il s'agit d'un acte dont la solution du procès pénal dépend⁵³. Notons toutefois que l'inexistence ne vaut que lorsque que l'irrégularité de l'acte est d'une gravité telle que l'ordre juridique ne pourrait tolérer la présence d'un tel acte⁵⁴. L'introduction, suite à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008⁵⁵, d'une exception d'inconstitutionnalité en matière de droits et libertés fondamentaux pourrait susciter, au-delà du simple examen de conformité, un examen de la validité de la loi⁵⁶ puisqu'on voit mal comment le Conseil constitutionnel pourrait accepter de laisser passer une loi inexistante en se contentant d'apprécier la conformité de son contenu aux droits et libertés contenus dans le bloc de constitutionnalité. Il pourrait d'ailleurs, *a minima*, considérer la question préjudicielle comme sans objet puisque portant sur un texte ne pouvant être qualifié formellement de loi en raison de la gravité des violations apportées à la Constitution lors de sa procédure d'élaboration. Quant au contenu de la loi, la question se pose de savoir si, dans le cas très peu probable mais non impossible, de différences entre le texte voté par le parlement et le texte promulgué par la présidence, le Conseil rétablirait ou non la volonté initiale du législateur. Sans doute se permettrait-il de formuler une réserve d'interprétation conforme au texte initial.

La question de l'authenticité du droit apparaît donc comme préalable à la communication des règles de droit ou tout du moins de leur support matériel. Depuis longtemps déjà les systèmes juridiques de tradition romano-germanique conditionnent l'opposabilité des actes unilatéraux de puissance publique à leur publicité. La maxime « Nul n'est censé ignorer la loi » (étendue à l'ensemble du droit produit dans un État donné) n'est ainsi valable que pour le droit ayant fait l'objet d'une mesure de communication matérielle dont la forme varie selon la nature de l'acte concerné.

⁵³ Art. 111-5 du *Nouveau code pénal*.

⁵⁴ La CJCE qui a adopté elle aussi la théorie de l'inexistence pour les actes édictés par les institutions communautaires, résume celle-ci en considérant que l'acte inexistant est celui « entaché d'une irrégularité dont la gravité est si évidente qu'elle ne peut être tolérée par l'ordre juridique communautaire », CJCE 15 juin 1994, aff. C-137-92 P, *Commission contre BASF et autres, Rec.*, I, p. 2555 et s., § 49. Le juge administratif prend en compte un certain seuil de gravité au-delà duquel l'acte passe de la simple nullité à l'inexistence. Pour une présentation des différentes hypothèses d'inexistence d'un acte administratif, cf. G. BRAIBANT, *Le droit administratif français*, 3^{ème} éd., 1992, p. 314.

⁵⁵ LC n° 2008-224 du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la Ve République*, *JORF* 24 juillet 2008.

⁵⁶ Sur la distinction entre validité et conformité, cf. *supra*.

III – LA PUBLICITÉ DE LA RÈGLE COMME CONDITION D’OPPOSABILITÉ DU DROIT

Si la promulgation emporte certification du caractère authentique de la loi et subséquemment commandement de l’exécuter, seule la publication de cette dernière – sur la base du texte reproduit avec le décret de promulgation – emporte son opposabilité à ses destinataires et conditionne par conséquent son effectivité. Ce principe qui consiste à faire dépendre l’opposabilité de la règle de droit – qu’il s’agisse d’une loi ou de tout acte administratif, réglementaire ou non – d’une mesure de publicité dont la publication n’est qu’une des formes⁵⁷, est commun à l’ensemble des pays de tradition romano-germanique⁵⁸. L’Union européenne se rattache d’ailleurs à cette tradition sur ce point⁵⁹. Le défaut de publication n’emporte aucune conséquence quant à l’existence ou à la force exécutoire de la loi ou de l’acte administratif. Ceux-ci demeurent seulement non opposables aux justiciables. La loi non publiée peut d’ailleurs recevoir exécution partielle de l’administration du moment qu’elle n’implique pas les premiers, même si cela est très rare. Un arrêté d’exécution pris en application d’une loi non publiée peut dès lors être considéré comme valide même si son opposabilité demeure en suspens à l’égard des administrés. Il en est de même pour les actes réglementaires nationaux faisant l’objet de mesures d’application, tels les décrets du Premier Ministre ou du Président de la République pris sur le fondement de l’article 37 C. ou les ordonnances prises en application de l’article 38 avant leur ratification par le Parlement. La réalisation de ce mode de publicité conditionne en outre le point de départ du délai contentieux en matière d’excès de pouvoir et du délai de retrait en ce qui concerne les actes administratifs irréguliers créateurs de droits⁶⁰. L’opposabilité des actes juridiques unilatéraux de puissance publique peut d’ailleurs être conditionnée par la

⁵⁷ B. SAINT-PRIX, *Recherches sur les différentes formes de publication des lois depuis les Romains jusqu’à nos jours*, Paris 1809, cité par Y. GAUDEMET, *op. cit.*

⁵⁸ C’est le cas par exemple de la Belgique, de l’Allemagne et de l’Espagne. Dès son indépendance en 1830 la Belgique conditionne l’entrée en vigueur des textes législatifs et réglementaires à leur publication au *Moniteur Belge*. En Allemagne, c’est la publication au *Bundesgesetzblatt* qui joue ce rôle tandis qu’en Espagne, les lois et règlements nationaux sont publiés au *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, descendant de *La Gazetta de Madrid* (1697), tandis que les actes des communautés autonomes le sont dans leurs propres *BO*. À cela s’ajoute un délai de distance. L’article 2 du Code civil espagnol dispose en effet que les lois n’entrent en vigueur, sauf disposition contraire, que vingt jours après leur publication au *BOE*. Rattaché à l’origine au Ministère de la présidence, le *BOE* dispose, depuis le décret royal n° 1229 du 8 novembre 2001, d’un statut autonome.

⁵⁹ L’article 297 §1 du traité sur le fonctionnement de l’Union (TFUE), issu du traité de Lisbonne, prévoit en effet que les actes législatifs entreront en vigueur à la date qu’ils fixent ou à défaut le vingtième jour suivant leur publication au *Journal officiel de l’Union européenne*.

⁶⁰ CE Ass. 26 oct. 2001 *Ternon*, *Rec.* p. 497.

combinaison de mesures de publicité individuelle – ou notification – et de mesures de publicité générale tels l’affichage et/ou la publication, notamment au niveau local. Notons cependant que les actes relatifs à la composition du Gouvernement, depuis le décret de nomination du Premier Ministre jusqu’aux décrets de répartition des compétences ministérielles et d’attributions des secrétaires d’État entrent en vigueur dès leur signature. Les décrets de nomination du Premier Ministre et de composition du gouvernement Fillon I, édictés respectivement les 17 et 18 mai 2007 n’ont ainsi fait l’objet d’une publication que dans le *JO* du samedi 19 mai alors même que le gouvernement était déjà en fonction et que le Premier Ministre avait pris un arrêté relatif à la composition de son cabinet ainsi qu’un décret portant délégation de signature au secrétariat général du Gouvernement⁶¹. Le contenu des deux premiers décrets avait toutefois fait l’objet, le jour même de leur signature, d’une déclaration officielle sur le perron de l’Elysée, conformément à la coutume présidentielle instaurée sous la III^{ème} République.

À la différence des pays de tradition romano-germanique, le Royaume-Uni a une conception différente de la communicabilité de la règle de droit, justifiée par le caractère en grande partie non écrit de son droit, par le rôle et la place du juge dans le système juridique et par le statut de son Parlement, considéré comme souverain. Le Royaume-Uni ne connaît donc pas, au sens strict du terme, de mécanisme de publicité préalable des lois (*statute law*) et du droit écrit en général. Les *Acts of Parliament* entrent en vigueur, sauf disposition contraire prévue par l’*Act*, un jour après leur signature par la Reine (*Royal Assent*)⁶². Toute loi adoptée fait néanmoins l’objet d’une publication par l’Imprimerie Royale (*Her Majesty’s Stationary Office* – HMSO)⁶³ qui en permet l’acquisition pour une somme modique. Cependant, ladite

⁶¹ *JORF* n° 115 du 19 mai 2007.

⁶² En vertu d’une procédure fixée aujourd’hui par le *Royal Assent Act* de 1967.

⁶³ Créé en 1786 sous le règne de George III dans le cadre de la réforme de l’administration royale, le HMSO devient en 1882 l’imprimeur officiel des deux chambres du Parlement. En 1889, la Reine Victoria lui accorde une lettre royale d’homologation en tant qu’« Imprimeur de sa Majesté pour tous les Acts of Parliament » et lui confie également la gestion des *Copyrights* de la Couronne. Le HMSO devient alors responsable de la publication de *La Gazette de Londres (The London Gazette)*, ancienne *Gazette d’Oxford*, dont la publication remonte à 1665. En plus de ces attributions propres à l’activité législative du Parlement, le HMSO est responsable de la publication des actes non législatifs du Gouvernement. Après une restructuration importante suite à la Première Guerre Mondiale, le HMSO diversifie ses activités de publication. Malgré sa privatisation en 1996, le HMSO continue à être rattaché au Cabinet en tant que support de la politique d’accès à l’information publique et de sa réutilisation, depuis l’adoption en 2000 du *Freedom of Information Act*. Le HMSO conserve la responsabilité de la gestion des *Copyrights* de la Couronne ainsi que de la publication officielle de la législation et des *Gazettes* officielles. La diversification de ses missions d’information a conduit, sous l’influence de la directive européenne 2003-98/CE du 17 novembre 2003 sur la réutilisation des données du secteur public, à sa transformation en *Office of Public Sector Information* (OPSI) fin 2005. C’est désormais cette entité qui met en œuvre la politique d’information

« publication » qui intervient postérieurement n'a aucun effet de droit et ne sert qu'à la consignation des textes adoptés. Elle apparaît donc comme la conséquence de l'entrée en vigueur de la loi et non, à la différence des pays de droit écrit, comme l'acte matériel conditionnant son entrée en vigueur⁶⁴. Ce système, qui n'est pas propre au Royaume-Uni mais concerne aussi les États-Unis⁶⁵ et une partie des pays du *Common wealth*, présente l'inconvénient de permettre que certaines lois entrent en vigueur et soient donc opposables aux citoyens des jours, voire des semaines avant que leur contenu ne soit mis à leur disposition par le HMSO, conformément au principe partagé avec les pays de tradition romano-germaniste selon lequel « Ignorance of the law is no excuse ». La Commission de la Société du Journal Officiel des débats parlementaires (*The Hansard Society*)⁶⁶ proposa dans un rapport rendu public en 1992 (*Making The Law*) que les lois n'entrent en vigueur qu'après leur publication. La Commission notait ainsi que : « Aujourd'hui, l'accès des usagers et du public en général aux lois est lent, inconmode, compliqué et sujet à de nombreux obstacles. Pour parler franc, il est souvent très difficile de déterminer ce qu'est le texte de loi – sans parler de sa signification. Il convient de faire quelque chose ». Cette proposition de réforme radicale fut malheureusement écartée⁶⁷.

Plus récemment, le Comité de réflexion sur la législation proposa que les lois soient mises à disposition en ligne avant d'être publiées par le HMSO et suggéra qu'elles n'entrent en vigueur que six semaines après la sanction royale. Le Bureau du Cabinet adopta cette proposition en soulignant son importance dans son *Guide to Legislative Procedure* paru en 2002 : « Par principe, aucune loi ou partie d'une loi ne devrait entrer en vigueur avant l'écoulement d'un délai de deux mois après la sanction royale [...]. Il est particulièrement important qu'un délai minimum soit observé en ce qui concerne les dispositions ayant une incidence directe sur les justiciables, les praticiens ainsi que les affaires pendantes devant le juge ». Si la

publique en assurant la diffusion des données juridiques et la gestion des Copyrights de la couronne au travers de l'attribution de licences de réutilisation desdites données.

⁶⁴ Ch. BEHRENDT, « La notion de “ parliamentary sovereignty ” en droit constitutionnel anglais : fondements, paradoxes et problèmes contemporains », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2002, pp. 221-289, en particulier p. 227.

⁶⁵ Aux États-Unis, à la différence des lois fédérales dont l'entrée en vigueur est conditionnée par leur publication par l'administration fédérale, les lois de certains États, à défaut de disposition législative contraire, prennent effet au moment de l'accomplissement du dernier acte que leur édicition requiert, soit en principe la signature du gouverneur ou, lorsque celui-ci a utilisé son veto, le vote de la deuxième assemblée à une majorité renforcée, voire l'écoulement d'un certain délai lorsque l'exécutif s'est abstenu pendant un certain temps de signer la loi ou d'exercer son droit de veto. La signature de l'exécutif peut par conséquent ne pas être apposée sur le texte de loi et celle-ci peut quand même entrer en vigueur.

⁶⁶ Du nom de son premier rédacteur, Monsieur Hansard.

⁶⁷ Pour une présentation de ce rapport, voir *The Statute Law Review*, n° 14, 1992, pp. 11-22.

publicité au sens juridique du terme demeure étrangère au droit en vigueur, l'accès aux règles édictées par les pouvoirs publics est grandement facilité par le développement des TIC qui permettent depuis 1996 une diffusion en partie libre de droits, aux administrés⁶⁸. Contribue à renforcer ce mouvement de libre diffusion la reconnaissance d'un véritable droit à l'information publique au profit du citoyen, impulsé par le Livre vert de la Commission de 1998 et consacré par l'adoption en 2000 du *Freedom of Information Act*. Ce droit à l'information, qui se traduit par la diffusion et la consignation des règles de droit selon des modalités permettant un accès facilité à chacun a été renforcé en 2005 par la transposition de la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 *concernant la réutilisation des informations du secteur public et leur commercialisation*⁶⁹, sans toutefois conduire à l'adoption d'un véritable système de publication des lois au sens juridique du terme⁷⁰.

En France, et dans les pays de tradition romano-germanique, la promulgation est un acte juridique qui se suffit en lui-même et n'implique aucune opération matérielle spécifique en dehors de la transmission préalable de la version définitive de la loi votée par le Parlement au Gouvernement – par l'intermédiaire de son Secrétariat général (SGG) – qui l'adresse ensuite à la présidence⁷¹. La publication s'analyse quant à elle comme une succession d'opérations matérielles⁷². Ces opérations, facilitées depuis une dizaine d'années par l'utilisation des technologies de

⁶⁸ D. STERLING, " Crown Copyright in the United Kingdom and other Commonwealth Countries ", *Montreal conference on Crown Copyright in Cyberspace*, May 1995,

<http://www.droit.umontreal.ca/crdp/en/equipes/technologie/conferences/dac/sterling/sterling.html>

⁶⁹ M. BATTISTI, « La réutilisation des données publiques : un enjeu majeur pour la société européenne de l'information », *Diffusion des données publiques*, Séminaire organisé par le groupe inter-associations à Paris le 19 novembre 2004, *Documentaliste-Sciences de l'information*, n° 6, 2004, pp. 349-355.

⁷⁰ Pour une analyse comparée de la question cf. E. CARTIER, « Publication et libre diffusion de la règle de droit : enjeux et problématiques comparées en France et au Royaume-Uni », *Politeia*, n° 7, 2005, pp. 90-114.

⁷¹ C'est l'opinion partagée par les auteurs dès la III^e République, cf. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, p. 444 ; A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 3^e éd., 1914, rééd. 2001, pp. 669 et s. Ce dernier auteur présente l'acte de promulgation du chef de l'État comme « une conséquence logique de la séparation des pouvoirs ». Pour une position contraire, en faveur de l'unité du pouvoir législatif comme pendant de l'unité nécessaire de l'État, cf. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922, t. 2, pp. 27 et s. et surtout CH. EISENMANN, *Cours de Droit administratif*, t. II, Cours 1949-1950, Paris, L.G.D.J., 1983, p. 187. L'auteur adopte une vision extensive du concept d'acte juridique englobant l'ensemble des opérations matérielles et juridiques aboutissant à l'édition d'une norme juridique, en l'occurrence une loi, cf. *ibid.*, Cours 1954-1955, t. I, 1982, p. 400.

⁷² Pour une approche détaillée de la question malgré l'ancienneté de l'étude, cf. G. REVEL, *La publication des lois, des décrets et des autres actes de l'autorité publique*, Paris, Sirey, 1933. L'auteur envisage les différents aspects et fonctions de la publication en s'intéressant au droit comparé notamment à travers la théorie germanique de l'acte.

l'information et des communications, vont de la transmission du texte à l'Imprimerie du Journal officiel (JO) par le SGG en passant par sa composition typographique, sa mise en forme, sa numérisation jusqu'à sa mise en ligne sur le site Legifrance parallèlement à son impression au JO papier – lorsque celle-ci demeure obligatoire – suivie de l'envoi aux abonnés et administrations en charge de la mise à disposition et de la conservation de la version papier. La succession de ces opérations multiplie les risques d'erreurs en même temps qu'elle permet en toute transparence une comparaison aisée entre les différentes étapes du texte, de sa conception (projet ou proposition de loi, débats et votes des assemblées, rapports des commissions, avis de certains organes, etc.) à sa publication. Les *errata*, bien que relativement rares aujourd'hui, peuvent intervenir en un temps très court compte tenu de la réactivité du procédé numérique de diffusion et de la transparence induite par la mise en ligne de l'ensemble des travaux et étapes précédant la publication de la loi. Selon une pratique héritée là encore de la III^e République, les erreurs commises dans une loi publiée ne sont pas corrigées par le vote d'une nouvelle loi⁷³. Le Gouvernement se contente le plus souvent de publier au JO un *erratum* dont la validité n'est cependant pas sans poser de problème en dehors des cas où l'erreur provient du décret de promulgation qui nécessite en principe l'adoption d'un nouveau décret⁷⁴. En effet si l'erreur provient du Parlement lui-même et qu'il ne s'agit pas d'une simple erreur matérielle on ne voit pas *a priori* comment le Gouvernement pourrait modifier la loi. Si la question de la validité d'une telle procédure se pose, la question de la date de l'entrée en vigueur de la modification ainsi opérée est aussi préoccupante puisqu'elle est parfois censée avoir été intégrée dans le texte dès l'origine. La Cour de cassation adopte une position pragmatique qui varie selon la nature des textes à corriger et selon le type d'erreur. Pour une simple erreur matérielle qui ne modifie pas le sens du texte primitif l'*erratum* est censé s'incorporer rétroactivement au texte primitif et prendre effet au même moment que celui-ci. Si l'*erratum* modifie le sens du texte législatif le juge considère qu'ils ne sont valides que s'il est possible de restituer l'intention originelle du législateur en se fondant sur les travaux préparatoires de la loi, notamment sur compte rendu *in extenso* des débats parlementaires ayant précédé

⁷³ Cf. A. LE GALL, *Les Problèmes juridiques posés par l'autonomie des mesures de publicité des actes administratifs unilatéraux : les errata au Journal Officiel*, Mémoire Paris 2, 1990, 31 p. ; P. VOIRIN, « De la forme obligatoire des errata aux lois et décrets insérés au Journal officiel », *Rev. critique de légis. et juris.*, 1926, p. 615.

⁷⁴ La commission de révision du Code civil avait sous la IV^e République réalisé une étude sur la validité de ces *errata*. Celle-ci distinguait les « *errata* à la publication » – destinés à mettre le texte publié en conformité avec le texte promulgué – des « *errata* à la promulgation » – nécessitant que le Président de la République adopte un nouveau décret de promulgation afin de mettre en conformité le texte voté avec le texte promulgué, J. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 139.

le vote⁷⁵. À l'inverse, les *errata* concernant les actes réglementaires publiés au JORF modifiant le sens originel du texte ne peuvent faire l'objet d'une entrée en vigueur rétroactive en raison de l'absence de documentation publique permettant de restituer l'intention originelle de leur auteur en dehors de la minute du décret⁷⁶. Ces derniers se voient donc appliquer la jurisprudence classique du Conseil d'État en matière de retrait et d'abrogation d'actes administratifs unilatéraux⁷⁷. Il résulte de tout ceci que si le juge se refuse à contrôler les décrets de promulgation des lois en tant qu'actes de gouvernement, il ne s'interdit pas de vérifier l'authenticité du texte ainsi promulgué par comparaison avec l'intention clairement formulée par le législateur lors du vote de la loi. La promulgation qui comporte une fonction d'authentification de l'acte législatif n'emporte donc pas présomption irréfutable d'authenticité du contenu du texte en faisant l'objet⁷⁸.

À la différence de la promulgation, aucun délai n'est fixé pour la publication mais une pratique constante héritée de la III^e République considère que le délai imparti au pouvoir exécutif pour y procéder est le même que celui accordé au chef de l'État pour la promulgation.

*

Les progrès des technologies de l'information et des télécommunications ont permis d'élargir le spectre de la communication de la règle de droit et rendent possible non plus une simple publicité des lois et règlements, rendant l'information « quérable »⁷⁹ par les administrés mais supposant de leur part la volonté concrète d'y accéder, mais une véritable diffusion à grande échelle de l'ensemble des données juridiques produites par les pouvoirs publics, rendant l'information « portable », qu'il s'agisse du JO, désormais numérisé, des bulletins des différents ministères ou de

⁷⁵ À propos d'un *erratum* au JO portant rectification d'une erreur matérielle concernant une loi, cf. Cass. Com., 5 avril 1960, *Bull. civ.* n° 14. À propos d'un *erratum* au JO modifiant un taux de cotisation collective fixé par arrêté (de 3,5 à 4,5 %), la Cour déclare : « Attendu que la rectification d'une erreur purement matérielle dans la publication d'un texte législatif ou réglementaire s'incorpore à la rédaction de ce texte et a force obligatoire dès la date de mise en vigueur du texte primitif », cf. Cass. Soc., 8 mars 1989 n° 86-13783, *Bull. civ.* n° 187.

⁷⁶ Cf. pour exemple, CE, 29 juin 1934, Rennes, mentionné par J. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 140

⁷⁷ CE Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, Leb. p. 497, *GAJA*, 15^e éd., 2005, p. 860.

⁷⁸ Cf. Y. GAUDEMET, « Promulgation et publication des lois », *op. cit.*

⁷⁹ Selon Jean-Michel Bruguière, à chacune de ces notions sont associées des valeurs différentes. En effet, alors que l'accès aux données publiques impliquerait des valeurs intellectuelles – ou « valeurs cognitives » – résultant d'un « besoin de lisibilité sociale » des administrés, la diffusion susciterait plutôt des « valeurs économiques » dans une perspective de production de richesses commercialisables, J.-M. BRUGUIÈRE, *Les données publiques et le droit*, Paris, Litec, 2002, pp. 13-16.

certains recueils d'actes administratifs des services déconcentrés de l'État⁸⁰, consistant à véhiculer directement les données juridiques auprès de l'administré par le canal d'internet⁸¹. La qualification de la mission de diffusion des données juridiques par le Conseil d'État dès 1997 de « service public par nature au bon accomplissement de laquelle il appartient à l'État de veiller », confirme le changement de nature des rapports entre l'État producteur de normes et les destinataires de celles-ci⁸². Un « comité du service public de la diffusion du droit par l'internet » a d'ailleurs été institué par le décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 *relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet*, décret qui précise que ce service a pour objet de « permettre au public d'accéder gratuitement aux données juridiques » dont une liste est annexée au texte.

Une étape décisive est franchie dans la combinaison de l'accès et de la diffusion du droit par l'ordonnance du 20 février 2004. Celle-ci, reprenant en grande partie l'étude réalisée par le Conseil d'État à la demande du Premier Ministre le 27 septembre 2001⁸³, modifie l'article 1^{er} du Code civil⁸⁴. Alors que son article 1^{er}

⁸⁰ L'article 29 du décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005, pris pour l'application de la loi du 17 juillet 1978 *portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public* modifiée l'ordonnance du 6 juin 2005, prévoit la création pour chaque administration centrale de l'État d'un Bulletin officiel ayant une périodicité au moins trimestrielle, plusieurs ministères pouvant s'associer afin de publier un bulletin commun. L'article 5-1 de l'ordonnance du 6 juin 2005 *relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques*, sans formuler d'obligation de publication par voie dématérialisée pour les ministères, prescrit néanmoins que le cas échéant « la publication des actes et documents administratifs au bulletin officiel d'un ministère diffusé sous forme électronique dans des conditions garantissant sa fiabilité produit les mêmes effets de droit que leur publication sous forme imprimée ». Sont par exemple accessibles en ligne le *Bulletin officiel des armées*, le *Bulletin officiel du Ministère de l'Intérieur*, le *Bulletin officiel du Travail*, le *Bulletin officiel du Ministère de la Justice*, le *Bulletin officiel de la Jeunesse et du Sport*. La publication en ligne s'étend aussi à l'administration déconcentrée avec le *Recueil des actes administratifs de la préfecture de Paris* et de la *préfecture de Police de Paris*, etc. Certains de ces bulletins ou recueils ne sont d'ailleurs plus publiés qu'en version dématérialisée. Les articles 30 à 32 du décret du 30 décembre 2005 fixent les règles de publication des actes des autorités déconcentrées, des collectivités territoriales et des autres personnes de droit public.

⁸¹ Cf. sur cette question J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*

⁸² À l'occasion d'un Recours exercé contre un décret du 31 mai 1996 qui reconduisait le monopole de la diffusion de bases de données juridiques au profit de la société ORT, cf. CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, Req. n° 181611, concl. J.-D. COMBEXELLE, note B. NOUËL, *AJDA*, n° 4, 1998, p. 362

⁸³ *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 27 septembre 2001, Conseil d'État, Section du rapport et des études, Paris, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2001.

⁸⁴ L'ordonnance du 20 février 2004 vise la plupart des actes administratifs de l'État et exclut ceux édictés par les autorités déconcentrées et décentralisées, qui font l'objet d'une publication spécifique. Les actes des autorités déconcentrées sont publiés au *Recueil des actes administratifs de la préfecture* et les actes des collectivités

supprime le délai de distance pour la Province qui ne se justifiait plus après avoir été source de nombreuses difficultés contentieuses, et harmonise le régime des actes publiés au *JO* en consacrant la règle de leur entrée en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut et sauf urgence, le lendemain de leur publication⁸⁵, l'article 3 dispose, sous certaines réserves⁸⁶, qu'à partir du 1^{er} juin 2004, la publication des lois, ordonnances, décrets et actes administratifs « est assurée, le même jour, dans des conditions de nature à garantir leur authenticité, sur papier et sous forme électronique »⁸⁷. Le double support de publication – papier et électronique – confère aux citoyens un accès non discriminatoire à la production normative, contrairement au système mis en place par le législateur belge à propos du *Moniteur*⁸⁸, sanctionné à ce titre par la Cour d'arbitrage dans un arrêt du 16 juin 2004⁸⁹. L'absence

territoriales métropolitaines répondent à un régime de publication spécifique prévu aux articles L. 2131-1, L. 3131-1 et L. 4141-1 du CGCT.

⁸⁵ Pour les lois et les actes administratifs autres qu'individuels, l'avant-dernier alinéa de l'article 1^{er} conserve la possibilité d'une entrée en vigueur immédiate sur décision du Président de la République après avoir constaté l'urgence et sauf disposition contraire du texte. Cette compétence, antérieurement attribuée au Premier Ministre par le décret du 5 novembre 1870 et la jurisprudence du Conseil d'État, est désormais rattachée à la compétence de promulgation que le Président de la République tient de l'article 10 C. Le dernier alinéa de l'article 1^{er} consacre la règle jurisprudentielle selon laquelle l'entrée en vigueur des lois et des actes administratifs autres qu'individuels est suspendue jusqu'à l'entrée en vigueur des « mesures d'application indispensables à leur mise en œuvre ».

⁸⁶ Réserves concernant la publication électronique des actes administratifs individuels relatifs à l'état des personnes dont la liste est arrêtée par un décret du 28 mai 2004, adopté après recommandation de la CNIL, de manière à assurer la confidentialité de ces actes ; Décret n° 2004-459 du 28 mai 2004 *fixant les catégories d'actes individuels ne pouvant faire l'objet d'une publication sous forme électronique au Journal officiel de la République française*, *JORF* n° 124 du 29 mai 2004, p. 9583.

⁸⁷ Ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004, article 3.

⁸⁸ Équivalent du *Journal officiel de la République française*, imprimé et diffusé par la direction du Moniteur belge à Bruxelles en langue française et flamande. Le bilinguisme implique par conséquent un coût financier important qu'une dématérialisation totale permettait de réduire considérablement.

⁸⁹ Après s'être livrée à un véritable contrôle de proportionnalité des mesures accompagnant la suppression du *Moniteur* papier, la Cour d'arbitrage estime que la possibilité offerte par l'article 474 de la loi-programme du 24 décembre 2002 de consulter un exemplaire papier du journal à la direction du Moniteur de Bruxelles est « insuffisante » car elle « n'assure pas à chacun un accès aux textes qui l'intéressent, sans difficulté excessive ». Tout en annulant les articles 474 et 475 de la loi-programme, la Cour déroge cependant à l'effet rétroactif de l'annulation en maintenant leurs effets pour les publications effectuées jusqu'au 31 juillet 2005, conformément à l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, Cour d'Arbitrage belge, arrêt n° 106/2004 du 16 juin 2004. Cf. Ch. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel comme législateur cadre positif*, th. Paris I Panthéon-Sorbonne (sous la dir. du professeur O. Pfersmann), dactyl., 2005, p. 294-302 ; *ibid.*, Bruyant et LGDJ Bruxelles et Paris, 2006, 537 p. ; C. TERWAGNE et al., « La fin de la version papier du Moniteur belge », *Revue Ubiquité*, 2003, n° 15, p. 3 ; Ch.-É. CLESSE, « De la fin du "Moniteur" papier à la mort de "Nemo censetur..." », *JT*, 2002, p. 835.

d'obligation constitutionnelle pour le législateur français de traiter de manière différente des individus placés dans des situations différentes – qui repose sur la différence entre « l'égalité dans la loi » (conception française adoptée par Conseil constitutionnel et le Conseil d'État) et « l'égalité par la loi » (conception de la Cour d'arbitrage belge) – ne permet pas de transposer dans sa totalité le raisonnement de la Cour d'arbitrage belge au cas de la France⁹⁰. Le Conseil d'État français a d'ailleurs considéré dans un arrêt du 9 novembre 2005 que la publication de certains textes au seul JO électronique, conformément au décret du 28 mai 2004 pris en application de l'ordonnance du 20 février 2004, n'était pas contraire aux dispositions de la CEDH en matière de non discrimination et de droit à l'information⁹¹.

Le problème de la promulgation et de la publication des lois dépasse par conséquent les enjeux purement techniques et la spécificité des lois pour s'inscrire dans le cadre d'une réflexion sur l'accès à la règle de droit en général. Qu'il s'agisse de la loi ou de toute autre norme juridique, chacune doit pouvoir être authentifiée ou certifiée avant de faire l'objet de mesures de communication et de conservation. La communication, qui prend la forme d'une mesure de publicité doit, lorsque celle-ci n'est pas prévue sous une forme spécifique par les textes, être matériellement « suffisante », conformément à une jurisprudence classique du Conseil d'État à propos des actes administratifs non publiés au JO⁹². Le Conseil d'État n'hésita pas à consacrer la publicité des actes administratifs unilatéraux comme un « principe général du droit » dans un arrêt du 12 décembre 2003⁹³. Principe applicable aussi aux décisions de retrait et d'abrogation de décisions administratives antérieures mais que le Conseil d'État n'a curieusement jamais pensé devoir proclamer à propos des décisions juridictionnelles d'annulation d'actes administratifs en matière d'excès de pouvoir, en dépit de leur effet *erga omnes* et de la nécessité que présente celles-ci tant pour le justiciable que pour l'administration⁹⁴. Quant à l'effet de cette publicité, seuls

⁹⁰ N. BELLOUBET-FRIER, « Le principe d'égalité », *AJDA* 1998, pp. 152 et s. ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1997, 397 p. L'auteur reprend en effet cette distinction dans sa thèse.

⁹¹ Le requérant invoquait le non respect des articles 10 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, CE 9 novembre 2005, *M. A.*, n° 254882, *AJDA* 2005, p. 2210.

⁹² Fut considéré par exemple comme insuffisante la simple insertion dans le Bulletin officiel d'un ministère, d'une disposition administrative ne concernant pas les agents de ce ministère, CE sect., 25 janvier 1974, *Sieur Jean et autres*, Lebon, p. 60.

⁹³ CE, 12 décembre 2003, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale*, Lebon, p. 506 ; *AJDA* 2004, p. 442, note H. M.

⁹⁴ CE, 30 décembre 2002, *Mme Guy et Randon*, Lebon tables, p. 605. Était invoquée en l'espèce la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations dont l'article 2 dispose que les autorités administratives doivent « organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent ».

les actes créateurs de droits sont considérés par le juge comme à la fois opposables à leur auteur et invocables par leurs destinataires dès leur signature⁹⁵.

La certification par la voie d'un acte de promulgation distinct demeure propre à la loi. Les autres actes voient leur certification et leur publicité assurées concomitamment par leurs auteurs. Il ne s'agit d'ailleurs pas que d'actes administratifs mais aussi d'actes de force législative telles les ordonnances de l'article 92 C. 58 édictées au début de la V^e République ou celles de l'article 16 C. 58. La question de l'authenticité de ces actes pose par conséquent plus de difficultés que celle des lois puisque l'opération de certification est confondue avec celle de publicité. Les risques d'erreurs sont toutefois plus faibles compte tenu de l'intervention d'un moins grand nombre d'autorités dans le processus normatif.

L'activité de diffusion des textes juridiques a été conçue dès l'origine dans les pays de tradition romano-germaniste comme un prolongement normal de l'activité de production normative des pouvoirs publics. L'exercice de cette fonction de l'État législateur est même la condition nécessaire à l'effectivité des droits et libertés fondamentaux, à commencer par le principe d'égalité. Elle garantit pour le citoyen ce « droit au droit » dont le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler l'importance depuis sa décision du 21 décembre 1999 en se fondant notamment sur l'article 16 de la DDHC⁹⁶. Ses conséquences ne sont pas encore toutes perceptibles, tant du point de vue des droits fondamentaux que du point de vue du droit parlementaire et du droit des services publics⁹⁷.

⁹⁵ CE sect., 19 décembre 1952, *Dlle Mattéi, Lebon*, p. 594, cf. B. SEILLER, « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », *AJDA* 2004, p. 1463.

⁹⁶ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, JORF, 22 décembre 1999, p. 19041 ; J.-E. SCHOETTL, « Codification par ordonnance », *AJDA*, 2000, p. 31.

⁹⁷ Sur l'impact de l'objectif de valeur constitutionnelle (OVC) sur l'organisation et la procédure parlementaire cf. J.-F. KERLÉO, *La rénovation parlementaire à travers l'OVC d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi*, Mémoire de M. 2 Recherche de Lyon III, sous la direction de Th. Debard, Publication de l'Université Jean-Moulin Lyon III, n° 5, 2007, 123 p.

RÉSUMÉ :

Quel droit pour quel accès ? Si la question de l'accessibilité du droit relève de l'effectivité c'est-à-dire d'une question extra-juridique, elle participe à son acceptabilité, c'est-à-dire à sa légitimité et conditionne l'exercice effectif des droits fondamentaux par les justiciables, ce qu'a voulu traduire le Conseil constitutionnel dans la formulation qu'il a faite à partir de l'article 16 de la DDHC, d'un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. La question de l'intelligibilité du droit ne se pose cependant que si son accès matériel est réalisé. L'accès au droit suppose par conséquent la combinaison de procédés de communication et de conservation du droit en vigueur afin que nul ne puisse l'ignorer ou l'oublier comme les auteurs de la DDHC de 1789 le rappelaient dans le préambule de ce texte trop souvent ignoré en raison de son absence d'utilisation par le Conseil constitutionnel jusqu'ici. L'accès au droit suppose que l'authenticité des règles mises à disposition par les organes officiels soit elle aussi garantie a minima, au risque de susciter des erreurs de droit et au final la défiance à l'égard du droit. La question de l'authenticité de la règle de droit précède en effet celle de la communicabilité de la règle de droit qui, dans les systèmes de tradition romano-germanique conditionne son opposabilité à ses destinataires, à la différence des systèmes de Common law qui n'en font qu'une opération matérielle sans portée juridique. Ces exigences liées à l'accès au droit renversent la présomption de connaissance du droit qui pèse dans tout système juridique sur tout justiciable, en même temps qu'elle garantit l'ordre public. L'État se voit ainsi contraint d'assurer, au-delà de la production du droit, des missions liées à la diffusion des différents supports juridiques.

SUMMARY*:

What kind of law for what kind of access? If the issue of the material access to law is not strictly speaking a legal matter, it is nonetheless a decisive condition for its legitimacy. It also determines the ability citizens have to enforce their fundamental rights. The decision by the Conseil Constitutionnel on the constitutional goal of accessibility and intelligibility of the law goes precisely in that direction. The material access to law is to be considered before the law itself; otherwise, state authorities run the risk of citizens not abiding the law. This is a matter of political trust. In a majority of countries, the authenticity of legislative texts is not based on material communication to citizens, but on the official promulgation that occurs first. This is not the case for other types of rules. In countries of Roman Law, communication of the legal rule is indeed considered as a condition for its opposability to citizens. In Common Law countries, and more precisely in the GB, communication of the law is a simple material condition that bears no consequences on the law itself. Material access to law reverses the usual assumption according to which each and every citizen has to be aware of the law without which public order wouldn't be ensured. Thus state authorities can not restrict their activities to the mere writing of the law. They also have duties to perform: to publicize the law and to facilitate citizens' access to it.

* Un grand merci à François de Chantal, Maître de conférences en langues à l'Université de Bourgogne pour son aide précieuse quant à la correction et à la mise au point de cette traduction.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- « The electronic delivery of legislation », *The Statute Law Review*, n° 1, 2003, Éditorial, pp. 1 et s.
- BRUGUIÈRE J.-M., *Les données publiques et le droit*, Paris, Litec, 2002, 208 p.
- CARTIER E., « Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques », *AJDA* 2005, pp. 102-111
- CARTIER E., « Publication et libre diffusion de la règle de droit : enjeux et problématiques comparées en France et au Royaume-Uni », *Politeia*, n° 7, 2005, pp. 90-114
- CLESSE Ch.-É., « De la fin du “ Moniteur ” papier à la mort de “ Nemo censetur...” », *JT* 2002, pp. 835 et s.
- EISENMANN Ch., « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », dans *Mélanges Michel Stassinopoulos, Problèmes du droit public contemporain*, Paris Athènes, LGDJ *RDP*, coll. Loi et Justice, 1974, pp. 201 et s.
- ESMEIN A., *Histoire du droit français*, 5^{ème} édition, 1903, pp. 521 et s.
- GAUDEMET Y., « Promulgation et publication des lois », *Jurisclasseur Civ.* 11, 1993
- JÈZE G., « La promulgation des lois », *RDP* 1918, p. 393
- LAFERRIÈRE J., « De l'authenticité du texte des lois publiées au Journal officiel », *RDP*, 1949, pp. 113-152
- LE GALL A., *Les Problèmes juridiques posés par l'autonomie des mesures de publicité des actes administratifs unilatéraux : les errata au Journal Officiel*, Mémoire Paris 2, 1990, 31 p.
- LEDUC F. (dir.), *L'accès au droit*, Actes du colloque du 3 juin 2001 à l'Université de Tours, CRDP, Publications de l'Université François Rabelais, Tours, 2002, 148 p.
- REID, « The Judge as Law Maker », *Journal of the Society of Public Teachers of Law* 1972, pp. 22 et s.
- SCHOETTLJ.-É., « Codification par ordonnance », *AJDA* 2000, pp. 31 et s.
- STONE O., « Knowing the Law », *Modern Law Review* 1961, pp. 476 et s.
- TERRÉ F., « Le rôle actuel de la maxime “ nul n'est censé ignorer la loi ” », *Études de droit contemporain* 1996, I, pp. 91 et s.
- THE HANSARD SOCIETY, « Making The Law », *The Statute Law Review*, n° 14, 1992, pp. 11-22
- ZANDER M., *The Law Making Process*, 6^{ème} édition, Cambridge University Press, London, 2004, pp. 1 et s.

Droit accessible et droit acceptable

Les enjeux constitutionnels de la simplification du droit

GUILLAUME DU PUY-MONTBRUN ET RAPHAËL LEONETTI

Docteurant et Allocataire-Moniteur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

L'« accès au droit », auquel se trouve consacré ce premier numéro de *Juridictoria*, trouve dans l'actuelle entreprise de « simplification du droit » un remarquable écho. On entendra par simplification du droit l'expression qui renvoie à diverses actions des pouvoirs publics sur le droit, dans le but de lui ôter certaines complications inutiles, tant sur la forme que sur le fond¹. Il sera en effet aisé de comprendre qu'une certaine idée de l'accès au droit commande un droit simple, autrement dit un droit accessible. La rue Montpensier est bien de cette opinion lorsqu'elle proclame conforme à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité du droit² le programme du gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification. Dans un important considérant de sa décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel considère en effet que :

« Le programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification [...] répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet, l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et “ la garantie des droits ” requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité inutile ; qu'à défaut,

¹ Sur la forme, la simplification pourra se manifester dans la codification, dans l'abrogation, ou encore dans une refonte de la règle de droit. Sur le fond, le discours politique, les textes juridiques, mais aussi la décision n° 2003-473 DC que nous tenterons de commenter, nous permettent aujourd'hui de considérer que l'entreprise de simplification du droit regroupe à la fois la simplification du droit *stricto sensu*, comprise comme la simplification des règles substantielles, et la simplification administrative, entendue comme la simplification des règles de procédure. Sur cette question, cf. P. GONOD, « La simplification administrative : question sur la méthode », *AJDA* 2004, p. 209.

² Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *JO* 22 décembre 1999 ; *AJDA* 2000, p. 31, note J.-É. SCHOETTL.

serait restreint l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles qui sont déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel " tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas " »³.

C'est sur la base de ce *considérant* que nous avons essentiellement réfléchi, motivés en cela par le silence de la doctrine à son propos, comme si les auteurs s'étaient plus ou moins consciemment refusés au délicat mais néanmoins indispensable essai d'exégèse que devrait appeler toute décision mettant directement en jeu l'existence de la Constitution, ou plutôt *l'avoir une Constitution*, c'est-à-dire toute décision qui se réfère explicitement à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. L'entreprise de simplification y est en effet présentée comme un instrument de la garantie des droits, et donc du maintien de la Constitution, pour deux raisons : elle permet au citoyen de disposer d'une « connaissance suffisante » des règles de droit, conçue comme un moyen de rendre le droit accessible ; elle tend à le prémunir des « complexités inutiles » de ces règles dont elle assure ainsi l'intelligibilité. Les bases constitutionnelles de la simplification du droit sont ainsi clairement énoncées par le Conseil constitutionnel.

Il faut cependant remarquer que ce passage de la décision 473 DC est paradoxalement fort complexe. Il mobilise en effet pas moins de quatre articles de la Déclaration et joue des déductions en chaîne – égalité devant la loi et « garantie des droits » exigent la connaissance suffisante des règles d'un droit sans complexité inutile, car ignorance des règles et complexité inutile du droit valent restriction des droits et libertés –, de telle sorte qu'il faudrait poser la question de savoir si la manière dont ont été ainsi construites les « bases constitutionnelles de l'accès au droit » et partant, de sa simplification, ne présente pas justement une « complexité inutile »... Le programme du gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification n'aurait-il pas su trouver sa justification fondamentale dans le seul préambule de la Déclaration de 1789, Déclaration dont l'objet même est « que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous » ? Quoi qu'il en soit de cette alternative et de son éventuelle justesse – car elle mobiliserait en réalité des ressorts différents de ceux qui animent actuellement la « simplification du droit », une chose est certaine : les bases constitutionnelles de la

³ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, *JO* 3 juillet 2003, p. 11205 ; *AJDA* 2003, p. 1404, note É. FATÔME (« À propos des bases constitutionnelles du droit de la domanialité publique – suite ») ; P. GONOD, « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003, p. 1652.

simplification du droit, et donc de l'accès au droit dont elle est un outil, sont riches et dotées d'une valeur heuristique particulièrement stimulante.

La simplification du droit met en effet en lumière deux aspects essentiels de cet *avoir une constitution*. D'une part, simplifier le droit c'est en assurer l'accès, veiller à lui conserver un certain statut, et plus précisément un certain statut économique, celui dit de bien *public* ou, pour écarter toute ambiguïté, bien *collectif* (I). D'autre part, simplifier le droit c'est le rendre acceptable – c'est-à-dire garantir son acceptation – en assurant sa « connaissance suffisante » et en lui ôtant ses « complexités inutiles » qui l'empêchent de répondre à ses fins, de produire son « effet utile ». Mais c'est aussi prendre le risque de le mettre à nu, de ruiner ses catégories et d'atteindre alors les limites du « droit commun » auquel le Conseil constitutionnel donne un contenu et se réfère dans sa décision de 2003 (II).

I – L'ENJEU D'UN DROIT ACCESSIBLE : LA CONSERVATION DU DROIT COMME BIEN PUBLIC

L'idée d'accès s'invite aujourd'hui en toute occasion. Nous sommes à « l'âge de l'accès »⁴ et ce n'est pas de façon purement nominale que le problème de « l'accès au droit » s'y inscrit. Le discours de l'accès en effet, est le signal qui rappelle à l'homme occidental qu'il doit se résoudre à ne détenir en propre que bien peu de choses au regard de ce qui est, un discours qui, à nouveau, l'invite à organiser son incapacité à tout pouvoir posséder, et à donner à chacun la possibilité d'atteindre les termes, fort nombreux, « dont l'approche peut faire difficulté »⁵.

Imprégnée de cette logique de l'accès, la réflexion tend alors à aborder les théories qui lui confèrent une place centrale, c'est le cas de la théorie économique des biens. Le droit comme toute chose utile à l'homme, dispose en effet d'un certain statut économique (1) et la simplification du droit révèle que la conservation de ce statut est, en dernier ressort, affaire constitutionnelle (2).

1) Le droit comme bien public

L'analyse économique a construit sa théorie des *biens*, classant les *choses dont use l'individu* en différentes catégories, organisant le meilleur régime de production de leur utilité, du moins soulevant les problèmes posés par l'exigence d'une production optimale⁶. Ce classement est à raison des conditions requises pour la consommation

⁴ Cf. J. RIFKIN, *L'âge de l'accès*, Paris, La Découverte, 2000, (trad. Saint-Upéry)

⁵ Cf. Trésor informatisé de la langue française, V° *Accéder*

⁶ Cf. F. LÉVÊQUE, *Économie de la réglementation*, Paris, La Découverte, 1999.

du bien : la condition dite d'excludabilité ou capacité de l'individu à fermer l'accès au bien ; la condition dite de rivalité ou capacité de l'individu à épuiser la substance du bien.

La combinaison de ces critères permet d'identifier deux catégories de biens dites « pures » : le bien privé, excludable et rival ; le bien public non excludable et non rival⁷. Pour comprendre la portée de ces deux grandes notions, il suffira de donner deux cas typiques de biens privés et de biens publics : la paire de chaussures et le signal d'un sémaphore. La paire de chaussures est un bien privé car pour la porter, je dois m'en réserver l'accès – excludabilité, et pendant que je la porte, un autre ne pourra pas la porter – rivalité. Quant au signal du sémaphore, nul ne peut permettre à tel navire plutôt qu'à un autre de l'apercevoir – non excludabilité, et le fait d'apercevoir le signal n'épuise nullement sa possibilité d'être vu – non rivalité. Entre ces deux types de biens se situent deux biens intermédiaires : le bien commun et le bien de club. Le bien commun est un bien en accès libre – non excludable mais dont l'utilisation par l'un compromet l'utilisation par l'autre : cas typique, le banc de poissons. Le bien de club est un bien en accès restreint – excludabilité mais dont l'utilisation par un accédant ne compromet pas l'utilisation par un autre accédant – non rivalité : cas typique, la chaîne de télévision cryptée. À chacun de ces biens correspond un problème de production dont il n'est pas indispensable de traiter ici. L'essentiel en effet est de disposer de ces catégories, de comprendre à quel point le problème de l'accessibilité au bien conditionne son statut économique et de percevoir que sous le label bien public figurent des choses aussi diverses qu'une route nationale, un climat équilibré, l'information sur les risques phytosanitaires, etc. C'est pour cette raison qu'autour de la notion de bien public, et plus particulièrement de bien public mondial, s'organise la réflexion combinée des juristes et des économistes autour des problèmes environnementaux. Appliquons-la ici à un bien somme toute très particulier : la règle de droit. Sa nature de bien ne fera guère difficulté au regard de ce qui vient d'être dit. Du point de vue économique en effet la règle de droit est chose utile et, en tant que chose utile, correspond à l'idée de ce qu'est un *bien*. Plus exactement, parce que la connaissance d'une règle de droit n'est juridiquement soumise à aucune condition, que sa connaissance par l'un n'empêche pas l'autre de la connaître, la règle de droit présente les caractères économiques d'un bien public. Il s'oppose au bien privé dont l'accès est réservé à un titulaire et dont seul ce titulaire peut bénéficier.

Aussi lorsque le Conseil constitutionnel signale que l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi exige que le citoyen dispose d'une « connaissance suffisante » des règles qui lui sont applicables – parce que, dans

⁷ Les économistes, conscients de la charge juridique de l'adjectif « public » peuvent préférer l'expression de bien collectif : cf. F. LÉVÉQUE, *op. cit.*

le cas contraire, la société sur laquelle il se penche n'a point de Constitution, il adopte inconsciemment certes, mais nécessairement, un point de vue économique : le droit est un bien public et la perte de ce statut équivaut à la perte de la Constitution. Il y a ici un cap à tenir, un objectif, en l'occurrence un objectif de valeur constitutionnelle⁸.

La Constitution exige en effet que la règle de droit conserve son statut économique de bien public ; elle apparaît alors comme l'autorité chargée en dernier ressort de la conservation de ce statut.

2) *La simplification du droit et la fonction de conservation*

Le statut de bien public est un statut fragile. De multiples tensions s'exercent sur lui qui peuvent affecter ses caractères dominants de non-excludabilité et de non-rivalité. La règle de droit en elle-même n'est pas rivale, son utilisation par un citoyen ne s'oppose à son utilisation par un autre citoyen. Aussi n'est-ce pas sur cet aspect-là du bien public que la simplification vient opérer mais sur l'accès à la règle de droit, c'est-à-dire sur la capacité à pouvoir l'utiliser.

Le droit en effet n'est plus bien public si, *de facto*, des restrictions d'accès sont posées à son utilisation, cette connaissance suffisante étant par ailleurs plus difficile à acquérir si ces règles présentent une complexité inutile. Or, lorsqu'un bien ne présente qu'un seul caractère de non-rivalité, ce n'est plus un bien public, c'est un « bien de club » similaire au programme crypté : il ne bénéficierait qu'à une catégorie particulière d'accédants. D'instrument de liberté, la règle de droit deviendrait alors instrument de domination.

La conservation du droit comme bien public agit donc sur son accessibilité ; c'est un travail qui doit s'opérer tout en souplesse, l'appréciation de l'accessibilité d'une règle de droit dépendra nécessairement du destinataire de la règle : l'accessibilité et l'intelligibilité de la règle de droit seront appréciées au regard du savoir juridique et technique de ses usagers⁹. Mais plus la catégorie des destinataires d'une règle est large, plus il sera nécessaire de la présenter d'une manière qui ne nécessite pas de connaissances particulières.

Le recours à la notion économique de bien public pouvait paraître assez peu orthodoxe pour comprendre l'objet constitutionnel de la simplification du droit, elle nous aura cependant permis de percevoir que *le droit constitutionnel, notamment à travers ses objectifs, contient des principes qui sont relatifs au statut économique des biens* et plus encore,

⁸ Cf. sur cette question, P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, LGDJ 2006, préf. M. VERPEAUX.

⁹ Cf. par ex. L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 11^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2001, p. 915.

que l'existence de la Constitution au sens de l'article 16 de la Déclaration est tributaire d'un travail sur *l'économie du droit*, consistant à toujours garantir à la règle de droit son caractère de bien public. Et c'est en conservant ce bien public et en entretenant son accessibilité que la simplification assure le maintien de l'ordre constitutionnel établi.

Le même constat peut être dressé à l'égard du rôle que joue la simplification en matière d'acceptation du droit.

II – L'ENJEU D'UN DROIT ACCEPTABLE ET LA MISE À JOUR DU « DROIT COMMUN »

La simplification s'inscrit dans un régime constitutionnel fondé sur l'adhésion à la règle de droit (1). Dans cette poursuite de l'acceptation du droit, la simplification doit respecter certaines limites qui sont au fondement de sa propre légitimité au sein de l'ordre constitutionnel. Ces limites apparaissent notamment à l'occasion de la mise à jour du « droit commun » de certaines législations auquel le Conseil constitutionnel se réfère pour contrôler la simplification de ces mêmes législations (2).

1) Simplification et adhésion à la règle de droit

Les bases constitutionnelles de l'entreprise de simplification du droit que nous révèle le Conseil constitutionnel dans la décision du 26 juin 2003 sont étroitement liées à la question de l'adhésion à la règle de droit. C'est d'ailleurs à cette occasion une partie du problème de la souveraineté nationale qui est soulevée puisque, pour reprendre les idées développées par Maurice Hauriou à propos de ce qu'il appelait « la souveraineté de sujétion », « l'État a besoin de l'adhésion volontaire des sujets aux règles de droit qu'il pose »¹⁰.

La simplification du droit renvoie, dans un premier temps, à la question de l'adhésion, en ce qu'elle permet la conservation de la « connaissance suffisante » des règles de droit. Rien d'étonnant à ce que le Conseil constitutionnel trouve dans cet objectif l'une des bases constitutionnelles de l'entreprise de simplification, car ce faisant cette dernière assure dans une large mesure au citoyen la capacité à contrôler

¹⁰ M. HAURIUO, *Principes de droit public*, 2^{ème} édition, 1916, p. 723. C'est une conception ancienne de la théorie du droit et de l'État que le maître du droit public développait dans ses *Principes de droit public*. Pour Hobbes notamment, « la légitimité politique repose sur l'adhésion volontaire des membres de la société. Mais si le consentement crée ainsi le droit de domination, il ne rend pas compte de l'existence concrète de la souveraineté, qui est dans l'obéissance des sujets comme le souligne sans ambiguïté le *Behemoth* » (F. LESSAY, *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*, Paris, Léviathan, PUF, 1988, p. 219) : « Ce n'est pas le droit du souverain, bien qu'il lui ait été conféré par le consentement exprès de chaque homme, qui lui permet de remplir sa fonction ; c'est l'obéissance du sujet qui parvient à ce résultat » (HOBBS, *Behemoth*, p. 144).

les normes qui lui sont applicables. Si cette dynamique semble *a priori* relever du thème de l'accessibilité du droit, elle entretient aussi un rapport profond avec celui de l'acceptation du droit.

Pour s'en convaincre, un intéressant parallèle peut être opéré avec la question de la publicité des règles de droit telle qu'Hauriou l'analysait dans ses *Principes de droit public*. Le maître de Toulouse remarquait que « Dans aucun traité de droit constitutionnel le régime de la publicité n'a encore été étudié comme une pièce maîtresse du régime constitutionnel [...] »¹¹. Car pour lui, « Le régime de la publicité est indispensable au jeu de la souveraineté de sujétion dans sa fonction d'adhésion, car le public ne peut adhérer qu'à ce qui est public ; il est indispensable aussi au maintien de la confiance publique, car le public ne peut avoir confiance dans le gouvernement que si on ne lui cache rien et s'il sent qu'il peut exercer partout son contrôle »¹².

Tout comme la publicité, en offrant au citoyen une « connaissance suffisante » des règles de droit, la simplification du droit devient une pièce maîtresse de l'adhésion au droit et s'inscrit par là même dans notre régime constitutionnel. Dans la décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel a donc été amené à dégager les bases et les limites¹³ constitutionnelles de cette œuvre.

Notons enfin, qu'à l'heure de l'inflation normative¹⁴, ce n'est pas seulement une acceptation de la règle de droit que la simplification permet, mais aussi une auto-exclusion qu'elle évite, pour les citoyens les plus démunis devant l'accès au droit. Car si, « quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite »¹⁵, il se peut qu'il cesse définitivement de l'écouter s'il ne peut en avoir une connaissance suffisante. La simplification permet donc de lutter dans une large mesure contre les faiblesses de l'adhésion populaire au droit et l'affaiblissement de la souveraineté juridique du peuple.

C'est aussi cette souveraineté qu'elle sauvegarde lorsqu'elle vise à nous prémunir des complexités inutiles du droit. La complexité du droit est une réalité. Mais toute complexité n'est pas acceptable. C'est ce que le Conseil constitutionnel a

¹¹ *Principes*, *op. cit.*, p. 730.

¹² *Ibid.*

¹³ Cf. *Infra*.

¹⁴ Sur les rapports entre simplification et inflation normative, cf. N. LEROUSSÉAU, « La simplification du droit en question », in *La simplification du droit*, Actes du colloque de l'Université François Rabelais-Tours, des 6 et 7 avril 2006, *LPA* 24 mai 2007, n°104, pp. 4-6.

¹⁵ Rapport du Conseil d'État (1991), *De la sécurité juridique*, cité in *Rapport du Conseil d'État (2006) Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE n°57, La documentation française, p. 229.

su mettre en évidence en stigmatisant les complexités inutiles du droit¹⁶. La simplification permet alors de conserver ce que l'on peut appeler le *degré acceptable de complexité du droit*. Hauriou l'avait très tôt remarqué dans son œuvre sur la gestion administrative : « Il est certain d'abord, qu'aucun service administratif continu ne saurait fonctionner régulièrement sans le concours du public. C'est pour cela qu'une administration compliquée n'est possible qu'à un degré de civilisation assez avancé pour que l'ensemble des individus comprenne l'utilité des services et se plie spontanément à leurs exigences. On peut exprimer la chose en disant que la marche d'une administration complexe exige un grand respect de la légalité. »¹⁷.

C'est aussi ce que l'on peut constater à l'occasion de la construction européenne¹⁸. En effet, si la simplification du droit permet, dans l'ordre juridique français, d'assurer le maintien de la Constitution, elle se présente aujourd'hui comme le moteur de la Constitution pour l'Europe¹⁹. Il est frappant de constater que l'on veut aujourd'hui assurer son adoption en la contenant dans ce que l'on a décidé d'appeler un *Traité simplifié*. Force est d'en conclure que la citoyenneté européenne n'avait pas atteint un degré d'avancement suffisant ni la cohésion nécessaire pour

¹⁶ Décision n° 2003-473 DC, considérant n° 5. Le CC ne fait référence qu'aux complexités inutiles, mais à l'évidence ce ne sont pas les seules complexités du droit dont la simplification peut nous prémunir (cf. *infra*, notre analyse de la décision du 26 juin 2003 à propos de la question du « droit commun »). Mais cette formule était sûrement pour le Conseil constitutionnel un moyen d'insister *a contrario* sur le fait que toute complexité du droit n'est pas inutile. Notons à cet égard qu'il aurait pu être intéressant, à l'occasion de l'entreprise de simplification, de distinguer ce qui est complexe et admis de ce qui est compliqué et qu'il convient de simplifier : « La complication peut être le produit d'actions et d'initiatives malheureuses et mal pensées. La complexité relève d'une toute autre logique : elle n'est pas tant imputable aux choix délibérés et à des stratégies d'acteurs aisément identifiables qu'à des processus objectifs travaillant en profondeur, et souvent à leur insu, les institutions et les rapports sociaux » (J. CAILLOSSE, « Savoir juridique et complexité : le cas du droit administratif », in M. DOAT, J. LE GOFF, P. PEDROT (dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du vivant*, Actes du colloque de Brest du 24 mars 2006, PU Rennes, 2007, p. 170).

¹⁷ M. HAURIOU, *La gestion administrative*, 1899, p. 11.

¹⁸ Notons que pour l'Europe, comme pour tout autre institution, la construction a débuté par une simplification des échanges. L'Europe est confrontée aujourd'hui à l'enjeu de simplification de son droit.

¹⁹ Avec Fabienne Peraldi-Leneuf, nous pouvons affirmer que l'opération de simplification « change de sens dans les années 2000 avec le débat constitutionnel qui s'engage sur l'avenir de l'Union. Elle coïncide alors avec une volonté politique qui transparait dès la déclaration 22 du Traité de Nice, qui met l'accent sur la démocratisation du système communautaire. La simplification devient le moyen de réaliser une fin, un objectif politique : l'élaboration d'une constitution pour l'Europe ». L'auteur note aussi qu'au sein de la Convention, le groupe de travail chargé de la « simplification » s'est vu fixer deux objectifs : rendre plus lisible le système européen et renforcer la légitimité démocratique des actes de l'Union européenne. Cf. F. PERALDI-LENEUF, « L'évolution des lois techniques en droit communautaire : rapport entre technicité, simplification et amélioration du droit », *LPA* n°134, 2007, numéro spécial sur les lois techniques.

accepter une Constitution, et qu'instinctivement, pour atteindre cet objectif, les responsables politiques ont cru bon de simplifier le texte présenté aux populations de la communauté européenne²⁰.

Mais les fondements constitutionnels de la simplification du droit sont aussi les limites de cette entreprise.

2) *Limite constitutionnelle de la simplification et mise à jour du « droit commun »*

Dans le cadre de l'entreprise très générale de simplification annoncée par la loi d'habilitation de 2003²¹, le gouvernement a été notamment habilité à procéder à l'adoption et à la rectification de la partie législative de codes. On comprend en effet que si la simplification et la codification ne sont pas synonymes, elles n'en sont pas moins des entreprises qui peuvent s'additionner et se confondre²². Comme le remarque Pascale Gonod, « la codification participe sans nul doute de la simplification et, d'ailleurs, l'une des missions de la Commission supérieure de codification est " d'œuvrer à la simplification et à la clarification du droit " (décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 modifié) »²³.

Mais la simplification va au-delà de la codification puisqu'elle permet de véritables adaptations du *corpus* des règles existant par l'édition d'une règle nouvelle²⁴. Ces adaptations sont celles qui sont nécessaires pour lutter contre les règles de droit inopportunément compliquées. C'est le cas notamment des dérogations aux droits de la commande et du domaine publics, envisagées dans le cadre de l'habilitation de 2003.

²⁰ Bien d'autres entreprises de simplification existent au niveau communautaire et sont à bien des égards comparables aux procédés français. Cf. à ce sujet le programme glissant de simplification : http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/simplification_fr.htm.

²¹ Sur l'immensité et la diversité du champ de la simplification dans la loi d'habilitation, cf. P. GONOD, « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003, p. 1652.

²² Pour une étude d'ensemble sur les rapports entre la simplification et la codification, cf. A. ZARADNY, « Codification et simplification du droit », in *La simplification du droit*, Actes du colloque de l'Université François Rabelais-Tours, des 6 et 7 avril 2006, *LPA* 24 mai 2007, n°104, pp. 9 et s.

²³ *Op. cit.*

²⁴ La simplification peut donc emprunter la forme de la codification, mais elle peut aussi aller au-delà d'une simple codification à droit constant. C'est pour cette raison que la codification et la simplification, lorsque cette dernière procède à une refonte de la règle de droit, sont présentées par le Conseil constitutionnel comme deux entreprises distinctes. Cf. la décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 (*AJDA* 2004, p. 2365) dans laquelle le Conseil considère que le programme du gouvernement tendant à simplifier le droit et à en poursuivre sa codification est une « double finalité » (cons. n° 5) répondant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Le contrôle de la loi d'habilitation a fait émerger l'équilibre constitutionnel sur lequel repose la simplification du droit. Seules les complications, c'est-à-dire les complexités inutiles, peuvent être l'objet de l'œuvre simplificatrice, sans quoi la simplification porterait atteinte aux garanties apportées par les règles qu'elle entend ajuster, et contreviendrait ainsi à l'article 16 de la Déclaration.

C'est ce que Pascale Gonod a déjà pu remarquer, à propos des simplifications dites « administratives », que l'allégement d'une procédure ne doit pas mettre en cause la raison d'être de cette procédure²⁵. C'est aussi un raisonnement identique que le Conseil constitutionnel a adopté en considérant qu'une entreprise de simplification du droit qui aurait pour effet de généraliser les dérogations au « droit commun » de certaines législations priverait de garanties légales les exigences constitutionnelles dont ce « droit commun » est en quelque sorte le relais législatif. La simplification du droit est donc encadrée par un « droit commun » de nature législative dont elle doit respecter l'économie générale pour ne pas porter atteinte à la Constitution.

C'est ainsi que dans la décision 473 DC, le Conseil relève que si le droit commun de la domanialité et de la commande publique n'est pas de nature constitutionnelle, une généralisation des dérogations à ce droit commun serait de nature à porter atteinte aux garanties qu'il contient et deviendrait par là même inconstitutionnelle²⁶. Pour mieux comprendre cette position du Conseil, nous pouvons tenter de développer le raisonnement qu'il a, selon nous, adopté à propos du droit commun de la domanialité publique. En droit public classique, les biens indispensables à la satisfaction d'intérêt supérieurs doivent être la propriété d'une personne publique. La définition du domaine public ainsi que l'inaliénabilité des biens qui le composent sont le reflet de ce principe, destiné à garantir les intérêts

²⁵ P. GONOD, article précité, *AJDA* 2003, p. 1652.

²⁶ Cf. considérant n° 18 de la décision du 26 juin 2003 : « Considérant, en quatrième lieu, qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé ».

supérieurs servis par ces biens. En conséquence, le « droit commun » de la domanialité publique empêche le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipée pour préfinancer un ouvrage public qui devrait appartenir au domaine public, puisque ces mécanismes auraient pour effet d'autoriser la propriété privée de ces ouvrages durant tout le temps de l'opération²⁷.

Pourtant, ainsi que le relève le Conseil constitutionnel, le « droit commun » de la domanialité publique étant de valeur législative, le recours à de tels mécanismes « ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel » (cons. 18)²⁸. « Mais la généralisation de cette dérogation aurait pour effet de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes [...] à la protection des propriétés publiques²⁹ », et c'est en ce sens que cette *simplification* est limitée par le Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel a donc bien saisi l'équilibre sur lequel la simplification repose. Ni une codification à droit constant, ni une réforme, la simplification est une refonte « [...] en vue de modifier, de compléter et de codifier diverses législations [...] sans en bouleverser l'économie générale ». Pour reprendre les mots du secrétaire général du Conseil constitutionnel à l'époque de cette décision, « la simplification du droit va au-delà de la “ codification à droit constant ”, mais n'affecte pas plus que cette dernière l'ossature des législations en cause »³⁰.

Ainsi l'entreprise de simplification est limitée constitutionnellement. C'est en nous signalant cette limite que le Conseil constitutionnel a pu, dans sa décision du 26 juin 2003, révéler l'existence positive d'un « droit commun », représenté comme étant l'ossature d'un droit accepté. La norme constitutionnelle ne fait que contenir ce « droit commun », garant de nos droits fondamentaux.

²⁷ Cf. note critique É. FATÔME et L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le « droit commun » de la commande publique et de la domanialité publique », *AJDA* 2003, p. 2348.

²⁸ Notons au passage que l'autorisation de recourir à ces mécanismes participe, pour le législateur comme pour le Conseil constitutionnel, à l'entreprise de simplification du droit que le gouvernement est habilité à mener. Ainsi, le fait d'assouplir une réglementation par l'édition d'une nouvelle permission peut relever de la simplification. Et une réglementation trop rigide peut par là même constituer une complexité inutile. Ce qui témoigne de l'ampleur du champ de la simplification du droit. Mais comme nous le verrons, cette entreprise n'est pas sans limites. Elle ne saurait être assimilée à la réforme.

²⁹ Expression peu convaincante, qu'il faut sans doute remplacer par celle utilisée dans le considérant n° 29 de cette décision : « [...] n'autorise pas le Gouvernement à priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public ; que ces exigences résident en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège, dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté, ainsi que dans la protection du droit de propriété que l'article 17 de la Déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques comme aux propriétés privées ; [...] ».

³⁰ J.-É. SCHOETTL, « Simplification et constitution », *AJDA* 2003, p. 1391.

RÉSUMÉ :

La simplification du droit renvoie à une série d'actions sur la forme et le contenu des règles de droit. Codification, harmonisation, reformulation, refonte... le geste simplificateur cherche à maintenir à la règle de droit son caractère accessible car, en dernier ressort, il en va de son caractère acceptable. Cette étude a pris pour support la décision par laquelle le Conseil constitutionnel français a rattaché un programme de simplification du droit à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, objectif qui lui-même s'enracine dans la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. Elle a été l'occasion d'envisager le rôle de la simplification dans la conservation de la règle de droit comme bien public et dans l'entretien de l'ordre constitutionnel établi. Elle nous a aussi permis de concevoir la simplification du droit comme une recherche sur le contenu du droit commun.

SUMMARY:

The simplification of legal rules is an action on their form and contents: coding, harmonizing, reformulating, recasting... The aim is to maintain the legal rule in its accessibility – this accessibility of the legal rule is indeed the main ingredient of its acceptance by those who may have to use and obey it. This study is based on a 2003 decision, in which the French constitutional court held constitutional a simplification program, bounding it to constitutional principles and values. This was the occasion to use in constitutional law, the economic notion of public goods and Hauriou's theory of sovereignty. It also helped to discover a « common rules » concept in French constitutional law.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- *La simplification du droit*, Actes du colloque de l'Université François Rabelais-Tours, des 6 et 7 avril 2006, *LPA* 24 mai 2007, n° 104
- *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport du Conseil d'État, EDCE n°57, La documentation française, 2006
- M. DOAT, J. LE GOFF et P. PEDROT (dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du vivant*, Actes du colloque de Brest du 24 mars 2006, PU Rennes, 2007
- FATÔME É., « À propos des bases constitutionnelles du droit de la domanialité publique – suite », in *AJDA* 2003, p. 1404
- FATÔME É. et RICHER L., « Le Conseil constitutionnel et le “ droit commun ” de la commande publique et de la domanialité publique », *AJDA* 2003, p. 2348
- GONOD P., « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003, p. 1652
- GONOD P., « La simplification administrative : question sur la méthode », *AJDA* 2004, p. 409
- HAURIOU M., *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2^{ème} édition, 1916
- HAURIOU M., *La gestion administrative*, Paris, Larose, 1899
- JEGOUZO Y., « La simplification fait rage », *AJDA* 2007, page 2001
- LESSAY F., *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1988
- MOREAU J. et TERRÉ F., « La simplification du droit », in *Mélanges Béguin*, LexisNexis 2005, p. 533
- PONTIER J.-M., « La simplification, illusion dangereuse », *AJDA* 2005, p. 345
- PONTIER J.-M. (dir.), *La simplification du droit*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, mai 2005, PUAM, 2006
- PERALDI-LENEUF F., « L'évolution des lois techniciennes en droit communautaire : rapport entre technicité, simplification et amélioration du droit », *LPA* n°134, 2007 (numéro spécial sur les lois techniciennes)
- SCHOETTL J.-É., « Simplification et constitution », *AJDA* 2003, p. 1391

L'accès aux normes de l'Union, composante de leur application directe

AURÉLIEN RACCAH

Doctorant en droit, Institut Universitaire Européen

Plus que son *Discours préliminaire au Code civil*, la pensée de Portalis n'a guère subi l'altération du temps lorsqu'il demandait « Quelle est la nation à laquelle des lois simples et en petit nombre aient longtemps suffi ? »¹. Deux siècles de réglementation l'auraient même raffermie. Bien que justifiée, l'inflation normative dans les États dits « de droit » ne va néanmoins pas sans maux. L'accessibilité d'un droit, à la fois unique par son système et multiple dans ses sources, s'avère être un défi majeur pour satisfaire son exigence d'effectivité. L'Union européenne n'y échappe pas, loin s'en faut. La production accrue de normes communautaires s'accompagne inexorablement d'une responsabilisation des composantes de la société : personnes physiques ou morales, publiques ou privées... Bruxelles n'en néglige aucune. De manière générale, « une interruption de l'accroissement de la production normative n'est pas en vue »². Accentuée par cette tendance, la multiplication des sources de droit nuit à la compréhension des obligations de chacun. En ce sens et en vue de leur effectivité, produire des normes en droit inclurait la prise de mesures assurant leur connaissance, *via* un effort accru en faveur de leur publicité et de leur clarté. Si l'UE³ et certains de ses États membres

¹ Jean-Étienne PORTALIS, *Discours préliminaire au projet du Code civil*, 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801), Bordeaux, éd. Confluences, 2004, p. 19.

² Christian TOMUSCHAT, « Normenpublizität und Normenklarheit in der Europäischen Gemeinschaft », in Wilhelm GREWE c.a., *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, Nomos, 1981, p. 462: « Ein Abbruch des Wachstums der Normenproduktion ist nicht in Sicht ».

³ De nombreuses mesures ont ainsi été adoptées pour améliorer la transparence de l'action législative de l'Union. Suite à la déclaration n° 17 *relative au droit d'accès à l'information* annexée au Traité de Maastricht et à plusieurs Conseils européens, la Commission et le Conseil ont approuvé, le 6 décembre 1993, un code de conduite concernant l'accès du public aux documents du Conseil et de la Commission, visant à fixer les principes régissant l'accès aux documents qu'ils détiennent. Cf. CJCE, 6 mars 2003, *Interporc/Commission*,

semblent accorder à la transparence une véritable branche du droit protégeant l'accès aux droits des administrés⁴, nous la distinguerons de l'accès au droit comme composante même de la norme, et plus précisément, de sa conformité. Plus que l'accès « matériel » aux normes, le débat juridique porte plutôt sur l'accessibilité à la « substance » normative, c'est-à-dire sur la qualité de la norme.

Accordons-nous préliminairement à considérer qu'une norme juridique se caractérise par sa finalité, c'est-à-dire le but poursuivi, sa validité, en ce qu'elle tire son habilitation d'une norme supérieure préexistante, sa conformité, *via* des moyens (organes d'application, procédures et mesures juridiques adéquates) appropriés à sa finalité, et sa sanction qui permet d'assurer son application. Quant à l'effectivité du droit – à distinguer de l'efficacité qui relève d'une appréciation d'ordre moral – elle poursuit l'objectif de l'existence des trois critères précédemment énoncés. En d'autres termes, l'effectivité consiste, dans un système donné, en l'assurance d'une application de chaque norme, valide en droit, conforme à sa finalité et, à terme, sanctionnée en cas de mauvaise exécution, voire de non-exécution.

Au sein de l'UE, le principe d'effectivité trouve son expression dans l'article 10 CE invitant les États membres à prendre « toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant » des dispositions des traités, des directives, des règlements et des décisions de l'Union. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) lui a ajouté l'interprétation suivante : « les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les États membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité »⁵. Plénitude et uniformité des normes juridiques appartiennent à la définition du principe d'effectivité. Elles constituent des caractéristiques en dépit desquelles le droit ne saurait exister. Un droit qui ne

aff. C-41/00 P. Cf., en ce sens, la directive 2003/98/CE du Parlement et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public.

⁴ Dans l'Europe des 15, douze États membres disposent de règles propres à l'accès aux documents administratifs. Sept en font un droit constitutionnellement protégé (Suède, Finlande, Pays-Bas, Belgique, Espagne, Portugal et Grèce), les autres ayant simplement légiféré en la matière. En Allemagne, les Länder avaient pris le pas à partir de 1998, avant que ne soit publiée une loi fédérale du 5 septembre 2005 *relative à la liberté d'information – Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes oder Informationsfreiheitsgesetz* (IFG). En France, le droit à la transparence administrative repose principalement sur trois lois : Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* 1978 ; Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 *portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public* ; Loi du 11 juillet 1979 n° 79-587 du 11 juillet 1979 *relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public*. Cf. Frank RIEMANN, *Die Transparenz der Europäischen Union*, Dunckler & Humblot, Band 146, 2004, pp. 23-40 – *Teil I Grundlegung zum Zugangsrecht*.

⁵ CJCE, 9 mars 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Simmenthal*, *Rec.* 1978, p. 629, point 14.

déployerait pas pleinement ses effets et dont l'application serait variable, ne serait pas valable.

Le développement de l'application directe des règlements et décisions⁶, d'une part, des directives et dispositions des traités « inconditionnelles et suffisamment précises »⁷, d'autre part, s'inscrit clairement dans cette perspective⁸. Issue d'un raisonnement jurisprudentiel combinant primauté et effet direct, la théorie de l'applicabilité directe du droit communautaire qualifie ces dispositions de « source immédiate de droits et d'obligations » pour « tous les organes de l'administration, y compris les autorités décentralisées, telles les communes »⁹. Soulignons à cet effet que la notion d'« effet direct » se distingue de celle l'« application directe ». L'« effet direct » renvoie aux *droits* des particuliers d'invoquer *immédiatement* le bénéfice des droits créés par l'UE, tandis que l'« application directe » concerne l'*obligation* des autorités administratives de mettre en œuvre *directement* les normes visées. Cette approche doit conduire lesdits organes, en cas de conflit de normes, à écarter les normes nationales contraires pour se fonder directement sur les normes de l'Union¹⁰. La transcription systématique du droit dérivé de l'Union par des actes nationaux est jugée superflue et nuisible. Engels aurait dit que « l'État n'est pas aboli, il s'éteint »¹¹.

⁶ Article 249 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

⁷ CJCE, 5 avril 1979, *Ministère public contre Tullio Ratti*, aff. 148/78, *Rec.* 1979, p. 1629, point 20 ; CJCE, 26 janvier 1984, *Clin-Midy/Belgique*, aff. 301/82, *Rec.* p. 251, point 29 ; CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe*, aff. 158/80, point 43.

⁸ Pour une première approche juridique de l'applicabilité directe, voir Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1970, 145 p. (réédité en 2006, édition Bruylant, Bruxelles).

⁹ CJCE, *ibid.*, aff. 103/88, point 32.

¹⁰ Dans son arrêt *Simmenthal* précité, la CJCE a souligné que les normes communautaires « directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des États membres [...] de rendre inapplicable de plein droit du fait même de leur entrée en vigueur toute disposition contraire de la législation nationale existante ». Cf. le développement à l'égard de la mise à l'écart de la norme nationale par les autorités décentralisées : CJCE, 29 avril 1999, *Erich Ciola/Land Vorarlberg*, aff. C-224/97 ; CJCE, *Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eieren*, aff. C-453/00. En outre, la Cour rappelle régulièrement que des mesures de transposition ne doivent pas être systématiques. Cf. CJCE, 23 mai 1985, *Commission/Allemagne*, aff. 29/84, point 23 : « La transposition d'une directive n'exige pas nécessairement une action législative dans chaque État membre. En particulier, l'existence des principes généraux de droit constitutionnel ou administratif peut rendre superflue la transposition par des mesures législatives ou réglementaires spécifiques à condition, toutefois, que ces principes garantissent effectivement la pleine application de la directive par l'administration nationale et qu'au cas ou la directive vise à créer des droits pour les particuliers, la situation juridique découlant de ces principes soit suffisamment précise et claire et que les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et, le cas échéant, de s'en prévaloir devant les juridictions nationales ». Cf. CE, 6 février 1998, *M. Tête et association de sauvegarde de l'ouest lyonnais*, n° 138777, *Rec.* p. 30 ; BVerfGE 73, *Solange II*, 339/368.

¹¹ Friedrich ENGELS, *Anti-Dühring*, Éd. sociales, 1878, p. 319.

Cependant, une telle mise à l'écart par les autorités administratives apparaît souvent délicate dès lors que ces dernières sont principalement soumises au droit national.

Cette conjonction entre la multiplication parallèle des sources du droit et des organes d'application directe nuit à la lisibilité de l'ordre juridique de l'Union. L'augmentation des responsabilités liées aux obligations communautaires n'est guère accompagnée d'une implication accrue des nouvelles autorités compétentes dans le processus législatif de l'Union. Celles-ci, à l'instar des autorités régionales et locales, ne disposent pas du même accès au droit de l'Union, ni des mêmes connaissances juridiques. Le personnel administratif s'avère souvent en sous-effectif, mal formé aux rouages institutionnels bruxellois et faiblement équipé en électronique. De ces insuffisances techniques peuvent naître des incompréhensions juridiques, affectant l'effectivité des normes européennes et augmentant les risques de contentieux. Les institutions européennes tentent irrémédiablement de trouver des solutions juridiques.

Nous aborderons différents problèmes liés à l'accès à la connaissance des normes de l'Union, en rejoignant le constat « qu'il existe peu de connaissance approfondie sur la manière dont le droit communautaire dérivé est actuellement structuré »¹². En effet, implicites et indirectes, les conséquences des normes dérivées des traités de l'Union sur la répartition interne des compétences sont trop souvent négligées.

Afin d'éviter tout malentendu, précisons que la sécurité juridique des individus renvoie à une autre problématique qu'il ne s'agit pas d'aborder ici. En effet, à l'égard des personnes privées, la problématique de l'accès au droit, notamment axée sur la transparence et la justiciabilité de leurs droits, diverge sensiblement de celle adossée aux personnes publiques, généralement dotées d'un pouvoir de création de normes, orientant le débat vers les problèmes de qualité et de concrétisation du droit de l'Union. La présente contribution pose, en premier lieu, les complexités juridiques auxquelles sont confrontées les autorités administratives chargées de mettre en œuvre le droit de l'Union (I), puis, en second lieu, reprenant point par point les problèmes préalablement soulevés, s'intéresse aux moyens juridiques qui ont permis, permettent et permettraient d'améliorer l'accessibilité et la compréhension des normes de l'Union par les organes sommés de les mettre directement en œuvre (II).

¹² A. Von BOGDANDY, F. ARNDT & J. BAST, "Legal Instruments in European Union Law and their Reform: A Systematic Approach on an empirical Basis", in *Yearbook of European Law*, 2004, n° 23, p. 92: "There is little detailed knowledge of how current derived [EU] law is actually structured".

I – UNE INFLATION NORMATIVE COURONNÉE D'UN ÉCLATEMENT DES COMPÉTENCES

L'existence d'un important corpus législatif tant communautaire que national supporté par les autorités administratives des États membres est au cœur de la problématique (1). L'adage *nullum censitur ignorare legem* devient une utopie. Nulle autorité n'est effectivement censée ignorer la réglementation qu'elle doit appliquer. Pour autant, comment des structures administratives plus petites peuvent-elles assurer l'intégration de normes plus éparses ? Nous relevons les difficultés que rencontrent en particulier les autorités régionales et locales (2).

1) *Un inestimable et complexe acquis communautaire et national*

Sans prétendre à leur exhaustivité, nous tenterons ici de lister les complexités juridiques de l'ordre juridique communautaire et présenterons les moyens d'y répondre en seconde partie.

Au sein de l'UE, le constat de l'inflation normative est général. L'empilement, en son sein, d'autorités habilitées à produire des normes y contribue substantiellement. La production normative des institutions européennes focalise souvent les attentions en raison, paradoxalement, de la publication fréquente de l'acquis communautaire. Fin 2007, la Commission européenne a établi le bilan suivant : « Le corpus législatif est imposant – plus de 9 000 mesures législatives dont près de 2 000 sont des directives nécessitant chacune de 40 à plus de 300 mesures de transposition dans la législation nationale et régionale. L'UE regroupe 27 administrations nationales et plus de 70 régions autonomes »¹³. Bien que la comparaison apparaisse délicate, en France, la direction des Journaux officiels recense, fin 2006, dans sa base *Legifrance* « 21 744 textes comportant au moins une disposition normative : 73 codes, 2 145 lois, 452 décrets-lois et ordonnances et 19 147 décrets »¹⁴. À cette inflation normative s'ajoute également une prolifération des instruments juridiques. En Allemagne, la première partie du *Bundesgesetzblatt*, journal officiel fédéral, regroupant les lois et règlements fédéraux, les décisions de la *Bundesverfassungsgericht*, les décrets (*Anordnungen und Erlasse*) du Président de la République, les règlements du Bundestag et du Bundesrat..., et la deuxième consacrée au droit international, comptent plus de 30 000 documents tandis que le droit des 16 Länder embrasse plus de 290 000 documents¹⁵. Impressionnants en apparence, ces chiffres le sont sûrement plus dans le fond. Une norme pouvant

¹³ Communication de la Commission « *Pour une Europe des résultats – Application du droit communautaire* », du 5 septembre 2007, COM(2007) 502 final, p. 3.

¹⁴ Direction des Journaux officiels, Rapport annuel 2006, p. 15.

¹⁵ <http://bundesrecht.juris.de> et <http://juris.de>

comporter un nombre infini de dispositions juridiques, les différents recensements normatifs ne contiennent aucune information substantielle. De plus, il faudrait y ajouter les jurisprudences de l'ensemble des tribunaux nationaux et européens. Dès lors, un calcul précis du corpus normatif des ordres juridiques contemporains se révèle impossible. Seule leur codification, *via* un travail de regroupements thématiques, offre une meilleure lisibilité et améliore leur mise en œuvre.

Dans ce magma normatif, l'interconnexion de ces normes entre elles et la clarification de leur rapport hiérarchique les unes aux autres constituent un autre point primordial qui manque souvent dans la relation entre le droit dérivé de l'Union et leurs mesures nationales d'application. Le constat établi montre effectivement l'attachement aux références juridiques nationales des autorités administratives, au détriment des normes de l'Union, qui, néanmoins, priment sur elles. Des professeurs allemands expliquent ce défaut d'ajustement par le fait qu'« En Europe continentale, les structures fondamentales du droit public national ont été construites sur la hiérarchisation scientifique d'instruments juridiques disponibles aux autorités publiques. Dans la doctrine juridique européenne, au contraire, les instruments juridiques supranationaux ont attiré beaucoup moins d'importance »¹⁶. L'apparence d'un détachement des normes supranationales vis-à-vis des hiérarchies des normes nationales peut parfois s'avérer problématique. Pour amoindrir cette difficulté, les visas des normes nationales devraient se référer plus systématiquement aux normes européennes qu'elles mettent en œuvre.

Comme a pu le relever le Professeur Tomuschat en 1981¹⁷, à l'origine des incompréhensions se trouve moins la parcimonie des sources du droit que la surabondance du matériel juridique qui rend confus la maîtrise du droit par les intéressés. La délimitation entre directives et règlements communautaires s'estompe, de même que celle existant entre loi et règlement national perd de sa pertinence lorsqu'il s'agit d'appliquer des normes supra-nationales qui accordent une faible marge d'appréciation aux autorités nationales. Accentuée par les exigences d'application directe, la division des compétences ne dépend plus de la distinction entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire, mais des domaines de compétences attribuées aux différentes autorités.

¹⁶ A. Von BOGDANDY, F. ARNDT & J. BAST, précité, 2004, p. 91: « *In continental Europe, the fundamental structures of national public law have been built on the scholarly systemization of the legal instruments available to public authorities. In European legal scholarship, in contrast, the supra-national legal instruments have attracted rather peripheral attention* ».

¹⁷ Christian TOMUSCHAT, « *Normenpublizität und Normenklarheit in der Europäischen Gemeinschaft* », in W. GREWE e.a., *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1981, p. 46: « *Der Grund ist nicht die Kargheit der Quellen, sondern im Gegenteil die Überfülle des Rechtsmaterials, in dem die Betroffenen die Übersicht zu verlieren drohen* ».

Cet excédent normatif s'explique également par des abrogations trop rares des normes devenues obsolètes. La mise à l'écart par les autorités administratives exigée par les juridictions comble difficilement la conservation de normes nationales qui, sans être expressément illégales, ont perdu de leur validité. C'est l'inconvénient de la théorie de l'applicabilité directe de faire primer le droit communautaire sans pour autant rendre le droit national contraire illégal et les abrogations systématiques.

Enfin, nous soulignons une dernière complexité, née des organisations internationales, d'ordre linguistique et culturel. Si les directives et règlements communautaires sont généralement traduits dans les 23 langues officielles de l'Union européenne, nombreux sont les documents de travail des institutions, de même que la jurisprudence des cours, qui ne peuvent jouir des mêmes faveurs¹⁸. L'impossibilité technique de traduire tous les documents de l'Union implique des connaissances linguistiques adaptées de la part des autorités nationales. Or, à chaque langue correspond sa culture juridique, sa terminologie¹⁹. Par conséquent, la prise en considération des distinctions terminologiques et des conséquences juridiques encourues représente un défi supplémentaire dans le processus législatif communautaire. L'incompatibilité des « sociétés d'économie mixte » (SEM) français à la terminologie juridique bruxelloise en a été l'illustration. Les SEM²⁰, dont le capital est majoritairement détenu par une collectivité publique (État ou collectivité territoriale) et pour partie par des partenaires privés, correspondaient difficilement aux différentes catégories créées par le droit communautaire de la concurrence. La CJCE a dû intervenir à plusieurs reprises pour interpréter le droit des SEM conformément à ces règles²¹.

2) L'accessibilité aux normes de l'Union par les autorités régionales et locales

Concernées par ces complexités juridiques du fait de leur statut d'organes d'application directe du droit communautaire²², les autorités régionales et locales (ARL) connaissent aujourd'hui un important contentieux communautaire, entre

¹⁸ La Commission compte à elle seule 1 750 linguistes.

¹⁹ L'Union européenne a créé une base de données terminologiques multilingue disponible sur internet : <http://iate.europa.eu>

²⁰ Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 *relative aux sociétés d'économie mixte* ; loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 *tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales*.

²¹ CJCE, 7 décembre 2000, *Telastra Verlags*, aff. C-324/98, *Rec. p. I-10745* ; CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, *Rec. p. I-8121* ; CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, *Rec. p. I-1*.

²² CJCE, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo/Commune di Milano*, aff. 103/88, *Rec. p. 1839* ; CJCE, 29 avril 1999, *Erich Ciola/Land Vorarlberg*, aff. C-224/97.

autres²³, dans les domaines des marchés publics²⁴, des aides d'État²⁵, de l'environnement²⁶, des fonds structurels²⁷ et des transports²⁸. Ces nombreuses affaires révèlent d'importants dysfonctionnements des processus d'intégration du droit de l'Union par les autorités compétentes, souvent retranchées entre des références juridiques nationales et des moyens structurels limités pour accéder à l'information (formation des fonctionnaires lacunaire en matières européennes, accès à l'informatique et à Internet, dématérialisation des documents). L'enjeu est d'assurer une application homogène du droit communautaire avec des organisations territoriales et des répartitions de compétences hétérogènes.

Une affaire récemment portée devant les juridictions communautaires a illustré les difficultés d'accès aux documents des institutions rencontrées par une autorité régionale. Le *Landtag*, assemblée régionale allemande, du Schleswig-Holstein s'était premièrement adressée à la Cour de justice²⁹ pour contester le refus opposé par la Commission européenne à sa demande d'accès à une analyse juridique relative à un projet de décision-cadre sur le stockage des données privées³⁰. Le directeur général du service juridique de la Commission avait rejeté cette demande d'accès et transmis

²³ CJCE, 18 juillet 2007, *Commission/Autriche*, aff. C-517/06, sur la réutilisation des informations dans le secteur public dans les *Länder* de Styrie et de Salzbourg.

²⁴ CJCE, 18 juillet 2007, *Commission/Allemagne*, aff. C-503/04, concernant le droit des marchés publics dans la ville de Braunschweig.

²⁵ CJCE, 20 septembre 2007, *Commission/Espagne*, aff. C-177/06 concernant la non-conformité des régimes d'aides d'État dans trois provinces espagnoles ; CJCE, 6 octobre 2005, *Scott/Commission*, aff. C-276/03.

²⁶ CJCE, 31 janvier 2008, *Commission c. France*, aff. C-147/07 sur la qualité des eaux destinées à la consommation humaine dans trois départements ; CJCE, 12 juillet 2007, *Commission/Autriche*, aff. C-507/04 concernant l'application de la directive « oiseaux sauvages » dans différents *Länder* ; CJCE, 1^{er} février 2007, *Commission/Royaume-Uni*, aff. C-199/04 sur l'évaluation des incidences de certains projets sur l'environnement au Pays de Galles ; CJCE, 26 octobre 2006, *Commission/Finlande*, aff. C-159/06 sur l'évaluation des incidences de programmes sur l'environnement et C-154/06 pour manquement à l'application de la directive DEEE dans les îles d'Åland.

²⁷ CJCE, 22 mars 2007, *Regione Siciliana/Commission*, aff. C-15/06 P, *Rec.*2007, p. I-2591 sur la reprise des fonds attribués à la région dans le cadre du FEDER.

²⁸ CJCE, 10 juin 2004, *Commission/Italie*, aff. C-87/02 concernant un projet de construction d'une voie périphérique extra-urbaine dans la région Abruzzes.

²⁹ CJCE, Ordonnance, 8 février 2007, *Landtag Schleswig-Holstein/Commission*, aff. C-406/06.

³⁰ Document SEC(2005) 420, du 22 mars 2005, comportant une analyse juridique relative à un projet de décision-cadre, en discussion au Conseil, sur la rétention des données traitées et stockées en rapport avec la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de données transmises *via* des réseaux de communications publics, aux fins de la prévention, la recherche, la détection, la poursuite de délits et d'infractions pénales, y compris du terrorisme (document du Conseil 8958/04 Crimorg 36 Telecom 82).

au requérant le document en cause dont certaines parties avaient été occultées³¹. S'estimant incompétente, la CJCE a renvoyé l'affaire devant le Tribunal de première instance (TPICE), tout en soulignant que la Cour ne peut connaître des recours en annulation formés par les personnes autres qu'un État membre ou une institution communautaire³². Les autorités régionales et locales ne revêtent la qualité pour agir devant le TPICE que contre les décisions qui les concernent directement et individuellement³³. Un an plus tard, le tribunal a rejeté la requête pour irrecevabilité³⁴, considérant qu'en vertu du droit public national allemand, le *Landtag* n'a pas la personnalité juridique pour être partie requérante devant lui³⁵. On perçoit qu'elle n'ose ouvrir une boîte de Pandore en autorisant toutes les ARL à recourir devant elle au même titre que les autorités gouvernementales. Cette argumentation de la Cour ne convainc pas car elle écarte les ARL d'un accès direct aux documents qui faciliterait pourtant la compréhension et, à terme, l'application directe du droit communautaire.

Pour combler les obstacles d'une relation juridique directe entre les ARL et l'Union, les États membres ont été contraints de créer de nouveaux mécanismes de coordination et de contrôle³⁶. Dans les États fédéraux, les mécanismes de coopération entre la Fédération et les États fédérés préexistaient à l'Union européenne. Seules quelques adaptations structurelles se sont avérées nécessaires. En Allemagne, la participation des Länder aux affaires européennes est tout d'abord assurée, par la voie du *Bundesrat*, en vertu de l'article 23 alinéas 2 et 3 de la *Grundgesetz*. En outre, une loi relative à la coopération entre la Fédération et les Länder dans les affaires intéressant l'Union européenne (EUZBLG)³⁷ et par une

³¹ Et ce, en application de l'article 4 §2 du règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement et du Conseil, du 30 mai 2001, *relatif à l'accès du public aux documents du Parlement, du Conseil et de la Commission* (JO L 145, p. 43).

³² Cf. les ordonnances du 21 mars 1997, *Région wallonne/Commission*, aff. C-95/97, *Rec.* p. I-1787, et du 1^{er} octobre 1997, *Regione Toscana/Commission*, aff. C-180/97, *Rec.* p. I-5245.

³³ Article 230, quatrième alinéa, CE.

³⁴ TPICE, Ordonnance, 3 avril 2008, *Landtag Schleswig-Holstein/Commission*, aff. T-236/06, JO C 261 du 28 octobre 2006, p.24. Une première ordonnance avait jugé irrecevable pour cause de litispendance : ordonnance du 14 juin 2007, *Landtag Schleswig-Holstein/Commission*, aff. T-68/07, non publiée au Recueil.

³⁵ À l'appui de son argumentation, le TPICE cite sa propre jurisprudence : TPICE, 30 avril 1998, *Vlaams Gewest/Commission*, T-214/95, *Rec.* p. II-717, point 28 ; ordonnance du TPICE, 16 juin 1998, *Comunidad Autónoma de Cantabria/Conseil*, T-238/97, *Rec.* p. II-2271, point 43 ; TPICE, 15 décembre 1999, *Freistaat Sachsen e.a./Commission*, T-132/96 et T-143/96, *Rec.* p. II-3663, point 81.

³⁶ En ce sens : *Rapport sur l'application du droit communautaire par les États membres et sur le contrôle de celle-ci par la Commission, contenant des recommandations en vue de les améliorer du point de vue de la gouvernance démocratique européenne*, in *Livre Blanc sur la gouvernance européenne*, 25 juillet 2001, p. 45.

³⁷ *Europäische Zusammenarbeit von Bund und Länder Gesetz*.

Convention Fédération-Länder (BLV)³⁸ légalise des plates-formes de rencontre. Cette coopération prend notamment forme autour de treize conférences ministérielles et de « *missions communes* »³⁹ qui permettent d'élaborer une coordination dans l'application des compétences respectives, « particulièrement en ce qui concerne les aides économiques et la politique des structures agricoles »⁴⁰. Enfin, le Chancelier réunit autour de lui, plusieurs fois par an, les seize *Minister-Präsidenten* qui dirigent les exécutifs des *Länder* afin de se concerter sur des problèmes économiques et sociaux importants, et d'assurer une certaine cohésion de l'activité législative des *Länder*.

Au Royaume-Uni, les *devolution Acts* de 1998 et de 2006 ont été accompagnés d'un *Memorandum of Understanding*⁴¹ (MOU), assorti d'une série de 23 *Concordats* qui coordonne les relations entre l'Écosse, le Pays de Galles et Westminster. Sans portée juridique, le MOU organise de manière informelle la communication et la consultation entre les différentes administrations, la coopération dans les domaines d'intérêts mutuels et l'échange d'informations. Susceptibles quant à eux d'être invoqués à l'appui d'un *Judicial Review*, les *Concordats* contiennent des principes procéduraux susceptibles d'assurer la stabilité des relations⁴². En particulier, le *Concordat on co-ordination on european union policy issues* s'attache à rendre cohérent la politique européenne entre les ministères britanniques et les entités décentralisées. Les ministères de *Whitehall* se doivent de notifier aux administrations dévolues toutes les informations qui concernent leurs domaines de compétences. Les autorités centrales se réservent cependant la possibilité de reprendre les commandes en cas de conflit de compétence afin d'assurer la pleine application du droit de l'Union.

En France, le rapport institué entre l'État et les collectivités territoriales s'assimile à une tutelle juridique. Seul le préfet détermine « les orientations nécessaires à la mise en œuvre [...] des politiques nationales et communautaires »⁴³ dans les territoires. Ses compétences de mise en œuvre de la politique de l'État dans des domaines aujourd'hui transférés à l'Union européenne (culture, emploi, santé

³⁸ *Bund-Länder Vertrag* du 29 octobre 1993.

³⁹ Art. 91a GG.

⁴⁰ Hellmut WOLLMANN, « Allemagne », in Gérard MARCOU, *Les régions en Europe, entre l'État et les collectivités locales*, octobre 2003, p. 154.

⁴¹ Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements between the United Kingdom Government, Scottish Ministers, the Cabinet of the National Assembly for Wales and the Northern Ireland Executive Committee, Cm 5240 (2001).

⁴² John BELL, *RDV* n°2, 2000, p. 425.

⁴³ Décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 *relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation des services de l'État dans les régions et les départements*, art. 3 pour le préfet de région, art. 9 pour le préfet de département, *JORF*, 30 avril 2004.

publique, cohésion économique et sociale) évoluent inexorablement au gré du droit dérivé⁴⁴. Les services déconcentrés qu'il dirige opèrent une lente mutation d'une exécution vers une animation et une coordination des obligations communautaires. Le préfet exerce un pouvoir de contrôle de légalité⁴⁵ *a posteriori* lui permettant notamment de saisir le tribunal administratif pour une décision qu'il estime contraire à la légalité, voire *a priori*, un pouvoir de substitution à l'action communale dans des cas extrêmes d'illégalité⁴⁶. Dans son rapport de 2004, le Conseil d'État suggérait la création éventuelle d'un organe *ad hoc* comprenant l'ensemble des collectivités territoriales, en se référant aux expériences d'autres pays européens⁴⁷. L'instauration récente d'une Conférence nationale des exécutifs locaux (CNE)⁴⁸ ne répond que partiellement aux attentes et la situation actuelle ne permet pas de mettre en commun les expériences locales ou de coordonner l'application du droit de l'Union par les collectivités territoriales. Sous la plume de Jacques Biancarelli, les Études du Conseil d'État contiennent régulièrement des propositions innovantes et adaptées aux problèmes français liés à l'intégration européenne⁴⁹, en vain.

Concernant les sanctions prononcées par le TPICE et la CJCE à l'encontre des États membres, la tendance actuelle consiste à créer des mécanismes de transfert des condamnations pécuniaires aux ARL jugées responsables. Dans les trois États fédéraux, des mécanismes de répartition des charges financières ont été institués. Ainsi, en Allemagne, depuis la réforme du fédéralisme de 2006, la *Grundgesetz* établit des pourcentages de partage des sanctions pécuniaires en cas de violation avérée des obligations supranationales. Dans l'hypothèse de mesures coercitives prononcées par

⁴⁴ Article 131 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 *relatives aux libertés et responsabilités locales*, *JORF*, 17 août 2004.

⁴⁵ Circulaire du 17 janvier 2006 du Ministre de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire relative à la modernisation du contrôle de légalité.

⁴⁶ Articles L. 2122-34 et L. 2215-1-1° du CGCT. Cf. Frédéric DIEU, *Le pouvoir de substitution d'action du préfet en matière de police administrative n'engage que rarement la responsabilité de l'État*, in *Droit administratif – Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, janvier 2008, pp. 23-31.

⁴⁷ Conseil d'État (CE), *Collectivités territoriales et obligations communautaires*, La documentation française, 2003, 114, p. 57. Cf. également : CE, *Rapport public 2007 : L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ?*, La documentation française, Les études du CE, n° 58, 2007, 427 p. ; CE, *Rapport public 1992*, La documentation française, n° 44, 1993, 456 p.

⁴⁸ Depuis octobre 2007, le Premier ministre a créé une Conférence nationale des exécutifs (CNE), qu'il préside, pour améliorer la concertation entre le Gouvernement et les exécutifs des collectivités territoriales. Y siègent les ministres principalement concernés, ainsi que les présidents des trois grandes associations d'élus (AMF, ADF, ARF) et six de leurs membres. La CNE doit se réunir deux à trois fois par an. La seconde a néanmoins été reportée. Cf. Mairie-info, *Report «sine die» de la Conférence nationale des exécutifs*, 23 avril 2008.

⁴⁹ Conseil d'État, *Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national*, La Documentation française, 2007, 87 p.

les institutions européennes, la Fédération en supportera 65 %, les Länder 15 %⁵⁰. En cas de corrections financières incombant aux *Länder*, ce rapport s'élève à hauteur de 15 % pour le *Bund* et 85 % pour les *Länder*⁵¹.

Dans les États à tradition unitaire, de tels mécanismes ne sauraient tarder. En France notamment, une commission interministérielle évoque actuellement la possibilité d'élargir la sanction directe prévue à l'article 1^{er} de la loi du 13 août 2004 *relative aux libertés et responsabilités locales en matière d'aides d'État* (articles L. 1511-1 et s. CGCT), à tous les domaines d'intervention des collectivités territoriales. Ce projet de réforme est motivé par la crainte de sanctions pécuniaires plus conséquentes de la CJCE. L'importante sanction infligée à la France en 2005, composée d'une astreinte semestrielle de plus de 57 millions d'euros et d'une somme forfaitaire de 20 millions d'euros, a constitué un avertissement. Dans cette affaire⁵², l'État français avait manqué à son obligation de mettre en œuvre deux règlements communautaires relatifs à l'instauration de mesures de contrôle et de conservation des ressources de pêche, visant notamment le respect de l'interdiction de la vente des poissons sous-taille.

Jusqu'à présent, aucune ARL n'a eu à supporter de sanctions pécuniaires à répercussion. Les juridictions rencontrent déjà des difficultés pour procéder au recouvrement des aides d'État accordées par les entités décentralisées jugées non conformes au traité CE⁵³. Le jour où les mécanismes de répercussion des sanctions pécuniaires seront rodés, l'enjeu sera de savoir ce qu'il advient des entités décentralisées insolvables pour respecter le foisonnement normatif.

La Commission a récemment annoncé qu'elle demeurera vigilante au respect du droit de l'Union appliqué directement par les autorités dont la responsabilité n'est pas clairement engagée. « Elle restera », précise-t-elle, « encore active dans le contrôle des principes énoncés dans le traité et des règlements, lorsque les règles communautaires sont directement applicables, en particulier dans les cas où aucun moyen spécifique d'application du droit n'a encore été mis au point et où le respect

⁵⁰ Article 109, § 5 de la Loi fondamentale.

⁵¹ Article 104, § 6 de la Loi fondamentale.

⁵² CJCE, 12 juillet 2005, *Commission/France*, aff. C-304/02, *Rec.* p. I-6263.

⁵³ Nicolai RITTER, *How to Effectively Recover State Aid in Insolvency Proceedings*, in *European State Aid Law Quarterly*, Vol. 7, N° 1, pp. 28-30. CJCE, 6 octobre 2005, *Scott/Commission*, aff. C-276/03 P, *JO C* 200 du 23 août 2003 ; CAA NANCY, 18 décembre 2003, *CCI Strasbourg et Bas-Rhin c. Société Brit Air*, n° 03NC00859 et, *RYAN AIR c/Société Brit Air*, n° 03NC00864 ; CJCE, 20 mars 1997, *Land Rheinland-Pfalz contre Alcan Deutschland GmbH*, aff. C-24/95, *Rec.* 1997, p.I-1591.

des règles et de la jurisprudence de la Cour de justice en la matière est en jeu »⁵⁴. D'où l'intérêt d'améliorer l'accessibilité des normes de l'Union.

II – DES MOYENS D'ACCÈS DIRECT AUX NORMES DE L'UNION RÉSERVÉS AUX ORGANES D'APPLICATION

À chaque complexité sa simplification. Simplifier ne signifie pas simplicité. « Tout simplifier, est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. Tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre »⁵⁵, proclamait Portalis. Entendons-nous donc (1) sur ce que poursuivent les simplifications juridiques européennes (2).

1) Une volonté contemporaine de simplifier les systèmes juridiques

Dans la doctrine, la simplicité a longtemps prévalu à la simplification. Au XIX^e siècle, Frederick Maitland associait cette dernière aux sociétés primitives et compliquées et s'attachait à la quête de simplicité, « résultat d'une subtilité technique »⁵⁶. Dans la même pensée juridique, Saleilles disait du droit qu'« il n'est pas un musée d'art [...] il faut le réduire à des choses simples »⁵⁷. Et Montesquieu exprimait sans modération que « le style des lois doit être simple ; l'expression directe s'entend toujours mieux que l'expression réfléchie. [...] Quand le style des lois est enflé, on ne les regarde que comme un ouvrage d'ostentation. [...] Les lois ne doivent point être subtiles : elles sont faites pour des gens de médiocre entendement, elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille »⁵⁸. Le discours s'est aujourd'hui inversé.

Le constat part des difficultés rencontrées pour assurer la compréhension, la cohérence et la coordination des systèmes juridiques étatiques. L'évolution des mœurs, l'accumulation des références à une Histoire commune, à une mémoire collective, la construction d'une culture forte, l'ancrage d'idéaux, de valeurs... toutes les exigences sociales sont autant de bonnes raisons en faveur de créations normatives toujours plus pointues, plus précises. Les exigences deviennent des attentes légitimes, les attentes légitimes des droits. La quête de compromis autour d'un principe du donnant-donnant aboutit à une surenchère de la demande sociale.

⁵⁴ Communication de la Commission « *Pour une Europe des résultats – Application du droit communautaire* », du 5 septembre 2007, COM(2007) 502 final, p. 7.

⁵⁵ Jean-Étienne PORTALIS, *Discours préliminaire*, précité, p. 15.

⁵⁶ Frederick William MAITLAND, *Domesday Book and Beyond*, Cambridge, 1897, t. I, p. 356.

⁵⁷ Raymond SALEILLES, *La personnalité juridique, Histoire et théories*, Rousseau, 1910, p. 306.

⁵⁸ Charles de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L. XXIX, Ch. 16.

Le développement d'un droit posé gage d'un droit positif et non arbitraire. Les exigences démocratiques de prévision se transforment en barrières procédurales. À quoi s'ajoute l'ouverture pacifique des frontières territoriales engendrant la confrontation de systèmes juridiques divergents. Le processus de création de normes n'est alors plus fondé sur les revendications sociales mais sur la détermination d'un juste milieu. Les systèmes ne sont pas unifiés, mais harmonisés. Les rapports juridiques se complexifient du seul fait de leur rencontre. Le droit communautaire n'est pas un droit en soi, mais une harmonisation européenne de certains droits nationaux.

L'étendue et la précision du droit rend l'adage *nullum censitur ignorare legem* chaque jour un peu plus surnois. La complexité du droit ferme les portes aux connaissances superficielles. Peut-on exiger une connaissance approfondie du droit à l'ensemble des composantes de la société ? La réponse ne serait pas même positive pour un juriste. Le rendre formellement plus accessible est un leurre. De même que Portalis se posait la question de savoir si l'on peut « comparer les institutions d'un peuple naissant avec celles d'un peuple parvenu au plus haut degré de richesse et de civilisation ? »⁵⁹, aurait-on atteint le seuil maximum de complexité pour aujourd'hui en demander une simplification ?

Cernée par des procédures peu flexibles, par la multiplication des organes habilités à créer des normes et de rares suppressions de compétences, la complexité des systèmes juridiques contemporains est un fait. À chaque niveau de compétences correspond de nouvelles normes à respecter, de nouvelles responsabilités à supporter et une augmentation des risques de sanctions judiciaires. Les seules simplifications envisageables ne sont que des adaptations structurelles.

2) *Des instruments et méthodes de simplification normative renouvelés*

Dans les États membres, la thématique de la simplification s'est principalement axée sur des réformes de l'administration et des procédures administratives⁶⁰. En

⁵⁹ PORTALIS, *ibid.*, p. 15.

⁶⁰ En Belgique, le Service public fédéral Chancellerie du Premier ministre a institué depuis 1998 une Agence pour la simplification administrative (ASA) en vue de réduire la complexité administrative. Chargée de faire et coordonner des propositions de simplification, d'élaborer des méthodes de mesure des coûts administratifs, d'incorporer les méthodes d'analyses d'impact, l'ASA demeure indépendante sans néanmoins disposer de moyens de contrainte. De même, au Luxembourg, depuis 2004, un comité national pour la simplification administrative en faveur des entreprises (CNSAE) s'inscrit dans la même perspective. En France, des lois dites « de simplification » habilite occasionnellement le Gouvernement à « nettoyer » certains dispositifs législatifs. Par exemple, une loi de 2004 habilitait le Gouvernement à simplifier quelques 63 points législatifs par ordonnance. Par « simplification du droit », étaient entendus l'harmonisation des règles d'accès aux documents administratifs, le retrait des actes administratifs, le

revanche, au niveau européen, la simplification s'est poursuivie dans une optique de lisibilité et de compréhension des actions engagées à Bruxelles. Depuis les années 1970, le premier effort en faveur de cette transparence a été d'ordre technique en se portant sur une meilleure publication des normes produites par les institutions européennes. Les conséquences juridiques tant à l'égard de leurs délais de transmission que de leur connaissance ne peuvent être négligées. Les actes des Communautés ont été publiés au Journal officiel des Communautés européennes (JOCE), puis de l'Union (JOUE), répertoriés en partie « L » pour les législations, « C » pour les communications et informations. Le fonds documentaire de CELEX (*Communitatis europeae lex*) contient également des documents complémentaires, tels les actes préparatoires, la jurisprudence et les questions parlementaires⁶¹. Révolutionnant l'accès aux normes juridiques, Internet permet désormais une publication régulière et gratuite, accessible sur le site *Eur-lex*⁶², de même que le suivi des procédures interinstitutionnelles⁶³ et pré-législatives⁶⁴. Cette publication en amont améliore sensiblement leur connaissance par les acteurs concernés. Les moyens de communication électronique constituent aujourd'hui un gage d'amélioration. Particulièrement visé, l'accès au haut débit par ADSL. Cependant, alors que de nombreuses procédures se dématérialisent, nombreuses restent les communes ne disposant pas du haut débit⁶⁵.

Sur la problématique proprement juridique, la Commission a pris conscience de l'étendue des incompréhensions liées au fonctionnement de l'Union à la suite des débats nationaux relatifs au Traité de Maastricht. En des termes peu équivoques, elle établissait le constat suivant : « Peu importe que la demande d'une proposition émane très souvent du Conseil des Ministres ou du Parlement européen, peu importe que de larges consultations soient organisées avec les milieux intéressés (Livre vert, réunions d'experts, etc.), peu importe également que les propositions initiales soient surchargées ou dénaturées lors du processus d'adoption par le Conseil ou par le Parlement, c'est la Commission qui, aujourd'hui, porte principalement

développement de l'administration électronique, la simplification du droit de filiation, de même pour les règles de fonctionnement des tribunaux et nombre de lois diverses et variées (patrimoine culturel, droit funéraire, élections, logement, urbanisme, impôts, santé...) qui font de ce type de lois des « fourre-tout » elles-mêmes peu compréhensibles.

⁶¹ Le contenu de la base de données du fonds documentaire de référence comprend quelque 2 300 000 documents en plusieurs langues, dont la plupart ont été publiés au *Journal officiel de l'Union européenne* et/ou dans le *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice*.

⁶² www.eur-lex.eu

⁶³ <http://cc.europa.eu/prelex/apcnet.cfm>

⁶⁴ <http://www.europarl.europa.eu/ocil/index.jsp>

⁶⁵ En ce sens, lire les débats au Sénat en séance du 13 octobre 2004 relatifs à la loi de simplification de 2004.

devant l'opinion publique, la responsabilité de réglementations qui seraient contraires au principe de subsidiarité. Il est d'autant plus injuste que la Commission soit au centre de ces critiques qu'elle se limite à exercer les deux missions fondamentales assignées par le Traité : celle du monopole de l'initiative, celle de gardienne du droit communautaire »⁶⁶. Des mesures ont ainsi été entreprises sous diverses formes.

Afin d'améliorer la qualité des actes qu'elle produit, la Commission a tout d'abord réformé sa propre administration. Cette adaptation aux nouvelles exigences politiques a surtout concerné deux services transversaux : le Secrétariat général et le Service juridique. L'ancien directeur-général de ce dernier service a ainsi pu préciser que « tous deux veillent à la cohérence et à la légalité de l'initiative envisagée : le Secrétariat Général principalement sur l'exhaustivité des consultations et des procédures suivies ; le Service juridique lui, doit se prononcer sur la compatibilité de toute proposition au regard des règles du Traité, et donc notamment du respect du principe de subsidiarité »⁶⁷. Cette organisation est étroitement liée aux politiques de simplification et de *better regulation* exposées ci-dessous.

À l'occasion de la Stratégie de Lisbonne, le Conseil européen appelait à « simplifier l'environnement réglementaire, y compris le fonctionnement de l'administration publique, tant au niveau national qu'au niveau communautaire »⁶⁸. Une stratégie de simplification⁶⁹, planifiée dans un premier temps pour les années 2005-2008, recadrée ensuite sur la période 2006-2009, a permis d'examiner la pertinence d'une partie de l'acquis communautaire, d'abroger quelques 400 actes juridiques devenus caducs, de lancer un effort de codification législative⁷⁰ et de faciliter l'adoption des règlements directement applicables. La stratégie invitait à diffuser la pratique anglo-saxonne des analyses d'impact afin de mesurer les coûts administratifs des nouvelles propositions, mais également à recourir plus fréquemment aux consultations des parties concernées.

Certains domaines étant plus concernés que d'autres, une approche sectorielle a été développée. Dans le domaine de l'agriculture, en 2006, un plan d'action⁷¹ s'est

⁶⁶ Communication de la Commission du 27 octobre 1992, *Bull. C.E.*, 10-1992, p. 125.

⁶⁷ Michel PETITE devant le groupe de travail sur la subsidiarité à la Convention européenne, p. 3. <http://european-convention.eu.int/docs/wd1/1336.pdf>

⁶⁸ Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Lisbonne, 23 et 24 mars 2000, point 17.

⁶⁹ Communication de la Commission, 25 octobre 2005, *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : une stratégie de simplification de l'environnement réglementaire*, COM(2005) 535 final.

⁷⁰ Communication de la Commission, 21 novembre 2001, *Codification de l'acquis communautaire*, COM(2001) 645 final.

⁷¹ Commission européenne, DG Agriculture et Développement rural, *Simplification de la politique agricole commune*, Document de travail, octobre 2006, 53 p. Conformément à la communication de la Commission

particulièrement focalisé sur une « simplification technique », consistant à réviser le cadre législatif, les procédures administratives, ainsi que les mécanismes de gestion dans un souci de rationalisation et d'un meilleur rapport coût-bénéfice pour les agriculteurs et les administrateurs. Un toilettage des réglementations en vigueur (règles d'import/export, aides financières) a été effectué, un régime de paiement unique indépendant de la production a été introduit et les 21 organisations communes de marché (OCM) ont été regroupées dans une OCM unique qui couvre tous les produits (bananes, céréales, riz, vin, lait, houblon, floricultures...) dans un objectif d'harmonisation normative⁷².

À l'égard des instruments juridiques, la simplification était ainsi à l'ordre du jour de la Convention pour l'avenir de l'Europe. Partant du constat que « le système de l'Union tel que nous le connaissons est peu “ lisible ”, peu compréhensible »⁷³, était notamment proposée une réforme, d'une part, des instruments juridiques distinguant « actes législatifs » (lois et lois-cadres) issues du législateur (Conseil et Parlement), « actes délégués » (règlements délégués) et actes d'exécution (règlements d'exécution ou décisions d'exécution) et, d'autre part, des procédures de l'Union⁷⁴. Le Traité de Lisbonne ne reprend pas ces innovations⁷⁵.

Les mesures entreprises distinguent une simplification formelle, principalement articulée autour de la thématique de la subsidiarité, d'un travail de perfectionnement des méthodes de création de la norme européenne, sous l'étiquette de la « *Better regulation* ».

En premier lieu, quant à la forme, la marge d'appréciation dont la Commission jouit dans la détermination des initiatives communautaires étant jugée excessive, celle-ci s'est attachée à structurer une procédure, jusqu'alors inexistante, désormais prénommée « pré-législative ». Des évolutions ont commencé à se percevoir en la matière avec le développement de critères de subsidiarité, énoncés dans un protocole n° 30, annexé au traité d'Amsterdam, relatif à l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. La Commission est désormais liée à l'obligation de « motiver la pertinence de chacune de ses propositions au regard du principe de subsidiarité ; chaque fois que cela est nécessaire, l'exposé des motifs joint à la

intitulée « Simplifier et mieux légiférer dans le cadre de la politique agricole commune », 19 octobre 2005.

⁷² Règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole.

⁷³ Convention pour l'avenir de l'Europe, Rapport final du groupe de travail IX sur la simplification, 29 novembre 2002, CONV 424/02, p. 1.

⁷⁴ Jacques ZILLER, *La nouvelle Constitution européenne*, coll. Repères, La découverte, 2004, pp. 105-108, *La simplification des instruments et procédures*.

⁷⁵ Art. 289 TFUE.

proposition donne des détails à ce sujet »⁷⁶. De nouvelles méthodes de travail sont apparues et quatre critères principaux ont été dégagés : motivation du fondement juridique, nécessité et proportionnalité de l'action envisagée, impact économique. Ils offrent un cadre pré-législatif communautaire suffisant pour soutenir leur caractère contraignant⁷⁷.

Si la CJCE peine aujourd'hui encore à sanctionner leur non-respect⁷⁸, l'importance accordée dans le Traité de Lisbonne au principe de subsidiarité serait l'occasion de faire évoluer la jurisprudence. L'innovation principale permettrait au Comité des Régions (CdR) de saisir les juridictions européennes en cas de violation du principe. Depuis 1993, cet organe consultatif a fait de la subsidiarité son principe de référence, développant, sous son intitulé, des politiques de rapprochement de l'ensemble des ARL, leur permettant de formuler des avis sur les propositions de législation européenne, d'échanger les meilleures pratiques (*best practices*), de créer des réseaux de coopération (*subsidiarity monitoring network*). Ces efforts, bien que difficilement mesurables, améliorent sensiblement la perception du droit de l'Union. Dans cette même perspective, le Traité de Lisbonne prévoit, à l'article 2E du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (actuel Traité CE), la possibilité de « mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres » en matière de coordination administrative.

Les consultations externes ont toujours appartenu aux méthodes de travail de la Commission. La politique de subsidiarité a ensuite incité à systématiser de « larges consultations » et des dialogues constructifs avec les autorités publiques et privées concernées par les mesures : opérateurs de marché, organisations non gouvernementales, lobbies, sociétés civiles (notamment *via* le Comité économique et social), experts universitaires⁷⁹... Les organes d'application du droit communautaire se sont progressivement imposés comme partenaires incontournables⁸⁰. Ces

⁷⁶ Point 9 du protocole relatif à l'application des principes de proportionnalité et de subsidiarité, annexe CE.

⁷⁷ Aurélien RACCAH, *Le principe de subsidiarité, Vers une codification de la procédure pré-législative de l'Union ?*, in *Revue Française d'Administration Publique*, n° 127, automne 2008 (à venir).

⁷⁸ CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne/Conseil et PE*, aff. C-376/98 ; CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93 ; CJCE, 24 octobre 1996, *Tremblay*, aff. C-91/95 P ; TPICE, 24 janvier 1995, *Tremblay*, T-5/93 ; CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco*, aff. C-491/01 ; CJCE, 14 avril 2005, *Belgique/Commission*, aff. C-110/03 ; CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health*, aff. C-154/04.

⁷⁹ Point 9 du protocole « subsidiarité » : la Commission doit « procéder à de larges consultations avant de proposer des textes législatifs et publier, dans chaque cas approprié, des documents relatifs à ces consultations », repris au point 2 du protocole n° 2 du Traité de Lisbonne.

⁸⁰ Anne-Marie TOURNEPICHE, « Vers de nouveaux champs d'application pour la transparence administrative en droit communautaire, Réflexions sur le Livre vert " Initiative européenne en matière de transparence " », in *Cahier de droit européen* n° 5/6, pp. 623-645.

consultations démontreraient « que la Commission est ouverte aux contributions d'un vaste éventail de parties prenantes extérieures et montre son engagement en faveur de la transparence »⁸¹. Néanmoins, « l'une des questions non résolue par la formulation du protocole est la forme que doivent prendre ces consultations »⁸², ainsi que leur mode d'intégration. Depuis 2002, les consultations ont intégré le plan d'action « Mieux légiférer ».

En second lieu, quant au fond, la politique du « Mieux légiférer » nous paraît la plus adéquate à la quête de simplification juridique. Dans la même logique de dissociation entre simplification et simplicité décrite ci-dessus, la Commission rappelle régulièrement que « Mieux légiférer ne signifie pas déréglementer »⁸³, mais implique désormais le respect de critères d'évaluation préalables à toute nouvelle législation européenne. Analyses d'impact, simplification, codification, concertation... sont régies par des procédures plus ou moins contraignantes.

Au sein du Service juridique⁸⁴, des « juristes-réviseurs » conduisent, depuis 1993⁸⁵, la politique de *Better regulation* – Mieux légiférer⁸⁶. Visant à améliorer la qualité rédactionnelle de la législation communautaire, elle constitue un pendant juridique de la subsidiarité. « La qualité rédactionnelle de la législation communautaire est essentielle si on veut qu'elle soit correctement mise en œuvre par les autorités nationales compétentes et mieux comprise par le public et dans les milieux économiques »⁸⁷. Sur la base d'accords interinstitutionnels⁸⁸ instituant des

⁸¹ Lignes directrices sur les analyses d'impact, p. 6.

⁸² Jacques ZILLER, *Le Comité des Régions dans la mise en œuvre des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, 2006, p. 153, § 296.

⁸³ Communication de la Commission, 30 janvier 2008, 2^{ème} examen stratégique du programme « Mieux légiférer » de l'Union européenne, COM(2008) 32 final, p. 2.

⁸⁴ Lire l'audition de Michel PETITE, Directeur Général du service juridique de la Commission européenne devant le groupe de travail sur la subsidiarité à la Convention.

⁸⁵ Résolution du Conseil du 8 juin 1993 relative à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire, JO C 166, 17 juin 1993, p. 0001 :

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993y0617\(01\):FR:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993y0617(01):FR:NOT)

puis Déclaration n° 39 au Traité d'Amsterdam relative à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire du 2 octobre 1997, JO C 340, 10 novembre 1997, p. 0139 :

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11997D/AFI/DCL/39:FR:NOT>

⁸⁶ Cf. website de la Commission http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_en.htm

⁸⁷ Déclaration n°39.

⁸⁸ Accord interinstitutionnel du 22 décembre 1998 du Parlement, du Conseil et de la Commission sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire.

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999Y0317\(01\):FR:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999Y0317(01):FR:NOT)

Accord interinstitutionnel du 16 décembre 2003 «Mieux légiférer»

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003Q1231\(01\):FR:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003Q1231(01):FR:NOT)

lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle, sont définis des principes généraux de rédaction : « guide pratique commun à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs »⁸⁹, procédures internes respectives, formation des personnels, coopération entre États membres... Les institutions s'engagent ainsi à constamment améliorer la qualité de la législation et à promouvoir la simplicité, la clarté et la cohérence dans la rédaction des textes législatifs. L'objectif consiste à promouvoir une plus grande transparence et accessibilité de la législation de l'Union européenne, une nouvelle culture de réduction du volume de la législation et un meilleur suivi de la législation adoptée.

Le Secrétariat général de la Commission coordonne la production des analyses d'impact effectuées au sein de chacune des Directions-Générales⁹⁰. Ces analyses d'impact – *Impact Assessment* – consistent en l'étude des répercussions économiques, sociales et environnementales de la future législation européenne dans les États membres.⁹¹ Nous avons déjà eu l'occasion de présenter leurs enjeux⁹². Elles font l'objet de lignes directrices détaillant la procédure à suivre⁹³.

Ce document de travail établit un lien direct avec les critères de nécessité du principe de subsidiarité. L'analyse d'impact (AI) constitue un outil essentiel pour motiver les décisions politiques de Bruxelles, en se fondant, dans chaque cas, sur une solide analyse des meilleures données disponibles. Sans présager de la volonté politique⁹⁴, l'analyse d'impact, à l'instar de l'ensemble de la procédure relative au principe de subsidiarité, appose des règles supplémentaires à la procédure pré-législative (règles de planification, de coordination, de consultation, d'élaboration des rapports et de diffusion des résultats d'une AI). D'ailleurs, la série de questions posées pour définir l'AI reflètent celles développées pour définir le principe de subsidiarité : « Effectuer une analyse d'impact, c'est répondre à une série de questions fondamentales : quelle est la nature, l'ampleur et l'évolution du problème ? Quels objectifs l'Union devrait-elle poursuivre ? Quelles sont les principales options envisageables pour atteindre ces objectifs ? Quelle est l'incidence économique,

⁸⁹ <http://eur-lex.europa.eu/fr/techleg/index.htm>

⁹⁰ Au sein du S.G., sont concernées l'unité « Planification stratégique et programmation » (SG.C.1), l'unité « Transparence et société civile » (SG.B.2) et l'unité « Questions institutionnelles et meilleure réglementation » du Secrétariat général (SG. C2). Les lignes directrices renvoient également à l'unité chargée de l'évaluation à la DG Budget (BUDG.B5).

⁹¹ *Id.* http://ec.europa.eu/governance/impact/index_en.htm

⁹² Aurélien RACCAH, précité.

⁹³ Lignes directrices concernant l'analyse d'impact (IA) du 15 juin 2005, mises à jour de mars 2006 sur les règles de procédure (partie II, dénomination des unités responsables au sein du SG et point 6 « Composition des groupes de pilotage interservices », p. 9) et l'évaluation des coûts administratifs (partie III, point 5.1 « Comment comparer les incidences des différentes options ? », p. 39).

⁹⁴ *Ibid.* : « L'analyse d'impact est un outil d'aide à la décision et ne remplace pas l'appréciation politique ».

sociale et environnementale probable de ces options ? Quels sont les avantages et inconvénients des principales options possibles ? Et, dernière question, mais non des moindres : comment le suivi et l'évaluation pourront-ils à l'avenir être organisés ? »⁹⁵.

Des « feuilles de route » doivent accompagner chaque initiative soumise à une stratégie politique annuelle (SPA). Les analyses d'impact plus substantielles seraient, quant à elles, intégrées au cycle annuel de la Commission, dans un document intitulé *Strategic Planning and Programming* (SPP). Les auteurs des lignes directrices en déduisent un principe de l'analyse proportionnée, selon lequel « le niveau de détail et l'ampleur de l'analyse d'impact seront fonction des effets probables de l'action proposée »⁹⁶. Ce principe, précisent-ils, ne devrait pas être confondu avec le principe de proportionnalité inscrit dans le traité. Objectifs, catégories visées, outils adéquats, période favorable, normes minimales de consultation, aucune étape des consultations ne doit être laissée au hasard. D'une part, les objectifs devraient être « SMART », autrement dit, Spécifiques, Mesurables, Acceptés, Réalistes et délimités dans le Temps⁹⁷. D'autre part, par des normes minimales, doivent être assurés : la consultation de la totalité des groupes concernés pertinents, la garantie d'une publicité suffisante et le choix d'outils adaptés aux groupes ciblés – les consultations ouvertes au grand public doivent au moins être annoncées sur le site « Votre point de vue », point d'accès unique de la Commission en la matière – la prévision d'une durée de participation suffisante, la publication des résultats de la consultation, l'accusation de la réception des réponses et, l'assurance d'un retour d'informations. Concernant les répercussions sociales et environnementales⁹⁸, un modèle causal devrait faire apparaître, *via* un diagramme, les liens de cause à effet entre les retombées de la proposition.

De manière générale, en intégrant des recettes de management privé, on perçoit une volonté de moderniser les méthodes de travail de l'administration, invitant à « trouver de nouvelles idées (remue-méninges) »⁹⁹ et à rester ouvert à toutes les solutions. Il n'est d'ailleurs pas étonnant que soit envisagée l'option négative : « L'absence de toute action de l'UE devrait toujours être envisagée [...], il est aussi conseillé d'envisager une méthode s'écartant des formes “ classiques ” de réglementation [...] Il faut aussi examiner les options aboutissant à une

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ P. 9.

⁹⁷ P. 22.

⁹⁸ Pp. 24 et s., chapitre 4 de la partie III, et l'exemple p. 30.

⁹⁹ IA, p. 11.

simplification de la législation en vigueur »¹⁰⁰. On retrouve ici une facette du slogan « Agir moins pour agir mieux », allant même jusqu'à évoquer la modification de l'acquis communautaire¹⁰¹, alors que le point 2 du protocole « subsidiarité » mettait la Commission en garde. Efficacité, efficacité et cohérence doivent désormais être les critères d'examen des options stratégiques.

Les lignes directrices sur les analyses d'impact présentent un principe « économique » de subsidiarité. À leur lecture, toute proposition législative communautaire devrait trouver un fondement économique et éviter toute création de charge financière qui ne serait pas nécessairement justifiée. Le recours à des critères d'évaluation économique, quantitatifs¹⁰² et qualitatifs¹⁰³, d'efficacité et d'efficacité, intégrés dans des schémas globaux alliant approches politiques et économiques, évaluant ainsi les coûts administratifs imposés par la législation, permettrait d'apporter une justification cohérente pour réglementer au niveau européen. Tendrait à répondre aux problématiques posées par la subsidiarité, de telles méthodes s'éloignent des traditions juridiques européennes. Cela ressort clairement des lignes directrices opposant, d'une part, « les traditionnelles politiques de réglementation et surveillance »¹⁰⁴ qui se limiteraient à définir le cadre de certaines pratiques dont l'application se contrôlerait facilement sans néanmoins prendre en considération leur « rapport coût-efficacité ». Ainsi, elles n'encourageraient ni l'innovation technologique ni la recherche de dispositions plus strictes que les normes. Et, d'autre part, « les normes visant l'obtention d'un niveau de performances » spécifiant seulement les critères à respecter pour atteindre ce résultat. Les auteurs des lignes directrices les jugent préférables aux normes d'ingénierie ou de conception, car leur flexibilité permettrait d'atteindre plus facilement la norme réglementaire. Une telle approche s'affirme clairement en faveur d'une *soft law* qui accorderait aux destinataires une marge d'appréciation plus conséquente quant à la forme et aux moyens, les libérant ainsi d'une relation juridique jugée globalement trop contraignante. Reste à savoir quelle marge d'appréciation pourrait être abandonnée dans une Union où l'objectif premier s'avère être l'harmonisation.

¹⁰⁰ IA, p. 26 : « La résolution du problème ne passe pas automatiquement par une solution réglementaire telle qu'une directive ou un règlement ».

¹⁰¹ IA, p. 46. Cf. Renaud DEHOUSSE c.a., *L'activité législative : moins mais mieux*, in *Élargissement – comment l'Europe s'adapte*, Presses de Sciences Po, 2006, pp. 23-38.

¹⁰² Voir p. 79, à propos du projet « Indicateurs et outils quantitatifs améliorant la procédure d'analyse d'impact en faveur du développement durable » (IQ TOOLS) regroupant un répertoire des bonnes pratiques, un répertoire d'impact et un répertoire de modèles ; et, p. 84, modèles quantitatifs.

¹⁰³ P. 70, les lignes directrices se réfèrent aux sociologues Patton et Sawicki (1993).

¹⁰⁴ Lignes directrices sur les analyses d'impact, p. 78.

Le coût minimal constitue aujourd'hui le fond de la problématique de ces analyses : dans quelle mesure les collectivités publiques nationales et infra-nationales, voire privées, doivent-elles supporter la mise en œuvre d'une politique communautaire ? En d'autres termes, une nouvelle politique de l'Union européenne justifie-t-elle une charge financière supplémentaire supportée par d'autres niveaux de gouvernement ? Les considérations juridiques semblent souvent relayées au second plan.

*

À l'instar de la notion d'accès au droit développée en introduction, celle de « simplification » renvoie à divers entendements visant à faciliter la compréhension des normes européennes par ceux qui sont chargés de la mettre en œuvre : transparence, qualité de la norme, intelligibilité... Pour autant, la simplification ne rend pas le droit plus simple, mais seulement plus adapté à l'articulation des systèmes juridiques.

L'accès aux normes de l'Union par ses organes d'application devient d'autant plus sensible depuis que la Commission a annoncé sa volonté de durcir sa vigilance à l'égard du respect des normes de l'Union directement appliquées par des autorités dont le régime de responsabilité comporte des lacunes¹⁰⁵. Souhaitant garantir un traitement plus rapide des affaires, la Commission indique qu'elle respectera plus rigoureusement les affaires de non-communication des mesures de transposition, le délai entre l'envoi de la lettre de mise en demeure et la résolution de l'affaire ou la saisine de la Cour de justice ne devrait pas dépasser 12 mois, de même que la durée correspondante de la procédure visant à garantir le respect d'un arrêt antérieur de la Cour devrait être en moyenne de 12 à 24 mois.

¹⁰⁵ Communication de la Commission « Pour une Europe des résultats – Application du droit communautaire », du 5 septembre 2007, COM(2007) 502 final, p. 7. http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_fr.htm

RÉSUMÉ :

Pas plus que son Discours préliminaire au Code civil, la pensée de Portalis n'a guère subi l'altération du temps lorsqu'il demandait « Quelle est la nation à laquelle des lois simples et en petit nombre aient longtemps suffi ? ». Deux siècles de réglementation l'auraient même raffermie. Bien que justifiée, l'inflation normative dans les États dits « de droit » ne va néanmoins pas sans maux. L'accessibilité d'un droit, à la fois unique par son système et multiple dans ses sources, s'avère être un défi majeur pour satisfaire son exigence d'effectivité. L'Union européenne n'y échappe pas, loin s'en faut. La production accrue de normes communautaires s'accompagne inexorablement d'une responsabilisation des composantes de la société : personnes physiques ou morales, publiques ou privées... Bruxelles n'en néglige aucune. De manière générale, une interruption de l'accroissement de la production normative n'est pas en vue. Accentuée par cette tendance, la multiplication des sources de droit nuit à la compréhension des obligations de chacun. En ce sens et en vue de leur effectivité, produire des normes en droit inclurait la prise de mesures assurant leur connaissance, via un effort accru en faveur de leur publicité et de leur clarté. Si l'UE et certains de ses États membres semblent accorder à la transparence une véritable branche du droit protégeant l'accès aux droits des administrés, nous la distinguerons de l'accès au droit comme composante même de la norme, et plus précisément, de sa conformité. Plus que l'accès « matériel » aux normes, le débat juridique porte plutôt sur l'accessibilité à la « substance » normative, c'est-à-dire sur la qualité de la norme.

SUMMARY:

As well as its Preliminary Speech on the French Civil Code, the Portalis' thought has not been changed by the time when he asked "Which is the nation in which simple and few laws have been sufficient for a long time?" Even more, two centuries of regulation seem to strengthen its. The normative inflation in States adopting a certain conception of the Rule of Law, even though justified, does not go without difficulties. The accessibility to the Law, unique in its system, several in its source, constitutes a major challenge to satisfy its effectiveness. The European Union does not avoid it. The increasing production of EU norms goes inexorably with an over-responsibility of the different components of the society: individuals, private companies, public authorities... Brussels disregards no-one. Generally speaking, an interruption of the normative increase is not expected. Furthermore, the multiplication of the legal sources harms the comprehension of everyone's obligations. In this sense and in order to reach their effectiveness, producing norms would also include to take measures insuring their knowledge, through an increasing effort in favour of their publicity and their clarity. Even if the EU and certain Member States seem to attach to the transparency a greatest important, even often a real legal area insuring the administrative access to the individuals, we make a distinction between this latter approach and the access to the Law as a component of the norm and more precisely, of its conformity. The legal argument deals with the accessibility to the normative substance, i.e. the quality of the norm, more than the material access to the norm.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- CALLIESS C., « Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von fachgesetzlichen Rechtsverordnungsermächtigungen zur Umsetzung von Rechtsakten der EG », in *Neue Verwaltungszeitschrift*, 1, 1998, pp. 8-13
- CONSTANTINESCO L.-J., *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, Bruylant, 1970
- CRAIG P., *Administrative Law*, London: Sweet&Maxwell, 5^{ème} édition, 2004
- GORDON R., *EC Law in Judicial Review*, Oxford University Press, 2007
- HASLACH C., *Die Umsetzung von EG-Richtlinien durch die Länder*, Lang, 2001
- LEVRAT N., *L'Europe et ses collectivités territoriales*, P.I.E. Peter Lang, 2005, p. 28
- MONJAL P.-Y., *Le droit communautaire applicable aux collectivités territoriales*, Territorial éditions, 2006
- NIEDOBITEK M., « Kollisionen zwischen EG-Recht und nationalem Recht », *Speyer Vorträge*, Heft 58, 2000
- PAHL M.-O., *Regionen mit Gesetzgebungskompetenzen in der Europäischen Union*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004
- PESCATORE P., « The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law », in *European Law Review*, 8, 1983, pp. 155-177
- PFERSMANN O., « La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* 2005, p. 18
- RACCAH A., « Le principe de subsidiarité, vers une codification de la procédure pré-législative européenne ? », *RFAP* 2008, p. 127
- RIEMANN F., *Die Transparenz der Europäischen Union*, Duncker & Humblot, Berlin, Veröffentlichungen des Walter-Schückings-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, Band 146, 2004, 331 p.
- RITTER N., « How to Effectively Recover State Aid in Insolvency Proceedings », in *European State Aid Law Quarterly*, Vol. 7, N. 1, 2008, pp. 28 et s.
- SCHRÖDER M., « Öffentliches Recht (Deutschland): Richtlinienumsetzung und Anwendungsprobleme », in Gerhard HOCHLOCH (Hrsg.), *Richtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland und Frankreich*, – Arbeiten zur Rechtsvergleichung, 200, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000, pp. 113-129

-
- SIEDENTOPF H. et ZILLER J., *L'Europe des administrations ? La mise en œuvre de la législation communautaire dans les États membres*, Vol. I & II, Institut Européen d'Administration Publique, Bruylant, 1988
 - STEINER J., « Direct Applicability in EEC Law – A Chameleon Concept in Law », in *Quarterly Review*, 98, 1982, pp. 229-248
 - TOMUSCHAT C., « Normenpublizität und Normenklarheit in der Europäischen Gemeinschaft », in W. G. GREWE e.a., *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1981, pp. 461-480
 - WINTER J.A., « Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law », *Common market Law Review*, 9, 1972, pp. 425-440

Les relations entre l'émetteur de l'accès au droit et son destinataire

Proposition d'analyse de l'harmonisation plurielle de l'accès au droit de la victime d'un crime international

AMANDA DEZALLAI

Doctorante en droit, Université d'Orléans

« Mal savoir ne vaut pas mieux que tout ignorer. »

Gustave THIBON,
L'équilibre et l'harmonie, 1976

Le droit pénal s'est construit autour du triptyque : acte répréhensible, auteur de l'acte et autorité qui réprime. La considération de la personne ayant subi un dommage du fait de l'acte répréhensible est contemporaine. La « victime » que ce soit en droit interne ou en droit international¹ est cette « entité

¹ En droit international public, la victime est traditionnellement un État lésé par un fait internationalement illicite. La présente réflexion préférera se concentrer sur la victime reconnue en droit international pénal : la personne physique et, parfois, la personne morale. En vertu de la règle 85 b) du Règlement de Procédure et de Preuve (RPP) de la Cour pénale internationale (CPI), une victime peut être « toute organisation ou institution dont un bien consacré à la religion, à l'enseignement, aux arts, aux sciences ou à la charité, un monument historique, un hôpital ou quelque autre lieu ou objet utilisé à des fins humanitaires [qui] a subi un dommage direct ». (Le Statut de Rome établissant la CPI du 17 juillet 1998 est disponible en ligne sur le site Internet de la Cour :

http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Rome_Statute_French.pdf

De même que son RPP du 30 juin 2000 :

http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Rules_of_procedure_and_evidence_French.pdf).

passive »² qui subit personnellement un préjudice. Comme le remarque à juste titre M. le Professeur R. Cario, le droit pénal, du moins français, ne définit pas davantage la victime³. Dans l'ordre juridique international la victime est également considérée uniquement à travers le crime qu'elle a subi, en l'occurrence un crime international.

Un crime international⁴ est entendu ici comme tout acte criminel défini et qualifié comme tel par une norme internationale et dont la répression peut relever de la compétence d'une juridiction pénale internationale. Cette approche est volontairement restrictive. Mais certains auteurs considèrent comme faisant partie du droit international pénal l'ensemble des règles harmonisées – en ce qu'elles résultent d'une convergence des droits pénaux nationaux – permettant à chaque État de poursuivre ces crimes, particulièrement graves, sans qu'un lien personnel ou territorial ne soit nécessaire. Dès lors, des crimes comme le faux monnayage ou les trafics internationaux sont qualifiés de crimes internationaux⁵. Si cette définition large n'est pas remise en cause, pour des soucis pragmatiques et didactiques, la première définition sera retenue aux fins de cibler notre étude et de permettre une meilleure approche comparatiste. De surcroît, la victime d'un crime international ne sera envisagée que sous l'angle de son accès au droit. L'analyse permettra alors de mener une réflexion plus théorique sur les interactions entre l'émetteur de l'accès au droit et son destinataire⁶.

Dans le langage commun, un accès est synonyme d'un abord, d'une entrée. À ce terme peuvent se grever les adjectifs difficile ou facile. Ainsi, l'accès au droit n'est pas le droit *per se*⁷ mais l'ensemble des moyens offerts au destinataire pour bénéficier de ce droit⁸. Ce serait, en quelque sorte, une étape préliminaire mais postérieure à la

² Cette expression est en droite ligne avec la conception originelle de la victime, qui, dans les religions et les croyances, signifiait le sacrifié.

³ R. CARIO, « Victime », dans *Dictionnaire des sciences criminelles*, G. LOPEZ et S. TZITZIS, Paris, Dalloz, 2004, p. 957

⁴ Pour une claire distinction entre « crime international » et « crime de droit international », cf. P. PAZARTZIS, « La répression des crimes internationaux – Justice pénale internationale », *Cours et travaux*, n° 8, 2007, Pédone, pp. 23-25

⁵ Cf. par ex. A. BOSSARD, *La criminalité internationale*, Paris, P.U.F., 1988, 127 p.

⁶ Cette idée se rapproche de la construction de la phrase : il y a le destinataire (celui qui s'adresse), le destinataire (celui à qui la phrase est adressée ou s'adresse), le référent (ce dont on parle) et le sens (ce qu'on en dit). Par analogie, le destinataire serait l'émetteur de la norme, le référent, le contenu de la norme et le sens serait comment le destinataire la perçoit.

⁷ L'accès au droit doit être distingué du droit d'accéder. L'émetteur donne le droit d'accéder au droit sous la forme d'un accès au droit.

⁸ Le destinataire doit être différencié du bénéficiaire. Ce dernier terme sous-entend qu'un avantage est perçu. En revanche, une neutralité se dégage du terme destinataire. En l'espèce, il pourra être demandé si la victime est bénéficiaire de l'accès au droit. Il peut d'ores et déjà être supputé que l'accès au droit est

création du droit. Une étude exhaustive de l'accès au droit correspond à la double analyse de l'appréciation objective du droit, autrement dit, comment l'émetteur a organisé l'accès, et de l'appréciation subjective, c'est-à-dire sa perception par le destinataire. *In casu*, la réflexion sera restreinte à l'accès au droit de la victime d'un crime international, mais permettra d'adopter plus aisément une approche comparatiste et de faire émerger la notion d'« harmonisation plurielle »⁹.

Une harmonisation est le résultat d'un accord d'idées¹⁰. Si cet accord peut être équilibré, il ne sous-entend pas pour autant l'uniformité. L'uniformisation est le fait de rendre semblable et peut entraîner la mise en place de standards. Or, en droit pénal¹¹, si l'accès au droit de la victime peut être qualifié d'harmonisé, il n'est pas uniforme. Ce postulat d'harmonisation se situe du côté de l'émetteur de l'accès – qui est à l'origine de l'impulsion harmonisatrice – et non du destinataire, la victime ne percevant qu'indirectement les effets de l'harmonisation. L'harmonisation sera qualifiée de plurielle, non seulement pour souligner son antagonisme avec

« consenti », voire « concédé » par l'État. Il serait un bénéfice du point de vue de l'entité étatique qui l'accorde à discrétion. Mais il ne serait pas erroné de penser que la victime ne perçoit pas l'accès au droit comme un avantage mais comme un élément constitutif de son statut. Dès lors, peut être posée l'hypothèse que l'accès au droit diffère selon que l'on se place du point de vue de l'émetteur ou du destinataire. Enfin, le terme destinataire est plus neutre également que celui de récepteur. En linguistique, le récepteur est celui qui reçoit et décode le message. Le destinataire est simplement celui à qui s'adresse le message. Il sera vu que dans le cas étudié, le destinataire ne devient pas toujours récepteur (il ne reçoit pas le message ou ne parvient pas à le décoder).

⁹ L'harmonisation plurielle pourrait être considérée comme le versant d'un « pluralisme ordonné » (M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge d'appréciation et internationalisation du droit – Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun en gestation », dans *Variations autour d'un droit commun – Travaux préparatoires*, UMR de droit comparé, Paris, Société de législation comparée, 2001, pp. 83 et s.). L'idée de l'existence d'une pluralité est conservée mais, en l'espèce, elle n'est pas contingentée dans un ordre. En effet, il serait, à notre sens, hâtif de conclure à l'existence d'un ordre pénal international.

¹⁰ En 1802, le Dictionnaire de l'Académie française définit l'harmonie comme « un Accord parfait, et une entière correspondance de plusieurs parties qui forment un tout, ou qui concourent à une même fin, de quelque nature qu'elles soient » (Dictionnaire de l'Académie française, Nouvelle édition, Paris, Moutardier et Le Clere, 1802, t. 1, p. 758). En l'espèce, il s'agira donc de démontrer que les acteurs du droit international pénal, s'ils concourent vers une même fin, n'ont pas pour autant la volonté de former un tout. D'où la proposition notionnelle d'« harmonisation plurielle ». L'élan d'harmonisation est présent mais l'unité n'en sera pas l'aboutissement. Les principales causes de la pluralité sont la difficile convergence des intérêts en présence (États, Organisations internationales, Organisations non gouvernementales, etc.) et la rencontre de plusieurs conceptions pénales. Soulignons que le droit pénal semble d'ailleurs être le terrain de prédilection des réflexions actuelles sur l'harmonisation (Cf. par ex., M. DELMAS-MARTY, M. PIETH et U. SIEBER (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2008, 447 p.).

¹¹ Pris *lato sensu*.

l'uniformisation¹², mais également, parce qu'elle est le fruit d'influences, plus ou moins cohérentes, relevant de différentes sphères¹³. C'est sur ce point que réside l'intérêt comparatiste de l'analyse proposée. En comparant les sphères pénales internes, internationalisées¹⁴ et internationales¹⁵, il sera démontré que l'accès au droit de la victime est une expression de la souveraineté étatique¹⁶. *Ipsa facto*, il conviendra de se demander si l'harmonisation plurielle procède des seuls émetteurs, en l'occurrence les États, ou si d'autres acteurs, en particulier le destinataire – ici la victime – y concourent.

L'analyse se concentrera sur l'accès au droit car il est un outil de mesure du degré de souveraineté étatique présent dans une sphère juridique. Ceci pourrait paraître troublant. En effet, que l'accès au droit pénal soit dans la sphère interne une expression de la souveraineté étatique, cela répond aux canons pénaux. En revanche, dans les autres sphères, il aurait pu être pensé qu'une partie de la

¹² Par conséquent, seront exclues de l'analyse les normes de *jus cogens* dont les intérêts impérieux priment sur la souveraineté étatique et conséquemment, uniformisent le droit.

¹³ Il est intéressant de justifier le choix d'une conception sphérique. Certains auteurs, comme Mme le Professeur M. DELMAS-MARTY, considèrent que le droit international pénal s'inscrit dans un « *espace multipolaire* » (M. DELMAS-MARTY, « La CPI et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal », *Rev.Sc.Crim.*, 2005, n° 3, pp. 473-481). Si la multipolarité rejoint l'idée d'une harmonisation plurielle, la notion d'espace ne saurait être retenue. Elle induit en effet la dimension d'infini. Or, il peut être considéré que le jeu d'interactions (Une interaction est une influence réciproque. Elle nécessite donc l'existence de partenaires désignés. Par conséquent, cela délimite le champ d'actions.), source de l'harmonisation, est en soit une délimitation. En revanche, il serait trop prospectif de considérer qu'il existe un système pénal international (« *La Cour est en train de devenir le pivot d'un nouveau système de justice pénale internationale [...]* » dans CPI, Rapport annuel, A/61/217, 3 août 2006, résumé). La notion de système implique un ensemble cohérent de règles (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 4^{ème} édition, 2003, p. 873). Il apparaît alors prématuré de considérer que les règles de droit international pénal sont cohérentes. La pluralité des interactions freine la mise en place d'un ensemble harmonieux et logique. C'est pourquoi, en l'espèce, la conception sphérique serait un meilleur état des lieux. La notion de sphère permet de considérer l'existence d'un domaine limité auquel correspond une autorité sans pour autant avoir à se prononcer sur la cohérence.

¹⁴ Une juridiction pénale internationalisée est une juridiction comportant un élément extranational, soit le droit applicable, soit la composition des chambres. Cette notion est plus ou moins synonyme de « juridictions pénales hybrides » ou « juridictions pénales mixtes ».

¹⁵ Le droit international pénal est la branche du droit international public qui organise la répression de crimes internationaux commis par des individus et, au sein des Tribunaux militaires internationaux (TMI), des organisations criminelles.

¹⁶ La notion de souveraineté est controversée. Mais ici elle sera définie comme le fait pour un État d'avoir intrinsèquement une puissance soumise à aucune autre. Cette notion sera le fil conducteur de notre étude en ce qu'elle s'avère être la raison principale de l'harmonisation plurielle. En effet, dans la sphère interne, le droit pénal est une expression essentielle de la souveraineté de l'État. Il détient l'exclusivité de la répression. Partant, en droit international pénal, il peine à abandonner cette partie de leur pouvoir craignant une perte de leur souveraineté.

souveraineté, attachée au territoire étatique, s'évaporerait. L'analyse comparative permettra d'examiner que, quelle que soit la sphère, l'accès au droit de la victime est orchestré par la souveraineté étatique et est, en conséquence, plus ou moins développé. Mais force est de constater qu'un autre facteur doit être pris en compte lors de l'analyse des liens unissant souveraineté étatique et accès au droit. À notre sens, il apparaîtrait que l'accès varie selon si le droit concerné est subjectif¹⁷ ou objectif¹⁸. La raison de cette dichotomie est simple. Le destinataire d'un droit subjectif, personnellement visé par celui-ci, se verra considéré par l'État dans l'établissement de son accès (I). Octroyer un droit subjectif sans permettre à l'individu d'y accéder serait vide de sens. *A contrario*, peut être émise l'hypothèse que le droit objectif répondant à des intérêts supérieurs, il n'est pas nécessaire que le destinataire soit impliqué dans son accès (II). La réflexion générale sur l'influence de l'émetteur et du destinataire sur l'harmonisation de l'accès au droit se fondera exclusivement sur le lien entre le souverain étatique et la victime.

I – LES HARMONISATIONS ÉTATIQUES DE L'ACCÈS DE LA VICTIME D'UN CRIME INTERNATIONAL À DES¹⁹ DROITS SUBJECTIFS

Si le droit international pénal est le fruit d'une harmonisation et non d'une uniformisation, c'est principalement parce qu'à son origine intrinsèque ou extrinsèque se trouve la volonté étatique. De surcroît, cette harmonisation est plurielle car elle émerge d'interactions des volontés étatiques au sein de différentes sphères. Mais l'harmonisation sous-entend parfois que la toute puissance étatique semble s'effacer au nom d'un idéal de justice accessible à tous. Néanmoins, la naissance d'un socle harmonisé d'un accès à la justice pour la victime d'un crime international paraît être la quadrature du cercle (1). De plus, un simple accès peut rester lettre morte ou contre-productif s'il n'offre pas des garanties suffisantes au destinataire. L'existence d'un accès au droit ne suffit pas, il doit être qualifié. Elle se compose de la qualification du droit en question et de l'accès octroyé. L'accès à une justice impartiale reprend les deux éléments (2).

¹⁷ Ensemble des droits attachés à un individu, généralement regroupés sous l'expression générique de « droit à ».

¹⁸ Ensemble des règles de conduite établies par la société et garanties par l'autorité publique.

¹⁹ Le présent postulat ne sera pas généralisé à l'ensemble des droits subjectifs. L'accès au droit de la victime d'un crime international est en constante évolution. Si le droit de la CPI tend à démontrer que la victime est impliquée dans l'accès à ses droits subjectifs, il est néanmoins précoce de conclure à son implication pour l'ensemble des « droits à ». En outre, il conviendra de vérifier dans de futures recherches si l'implication du destinataire dans l'accès aux droits subjectifs est générale ou une simple particularité du droit international pénal.

1) *La souveraineté étatique et l'harmonisation de l'accès à la justice d'une victime d'un crime international*

L'accès à la justice est une des composantes de l'accès au droit. Si le second est indépendant du premier, le premier serait vide de sens en l'absence du second. Force est d'admettre qu'un droit prend toute sa mesure lorsque son destinataire peut le faire valoir. L'accès au droit est abstrait, il s'agit du moyen d'approcher le Droit. En revanche, l'accès à la justice est son pendant concret. S'il peut y avoir une distorsion entre l'accès au droit exprimé par l'émetteur et sa perception par son destinataire, l'accès à la justice est généralement le lieu où les deux points de vue concordent. Les éléments de l'accès à la justice pour lesquels les États semblent s'accorder sont l'accès à l'information pour la victime (a) et la reconnaissance de son accès à la vérité (b). Or, ce sont deux droit subjectifs et le destinataire de l'accès peut influencer sur lui. Il ne répond pas exclusivement de l'impulsion de l'émetteur.

a) L'harmonisation étatique de l'accès au droit à l'information de la victime d'un crime international

Le droit à l'information peut avoir un double sens. En premier lieu, il peut avoir un sens procédural qui consiste en l'accès pour la victime aux documents judiciaires qui la concernent où l'accès au droit se révèle derrière l'accès à la justice. En second lieu, le droit à l'information peut être une forme d'accessibilité au droit à travers des campagnes de communication, de sensibilisation et d'aide à la compréhension qui ont lieu dans l'ensemble des sphères pénales. L'accès au droit de la victime d'un crime international serait peu pertinent si celle-ci ne disposait pas d'un droit à l'information. Or, il semble être communément admis que la victime doit bénéficier d'un droit à l'information. Il contribue alors, dans un sens large, à son accès au droit et dans un sens plus restreint à son accès à la justice. Dès que l'importance de ce droit a été mesurée, il a été vite harmonisé.

Ainsi, dans la sphère pénale interne, les accès au droit et à la justice à travers l'information sont reconnus dans les deux grandes traditions juridiques²⁰. En *Common*

²⁰ Deux grands systèmes juridiques se distinguent des autres. Il s'agit de celui ayant pour origine le droit écrit romain et qui s'est imposé à la plupart des États européens. Il est généralement dénommé *Civil Law*, tradition romano-germanique ou tradition civiliste. Lui est généralement opposé le droit non-écrit qui se fonde sur la tradition anglo-saxonne ou *Common Law*. Pour des études plus approfondies de ces deux systèmes, cf. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes juridiques contemporains*, Paris, Dalloz, 11^{ème} édition, 2002, 553 p., A.-J. BULLIER, *La Common Law*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 2007, 163 p. et D. FAIRGRIEVE et H. MUIR-WATT, *Common Law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, Paris, P.U.F., 2006, 62 p.

Law, la procédure pénale est accusatoire²¹. Dès lors, la victime qui n'est, tout au plus, qu'un « tiers impliqué » n'apparaît généralement dans le prétoire qu'en tant que témoin. Son accès au droit, et en particulier son droit à l'information, est circonscrit à ce statut. Or, l'ONU, qui est à l'origine des Statuts du Tribunal pénal international pour les crimes commis en ex-Yougoslavie (TPIY)²² et le Tribunal pénal international pour les crimes commis au Rwanda (TPIR)²³, est composée d'États souverains. Il peut être considéré que les États, à travers l'Organisation internationale, ayant à l'esprit la nécessité de mettre en place des TPI, en ont admis la création. Mais ils se sont montrés réticents à la reconnaissance d'un statut actif à la victime qui aurait bouleversé la rencontre classique entre le criminel et la communauté internationale²⁴. Sur le fondement de la *Common Law*, ils n'ont alors accordé à la victime que le statut juridique de témoin²⁵. Partant, les Sections d'aide aux témoins et aux victimes²⁶ ont eu notamment pour tâche d'expliquer à celle-ci que son droit à l'information est circonscrit à son statut de témoin. Il peut être conclu que l'accès au droit dépend donc du statut du destinataire.

Une vision anglo-saxonne du statut de victime a donc été privilégiée. En revanche, dans les droits pénaux de traditions romanistes, la procédure est inquisitoire²⁷ et accorde une plus grande place à la victime, qu'elle devienne ou non partie civile à l'instance. Dans ce système, son droit à l'information est proportionnel à son implication dans la procédure pénale²⁸. En outre, la CPI étant le fruit d'une

²¹ Schématiquement, dans la procédure pénale de tradition anglo-saxonne, ce sont les deux parties qui ont l'initiative de l'instance et la dirigent. (Ce type de procédure est analysé dans les ouvrages susmentionnés.)

²² S/RES/827(1993), 25 mai 1993, portant la création du statut du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Statut en annexe. Le RPP (rédigé par les juges) étudié ici est la version amendée du 28 février 2008 (<http://www.un.org/icty/legaldoc-f/basic/rpc/IT032Rcv41fb.pdf>).

²³ S/RES/955(1994), 8 novembre 1994, portant la création du statut du Tribunal Pénal International pour le Rwanda, Statut en annexe. Le RPP (rédigé par les juges) étudié ici est la version amendée du 14 mars 2008 (<http://www.un.org/icty/publications-f/index.htm>).

²⁴ Dans la sphère pénale internationale, la rencontre initiale entre auteur de l'acte et État se mue en rencontre entre l'auteur de l'acte et la communauté internationale. Bien que répondant à des intérêts supérieurs, la communauté internationale est tout de même essentiellement composée d'États souverains.

²⁵ Contrairement à la tradition civiliste où la victime peut parfois acquérir le statut de partie civile et à ce titre déclencher l'action publique (comme en France), la *Common Law* est la confrontation entre l'Accusation et la Défense qui mènent les interrogatoires et les contre-interrogatoires.

²⁶ Art. 34 communs aux RPP des TPI.

²⁷ Schématiquement, dans la tradition romano-germanique, l'initiative et le déroulement de l'instance reposent sur le juge. Ce dernier aura donc notamment la maîtrise de la preuve et permettra généralement à la victime d'exprimer ses vues en tant que telle et non comme simple témoin. (Ce type de procédure est analysé dans les ouvrages susmentionnés.)

²⁸ Par exemple, en France, depuis la loi du 4 janvier 1993 (Loi n° 93-2 portant réforme de la procédure pénale), la victime peut demander à ce que les actes importants de la procédure en cours lui soient signifiés à son

véritable hybridation des deux types de procédure susmentionnées, la victime a un statut plus actif que dans les juridictions antérieures et son droit à l'information s'est développé par l'intermédiaire de son représentant légal²⁹ (accès indirect au droit). Il semblerait donc que les États, à l'origine de la CPI, aient fait muter leur conception du statut de victime et, par capillarité, de son accès à l'information. *Quid* d'une harmonisation ? Pour y répondre, un raisonnement inversé s'impose. L'état de l'accès au droit et du droit à l'information qui en découle dans les sphères intermédiaires est un indice de la présence ou non d'une harmonisation³⁰. Or, dans la sphère européenne, une décision-cadre du Conseil de l'Union Européenne (UE) du 15 mars 2001, relative au statut des victimes dans le cadre des procédures pénales³¹ énonce distinctement le « *droit de recevoir des informations* »³² notamment sur les suites données à sa plainte, son droit à réparation ou son droit à recevoir une aide juridique. Une partie du droit à l'information est donc harmonisée au sein de l'UE. Néanmoins, il s'agit d'une harmonisation plurielle car la décision-cadre ne fixe que les grandes lignes de l'accès à ce droit. Ainsi, par exemple, les États demeurent libres dans leur soutien aux organismes chargés de l'aide à la victime³³. Le principe d'un droit à l'information semble donc unanimement admis. En revanche, les modalités de sa mise en œuvre dépendent de la conception de la place de la victime dans le

domicile dès le stade de la mise en examen. Plus récemment, l'article 53-1 du Code de procédure pénale précise, en substance, que les victimes doivent être informées de leur droit à réparation et de leur droit à une aide spécialisée. Ainsi, « Les officiers, les agents de police judiciaire informent les victimes de leur droit d'obtenir réparation du préjudice subi et d'être aidées par un service relevant d'une ou plusieurs collectivités publiques ou une association conventionnée d'aide aux victimes » (Loi n° 2002-1138, *JO* n° 211, 10 septembre 2002, *loi d'orientation et de programmation pour la justice*).

²⁹ Règle 92 du RPP de la CPI.

³⁰ Selon nous, il peut être considéré que l'harmonisation procède par étapes. Elle est interne dans un État fédéral. Puis elle peut intervenir dans les sphères régionales, internationalisées et enfin, internationales. Ces étapes intermédiaires ne sont pas indispensables. Mais elles permettent une harmonisation plus cohérente avec, peut-être, une pluralité moins prégnante que dans un processus sans étapes. Ces différentes étapes sont un indice indéniable de l'existence de l'engagement d'un processus d'harmonisation internationale, à long terme.

³¹ 2001/220/JAI, 15 mars 2001, *JO* n° L082, 22 mars 2001, pp. 1-4.

³² Art. 4 de la décision-cadre.

³³ Art. 8 de la décision-cadre. Une partie de la doctrine y verrait une expression d'une marge d'appréciation laissée à l'État car il y aurait la présence d'une « *renationalisation* » (M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, *Marge d'appréciation et internationalisation du droit - Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun en gestation*, *op. cit.*, p. 78). La marge induit une latitude limitée. À notre sens, l'harmonisation plurielle est une notion plus large en ce que cette latitude étatique n'est pas limitée ou alors, par la seule volonté de l'État. Le concept d'harmonisation plurielle est plus large que la simple marge d'appréciation des États. Cette marge n'est qu'une expression de l'harmonisation plurielle. L'harmonisation intervient dans la création de la norme, dans sa réception par son destinataire et dans son application. C'est dans cette dernière étape que la marge d'appréciation peut jouer.

procès pénal, donc de la souveraineté étatique. En théorie générale, l'accès au droit dépend de la conception par l'émetteur du destinataire. Démontrons que ce constat transparaît également dans l'accessibilité au droit offert à la victime d'un crime international.

Pour exercer un droit, encore faut-il savoir qu'il existe. Or, en pratique, l'aphorisme « nul n'est censé ignorer la loi » est à moduler. Dans les sphères pénales internes, les accès au droit et à la justice ne s'apparentent qu'à la vulgarisation du système existant. Les victimes ont conscience qu'elles ont des droits, mais leur accès peut parfois leur paraître difficile. Il n'est alors pas rare qu'un organe, sur demande du souverain, émette des guides à l'intention des victimes³⁴. Une meilleure accessibilité au droit et à la justice est ainsi garantie. Dorénavant l'accès existe et est favorisé. La même démarche se retrouve en droit international pénal en diverses expressions. Au sein des TPI, l'accessibilité au droit de la victime-témoin s'est surtout incarnée en campagnes de communications et de sensibilisation. Ces campagnes se font sous l'égide du Greffe, organe le plus ancré sur le terrain³⁵. Les TPI incarnation d'une justice délocalisée, car n'étant pas le *forum delicti commisi*, ne tiennent en apparence pas compte de l'intérêt des victimes. C'est pourquoi, par le relais des médias et de déplacements des membres des Tribunaux sur les lieux des conflits, les TPI ont démontré que cette justice était non seulement accessible à la victime, mais aussi qu'elle oeuvrait pour elle³⁶. En plus d'identiques campagnes d'explication du fonctionnement de la juridiction, la CPI, offrant une place plus active à la victime, a rédigé un guide. Ce guide d'information sur la participation des victimes aux procédures de la Cour³⁷ a été conçu par la Section de la Participation des Victimes et de la Réparation (SPVR) dépendant du Greffe. Il permet un accès facilité au droit international pénal. Néanmoins force est d'admettre que ce guide, bien que distribué dans les lieux où les situations conflictuelles font l'objet d'une enquête de la Cour, ne s'adresse qu'aux victimes au minimum au fait de la justice internationale. À ce guide doit être adjointe une campagne adaptée à des populations qui ne sont pas toujours alphabétisées. *A contrario*, les Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens (CETC)³⁸ se sont attachées à expliquer leur fonctionnement sous forme de dessins

³⁴ Ex. français : http://www.vos-droits.justice.gouv.fr/art_pix/guide_victime.pdf.

³⁵ Lire à ce titre les rapports annuels des TPI (disponibles en ligne sur les sites Internet des Tribunaux : <http://www.un.org/icty/publications-f/index.htm> pour le TPIY ; et : <http://69.94.11.53/FRENCH/annualreports/index.htm> pour le TPIR) qui décrivent les actions menées par le Greffe pour étendre le rayonnement des Tribunaux.

³⁶ Outre la répression des crimes, les objectifs des juridictions pénales internationales sont le maintien de la paix et la réconciliation. Ceux-ci ne peuvent être atteints sans une implication de la victime.

³⁷ http://www.icc-cpi.int/library/victims/VPRS_Booklet_Fr.pdf.

³⁸ <http://www.eccc.gov.kh/french>.

aux fins de toucher un plus grand nombre de victimes. La réussite de l'accès au droit réside donc en partie dans la prise en compte par l'émetteur des qualités du destinataire. Un accès efficace à des droits subjectifs est un accès adapté à l'individu visé. Il s'agit dès lors d'une autre forme d'harmonisation plurielle. Ont été vues l'harmonisation plurielle du point de vue de l'émetteur dont la souveraineté lui permet de conserver une certaine liberté et l'harmonisation plurielle du point de vue du destinataire car une pluralité de destinataires induit une pluralité de normes. Ainsi la facilité d'accès à une norme dépend de la prise en compte par l'émetteur de l'existence de plusieurs catégories de destinataires. En d'autres termes, les États s'adaptent aux victimes s'ils veulent que le droit accordé soit efficace. Le concept d'accès au droit est harmonisé mais ses expressions sont plurielles. Ceci est valable dans toutes les sphères pénales. Sinon, l'accès ne sera pas refusé, mais l'accessibilité sera absente. Partant, l'accès deviendra *non liquet*. Le même constat peut être fait du droit à la vérité.

b) L'harmonisation étatique de l'accès au droit à la vérité de la victime d'un crime international

L'émergence de la vérité dans le cadre d'un procès pénal est un objet communément admis. Seulement, le droit à la vérité, droit subjectif par excellence, n'est parfois qu'indirectement reconnu à la victime. L'accès à la vérité ne lui est pas refusé, mais il lui est parfois difficile.

Cet accès n'est pas l'apanage du droit pénal. La vérité peut émerger d'autres mécanismes. Dans la philosophie chinoise, le prétoire doit être le dernier recours pour la révélation de la vérité. L'appel au droit pénal est perçu comme un échec³⁹. Dans la justice transitionnelle⁴⁰ contemporaine, la vérité apparaît sous différentes formes juridiques ou non. Peuvent être ainsi mises en place des commissions vérité, la plus connue étant la Commission vérité et réconciliation (CVR) sud africaine. Ces commissions sont plus ou moins abouties. Certaines ont donné la parole à la victime⁴¹, d'autres ont eu pour principale tâche de rédiger un rapport faisant état des

³⁹ Pour une étude du droit chinois lire : Maître A.-D. LAPRES, <http://www.chine.fr/htm/mondaff/droit.htm>, et R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes juridiques contemporains*, Paris, Dalloz, 11^{ème} édition, 2002, pp. 405-425.

⁴⁰ La justice transitionnelle est la période qui survient après un conflit armé et qui a pour objet le rétablissement de l'État de droit. La mise en place d'une justice impartiale et indépendante en est une étape essentielle. (À ce sujet, lire, entre autres : J. ELSTER, *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 341 p. et P. HAZAN, « Mesurer l'impact des politiques de châtement et de pardon : plaidoyer pour l'évaluation de la justice transitionnelle », *R.I.C.R.*, mars 2006, n° 861, pp. 343-365).

⁴¹ Comme en Afrique du Sud.

crimes commis et des préjudices subis⁴². Mais toutes ont pour but d'accéder au droit à la vérité revendiqué par la victime. Si son droit à la vérité semble à présent être unanimement reconnu, ses expressions sont multiples. Il s'agirait donc d'une harmonisation plurielle en ce que chaque État demeure souverain dans la manière de faire émerger la vérité. Ils ont le choix entre les mécanismes juridictionnels ou non-juridictionnels. En conséquence, il apparaît que les moyens de mise en œuvre de l'accès au droit ont une incidence sur le droit lui-même. Un accès vicié entache le droit en ce qu'il attirera la méfiance du destinataire. En l'espèce, il existe un lien ténu entre le droit à la vérité et l'accès à une justice impartiale.

En droit pénal, l'accès au droit à la vérité est donc complexe et son l'harmonisation l'est tout autant. La quête de la vérité est une des raisons d'être du procès pénal. Il implique l'auteur, la victime et l'autorité dont le droit a été violé. Cette dernière consent généralement à la victime un accès au juste mais il lui sera plus difficile de lui garantir un accès à la vérité. Une des raisons pour lesquelles la victime a longtemps été occultée du procès pénal est la volonté de proposer une justice la plus objective qui soit. Or, la victime peut véhiculer d'importantes charges émotionnelles et compassionnelles impropres au prétoire. Le juste a donc longtemps été privilégié au vrai. Mais il est difficile de concevoir une vérité qui ne prend pas en compte un protagoniste essentiel de la situation. Peu à peu la victime va donc se voir attribuer le droit d'accéder à la vérité puis un véritable droit à la vérité. Ce droit est assez byzantin en ce que la notion est très emprunte de philosophie et de morale. Il est dès lors difficile pour les États d'organiser l'accès à la vérité de la victime. Il sera généralement confiné à ce qui est tenu pour vrai par le juge⁴³. De vives critiques ont d'ailleurs été apportées aux CVR et notamment à celle d'Afrique du Sud. Il a en effet été allégué qu'elle donnait lieu à une justice partielle. Synthétiquement, du point de vue de la victime, la justice accordait l'amnistie aux accusés pour des aveux tronqués. Du point de vue de l'accusé, les membres de la CVR privilégiaient la victime⁴⁴. Enfin, notons qu'en droit international pénal et dans certains droits pénaux anglo-saxons, l'accès à la vérité de la victime peut être affaibli par la conclusion d'un accord sur le plaider de culpabilité ou *plea bargaining*⁴⁵. Ce mécanisme permet à l'accusé, en échange de sa reconnaissance de certains crimes

⁴² Comme en Amérique Latine. Pour un bref bilan des CVR, consulter le site de l'ONG suisse Trial Watch : <http://www.trial-ch.org/fr/international/commissions-verite.html>.

⁴³ Le rôle d'interprète du juge perçu par certains auteurs comme l'intermédiaire entre l'émetteur et le destinataire ne sera pas vu ici.

⁴⁴ « C'est une institution qui, par l'imposition de la violence symbolique entretenue, suscite ces comportements, les exaspère et les canalise dans le système d'ordre (culpabilisation/conversion/rédemption) très spécifique qu'elle impose à tous les acteurs » (D. DARBON, « La Truth and Reconciliation Commission – Le miracle sud-africain en question », *Rev. f. sc. po.*, déc. 1998, pp. 719-720).

⁴⁵ Cf. art. 62^{ter} RPP du TPIY, art. 62^{bis} du RPP du TPIR et règle 65§1 c) i) du RPP de la CPI.

commis, de voir le Procureur retirer certaines charges. L'accusé peut parfois négocier une proposition de peine avec lui. Non seulement la victime ne prend pas part à ces négociations, mais elle n'a ensuite accès qu'à une justice négociée faisant émerger une vérité partielle. Subséquemment, la victime est parfois exclue de l'accès à l'un de ses principaux droits subjectifs. Mais cette absence d'implication est parfois compensée par l'accès à une justice impartiale.

2) *La souveraineté étatique et l'harmonisation de l'accès de la victime d'un crime international à une justice impartiale*

L'accès au droit se compose aussi des garanties offertes au destinataire pour bénéficier de son accès. Il serait en effet dénué d'intérêt d'octroyer un accès au droit s'il est corrompu et empêche d'atteindre le droit (qui peut être corrompu par contagion). Le droit doit répondre à une certaine éthique pour pouvoir être qualifié de droit. Cette éthique doit également figurer dans l'accès au droit, et, plus particulièrement dans l'accès à la justice de la victime. Malgré la présence de principes reconnus par les « nations civilisées » et l'énoncé de « lois de l'humanité »⁴⁶, il serait erroné de considérer qu'il n'existe qu'une unique éthique pénale. Rappelons que le droit pénal est une expression de la souveraineté étatique et chaque État entend l'exercer différemment. Ceci transparaît encore plus dans la justice. Elle doit être impartiale et indépendante des autres pouvoirs politiques. À l'impartialité est souvent adjointe l'équité. *Ipsa facto*, les canons sont une justice objective rendue après avoir permis à l'ensemble des intérêts en présence d'être également défendus. Ceci est une nouvelle illustration que l'accès au droit et *a fortiori* l'accès à la justice ne sont pas efficaces en soi. Ils doivent être garantis selon les critères stricts répondant conjointement aux intérêts du souverain émetteur et de la victime destinataire. Mais l'accès à une justice impartiale et équitable est la source principale de discordance entre la souveraineté étatique qui s'incarne dans les dirigeants et la victime internationale qui est parfois la victime d'un dommage causé par les agents de l'État. L'harmonisation de l'accès à la justice est donc difficile, nécessitant préalablement une lutte contre l'impunité (a) et de poser les jalons d'un procès équitable (b).

⁴⁶ Tels qu'exprimés par la clause de Martens en Préambule de la Convention II de 1899 ensuite notamment reprise par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice (CIJ).

a) L'harmonisation étatique de l'accès au droit à une justice impartiale de la victime d'un crime international

L'accès au droit à une justice impartiale, en tant que droit subjectif, s'incarne principalement par la faculté d'un souverain à lutter contre l'impunité⁴⁷. L'impunité fait généralement se confondre émetteur et destinataire. Il n'est pas rare qu'un agent étatique ayant commis un crime international émette une norme empêchant l'accès à la justice pour lui – en tant qu'auteur d'une infraction – et pour la victime qui se voit privée de toute forme de reconnaissance juridique du dommage qu'elle a subi. Le droit international ne peut que ponctuellement intervenir pour éviter l'impunité, la primauté étant donnée au principe de non-ingérence dans les affaires intérieures⁴⁸. Les atteintes à ce principe n'ont généralement lieu qu'au cours d'un conflit armé dans le but de protéger les victimes⁴⁹, ou après, aux fins de rétablir l'État de droit. Une période transitionnelle avec une contribution internationale permet à la fois de maintenir la souveraineté de l'État et de garantir un accès au droit de la victime. Il pourrait alors être objecté que si l'État consent à une intervention internationale pour faciliter l'établissement de la démocratie ou son rétablissement, c'est qu'il a renoncé à garantir l'impunité de ses représentants et des exécutants. Ceci serait omettre les cas où l'impunité perdure nonobstant l'intervention internationale. La démocratie ne peut être que difficilement extrinsèquement imposée. Elle doit être voulue par le souverain. Certes, la justice pénale internationalisée peut intervenir après une période d'impunité. Comme ce fut le cas au Cambodge. Sauf à considérer les jugements sommaires pratiqués par l'occupant vietnamien à la chute de la Kampuchéa Démocratique, le Cambodge n'avait – jusqu'à la mise en place des CETC – pas inquiété les dirigeants Khmers rouges. En conséquence, la justice pénale internationalisée permet deux choses : l'accès au droit à la victime et la lutte contre l'impunité que l'État seul n'avait pas réussi. En l'occurrence il s'agit d'un accès au droit important puisque les CETC autorisent l'accès direct de la victime à la justice⁵⁰. La lutte contre l'impunité peut donc être harmonisée dans la sphère pénale internationalisée. Il s'agit d'une harmonisation car les tribunaux, sous l'égide de la communauté internationale, garantissent un procès impartial selon les principes internationaux reconnus par les nations civilisées. Mais cette

⁴⁷ Sur différentes formes d'harmonisation de la lutte contre l'impunité, lire : Actes du colloque tenu à Bruxelles du 11 au 13 mars 2002, *Lutter contre l'impunité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 191 p.

⁴⁸ Pour une analyse pertinente de ce principe, cf. M. HENZELIN, *Le principe d'universalité en droit pénal international – Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe d'universalité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 162-184

⁴⁹ M. BETTATI, *Le droit d'ingérence – Mutation de l'ordre international*, Paris, O. Jacob, 1996, 382 p.

⁵⁰ Cf. la directive pratique 2007/2 des CETC qui organise la participation des victimes (http://www.eccc.gov.kh/french/cabinet/courtDoc/15/PD_on_victim_participation_fr.pdf)

harmonisation est internationalisée en ce qu'elle intervient dans la sphère interne selon des concepts internationaux. Partant, les particularités nationales demeurent lorsqu'elles n'interfèrent pas avec la conception internationale d'une justice impartiale. Nous sommes donc en présence d'une harmonisation plurielle. Dans cette sphère, tout comme dans la sphère interne, l'accès à la justice pour la victime est contrôlé par le souverain⁵¹. Le choix de l'accès est à la discrétion du souverain. La communauté internationale n'intervient que pour que ce soit un accès à une justice impartiale.

En outre, dans la sphère pénale internationale, la lutte contre l'impunité réside en divers stades. Ainsi, la seule volonté de l'État permet l'intégration de la CPI dans l'ordre juridique interne. De plus, la compétence de la Cour est complémentaire⁵², la compétence étatique prime sur la compétence internationale. Enfin, il est commun à l'ensemble des juridictions pénales internationales qu'elles n'ont aucun pouvoir d'exécution⁵³. L'exécution dépendra de la discrétion de l'État à mettre en œuvre son devoir de collaboration⁵⁴. À travers la lutte contre l'impunité transparait une influence directe de la souveraineté étatique sur l'accès à la justice de la victime et de son droit à une justice impartiale. Dans la sphère pénale internationale, si la souveraineté ne peut entraver l'accès à une justice impartiale garantie par les textes fondateurs, elle peut intervenir en amont en soustrayant la victime à la justice et postérieurement en n'exécutant pas les décisions internationales. Remarquons que si un État n'est pas partie à la CPI, aucun de ses ressortissants ni aucun crime international commis sur son territoire ne pourra relever de la compétence de la Cour⁵⁵. L'accès au droit et à la justice demeurerait l'apanage du souverain et ce, malgré l'existence de normes internationales tendant à harmoniser ce deux droits. Droit et accès au droit sont donc clairement indissociables.

Ici la logique est binaire et ne permet pas l'existence d'une marge d'appréciation. La justice est impartiale ou ne l'est pas. La marge sous-entend une forme d'éventail de liberté encadrée⁵⁶. Concluons alors que le concept de justice

⁵¹ Devant les CETC, la victime a un accès direct alors que devant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (textes fondateurs disponibles sur le site Internet : <http://www.sc-sl.org/documents.html>), son accès à la justice est indirect.

⁵² Art. 1^{er} du Statut de la CPI.

⁵³ Art. 27 du Statut du TPIY, 26 du Statut du TPIR et 103 et s. du Statut de la CPI

⁵⁴ Les juridictions pénales internationales ne disposent d'aucun moyen coercitif contre les États.

⁵⁵ Sauf si l'affaire est déférée par le Conseil de sécurité en vertu de l'article 13 b) du Statut de la CPI.

⁵⁶ Certains auteurs y voient l'existence implicite d'un contrôle de compatibilité (M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE., *Marge d'appréciation et internationalisation du droit – Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun en gestation*, *op. cit.*, p. 79).

impartiale est harmonisé mais son accès est pluriel. Un constat identique peut être fait du droit à un procès équitable, qui est le pendant de la justice impartiale.

b) L'harmonisation étatique de l'accès au droit à un procès équitable de la victime d'un crime international

Le « droit à » un procès équitable a initialement pour destinataire l'accusé. Il s'agit de l'expression contemporaine de la lutte contre l'arbitraire. Dans les sphères pénales internationalisées⁵⁷ et internationales⁵⁸, ce droit est très présent. Sa garantie dans ces sphères est d'autant plus justifiée qu'elles ne bénéficient pas d'une légitimité originelle et sont controversées. Elles seraient des justices imposées par les vainqueurs ou peu au fait des traditions juridiques nationales. Pour démontrer leur intégrité, elles doivent, encore plus que les justices internes, garantir à l'accusé un droit à un procès équitable. Ceci s'explique également par la gravité des faits incriminés qui pourrait aisément susciter un parti pris. Le droit subjectif à un procès équitable de l'accusé s'exprime *inter alia* par un droit à être représenté et assisté⁵⁹. Mais il semblerait que le droit à un procès équitable entrave l'accès au droit et à la justice de la victime. Il serait inique de remettre en cause le droit à un procès équitable de l'accusé mais il peut être observé que la victime ne bénéficie pas d'un droit équivalent. Soulignons d'ores et déjà que l'absence d'équilibre n'apparaît pas dans tous les systèmes juridiques. Dans les systèmes où la victime est partie au procès, elle dispose globalement d'une égalité des armes⁶⁰. En revanche, dans les systèmes où la prise en compte de la victime n'est qu'émergente, l'accès au droit à un procès équitable de l'accusé est privilégié. Ainsi, dans le cadre des juridictions pénales internationales *ad hoc*, ceci peut aisément s'expliquer par le fait que la victime n'apparaît qu'en tant que témoin⁶¹. Elle devient alors un objet du procès équitable. L'accusé a en effet le droit d'interroger des témoins à charge et à décharge⁶². Toutefois, le droit à la protection de la victime permet de pondérer le droit à un

⁵⁷ Par ex., art. 17 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone et 13 de la Loi relative à la création des CETC

⁵⁸ Art. 16 du Statut de Nuremberg, 9 du Statut de Tokyo, 21 du Statut du TPIY, 20 du Statut du TPIR et notamment 67 du Statut de la CPI

⁵⁹ Notons que le droit à l'information est d'ailleurs originellement apparu à son intention.

⁶⁰ M. SAMBIAN, *Le respect de l'égalité des armes à l'égard de la victime dans le procès pénal*, thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université de Montpellier I soutenue publiquement le 18 décembre 2000 sous la direction de Mme le Professeur A. D'HAUTEVILLE, Université de Montpellier I, 576 p.

⁶¹ Remarquons toutefois que si l'accusé peut refuser de témoigner au nom de son droit à un procès équitable (art. 20g) du Statut du TPIY et 21 g) du Statut du TPIR) la victime-témoin ne se voit pas offrir cette possibilité, tout refus pouvant être considéré comme un outrage au Tribunal (art. 77 A. i) commun aux RPP des TPI).

⁶² Art. 21 e) du Statut du TPIY et 20 e) du Statut du TPIR.

procès équitable à l'exclusivité de l'accusé. Ainsi, certaines audiences à huis clos pourront se tenir en l'absence de celui-ci, qui aura ensuite la possibilité de contre-interroger le témoin de manière indirecte⁶³. Pareillement, au sein de la CPI où pourtant la victime peut acquérir le droit de participer à l'instance, la garantie d'un procès équitable à l'accusé entrave la plénitude de son accès⁶⁴. Plus que de l'accès au droit, il s'agit des droits eux-mêmes. Ceci confirme que l'accès n'a de sens que si le droit conféré est pertinent. La victime n'aurait pas droit d'accéder à un droit fondamental de l'accusé. Est confirmé qu'il n'y a pas d'accès au droit *ex nihilo* mais un accès qui dépend du contexte, de l'émetteur et du destinataire. La diversité des facteurs entraîne une harmonisation plurielle. Ici, l'étude comparatiste en illustre toute la pertinence.

Ces quelques exemples de droits subjectifs dévolus à la victime et de leurs accès et accessibilité donnent lieu à un premier bilan de l'influence de l'émetteur sur l'accès au droit du destinataire. En dépit de la présence de principes et de garanties fondamentaux dans l'ensemble des sphères pénales, il appert que l'accès au droit de la victime demeure à la discrétion du normateur étatique. L'implication de la victime dans l'accès à des droits subjectifs existe mais est inégale. Dans les sphères internes, malgré quelques « intrusions » internationales par le biais de conventions, l'accès au droit est directement lié à la notion de victime et des droits s'y attachant. Par voie de conséquence, dans ces sphères de multiples accès au droit existent. Or, une telle hétérogénéité pourrait non seulement concourir à une absence d'égalité entre des victimes ayant pourtant subi le même type de préjudice mais aussi, en général, participer à une absence de sécurité juridique. C'est la raison pour laquelle une forme d'harmonisation internationale est apparue. L'accès au droit de la victime semble être régi par de grands principes tels que le droit à la vérité et à une justice impartiale et équitable. Mais l'étude de la pratique démontre que cette harmonisation est plurielle. Cette pluralité repose d'une part sur l'incompressible souveraineté étatique qui est présente dans toutes les sphères pénales, mais également sur l'absence d'uniformisation⁶⁵ de la notion de victime. L'implication du destinataire dans l'accès à des droits subjectifs varie en fonction de sa conception par l'émetteur. En revanche, par hypothèse, le destinataire n'agirait que très

⁶³ Cf. notamment art. 22 du Statut du TPIY, art. 69 du RPP du TPIY et art. 21 du Statut du TPIR et 69 du RPP du TPIR

⁶⁴ Par exemple, le suspect bénéficie d'une aide juridique dès le début de l'instance préliminaire. En revanche, la victime ne pourra prétendre à une telle aide qu'une fois sa demande de participation aux procédures acceptée par la Chambre préliminaire (Cf. par ex., art. 55§2 c) du Statut de la CPI).

⁶⁵ Ici, par souci de cohérence, plus qu'une harmonisation une uniformisation serait nécessaire. Un socle commun n'empêche pas une simple harmonisation. Au contraire, elle en est la source.

ponctuellement sur l'accès à ses droits objectifs, expression directe de la souveraineté étatique.

II – L'ABSENCE DE RÉELLES HARMONISATIONS ÉTATIQUES DE L'ACCÈS DE LA VICTIME D'UN CRIME INTERNATIONAL À DES DROITS OBJECTIFS

Le présent développement va tendre à démontrer que certains aspects de l'accès au droit de la victime ne sont pas harmonisés, même de manière plurielle, et que la souveraineté étatique est la raison principale de cette entrave. L'analyse permettra d'observer qu'il s'agit de points résiduels. Ce qui justifie des développements plus courts. Il serait en effet évident que l'accès à des droits objectifs relève exclusivement de la volonté de l'émetteur. Mais il ne faut cependant pas pour autant considérer que l'harmonisation va devenir monolithique. Explicitons quels aspects de l'accès au droit ne sont pas harmonisés et identifions-en les raisons. La discrétion étatique s'exprime principalement dans l'accès à un droit de recours (1) et dans la compétence juridictionnelle (2) qui sont des ensembles de droits objectifs.

1) La souveraineté étatique et l'accès à un droit de recours de la victime d'un crime international

Dans la sphère pénale interne, le droit de recours est discrétionnairement fixé par le législateur. La justice est un des trois pouvoirs étatiques et son accès est strictement encadré. Malgré les harmonisations européennes ou internationales, le droit de recours repose toujours sur la souveraineté étatique. Dans ces autres sphères qui, par essence, sont des sphères harmonisées, apparaissent différentes formes de droit de recours de la victime d'un crime international. Cette dernière peut bénéficier (a) ou non (b) d'un accès à ce droit.

a) Le choix souverain d'un accès au droit de recours de la victime d'un crime international

Certains États de tradition romano-germanique confèrent à la victime un statut actif qui transparaît sur son accès au droit. L'émetteur permet l'entrée de la sphère juridique mais au destinataire d'en franchir le seuil. Une conséquence directe de cette conception de la victime est sa possibilité d'avoir un droit de recours, notamment devant la justice pénale. En droit pénal français la constitution de partie civile déclenche l'action publique, mais cela fait partie des particularités de ce système. Le droit de recours d'une victime dépasse les frontières internes mais est toujours soumis à d'étroites conditions qui sont parfois dissuasives voire drastiques.

Primo, dans la sphère européenne, un droit de recours est accordé à la victime. Notons qu'il s'agit du fruit d'une véritable harmonisation car la Cour Européenne

des Droits de l'Homme (Cour EDH) a une définition autonome de la victime⁶⁶. Peuvent bénéficier d'un droit de recours les victimes personnes physiques, les ONG et les groupes de particuliers⁶⁷. L'*actio popularis* est refusée⁶⁸. Face à l'abondance des requêtes mal fondées ou dont les mêmes faits ont déjà fait l'objet d'une décision, les conditions de recevabilité du droit de recours se sont ensuite durcies. Ainsi, en plus de l'intérêt personnel, de la qualité pour agir et de la prétendue existence d'une violation par un État contractant d'un droit garanti par la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de sauvegarde des libertés fondamentales (Convention EDH), le requérant doit préciser si ses griefs sont déjà soumis à une autre instance d'enquête⁶⁹. Le droit de recours individuel est donc étroitement encadré en droit européen. Il ne s'agit pas tant d'une volonté d'entraver l'accès au droit de la victime, que de raisons techniques d'engorgement de la Cour qui, à terme, pourrait remettre en cause l'efficacité du recours individuel. L'accès au droit est donc très lié à la sphère dans laquelle il s'inscrit. Plus la sphère s'élargie, plus il est difficile pour le destinataire de revendiquer ce droit. Un paradoxe émerge : là où la souveraineté étatique s'atténue de nouvelles entraves à l'accès aux droits objectifs apparaissent.

Deuzio, dans la sphère pénale internationalisée, seules les CETC permettent un droit de recours individuel pour la victime. Mais il s'avère que peu de demandes sont déclarées recevables dans la pratique. Cela vient du fait que trois décennies après les faits, la victime peine à apporter l'ensemble des pièces requises. Mais certains allèguent une volonté d'entraver l'accès à la justice pour la victime⁷⁰. Le Cambodge serait toujours influencé par d'anciens Khmers Rouges. Si ces arguments se vérifient, le droit de recours des victimes tomberait en désuétude avant même d'avoir une empreinte pratique. Ainsi, nonobstant l'œil avisé de la communauté internationale, des pressions étatiques peuvent s'exercer au détriment de l'accès au droit de la victime. Cela confirme que la souveraineté étatique ne s'évanouit pas dans la sphère pénale internationalisée.

Tertio, la justice traditionnelle africaine, sur laquelle se fondent les tribunaux *gacaca* rwandais⁷¹, permet à la victime d'avoir un statut actif. En effet, elle porte elle-

⁶⁶ « La notion de victime, [...], doit être interprétée de façon autonome et indépendamment des notions internes (c'est-à-dire nationales) » (Requête n° 939/82, décision *Association X et 165 syndics et administrateurs judiciaires c/ France*, 4 juillet 1983). Cela peut être le premier pas vers une harmonisation ayant un socle commun.

⁶⁷ Art. 33 de la Convention EDH et Protocole n°9 entré en vigueur le 1^{er} octobre 1994.

⁶⁸ F. VOEFFRAY, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Paris, PUF, 2004, pp. 137-158

⁶⁹ Art. 47§2 b) du Règlement de la Cour EDH

⁷⁰ Position notamment développée par le Comité des Victimes des Khmers rouges (CVKR).

⁷¹ A. AGHION, *Gacaca, revivre ensemble au Rwanda ?*, Dominant 7, Gacaca Productions, 2002, 55 min et B. BELLEFROID, *Rwanda, les collines parlent*, DERIVES, MARIT V., 2005, 80 min.

même l'accusation et peut interroger l'accusé. Pourtant, il est notable que cette justice n'emporte pas la pleine satisfaction de la victime. Au-delà de sa confrontation directe avec l'accusé, elle peut estimer que cette justice est une réconciliation provoquée avec des accusés qui n'expriment pas toujours des regrets sincères et une sanction parfois éloignée de l'échelle des peines en vigueur dans le droit rwandais⁷². Ainsi, la réalité est parfois éloignée de la théorie de l'accès au droit. Les tribunaux *gacaca* offrent à la victime un accès à un droit local qu'elle connaît. Les règles de forme sont pratiquement inexistantes. Mais les destinataires de cet accès au droit sont insatisfaits. Par voie de conséquence, il appert que l'émetteur doit avant tout identifier les attentes du destinataire du droit avant d'en établir l'accès. Un droit peut être intelligible mais incompris. C'est donc un échec de l'émetteur, à savoir, généralement, le souverain⁷³. Ceci rejoint l'idée de la nécessaire harmonisation préalable de la notion du destinataire. Cette harmonisation-là doit intervenir avant toute harmonisation plurielle internationale. Mais l'accès au droit de recours est quelquefois tout simplement refusé par le souverain.

b) Le refus souverain de l'accès à un droit de recours de la victime d'un crime international

L'accès au droit peut exister indépendamment de la reconnaissance d'un droit de recours à la victime. Dans la sphère pénale interne, la plainte de la victime ne met pas toujours en action le Ministère public comme en Grande-Bretagne ou en Belgique. La victime ne dispose également d'aucun droit de recours en droit international pénal. Pourtant il a été vu que ses droits étaient accessibles et garantis. Conséquemment, l'accès au droit transcende le simple droit de recours. En revanche, des éléments qui, de prime abord pourraient paraître accessoires sont en réalité des conditions essentielles de l'accès au droit. Ainsi une aide financière peut être apportée à la victime qu'elle dispose ou non d'un droit de recours. Il s'agit généralement d'une participation aux frais de déplacement⁷⁴. Ceci est indépendant des droits à la restitution des biens et à réparation. La participation aux frais de justice est unanimement admise dans toutes les sphères pénales qui conçoivent une

⁷² Jusqu'à très récemment la peine la plus lourde prévue par le droit rwandais était la peine de mort.

⁷³ Bien qu'émanant de la justice traditionnelle, les tribunaux *gacaca* ont été institués par la loi n° 40/2000 du 26 janvier 2001 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions *gacaca* chargées des poursuites et du jugement des infractions constitutives du crime de génocide et d'autres crimes contre l'humanité commis entre le 1^{er} octobre 1990 et le 31 décembre 1994. La dernière version de cette loi date de juin 2006.

⁷⁴ Au sein des juridictions pénales internationales, les services d'aide à la victime en fixent les modalités et les montants.

participation de la victime à la procédure. Seules les modalités dépendent de l'émetteur.

De plus, soulignons que dans la sphère pénale internationale aucun droit de recours n'a été consenti à la victime. Au-delà du débat sur le caractère judiciaire ou non de ce refus, cela dénote peut-être la présence d'une « harmonisation négative ». En d'autres termes, la communauté internationale se serait accordée pour admettre que les intérêts de la victime peuvent être garantis sans une implication de sa part. L'accès au droit est donc possible en l'absence d'un droit de revendication de cet accès par le destinataire. Ce mécanisme peut fonctionner si l'accès au droit est admis par les autres acteurs que le destinataire. Il peut dès lors être affirmé que l'accès dépendrait de sa création par l'émetteur, de sa connaissance par son destinataire, de son interprétation par l'intermédiaire et de sa reconnaissance par les entités pouvant influencer sur cet accès. En conclusion, le refus souverain de l'accès à un droit de recours de la victime n'entrave pas autant son accès au droit comme l'hypothèse le présupposait.

Les difficultés d'implication de la victime dans son droit de recours s'expriment, comme cela vient d'être vu, dans les conditions préalables mais également, en amont dans la compétence. Les victimes d'un crime international considèrent parfois la répartition des compétences juridictionnelles comme un ensemble sibyllin. La victime qui est confrontée à une multiplication des prétoires a parfois des difficultés à en comprendre l'ordre et est parfois tentée de s'adresser à la juridiction qui lui permet d'être active.

2) *La souveraineté étatique et l'absence d'harmonisation de la compétence juridictionnelle*

L'accès au droit et *a fortiori* l'accès à la justice dépendent étroitement de la compétence juridictionnelle, droit objectif par excellence. Celle-ci est l'énoncé de conditions permettant de déterminer quel tribunal pourra entendre le litige donné. Elle a une influence directe sur l'accès au droit de la victime car certains critères l'empêchent d'accéder à la justice et partant, de voir ses droits protégés et respectés. Or, il ressort que les différents types de compétence dans les sphères pénales internes prêteraient certaines victimes d'un crime international. Qui plus est, une compétence universelle n'est pas synonyme d'un accès universel au droit.

En droit pénal interne, une juridiction peut se déclarer compétente car le crime a été commis sur son territoire (compétence territoriale ou *ratione loci*), parce que le suspect est un national (compétence personnelle active) ou, plus rarement, du fait que la victime soit un national (compétence personnelle passive)⁷⁵. Le cas d'un crime

⁷⁵ L'ensemble de ces deux dernières compétences peut se regrouper sous l'expression compétence « personnelle » ou « *ratione personae* ».

international complexifie la déclaration de compétence. En premier lieu, les juridictions nationales d'un état post-conflictuel ont parfois préalablement besoin d'une période transitionnelle aux fins de dissocier la nouvelle justice de la justice antérieure généralement favorable au régime en place, comme le démontre, par exemple, la période de dénazification⁷⁶. En second lieu, le TPIY, dont la compétence est limitée aux crimes les plus graves, eut bientôt besoin de transférer des affaires moins importantes devant des juridictions internes. Il a alors participé à la justice transitionnelle en inspirant la création de la Chambre spéciale pour les crimes de guerre en Bosnie-Herzégovine⁷⁷. Le Conseil de sécurité considère cette Chambre comme une « *condition sine qua non* » de la stratégie d'achèvement du TPIY⁷⁸. Elle est compétente pour les crimes commis sur son territoire ou contre un de ses ressortissants⁷⁹. Il s'agit donc d'une compétence territoriale et personnelle passive. Elle permet une répression plus large des crimes commis au cours du conflit armé et participe ainsi à l'accès au droit de la victime qui, *in casu*, a un statut plus actif que devant le TPIY⁸⁰. En effet, si la compétence avait été personnelle active, nul doute que les criminels auraient été moins inquiétés. D'autres juridictions à caractère hybride, comme le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, ont une compétence plus large puisque uniquement territoriale⁸¹. Une compétence élargie aurait pour conséquence un accès au droit à un nombre plus étendu de victimes. Mais il s'agira d'un accès au droit passif, la victime ne bénéficiant généralement pas d'un statut procédural. Ces quelques exemples illustrent que la compétence juridictionnelle est à l'entière discrétion étatique. La logique démontre que l'émetteur de la norme est également celui du contrôle de la norme et des conditions d'accès à ce contrôle. Contrairement aux apparences, il en est de même de la compétence universelle.

Prima facie, la compétence universelle répond à l'idée que tout État a intérêt à punir certains crimes, soit en ce qu'ils sont une atteinte directe à des principes fondamentaux⁸², soit en ce qu'ils n'ont aucun rattachement national⁸³. *Ipsa facto*, les

⁷⁶ H. MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et d'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n°10 du Conseil de Contrôle allié*, Paris, L.G.D.J., 1960, 514 p.

⁷⁷ <http://www.sudbih.gov.ba/?opcija=predmeti&jezik=c>

⁷⁸ S/RES/1503(2003), 28 mars 2003, *Tribunal pénal international pour l'ex-Yugoslavie et Tribunal pénal international pour le Rwanda*.

⁷⁹ Art. 11 du Code pénal de Bosnie-Herzégovine, version 2007.

⁸⁰ En d'autres termes, lui est offerte la possibilité de demander réparation devant les juridictions civiles une fois son statut de victime reconnu par la Chambre.

⁸¹ Art. 2 nouveau de la Loi relative à la création des CETC et art. 1 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

⁸² Comme par exemple le crime de génocide.

⁸³ Comme par exemple la piraterie en haute-mer.

juridictions nationales d'un État peuvent se déclarer internationalement compétentes alors qu'il n'y a aucun lien de rattachement territorial ou personnel. La compétence universelle découle d'un traité international⁸⁴ ou d'une initiative personnelle. Elle s'est forgée autour du principe *aut dedere aut judicare*⁸⁵. Sans un cadre – dont les fondements tendent à s'harmoniser – la compétence universelle pourrait s'avérer être un *forum shopping* déguisé. En l'absence de toute précision de compétence, la victime préférera effectivement une juridiction où elle aura un droit de recours, voire où elle pourra se constituer partie civile et où le droit interne prévoira une lourde peine pour le crime international commis. Le destinataire de l'accès choisira les modalités de l'accès à ce droit objectif. *Lato sensu*, il deviendrait émetteur de son accès. En outre, cela pourrait engendrer un engorgement des juridictions universellement compétentes et surtout, à terme, provoquer la rupture des relations diplomatiques. C'est ce qui ressort de l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002 qui énonce qu'un Ministre des Affaires Étrangères en exercice est insusceptible de poursuites sur le fondement de la compétence universelle⁸⁶. Les États européens ont alors adopté une conception plus restrictive de la compétence universelle. La discrétion étatique est entière et l'harmonisation balbutiante.

En France, outre la compétence universelle en vertu des Conventions internationales auxquelles elle est partie⁸⁷, le Code de procédure pénale prévoit une compétence universelle si l'auteur du crime est présent sur le territoire français. Mais dans la pratique ce second cas est très rarement mis en œuvre. Comparativement, le droit allemand ayant intégré les dispositions du Statut de Rome, permet aux juridictions nationales de devenir universellement compétentes pour les crimes énoncés dans le Statut. Mais le Procureur décide toujours de l'opportunité des poursuites. Ainsi, dans les faits, de nombreuses plaintes ont été déposées mais très peu ont fait l'objet d'enquêtes approfondies car la présence de l'accusé est perçue comme essentielle car l'enquête serait en partie vaine si l'auteur n'explique pas ses actes. Enfin, en Belgique, la loi du 5 août 2003 fait disparaître la compétence universelle telle que conçue dans la loi de 1993⁸⁸. Il s'agit dorénavant d'une compétence personnelle active et un *forum victimae patriae* limité puisque le Procureur

⁸⁴ Comme les Conventions de Genève de 1949 et leurs deux Protocoles additionnels de 1977, la Convention de New York de 1979 sur les prises d'otage ou encore, par exemple, la Convention des Nations Unies de 1984 relative au crime de torture. La compétence universelle fondée sur un traité international illustre la possible harmonisation de l'accès à ce droit objectif sur le fondement d'intérêts supérieurs à la souveraineté étatique. Cela sort alors du cadre de la réflexion proposée.

⁸⁵ Ce principe oblige un État sur le territoire duquel se trouve un suspect de le poursuivre ou de l'extrader.

⁸⁶ CIJ, *R.D.C c/ Belgique*, 14 fév. 2002, arrêt, *Rec.* 2002.

⁸⁷ Art. 689 du Code de procédure pénale.

⁸⁸ *Annales de droit de Louvain*, vol. 64, n° 1-2, 2004 et *Revue de l'ULB*, vol. 30, 2004-2, « La compétence universelle », Bruxelles, Bruylant, 2004, 348 p.

fédéral a l'initiative exclusive de la mise en action du Ministère public. Il n'y a donc pas d'harmonisation même plurielle de la compétence universelle sur le fondement de l'initiative étatique. Ce peut être l'incarnation d'une volonté plus politique que juridique. La motivation première de l'État ne serait alors pas un élargissement des bénéficiaires de l'accès au droit. Ainsi, en septembre 2005, la Belgique a formulé un mandat d'arrêt international contre l'ancien dirigeant tchadien H. HABRE et a demandé au Sénégal – son lieu de résidence actuel – de l'extrader car, en 2000, les tribunaux de Dakar s'étaient déclarés incompétents. Mais le 30 janvier 2008, le Parlement sénégalais adopte une loi donnant compétence à ses tribunaux internes pour les crimes de génocide, contre l'humanité et les crimes de guerre commis en dehors de ses frontières⁸⁹. Cette loi vise principalement l'affaire H. HABRE. Le Sénégal estime en effet qu'un tribunal africain est plus à même de juger un ancien dirigeant africain que des juridictions européennes. Les souverainetés étatiques entrent alors en collision. L'harmonisation des compétences juridictionnelles est ici péniblement envisagée.

L'accès au droit de la victime d'un crime international est donc soumis à la discrétion étatique qui prend en compte un ensemble de paramètres non exclusivement juridiques. La compétence universelle sur initiative étatique pourrait être qualifiée de nivellement par le bas. Cette expression traduit une volonté de certains États d'imposer leur conception de la justice et de l'accès au droit. Ce nivellement se fait par le bas puisqu'il n'intervient pas à la création du droit mais à la mise en œuvre du droit. La compétence universelle est, à notre sens, la meilleure illustration de l'entière discrétion de l'émetteur sur sa conception de l'accès aux droits objectifs du destinataire.

*

En conclusion, la souveraineté étatique présente dans les différentes sphères pénales est le berceau de l'harmonisation plurielle de l'accès au droit de la victime d'un crime international. En théorie, il a été démontré que cette pluralité intervient à tous les degrés de la relation entre émetteur et destinataire. Ce dernier, de par son implication, devient généralement bénéficiaire de l'accès à ses droits subjectifs. En revanche, en l'espèce, le destinataire de droits objectifs ne pourrait qu'indirectement s'investir dans leur accès, trop empreint de souveraineté. L'harmonisation plurielle est le processus permettant que l'accès au droit soit la pierre d'achoppement entre le créateur de la norme et son destinataire.

⁸⁹ Cf. notamment : P. CHEVALIER., *Justice pénale internationale – Le procès Hissène Habré aura-t-il lieu ? La « compétence universelle » à l'épreuve*, Sur les docks, France culture, 22 novembre 2007, 1h.

RÉSUMÉ :

Une analyse exhaustive de l'accès au droit n'est pas l'étude du droit per se mais comment l'émetteur de la norme en permet l'approche et la manière dont son destinataire l'aborde. Le choix a été fait de prendre un exemple d'accès au droit aux fins de nourrir cette réflexion plus théorique sur les liens entre émetteur et destinataire de cet accès. Celui de la victime d'un crime international permet aisément d'identifier les deux pôles et d'en voir les interactions. Mais il comporte également l'avantage de pouvoir adopter une vision comparatiste, l'ensemble des sphères pénales étant concerné par ces crimes. Tout d'abord, cet exemple donne lieu à l'affirmation que le fondement de l'accès au droit de la victime d'un crime international est une « harmonisation plurielle ». Ceci s'explique essentiellement par le fait que l'émetteur, les États, est souverain. En outre, les interactions entre émetteur et destinataire sembleraient dépendre de plusieurs facteurs. Ces derniers seraient inter alia la qualité et le statut des deux pôles et le contexte dans lequel l'accès s'inscrit. Mais le facteur déterminant de l'implication ou non du destinataire est la nature du droit auquel l'accès est autorisé ou refusé.

SUMMARY:

An exhaustive analysis of access to law is the study of how the "transmitter" of the norm allows the approach and how the "receiver" tackles this norm. We chose to take an example in order to lead a broader reflection about theory on the links between the transmitter and the receiver. The access to law of a victim of an international crime makes easier to identify these two poles and their reciprocal influences. Moreover, it permits to compare the accesses given by the different criminal laws. First and foremost, this analysis makes possible to assert that this access is the result of a "plural harmonisation". This is mainly due to the fact that the transmitter is sovereign. Next, the different influences depend on some criteria such as the quality, the statute of both poles and the context around the access. Nevertheless, the most important consideration is that the receiver may be implied in its access to law whether it deals with a subjective or an objective right.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- « La compétence universelle », *Annales de droit de Louvain*, vol. 64, n° 1-2, 2004 et *Revue de l'ULB*, vol. 30 (2004-2), Bruxelles, Bruylant, 2004, 348 p.
- *Lutter contre l'impunité*, Actes du colloque tenu à Bruxelles du 11 au 13 mars 2002, Bruxelles, Bruylant, 2002, 191 p.
- BETTATI M., *Le droit d'ingérence – Mutation de l'ordre international*, Paris, O. Jacob, 1996, 382 p.
- BOSSARD A., *La criminalité internationale*, Paris, PUF, Que sais-je n° 2420, 1988, 127 p.
- BULLIER A.J., *La Common Law*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 2007, 163 p.
- CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 4^{ème} édition, 2003, 951 p.
- DARBON D., « La Truth and Reconciliation Commission – Le miracle sud-africain en question », *Rev. f. sc. po.*, déc. 1998, pp. 707-724
- DAVID R. et JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes juridiques contemporains*, Paris, Dalloz, 11^{ème} édition, 2002, 553 p.
- DELMAS-MARTY M., « La CPI et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal », *Rev. Sc. Crim.*, 2005, n° 3, pp. 473-481
- DELMAS-MARTY M., PIETH M. et SIEBER U. (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2008, 447 p.
- ELSTER J., *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 341 p.
- FAIRGRIEVE D. et MUIR-WATT H., *Common Law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, Paris, P.U.F., 2006, 62 p.
- HAZAN P., « Mesurer l'impact des politiques de châtement et de pardon : plaider pour l'évaluation de la justice transitionnelle », *R.I.C.R.*, mars 2006, n° 861, pp. 343-365
- HENZELIN M., *Le principe d'universalité en droit pénal international – Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe d'universalité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 527 p.
- LOPEZ G. et TZITZIS S., *Dictionnaire des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004, 1013 p.

-
- MEYROWITZ H., *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et d'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle allié*, Paris, L.G.D.J., 1960, 514 p.
 - PAZARTZIS P., « La répression pénale des crimes internationaux – Justice pénale internationale », *Cours et travaux*, n° 8, 2007, 95 p.
 - SAMBIAN M., *Le respect de l'égalité des armes à l'égard de la victime dans le procès pénal*, thèse pour obtenir le grade de docteur, soutenue publiquement le 18 décembre 2000 sous la direction de Mme le Professeur A. D'Hauteville, Université de Montpellier I, 576 p.
 - UMR DE DROIT COMPARÉ, *Variations autour d'un droit commun – Travaux préparatoires*, Paris, Société de législation comparée, 2001, 157 p.
 - VOEFFRAY F., *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Paris, P.U.F., 2004, 401 p.

Accessibilité du droit et réglementation du lobbying : l'influence du système des États-Unis sur l'Union européenne

MARIA-MAGDALENA VLAICU

ATER à l'Université de Rouen

Le caractère formaliste du droit continental, issu de la tradition romano-germanique, contraste avec la tradition de *common law* anglo-saxonne et induit souvent un écart significatif entre droit formel et droit réel. En s'inspirant de la *common law*, le système juridique de l'Union européenne essaye de réduire cet écart et de là, assurer une meilleure mise en œuvre du droit. Cela fait partie de l'actuel projet européen d'améliorer la qualité de la réglementation¹.

Le lobbying² peut augmenter l'efficacité de la mise en œuvre de la réglementation en renforçant sa légitimité, tout comme il peut aussi menacer cette légitimité. Une réglementation de l'activité de lobbying est dès lors nécessaire et elle est en train d'être développée au niveau de l'Union européenne. La réglementation du lobbying aboutit à reconnaître le rôle des lobbyistes en tant que source d'accès au droit : ils assurent souvent une fonction d'information, sont à l'origine des recours en justice et participent à la création des règles nouvelles. En même temps, la réglementation a pour but de réduire les inégalités d'accès au droit du fait du lobbying.

¹ Communication de la Commission sur un plan d'action pour « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », 6 juin 2002, COM(2002)278 final/2. Pour une analyse de l'état actuel du projet : communication de la Commission, Deuxième examen stratégique du programme « Mieux légiférer » dans l'Union européenne, 30 janvier 2008, COM(2008) 32 final.

² Le terme « lobby » sera utilisé de façon prépondérante dans le présent article, étant donné qu'il s'agit de la notion consacrée dans le droit des États-Unis et que les institutions européennes l'emploient aussi, alternativement ou conjointement au terme de « représentation d'intérêts ». L'Union européenne n'entend donc pas établir de différences quant à la signification des deux termes, mais plutôt souligner qu'elle retient une conception positive du lobbying. Celui-ci a pu, en effet, être associé à l'idée de « trafic d'influence » dans certains systèmes nationaux, comme dans le système français.

L'accès au droit est défini traditionnellement comme « le droit pour un particulier d'opérer une démarche auprès d'un service public pour la défense de ses intérêts »³. Cette notion d'accès au droit a été étendue depuis une dizaine d'années, elle s'élargit à la possibilité de devenir acteur du droit, en contribuant à son élaboration par la société. Ainsi, la notion est plus vaste et concurrence aujourd'hui celle d'accès à la justice⁴. « Elle désigne au plan symbolique la conquête de la citoyenneté⁵, l'accès au statut de sujet de droit et, au plan instrumental, l'accès à l'information sur le droit, la capacité d'agir le droit soit offensivement (mettre en œuvre un droit) soit défensivement (faire respecter son droit) »⁶. Pour ce qui est des deux expressions, leur signification va bien au-delà d'une perspective institutionnelle et contentieuse⁷.

L'accès au droit des lobbyistes donne à penser que le procédé de création de la norme dans l'Union européenne s'est quelque peu inspiré de la façon de faire la loi en vigueur aux États-Unis⁸. Dans le système des États-Unis, dominé par le modèle de l'État libéral, la loi est conçue comme le fruit d'un compromis obtenu de manière pragmatique entre des intérêts divergents. La loi est donc un texte concret et imparfait par opposition à la loi dans la conception continentale, qui est pensée comme une norme abstraite et parfaite. Dès lors, aux États-Unis le rôle des groupes d'intérêts dans la formation de la loi est non seulement reconnu, mais ils apparaissent même comme une condition fondamentale de la démocratie, car ils ont

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8^{ème} édition, 2007, 689 p.

⁴ « L'accès à la justice peut être défini comme le « courant de pensée s'interrogeant sur les conditions de passage d'un état formel à un état réel du droit de voir sa cause entendue par les cours et tribunaux ». C'est le premier sens de cette expression, retenu par le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (A.-J. ARNAUD (dir.), Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 2^{ème} éd., 1993, p. 331). Celui-ci précise que le sens a lui-même évolué pour inclure l'accès des intérêts collectifs à la justice : « Rompant avec la logique individualiste, les intérêts de type collectif trouvèrent des modes de production spécifiques. [...] Ce sont sans nul doute les États-Unis d'Amérique qui connaissent à ce jour le moyen le plus spectaculaire et le plus efficace de défense judiciaire des intérêts collectifs et individuels par ce mécanisme qu'est la " *Class action* " ».

⁵ En ce sens, il a pu être soutenu que « les organisations de la société civile se situent dans le champ de la citoyenneté européenne ». Cela justifierait « la participation des citoyens et de leurs organisations représentatives au processus consultatif » lors de l'élaboration des normes (Audition – « Initiative européenne en matière de transparence », organisée par le Comité économique et social européen, 11 juillet 2006, compte-rendu, p. 19).

⁶ J. FAGET, « L'accès au droit : logiques de marché et enjeux sociaux », *Droit et société*, n° 30/31, 1995, pp. 367-378, p. 368.

⁷ L'accès à la justice recouvre aussi bien la possibilité de saisir l'institution judiciaire que l'amélioration du règlement des litiges et des transactions en dehors des cours et des tribunaux.

⁸ En ce sens, cf. M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Le lobbying européen : bénéfices et préjudices du fonctionnalisme dans l'optique communautaire », *Revue du droit public*, n° 3, 2004, pp. 755-795, p. 756.

une fonction de représentation du peuple dans l'espace politico-juridique⁹. Cela est possible puisque l'intérêt général est conçu comme la résultante des multiples intérêts particuliers aussi divers que possible et souvent adverses¹⁰.

En revanche, le modèle républicain, traditionnel en Europe continentale, postule que l'intérêt général est distinct de la somme des intérêts particuliers. De ce fait, seuls les représentants issus de la souveraineté populaire peuvent légitimement contribuer à le définir. À cet égard, la critique pluraliste, portée par le modèle libéral¹¹, dénonce l'aliénation subie par les citoyens lorsque leur relation à l'État se limite strictement aux droits et obligations politiques attachés au principe de l'élection, et vise à accentuer la diversité des intérêts qui composent la société. Cela engendre une légitimité fondée sur la libre expression des volontés individuelles et la libre concurrence des intérêts particuliers. Elle est figurée sur le mode du marché¹², où les intérêts placés en concurrence luttent pour leur reconnaissance par la sphère politique. Or, on peut constater qu'au niveau de l'Union européenne le lobbying se présente également comme un marché de connaissances et de décisions, qui permet d'établir un compromis entre des intérêts divergents. Cela conduit les affrontements en termes de valeurs et de principes à se résoudre dans des prises de décisions pragmatiques grâce à l'application d'une procédure déterminée.

Conformément à la logique de marché, en principe, la réglementation des représentants d'intérêts doit être minimale pour éviter de dénaturer l'équilibre entre ceux-ci. Cependant, aux États-Unis, le risque¹³ que cet équilibre soit rompu au profit

⁹ Dans le système législatif américain, on estime que les lobbies économiques sont probablement au premier rang des rédacteurs de propositions législatives.

¹⁰ Les individus poursuivent leur intérêt particulier – personnel – résultat d'un calcul, en fonction d'une disposition naturelle « à trafiquer et échanger », qui les mène naturellement à poursuivre l'intérêt général à travers la recherche de leur intérêt particulier. Dans l'ordre social entrevu, ce sont les individus qui « échangent », des échanges dont découle la richesse de la nation – en d'autres mots : l'intérêt général (cf. le commentaire de F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Économica, 1986, p. 157).

¹¹ À ce sujet, HABERMAS estime que « c'est par une simple substitution que la théorie sociologique du pluralisme rejoint le modèle normatif du libéralisme ; en effet elle remplace les citoyens isolés et leurs intérêts individuels par des associations et des intérêts organisés » (*Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 357).

¹² Le marché – entendu non pas au sens d'un concept technique, mais plutôt comme concept sociologique et politique – devient l'archétype d'une nouvelle représentation du social : c'est le marché économique, et non pas le contrat politique, qui est le véritable régulateur de la société, sans garant extérieur (Cf. P. ROSANVALLON, *Le libéralisme économique. Histoire de l'idée de marché*, Paris, Seuil, Coll. Points politiques, 1989, III).

¹³ Les propos de James MADISON sont éclairants sur ce point : « ou bien les factions restent minoritaires, leurs effets nocifs s'annulent réciproquement et la volonté générale peut s'exprimer, ou bien une faction particulière s'empare de la majorité. Dans ce dernier cas, c'est la démocratie elle-même qui est en péril. Le risque est grand, en effet, que cette faction sacrifie le bien public ou encore les droits des minorités à sa

de groupes d'intérêts financiers puissants¹⁴ est apparu progressivement. Au fur et à mesure du développement du lobbying, la réglementation là-dessus est donc devenue de plus en plus complexe et contraignante¹⁵.

Nous pouvons en déduire que dans le contexte de l'État libéral et pluraliste, il y aura une tendance à encadrer autant que possible le comportement des lobbyistes de façon à éviter les abus et à maintenir la compétition entre les groupes d'intérêts. En outre, il semble qu'il y ait une évolution qui se produit de la réglementation minimale du lobbying vers une réglementation beaucoup plus développée dans le but de préserver le caractère pluraliste du système¹⁶.

Dès lors, nous pourrions déceler l'influence du système pluraliste américain au niveau européen, en dépit des différences évidentes entre les deux types de réglementation. En effet, ces différences peuvent s'expliquer par le fait que les réglementations européenne et américaine se trouvent dans des phases différentes de développement. À ce propos, il y a beaucoup d'éléments inspirés du système américain relatifs à l'encadrement de l'existence et de l'activité des représentants d'intérêts. Le Parlement fut la première institution européenne à prendre en compte la multiplication des groupes d'intérêts à l'échelon européen, et plus particulièrement les conséquences de ce phénomène pour le processus législatif¹⁷.

Cependant, les différences ne peuvent être expliquées uniquement par la différence de développement entre les deux systèmes. Leurs différences de nature et de fonctionnement ont permis l'influence d'autres modèles. À cet égard, on a pu arguer de l'influence du modèle corporatiste sur le système européen. Ce modèle est

passion et à son intérêt dominant » (Propos rendus par D. LACORNE, *L'Invention de la République : le Modèle Américain*, Paris, Hachette, 1991, p. 126).

¹⁴ Il faut ainsi remarquer qu'en dépit de l'existence d'une réglementation depuis 1946, celle-ci a été largement considérée comme un échec puisqu'elle ne contenait pas de définitions suffisamment précises de ce qu'était le lobbying. Dans le souci de concilier le respect des libertés d'association et d'expression avec la lutte contre la corruption, la loi a été révisée en 1995. À la suite du scandale de corruption Abramoff, les règles sont devenues encore plus sévères en 2007.

¹⁵ D. CRIEKEMANS, « Symbiosis or Controversy ? Governmental appraisal of lobbying and lobbying regulation in the EU and USA », *PSW-Papers*, 1^{er} mars 1998, n° 3, pp. 20-22.

¹⁶ L'exemple des États-Unis est particulièrement révélateur à cet égard puisqu'ils possèdent l'une des plus strictes réglementations en matière de lobbying.

¹⁷ La première question écrite relative à l'instauration éventuelle d'une réglementation des activités des groupes d'intérêts remonte à 1989. En 1991, la commission du règlement, de la vérification des pouvoirs et des immunités rédigeait un rapport dans lequel il était proposé de créer un code de conduite et un registre des lobbyistes, mais les propositions formulées, qui firent l'objet d'après débats en commission, ne furent pas soumises à l'assemblée plénière. En 1994, la même commission a rédigé un nouveau rapport qui évitait les affrontements terminologiques et retenait le principe de l'auto-désignation facultative de la part des groupes d'intérêts. Les propositions d'ordre réglementaire étaient moins contraignantes et jugées plus favorables au lobbying que celles qui figuraient dans le rapport précédent.

associé aux écrits d'Hegel et à sa critique du libéralisme. À la recherche de partenaires de négociation pour la prise de décision, l'État « reconnaît » certaines organisations – toujours en nombre limité –, qui de ce fait disposeront du monopole de la représentation au sein d'un secteur d'activité. L'agrément officiel conféré par l'État découle le plus souvent d'un critère de représentativité sociale objectivé.

Le caractère intermédiaire des organisations qui composent la société civile prend tout son sens : leur position monopolistique exprime une légitimité spécifique – axée sur l'obtention de la reconnaissance étatique, d'une part, et sur la garantie du respect des compromis par les adhérents, d'autre part. Dans ce modèle, les associations constituent des agents de transformation des intérêts individuels. L'intérêt collectif se distingue d'un intérêt fixé *a priori* en fonction de la structure socio-économique, mais l'intérêt collectif ne se limite pas non plus à agréger les préférences individuelles¹⁸.

Il faut aussi préciser que la logique corporatiste permet un principe d'identification centré sur la profession. En ce sens, l'identification au sein du groupe n'est pas d'ordre culturel : elle déborde la culture et est liée à l'activité – au travail. Dans ce sens, on a pu montrer que la Commission européenne finance et a même aidé à la création de certains groupes d'intérêts. Cependant, cela ne devrait pas être compris comme un signe de corporatisme car l'objectif du financement est de soutenir une représentation pluraliste des intérêts au niveau européen.

Il peut aussi être mentionné que la légitimité d'intervenir dans la préparation des décisions dépend de la représentativité des groupes d'intérêts pour les secteurs concernés. Cela est de nature à assurer aux autorités européennes que les lobbies ont la capacité de contrôler leurs membres et de leur faire accepter les décisions adoptées. Toutefois, là non plus il n'est pas vraiment question d'une logique corporatiste, car l'enjeu est aujourd'hui moins d'assurer l'équilibre entre les intérêts patronaux et ceux des syndicats que de permettre à des intérêts moins organisés, tels la protection des consommateurs ou de l'environnement, de se manifester en Europe à côté des intérêts économiques¹⁹.

Nous pensons qu'il s'agit en revanche, au niveau de l'Union européenne, surtout de l'influence du modèle « habermassien » de la prise de décision dans l'État,

¹⁸ Cf. N. GIOVANNINI, « Hegel et la Bürgerliche Gesellschaft », dans *La société civile et ses droits*, B. FRYDMAN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 72.

¹⁹ En ce sens, la Commission souligne « l'importance qu'elle attache aux contributions d'organisations européennes représentatives. Il convient de noter à cet égard que le Comité économique et social a défini une série de critères d'éligibilité applicables au dialogue dit "civil". Toutefois, le critère de la représentativité au niveau européen ne doit pas être le seul critère utilisé pour évaluer la pertinence ou la qualité des commentaires » (COM(2002) 704 final, p. 12).

un modèle délibératif, axé sur la notion d'« espace public »²⁰. Le principe sous-jacent à la forme délibérative de la démocratie est de fusionner l'opinion publique avec la délibération qui caractérise le gouvernement représentatif. Dans cette perspective, la source de la légitimité n'est pas une volonté prédéterminée, mais le processus de sa formation – la délibération : la conception de la légitimité d'une décision découlera de son élaboration dans le cadre d'une procédure organisant un échange argumentatif ou une discussion²¹. Il y a là une conception de la démocratie distincte de sa version républicaine – postulant le monopole des élus sur la formulation de l'intérêt général – et de sa version libérale – attachée à une conception cumulative de l'intérêt général, conçu comme l'addition des intérêts particuliers²².

L'élaboration des normes européennes régissant les lobbyistes révèle ainsi l'influence de plusieurs conceptions qui justifient l'accès au droit. Le modèle pluraliste de tradition anglo-saxonne oriente au niveau européen vers l'adoption d'une réglementation minimale qui est vouée à se renforcer au fil du temps. Il s'ajoute au modèle « habermassien » qui se trouve parmi les conceptions reflétant le mieux la spécificité européenne en la matière. Les deux principaux modèles dont s'inspire la réglementation européenne amènent celle-ci vers un élargissement de l'accès au droit au bénéfice des lobbyistes. Il y a, d'un côté, un renforcement de la légitimité à travers leur reconnaissance officielle (I) et, de l'autre côté, l'encadrement de l'accès à la prise de décision n'est qu'indirect (II). En effet, celui-ci est soit réalisé autrement que par les autorités publiques, soit les normes n'ont pas pour destinataires les lobbyistes en tant que tels, mais les personnes officielles avec lesquelles ils entrent en contact.

I – LA RECONNAISSANCE DE L'ACCÈS AU DROIT DES LOBBYISTES

L'Union européenne ne présente aujourd'hui pas de législation, en tant que telle, qui régit la pratique du lobbying, à l'exception du Parlement européen²³.

²⁰ Cf. notamment J. HABERMAS, *Droit et morale*, Paris, Seuil, 1997.

²¹ P. LADRIÈRE, « Espace public et démocratie. Weber, Arendt et Habermas », *Raisons pratiques, Pouvoir et Légitimité. Figures de l'espace public*, n° 3, 1992, pp. 40 et 41.

²² La philosophie politique d'Habermas est reprise par un nombre croissant d'auteurs qui argumentent dans ce sens. Cf. notamment : B. MANIN, « Volonté générale et délibération : esquisse d'une théorie générale de la délibération politique », *Le débat*, n° 33, 1995 ; J. BOHMAN, *Public Deliberation. Plurality, Complexity and Democracy*, Cambridge, The MIT Press, 1996 ; cf. aussi la critique adressée par L. M. SANDERS, « Against Deliberation », *Political Theory*, Vol. 25, n° 3, 1997, pp. 347-376.

²³ Il s'agit du règlement intérieur du Parlement européen qui prend en compte les groupes d'intérêts. Les textes mis en place au niveau de la Commission européenne sont dépourvus de valeur juridique obligatoire, puisqu'il s'agit de communications ou livre vert. Il existe aussi des textes ne régissant pas

Cependant, à l'instar du Parlement européen, la Commission a récemment mis en place un système d'enregistrement facultatif des représentants d'intérêts. Elle a également adopté un Code de conduite des représentants d'intérêts²⁴, qui institue des obligations de fournir des informations exactes au moment de l'inscription sur le registre. Ce Code de conduite s'ajoute à celui qui figure à l'annexe IX du règlement intérieur du Parlement européen²⁵. Avec les registres des représentants d'intérêts, l'Union européenne suit l'exemple des États-Unis, qui possèdent eux un système particulièrement contraignant d'enregistrement. Il s'agit du système du « *Lobbying Disclosure Act* » (*LDA*), renforcé par la réforme apportée par le « *Honest Leadership and Open Government Act* » (*HLOGA*) de 2007²⁶.

Il a été souligné qu'en réglementant le lobbying on aboutissait surtout à reconnaître sa place dans le cadre du processus décisionnel et, de là, à institutionnaliser l'accès au droit des lobbyistes (1). Les mesures européennes en faveur de l'accès au droit des lobbyistes renforcent cette reconnaissance (2).

1) *L'institutionnalisation de l'accès au droit des lobbyistes*

La prise en compte des lobbyistes à travers l'enregistrement contribue à consacrer leur accès au droit en tant qu'élément du processus décisionnel. À ce propos, le premier souci du *LDA* n'est pas tant le contrôle de la conformité des comportements que celui de déterminer dans quelles conditions une personne entre dans la catégorie des lobbyistes visés par le *LDA* (a) ainsi que la publicité assurée à travers l'enregistrement (b). Ces mêmes axes ont été retenus par le Parlement et la Commission européenne dans leurs efforts de réglementation du lobbying.

directement le lobbying qui sont également pertinents en la matière, dont certains ont une valeur juridique obligatoire.

²⁴ Le Code de conduite figure en annexe de la communication de la Commission – « Initiative européenne en matière de transparence », Cadre régissant les relations avec les représentants d'intérêts (registre et code de conduite), 27 mai 2008, COM(2008) 323 final, {SEC(2008) 1926}.

²⁵ 16^{ème} édition, mai 2008, *Journal officiel* L 44 du 15 février 2005.

²⁶ Le « *Honest Leadership and Open Government Act* », devenu le 14 septembre 2007 « *Public law 110-81* », contient des dispositions qui représentent les premières modifications significatives au *LDA* de 1995. Il contient aussi des modifications au « *Federal Election Campaign Act* » (*FECA*), aux règlements intérieurs du Sénat et de la Chambre des représentants, ainsi qu'à certains textes réglementaires relatifs aux membres du Sénat et de la Chambre des représentants.

a) La définition des lobbyistes

Il y a beaucoup de similarités entre le *LDA* et l'approche européenne à la suite de l'Initiative pour la transparence²⁷ en ce qui concerne la définition des lobbyistes. Il y a la tendance à retenir des définitions larges, le but étant dans les deux cas d'assurer autant de transparence que possible dans le processus décisionnel. Le système européen établit néanmoins une définition beaucoup moins précise²⁸, ce qui est dû notamment aux différences de développement des réglementations.

Dans les deux systèmes, la définition du lobbyiste est plutôt fonctionnelle que matérielle. En effet, personne n'est en soi un lobbyiste. Une personne devient lobbyiste et est sujet en tant que tel du *LDA* aussi longtemps qu'il remplit certains critères quantifiables et exerce des activités de lobbying. En droit européen, le lobbyiste est défini uniquement par la nature de ses activités. Il n'y a dès lors aucun agrément des autorités publiques qui soit nécessaire pour acquérir la qualité de lobbyiste, signe de la préférence pour le modèle pluraliste plutôt que celui corporatiste. Le droit américain, quant à lui, prévoit des exigences liées au lobbyiste lui-même, cependant ces exigences n'ont aucun lien avec sa représentativité par rapport aux intérêts qu'il défend²⁹.

En outre, la catégorie des lobbyistes visés tant par la législation américaine que par les textes européens inclut les lobbyistes internes ou *in-house* et les représentants externes qui travaillent au profit des clients ou *hired guns*. Nous retrouvons le souci de prendre en compte le maximum de lobbyistes, selon la conception pluraliste de l'accès au droit. En effet, cette conception se concentre sur la prévention des effets négatifs du lobbying. Cela suppose le droit du public d'accéder à l'information sur la manière dont est produite la norme, qui inclut la participation des lobbyistes.

²⁷ Discours de S. KALLAS, vice-président de la Commission européenne, « Lobbying : What Europe can learn from the US », American Chamber of Commerce EU Plenary meeting, Bruxelles, SPEECH/07/544 du 18 septembre 2007.

²⁸ C'était aussi le cas de la réglementation américaine sur le lobbying instituée en 1946. En effet, celle-ci a été largement considérée comme un échec puisqu'elle ne contenait pas de définitions suffisamment précises de ce qu'était le lobbying. Pour cette raison, la loi a été révisée en 1995 et à la suite du scandale de corruption Abramoff, les règles sont devenues encore plus sévères en 2007. Sur ce point, le droit européen peut donc encore apprendre de l'expérience américaine.

²⁹ Les critères sont les suivants (2 U. S. C. § 1602 (10)) :

- il s'agit d'un particulier ou d'un cabinet de conseil en lobbying ;
- il est employé ou utilisé par un client en échange d'une compensation financière ou autre ;
- il réalise au moins un contact qui relève de l'activité de lobbying ;
- les activités de lobbying représentent plus de 20 % de l'ensemble du temps consacré à un client.

Un autre élément allant dans le même sens figure dans le rapport Stubb définitif, qui comporte un ajout comparé au projet de rapport³⁰. On y fait expressément référence aux représentants d'intérêts publics, qui peuvent également être concernés par la réglementation sur le lobbying : « y compris des représentants d'intérêts, tant publics que privés, en dehors des institutions européennes ». Cependant, « les collectivités régionales et locales des États membres ainsi que les partis politiques national et européen (*sic.*) et les organes qui ont un statut juridique en vertu des traités ne sont pas soumis à ces règles lorsqu'ils agissent dans le respect du rôle et des tâches qui leur reviennent en vertu des traités ». Cette évolution est confirmée par la communication de la Commission de 2008, Initiative européenne en matière de transparence. Celle-ci précise que « sont également concernées les associations de pouvoirs publics ayant un statut juridique privé ou les structures mixtes (privé/public) auxquelles prennent part des autorités publiques »³¹. Cependant, une exception est retenue au profit des pouvoirs publics locaux, régionaux, nationaux et internationaux dans la mesure où ils n'excèdent pas le rôle qui leur a été conféré par les traités.

La réglementation américaine va plus loin dans ce sens. Le *LDA* a même été récemment révisé pour instituer l'obligation de mentionner l'éventuel caractère public du client. En effet, la section 5 du *LDA* impose de préciser si le client est un État, un gouvernement local ou un département, une agence ou toute autre entité contrôlée par un gouvernement étatique ou local. La logique américaine d'encadrement stricte du lobbying conduit en droit européen à ne pas exclure une entité de la catégorie des lobbyistes sur le simple fondement de sa nature de droit public. Le renforcement de la réglementation américaine sur ce point peut être interprétée comme le reflet d'une certaine méfiance de l'opinion envers les pouvoirs publics. Ceux-ci sont perçus comme étant étroitement liés avec les groupes d'intérêts³².

Nous pouvons relever aussi des différences d'approche entre les deux systèmes analysés. Le *LDA* vise seulement les lobbyistes professionnels, c'est-à-dire ceux qui sont rémunérés pour mener une activité de lobbying au bénéfice d'un client ou d'un employeur. Il ne cherche pas à réglementer le comportement des lobbyistes volontaires. De ce point de vue, la définition retenue au niveau du Parlement

³⁰ Projet de rapport sur la définition d'un cadre régissant les activités des groupes d'intérêts (lobbyistes) auprès des institutions de l'Union européenne (2007/2115(INI)), 12 février 2008, p. 4, point 8.

³¹ Communication de la Commission, « Initiative européenne en matière de transparence », Cadre régissant les relations avec les représentants d'intérêts (registre et code de conduite), 27 mai 2008, COM(2008) 323 final {SEC(2008) 1926}, p. 5, point 1.2.

³² On a pu faire référence à cette relation sous l'appellation de « *Iron Triangle* » – la relation triangulaire comprend les personnes officielles liées au pouvoir exécutif et législatif et les représentants d'intérêts.

européen est plus large. Dans son rapport de 2008, Alexander Stubb envisage tous les acteurs ayant des activités de lobbying, indépendamment de leur but lucratif ou non : « tous les acteurs, [...] qui répondent à cette définition et influencent fréquemment les institutions devraient être considérés comme des lobbyistes et traités de la même façon, qu'il s'agisse de lobbyistes professionnels, de représentants internes d'une entreprise, d'ONG, de groupes de réflexion, de groupements professionnels, de syndicats, d'organisations d'employeurs, d'organisations à but lucratif et à but non lucratif ou d'avocats, dès lors que ces derniers ont l'intention d'influer non pas sur le droit jurisprudentiel mais sur l'orientation d'une politique »³³.

Dans sa communication de 1992, « Un dialogue ouvert et structuré entre la Commission et les groupes d'intérêts », lorsque la Commission fait la distinction entre groupes à but lucratif et groupes sans but lucratif³⁴, c'est pour envisager l'établissement d'un « répertoire » des organisations sans but lucratif et seulement inciter les autres à élaborer leur propre « répertoire »³⁵. Sur ce point, nous pourrions déceler l'influence du modèle délibératif. Il permet d'envisager l'action des lobbyistes comme une forme de participation de la société civile à l'élaboration des normes, ce qui contribue à légitimer celles-ci. Dès lors, l'activité des lobbyistes volontaires est aussi appréhendée.

Dans les deux systèmes envisagés, nous avons pu noter que le lobbyiste est défini par rapport à l'activité de lobbying qu'il exerce. Au sein de l'Union européenne, la Commission entend par activités de «représentation d'intérêts» pour lesquelles un enregistrement est attendu les «activités qui visent à influencer sur l'élaboration des politiques et les processus décisionnels des institutions européennes»³⁶. Aux États-Unis, le *LDA* définit les activités de lobbying à partir de la notion de « contact en vue du lobbying ». Il s'agit en effet de tout contact en vue du lobbying ainsi que toute action destinée à faciliter le contact, telles la recherche, la planification et la préparation³⁷.

Le contact en vue du lobbying signifie toute communication écrite ou orale avec une personne officielle liée au pouvoir exécutif ou législatif et visée par le *LDA* au sujet de :

³³ Rapport sur le développement du cadre régissant les activités des représentants d'intérêts (lobbyistes) auprès des institutions de l'Union européenne (2007/2115(INI)), 2 avril 2008, p. 5, point 10.

³⁴ La Commission reconnaissait, en revanche, que la distinction est purement arbitraire et ne la retenait que pour des raisons fonctionnelles.

³⁵ Communication de la Commission, 2 décembre 1992, *JOCE* n° C du 5 mars 1993, p. 7.

³⁶ Livre vert « Initiative européenne pour la transparence », 3 mai 2006, COM(2006) 194 final, p. 5.

³⁷ 2 U. S. C. § 1602(7).

- l'adoption ou la modification d'une législation fédérale, d'une règle, d'un programme ou d'une politique publique ;
- l'administration ou l'exécution d'un programme fédéral ou politique ;
- la nomination ou la confirmation dans une position d'une personne, sujette à l'accord du Sénat³⁸.

Les deux définitions sont assez larges, leur étendue étant limitée par le biais d'une série d'exceptions. Dans le cadre du *LDA*, les exceptions à la règle y sont décrites dans le détail, de façon que la réglementation soit exhaustive à cet égard. En droit européen, en revanche, seulement les grandes catégories d'activités exclues sont mentionnées³⁹. La Commission encourage les groupes d'intérêts à y apporter eux-mêmes des précisions par le biais de l'autoréglementation. Dans les deux systèmes nous pouvons cependant remarquer la tendance à circonscrire les exceptions à la règle, de façon à couvrir le maximum d'activités d'influence des personnes officielles.

Dans le système américain comme en Europe, il y a un effort certain de rendre la catégorie des personnes officielles visées par la réglementation aussi étendue que possible, en vue de prévenir les risques de trafic d'influence. Aux États-Unis, on estime qu'il y a eu contact en vue du lobbying chaque fois qu'une communication est adressée aux personnes officielles liées au pouvoir exécutif⁴⁰ ou législatif visées par la réglementation. La première catégorie inclut les personnes liées au pouvoir exécutif, du Président et officiers en chef des forces armées jusqu'à tout fonctionnaire ayant une capacité d'influence politique de par la nature de son poste. La deuxième

³⁸ 2 U. S. C. § 1602(8) (A).

³⁹ Sont exclues de la définition les activités de conseil juridique ou autres conseils professionnels liés à l'exercice du droit à un procès équitable, les activités des partenaires sociaux (syndicats, associations patronales) tant qu'elles correspondent au rôle conféré par les traités, les activités répondant à la demande directe de la Commission ainsi que les activités des organisations de représentation d'intérêts d'élaboration de différents documents ou de formation (COM(2008) 323 final, préc., p. 3).

⁴⁰ Pendant longtemps, la réglementation ne concernait que le Congrès et négligeait donc de réguler le lobbying conduit auprès du pouvoir exécutif, des agences fédérales et des administrations. C'est pourquoi, le *LDA* du 19 décembre 1995 comble cette lacune en définissant l'activité de lobbying comme tout contact visant à influencer non seulement les membres du Congrès mais encore les fonctionnaires des deux chambres et les membres du pouvoir exécutif.

En Europe également, la régulation du lobbying ne concernait au début que le Parlement européen. Cela posait encore plus problème qu'aux États-Unis, car en Europe le pouvoir décisionnel du Parlement est beaucoup plus réduit. En effet, il n'exerce pas seul le pouvoir législatif, mais aux côtés de la Commission et du Conseil. De plus, le Parlement européen ne bénéficie pas de l'initiative des textes, alors que le Congrès a un pouvoir exclusif d'initiative législative. En effet, c'est la Commission qui a un pouvoir d'initiative exclusive dans le cadre des plus importants domaines européens de compétence, ceux du « premier pilier ». De ce fait, le lobbying a lieu dans l'Union européenne surtout auprès de la Commission, alors qu'aux États-Unis les activités de lobbying concernent tout particulièrement le Congrès.

catégorie inclut les membres du Congrès et leur personnel ainsi que les fonctionnaires du Congrès. Le Livre vert sur la transparence retient une formulation large des personnes officielles visées. Il fait référence aux institutions européennes en général, ce qui signifie qu'il inclut tant les membres de ces institutions que leur personnel.

Dans l'ensemble, la définition des lobbyistes est plus large et en même temps moins précise dans l'Union européenne par rapport aux États-Unis. Il y a là l'expression d'une volonté d'assurer aux lobbyistes un meilleur accès au droit. Le même souci européen d'élargir l'accès au droit des différents représentants d'intérêts peut être constaté au niveau de la procédure d'enregistrement.

b) L'enregistrement

Selon le *LDA*, aux États-Unis, l'enregistrement auprès du Congrès est obligatoire. L'obligation d'enregistrement apparaît à la date où le lobbyiste est employé ou requis de procéder à un contact de lobbying au bénéfice d'un client ou la date où un lobbyiste travaillant pour soi-même effectue un deuxième contact de lobbying. Dans les deux cas, l'enregistrement doit avoir lieu dans un délai de 45 jours.

En Europe, en revanche, les registres qui existent au niveau de la Commission et du Parlement sont facultatifs⁴¹. Le Parlement européen a mis en place un système d'accréditation pour toutes les personnes qui ont besoin d'avoir fréquemment accès aux locaux de cette institution (fréquence définie comme équivalant à cinq jours ou plus par an). Ce système permet l'accès physique aux locaux du Parlement. Des laissez-passer spéciaux d'une durée de validité d'un an sont délivrés par les questeurs⁴². Ces laissez-passer indiquent le nom du titulaire, et le nom de l'entreprise ou de l'organisation pour laquelle il travaille ou qu'il représente.

En ce qui concerne l'« exécutif », il faut d'abord préciser que le gouvernement fédéral américain s'appuie sur un effectif de fonctionnaires et un budget beaucoup plus importants que ceux de l'ensemble des institutions européennes. De ce fait, les autorités européennes sont plus dépendantes dans leur prise de décision des informations fournies par des sources extérieures. Plus précisément, des comités d'experts assistent la Commission dans la préparation de ses projets. Dans la composition de ces comités entrent aussi différents représentants d'intérêts.

⁴¹ Le registre des groupes d'experts de la Commission n'est pas facultatif et pourrait concerner des représentants d'intérêts. Cependant, il ne mentionne pas le nom des experts, la composition des groupes n'étant pas dévoilée.

⁴² Article 9, paragraphe 4, règlement intérieur du Parlement européen.

La Commission européenne a créé un registre des groupes d'experts afin de fournir une vue d'ensemble transparente⁴³ des organismes consultatifs qui l'assistent, elle et ses services, dans la préparation des propositions législatives et des initiatives politiques. Les grandes catégories suivantes d'entités sont toutefois exclues de l'encadrement et du registre : les experts indépendants chargés d'assister la Commission dans la mise en œuvre des programmes cadres de recherche et développement, les comités du dialogue social sectoriel et interprofessionnel, les comités « comitologie »⁴⁴ et les entités mixtes issues d'accords internationaux⁴⁵.

L'activité des groupes d'intérêts auprès de la Commission a été appréhendée, dans un premier temps, par le biais d'une base de données, le CONECCS⁴⁶, qui contenait des informations sur les organisations de la société civile européennes⁴⁷. Il faut noter que « l'enregistrement d'une organisation de la société civile n' [était] toutefois pas obligatoire ou encouragé mais il n' [était] pas non plus découragé »⁴⁸.

Ensuite, la Commission a lancé le 26 juin 2008 un registre facultatif⁴⁹ des représentants d'intérêts, tel que cela avait été envisagé dans sa communication sur le cadre régissant ses relations avec les représentants d'intérêts de 2008. Il s'agit d'un système incitant les lobbyistes à s'enregistrer, conformément à la proposition faite dans le Livre vert « Initiative européenne en matière de transparence » de 2006. Parmi les incitations figure un système d'alerte automatique avertissant les lobbyistes des consultations organisées sur les questions présentant un intérêt pour eux.

⁴³ D'autres mesures que la mise en place du registre permettent aussi d'assurer la transparence des groupes d'experts. Ainsi, pour les groupes formellement établis, les décisions de la Commission instituant le groupe, son règlement intérieur ainsi que, le cas échéant, l'appel à candidatures et la liste des experts désignés sont publiés sur le site Internet de la direction générale concernée et, le cas échéant, au *Journal officiel de l'Union européenne*. Des informations complémentaires sont disponibles sur les sites Internet des directions générales. Les services peuvent publier sur leur site tout document de synthèse, toute conclusion ou tout autre document de travail du groupe.

⁴⁴ Ces comités sont créés par le législateur pour assister la Commission dans les domaines dans lesquels elle exerce ses compétences d'exécution de la « législation ».

⁴⁵ Elles sont créées selon les modalités prévues par les accords internationaux et ont pour rôle de superviser la mise en œuvre de ceux-ci.

⁴⁶ CONECCS est l'abréviation de « *Consultation, the European Commission and Civil Society* », http://europa.eu.int/comm/civil_society/coneccs/index_de.htm.

⁴⁷ La base de données CONECCS a été supprimée en raison du lancement par la Commission au printemps 2008 du registre facultatif des représentants d'intérêts.

⁴⁸ Livre vert « Initiative européenne pour la transparence », préc., p. 7.

⁴⁹ La Commission prévoit d'examiner de nouveau la situation en 2009 afin de pouvoir apprécier si les objectifs fixés ont été atteints. Si ce n'est pas le cas, la Commission se réserve le droit d'élaborer un cadre plus strict, comportant par exemple un système obligatoire d'inscription et de déclaration des intérêts représentés.

Il a été signalé que cette incitation à un enregistrement volontaire était plutôt faible⁵⁰. Pour cette raison, la Commission envisage d'ajouter des incitations supplémentaires qui renforceraient la mise en œuvre de la politique actuelle de la Commission dans le domaine des consultations. Les « normes applicables aux consultations » engagées par la Commission prévoient que les parties intéressées désireuses de présenter des observations dans le cadre de consultations sur Internet doivent être disposées à fournir à la Commission ainsi qu'au public en général des informations sur leurs objectifs et leur structure. Selon la politique déclarée de la Commission en la matière, « si ces informations ne sont pas communiquées, les contributions seront considérées comme des contributions individuelles »⁵¹. Toujours en termes d'incitation à l'enregistrement, la Commission a annoncé qu'elle appliquera progressivement un modèle type pour présenter ses consultations publiques sur Internet avec un lien systématique établi entre les consultations et le registre. Cela « permettra aux entités non enregistrées de s'informer de la procédure d'enregistrement et d'éventuellement s'enregistrer lorsqu'elles répondent à une consultation »⁵². La Commission envisage aussi la possibilité d'inciter les ONG à s'inscrire au registre. À cette fin, le registre pourrait être utilisé comme outil de recensement des ONG habilitées à demander un réexamen interne de certains actes administratifs adoptés au titre du droit de l'environnement, conformément au règlement (CE) n° 1367/2006⁵³.

Les deux institutions européennes, le Parlement et la Commission, se sont posées la question s'il fallait rendre obligatoire le registre. À ce propos, le Parlement considère son registre comme étant suffisamment contraignant dans les faits. Il n'exclut cependant pas une éventuelle évolution, à la suite de l'évaluation du fonctionnement du registre de la Commission qui devrait intervenir après un an. La Commission, quant à elle, reconnaît que le système facultatif peut s'avérer insuffisant et dans le but de pallier ces insuffisances envisage de multiplier les incitations à s'inscrire au registre. En outre, elle estime qu'il est plus important d'obtenir autant d'informations que possible sur les lobbyistes dans le cadre d'un système facultatif plutôt que d'avoir recours à un système obligatoire. Son discours fait appel à l'idée de transparence en tant que but de la mise en place du système. Pour réaliser la

⁵⁰ Communication de la Commission – Suivi du livre vert « Initiative européenne en matière de transparence », 21 mars 2007, COM(2007) 127 final, p. 4 : « Dans le contexte du processus de consultation, il semble que la notification automatique des consultations organisées ne constituera pas une incitation suffisante en faveur d'un enregistrement, en particulier pour les groupes d'intérêts basés à Bruxelles qui suivent quotidiennement les activités de la Commission ».

⁵¹ COM(2002) 704 final, préc., p. 18.

⁵² COM(2008) 323 final, préc., p. 5. L'idée de recours à un modèle standard pour les consultations sur Internet apparaît tant dans la COM(2007) 127 final que dans la COM(2008) 323 final.

⁵³ COM(2007) 127 final, préc., p. 5.

transparence, la qualité de l'information obtenue semble plus importante que la quantité des lobbyistes qui procèdent à l'enregistrement.

En ayant recours à la notion de transparence, la Commission place le problème dans un contexte plus large d'amélioration de la réglementation, qui est l'un des principaux objectifs poursuivis par celle-ci⁵⁴. Étant donné ce questionnement sur le caractère obligatoire des registres ainsi que la réflexion sur les incitations qui peuvent favoriser l'inscription aux registres, il semble que les autorités européennes soient inclinées à suivre l'exemple des États-Unis et aboutir à instituer un enregistrement obligatoire. Nous retrouvons la même logique d'encadrement des lobbyistes dans deux phases différentes d'évolution de la réglementation.

Un autre débat relatif aux caractéristiques de l'enregistrement concerne l'unification des registres. De nombreuses contributions à la consultation qui a suivi l'Initiative européenne pour la transparence ont appelé de leurs vœux la création d'un registre à guichet unique. La Commission a invité le Parlement européen, le Comité des régions et le Comité économique et social européen à examiner la possibilité d'une coopération plus étroite dans ce domaine. Le Parlement européen a réagi favorablement à cette proposition dans le rapport Stubb d'avril 2008. Il a été souligné que tant le public que les représentants d'intérêts tireraient profit d'un guichet unique. Un groupe de travail commun, chargé d'étudier les implications d'un guichet unique a été envisagé. Par la suite, la Commission considère la possibilité de développer un tel système en impliquant aussi le Conseil de l'Union européenne.

Aux États-Unis, un lobbyiste doit procéder à l'enregistrement de façon séparée auprès de la Chambre des représentants et du Sénat et doit également effectuer des rapports réguliers auprès des deux institutions. Ce système a été critiqué car il augmente la complexité de la procédure déjà développée, les dispositions de la loi y relative étant particulièrement détaillées. Ceci d'autant plus que les modifications apportées par le *HLOGA* élargissent l'obligation d'enregistrement en retenant une définition plus compréhensive de la notion de lobbyiste⁵⁵.

Par rapport au modèle américain, le débat sur ce point au niveau européen révèle un souci de simplification de la procédure. La simplification apportée par la constitution du guichet unique est envisagée par les institutions européennes comme

⁵⁴ « Ce nouveau système renforcera non seulement la transparence générale mais contribuera aussi à la réalisation des objectifs d'amélioration de la réglementation poursuivis par la Commission » : COM(2007) 127 final, préc., p. 4.

⁵⁵ La complexité de la matière a rendu nécessaire la rédaction des lignes directrices du *LDA*, un document sans valeur juridique obligatoire, qui apporte des précisions sur les exigences en matière d'enregistrement et de production des rapports et qui prend en compte toutes les modifications apportées à cette loi. Ces lignes directrices ont été révisées pour la dernière fois le 16 juillet 2008.

une mesure au bénéfice de la société civile en général. On considère effectivement que les intérêts tant des lobbyistes que du public sont convergents car ensemble ils en tireraient profit. À cet égard, la réglementation européenne sur le lobbying se construit dans le contexte d'une réflexion sur l'espace public qui peut se révéler favorable aux lobbyistes.

L'enregistrement, conçu pour mieux appréhender l'activité des lobbyistes, aboutit à reconnaître leur rôle dans la prise de décision et à leur faciliter l'accès à celle-ci. L'espace juridique européen connaît de surcroît des mesures ouvertement destinées à consacrer l'accès au droit des lobbyistes.

2) *Les mesures en faveur de l'accès au droit des lobbyistes*

Les autorités européennes conçoivent l'accès au droit comme ayant trois volets étroitement liés : l'accès à l'information, l'accès au processus décisionnel et l'accès à la justice⁵⁶. Les mesures en faveur de l'accès au processus décisionnel et à l'information, bien qu'à la base d'essence pluraliste, font principalement apparaître les préoccupations spécifiques du droit communautaire en termes de légitimité (a). L'aménagement d'un accès à la justice dont les lobbyistes peuvent bénéficier démontre plus clairement l'influence américaine (b).

a) L'accès au processus décisionnel et à l'information

La réflexion menée par la Commission européenne sur la réglementation du lobbying a inscrit celui-ci depuis le début dans une perspective de participation de la société civile au processus décisionnel dans le but de combler le déficit démocratique dont il est censé souffrir⁵⁷. Il en résulte une approche plus favorable aux groupes d'intérêts, centrée sur l'idée d'espace public⁵⁸. Cette approche est confortée par la

⁵⁶ Ce constat peut être fait à partir de l'exemple concret de la mise en œuvre au niveau communautaire de la Convention d'Aarhus. Il s'agit de la convention de la Commission des Nations unies pour l'Europe sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. (Elle a été signée en 1998 et est entrée en vigueur le 30 octobre 2001. La décision 2005/370/CE approuve la convention d'Aarhus au nom de la Communauté. Le règlement (CE) n° 1367/2006 contient les dispositions nécessaires à l'application de la convention d'Aarhus aux institutions et organes de la Communauté européenne à partir du 28 juin 2007). La mise en œuvre comporte trois volets distincts : l'accès du public à l'information (directive 2003/4/CE), la participation du public au processus décisionnel (directive 2003/35/CE) et l'accès à la justice (proposition de directive [COM(2003)624]).

⁵⁷ Nous pouvons déceler des indices de l'approche différente que la Commission a pu avoir par rapport au Parlement européen dans sa préférence pour la terminologie « représentants d'intérêts »/ « groupes d'intérêts », alors que le Parlement a pu paraître moins frileux à utiliser le terme de « lobbyiste ».

⁵⁸ Tel qu'il est conçu dans le cadre de modèle délibératif ou « habermassien » déjà présenté (cf. le présent article, p. 4)

reconnaissance du droit fondamental d'association comme fondement de l'activité des groupes d'intérêts, ce qui constitue une expression de la conception pluraliste⁵⁹. À ce propos, la réglementation de l'influence des groupes d'intérêts intervient dans un contexte dans lequel la Commission encourage la participation politique d'une grande variété d'acteurs en vue de renforcer la légitimité de la prise de décision européenne.

Différents textes concernent la consultation⁶⁰ des personnes privées lors de la préparation des projets de la Commission. Tout comme dans le Livre blanc sur la gouvernance en 2001, la Commission a souligné sa volonté d'ouvrir le processus politique aux citoyens dans un Livre blanc sur une politique de communication européenne⁶¹. Peu avant, elle avait présenté son « Plan D pour la démocratie, le dialogue et la discussion »⁶².

D'autres concernent l'accès à l'information, nécessaire pour pouvoir exercer une influence sur le processus d'élaboration des normes⁶³. Il est particulièrement significatif que dans ces documents, au lieu de parler des « groupes d'intérêts », la Commission européenne se réfère à « la société civile organisée » et tente de renforcer les bases du contrôle démocratique dans l'Union européenne. L'action des groupes d'intérêts est perçue comme faisant partie de l'accès de la société civile à l'élaboration et la mise en œuvre du droit, organisé au niveau européen. Il y a là une légitimation de l'accès au droit des lobbyistes, qui ne va pas de soi étant donné l'importance des intérêts économiques représentés dans le cadre du lobbying. Cela constitue aussi une adaptation au contexte européen de la théorie délibérative mentionnée. En effet, celle-ci ne visait que le secteur non marchand de la société

⁵⁹ « Le rôle spécifique de ces organisations dans les démocraties modernes est étroitement lié au droit fondamental de tout citoyen de former des associations dans la poursuite d'objectifs communs, comme le souligne l'article 12 de la Charte européenne des droits fondamentaux » (COM(2002) 704 final, préc., p. 6).

⁶⁰ Selon la communication de la Commission « Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue – Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées », « le terme de “ consultation ” désigne le processus par lequel la Commission souhaite susciter la contribution de parties extérieures intéressées à l'élaboration de ses politiques avant toute prise de décision » (11 décembre 2002, COM(2002) 704 final, p. 15).

⁶¹ Commission européenne, « Gouvernance européenne – un livre blanc », COM(2001) 428 final, 25 juillet 2001 et Commission européenne, *Livre blanc sur une politique de communication européenne*, COM (2006) 35 final, 1 février 2006.

⁶² COM (2005) 494 final, 13 octobre 2005.

⁶³ Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission ; proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, 30 avril 2008, COM(2008) 229 final.

civile. Elle excluait de l'espace public le monde du travail, de la production et des échanges.

Selon le constat d'Habermas, « La légitimité de la légalité ne peut pas s'expliquer à partir d'une rationalité autonome, inhérente à la forme juridique et, pour ainsi dire, indépendante de la morale ». De plus, les normes permettant l'intégration sociale ne peuvent plus se fonder sur des caractéristiques naturelles ou historiques, telles que l'ethnie, la langue, la race ou les particularismes contingents d'une tradition ou d'une culture particulière. Cela est particulièrement valable dans le cadre du système européen. Dès lors, l'espace public répond à des critères éthiques qui contribuent à légitimer les normes juridiques : la reconnaissance réciproque des intervenants, la liberté égale d'expression et de critique, la participation effective de tous. Or, particulièrement au niveau de l'Union européenne, le lobbying risque de favoriser la sur-représentation des intérêts économiques et d'engendrer une sous-représentation des intérêts civiques et sociaux. Le système européen a pu essayer de redresser la balance en mettant en place des mesures de soutien au profit des représentants d'intérêts civiques. En ce sens, nous pouvons donner l'exemple du programme d'action communautaire pour la promotion des organisations actives au niveau européen dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes⁶⁴.

Tous ces éléments font que les représentants d'intérêts bénéficient encore d'une marge importante de manœuvre, la réglementation du lobbying n'étant que peu contraignante au niveau européen. Il semble qu'on puisse préférer, au moins pour le moment, un système volontaire, censé faciliter l'acceptation sociale des normes, plutôt qu'un système obligatoire dont il est difficile de contrôler la mise en œuvre⁶⁵.

Dans l'ensemble, il y a un effort évident d'encourager l'accès au droit de la société civile, qui, selon la Commission européenne, comprend tant les représentants d'intérêts économiques que les représentants d'intérêts civils ou sociaux⁶⁶. Cette

⁶⁴ Décision n° 848/2004/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, JO L 157 du 30 avril 2004.

⁶⁵ En ce sens, S. KALLAS, « Mr. Smith Goes to Brussels », *The Wall Street Journal*, 6 février 2006.

⁶⁶ La Commission fait référence à la « société civile organisée », tout en admettant que « des problèmes peuvent se poser en raison de l'absence de définition commune, voire juridique, de la notion de " société civile organisée ". Ce terme peut néanmoins servir à désigner l'ensemble des organisations regroupant les différents acteurs du marché du travail (organisations syndicales et patronales – c'est-à-dire les " partenaires sociaux "), les organisations représentatives des milieux socio-économiques, qui ne sont pas des partenaires sociaux au sens strict (par exemple les associations de consommateurs), les ONG (organisations non gouvernementales) qui réunissent des gens autour de causes communes, notamment les organisations de défense de l'environnement et des droits de l'homme, les organisations caritatives, les organisations dans le domaine de l'éducation et de la formation, etc., les organisations à base communautaire (c'est-à-dire les organisations issues de la base de la société et poursuivant des objectifs axés sur leurs membres), par exemple les mouvements de jeunesse, les associations familiales et toutes les

perspective concorde avec l'analyse faite au niveau du Comité économique et social⁶⁷. Dès lors, la réglementation du lobbying est également caractérisée par une logique d'accès au droit par des mesures visant à encourager la manifestation dans la sphère publique des représentants d'intérêts⁶⁸. À cette fin, la consultation fait partie des activités de toutes les institutions européennes tout au long du processus législatif – de la formulation des politiques à l'adoption définitive d'un acte par le législateur et à sa mise en oeuvre, en passant par la présentation des propositions de la Commission.

Cependant, l'accès au processus décisionnel n'est pas censé placer les représentants d'intérêts au même niveau de décision que les institutions européennes. Il ne s'agit pas d'instituer par l'intermédiaire des consultations une forme de démocratie directe⁶⁹. Comme l'indiquait le Parlement européen : « La consultation des milieux concernés [...] ne pourra toujours que compléter et non pas remplacer les procédures et décisions des institutions législatives et démocratiquement légitimées ; seuls le Conseil et le Parlement en tant que législateurs peuvent statuer dans la procédure législative »⁷⁰. La ligne de conduite des autorités européennes est de donner aux parties concernées la possibilité de s'exprimer mais non de participer de façon égalitaire au processus décisionnel⁷¹. Toutefois, l'influence des groupes d'intérêts ne doit pas être sous-estimée car ils représentent une autre forme de participation active des citoyens, en dehors des possibilités offertes par les partis politiques ou les élections.

Cette orientation dans la prise de décision européenne est conforme à la conception délibérative selon laquelle la société peut seulement, de façon indirecte, faire pression sur les actes et les décisions de l'État. En effet, dans sa version délibérative, la démocratie ne se conçoit pas comme une démocratie directe, les institutions représentatives conservant leur rôle. La communication avec les groupes

organisations par lesquelles les citoyens participent à la vie locale, ainsi que les communautés religieuses » (COM(2002) 704 final, préc., p. 6).

⁶⁷ Avis du Comité économique et social sur « Le rôle et la contribution de la société civile organisée dans la construction européenne », JO C 329 du 17 novembre 1999, p. 30.

⁶⁸ Pour une analyse récente en ce sens, cf. : D. COEN, « Empirical and theoretical studies in EU lobbying », *Journal of European Public Policy*, n° 14, 2007, pp. 333-345.

⁶⁹ Selon les dires de la Commission elle-même, « l'engagement de larges consultations n'est pas incompatible avec la notion de démocratie représentative » (COM(2002) 704 final, préc., p. 5).

⁷⁰ Résolution du Parlement européen sur le Livre blanc de la Commission intitulé « Gouvernance européenne », 15 novembre 2001, rapport Kaufmann, point 11 b).

⁷¹ Nous employons l'expression « participation au processus décisionnel » telle qu'elle apparaît dans les textes européennes, comme ceux transposant la Convention d'Aarhus, par exemple. Il ne s'agit, en effet, pas d'une participation égalitaire, telle que le sens premier du mot pourrait nous le faire penser, mais plus d'un accès au processus décisionnel.

d'intérêts qui se déroule dans l'espace public apparaît comme un moment significatif, à la source de la légitimité politique, sans occulter mais en renforçant la légitimité des institutions représentatives du peuple.

Les groupes d'intérêts doivent, en outre, bénéficier d'un égal accès au processus décisionnel, dans l'optique du modèle délibératif. En ce sens, la Commission a notamment souligné qu'elle entendait « réduire les risques de voir les décideurs se contenter de tenir compte d'un seul aspect de la question ou de voir certains groupes jouir d'un accès privilégié »⁷².

En dehors de l'accès au processus décisionnel à travers la procédure des consultations, l'Union européenne a récemment mis en place une autre forme d'accès au droit, celle-ci largement inspirée du droit des États-Unis. Il s'agit de l'accès à la justice par le moyen des actions de groupe ou collectives, mieux connues sous la dénomination anglo-saxonne de *class actions*.

b) L'accès à la justice

Aux États-Unis, est aussi réglementée une forme de lobbying qui s'exerce auprès du pouvoir judiciaire. La tactique adoptée pour exercer une influence sur les instances judiciaires est celle des « *class action suits* » : il s'agit d'actions introduites en justice en vue de faire jurisprudence. Elles sont souvent menées par des associations de défense des droits civils. « Une « *class action* » est un instrument de la procédure civile américaine, qui permet à une ou plusieurs personnes, d'engager des poursuites civiles au nom de l'ensemble du groupe si certaines conditions sont définies. En particulier, il faut que les questions de droit ou de fait communes à tous les membres du groupe soient trop nombreuses pour qu'une jonction des instances soit possible »⁷³. Ces actions renvoient au modèle pluraliste de société civile, caractérisé par la libre concurrence des intérêts individuels, dans le respect des libertés publiques, d'association et d'expression.

La Commission européenne propose de créer un mécanisme d'actions collectives qui s'inspire du système américain dans le domaine du droit de la concurrence. Plus précisément, les actions concernent l'obtention des dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, ce qui fait l'objet d'un récent livre blanc. L'objectif principal de ce texte n'est pas d'assurer une réparation intégrale, mais celui d'assurer un meilleur accès à la justice pour les victimes de telles infractions. En effet, il faut s'assurer que

⁷² Livre blanc sur la gouvernance européenne, préc., p. 20.

⁷³ Rapport d'information de l'Assemblée nationale sur le livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, présenté par M. LAFFINEUR, n° 3200 du 28 juin 2006, p. 47.

« toutes les victimes d'infractions au droit communautaire de la concurrence ont accès à des mécanismes de réparation efficaces leur permettant d'être totalement indemnisées pour les dommages qu'elles ont subis »⁷⁴. Sont particulièrement visés « les consommateurs individuels, mais aussi les petites entreprises, en particulier celles qui ont subi de manière sporadique des dommages de faible valeur » qui « sont souvent dissuadés d'engager des actions individuelles en dommages et intérêts en raison des coûts, des délais, des incertitudes, des risques et des contraintes que cela suppose »⁷⁵. La procédure favorise l'accès à la justice en incitant les individus, dont le préjudice est trop modeste pour qu'ils supportent les frais de justice, à se regrouper. Elle permet d'étendre la sphère des intérêts qui peuvent se manifester pour tenter d'influencer les politiques publiques.

Il ne s'agit cependant pas d'« importer » le système américain, mais de l'adapter de façon à corriger certaines difficultés soulevées par ce système⁷⁶. En effet, on a pu reprocher au système américain de reposer sur le régime de l'*opt out*, c'est-à-dire que toutes les personnes entrant dans la définition du groupe – sauf à s'en exclure expressément – font partie de ce dernier et sont liées par les décisions qui seront prises sur les requêtes, ce que certains plaignants ignorent même. Les avocats sont accusés d'être très largement responsables des dérives résultant de l'instrumentalisation des *class actions*. Car, ils n'hésitent pas à susciter l'introduction d'une *class action* en démarchant les victimes. À cet égard, il est reproché aux avocats des plaignants d'utiliser les *class actions* pour l'enrichissement personnel⁷⁷.

La Commission envisage deux mécanismes complémentaires de recours collectif. Le mécanisme principal suppose des actions intentées par des « entités qualifiées »⁷⁸ au nom de victimes identifiées ou, dans des cas restreints, identifiables. Ces entités sont soit désignées à l'avance, soit habilitées au cas par cas par un État membre. Dans le cadre du mécanisme complémentaire, les actions collectives sont assorties d'une option de participation explicite, dans lesquelles les victimes décident expressément de mettre en commun leurs demandes d'indemnisation individuelles.

⁷⁴ Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, 2 avril 2008, COM(2008) 165 final, p. 3.

⁷⁵ Livre blanc préc., p. 4.

⁷⁶ Le rapport de l'Assemblée nationale précité fait référence à « la crainte que l'Europe ne soit, elle aussi, confrontée aux mêmes difficultés que les États-Unis, compte tenu du souhait de la Commission d'importer certains éléments du système américain » (p. 9).

⁷⁷ Des abus existent à l'évidence, au point que la réforme intervenue en février 2005 – par la *Class Action Fairness Act* (loi sur la loyauté des *class actions*) – a eu pour objet de prévoir une déclaration des droits du consommateur.

⁷⁸ Les entités qualifiées peuvent être des associations de consommateurs, des organismes publics ou des organisations professionnelles, ainsi qu'il est précisé dans le Livre blanc précité.

À la différence du système américain, les recours collectifs sont plus étroitement encadrés. Le premier mécanisme requiert l'approbation d'une autorité publique et le deuxième requiert le consentement exprès de chaque victime. Nous pouvons cependant remarquer la préférence pour le premier mécanisme dans le cadre duquel une approbation générale, portant sur l'entité qualifiée, et non sur le recours en tant que tel, peut suffire. Le lobbying des associations de protection des droits civils est ainsi encouragé puisque susceptible de participer à l'efficacité de la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence⁷⁹.

Face aux craintes suscitées au niveau européen par le rapprochement du modèle américain, la Commission tente de justifier son action en mettant l'accent sur l'originalité du système européen. Elle fait référence à « des mesures équilibrées enracinées dans la culture et les traditions juridiques européennes ». À cet égard, la spécificité européenne se manifeste dans l'objectif de « préserver la fermeté de l'application des articles 81 et 82 dans la sphère publique par la Commission et les autorités de concurrence des États membres ». Il est précisé que les mesures proposées par le livre blanc « visent à mettre en place un système efficace de mise en œuvre des règles par la sphère privée s'appuyant sur les actions en dommages et intérêts qui complète, sans la remplacer ni la compromettre, l'action des pouvoirs publics dans ce domaine ».

Tous ces éléments favorables à l'accès au droit des lobbyistes nous permettent d'observer que l'encadrement de celui-ci ne constitue pas la préoccupation première du droit européen. S'il est néanmoins présent, il faut remarquer qu'il ne restreint qu'indirectement l'accès au droit.

II – L'ENCADREMENT INDIRECT DE L'ACCÈS AU DROIT DES LOBBYISTES

L'accès du public aux informations qui concernent les lobbyistes est l'un des moyens employés tant par le système américain que par celui européen pour exercer un contrôle sur leur activité. La divulgation des intérêts financiers constitue l'une des plus importantes voies d'accès à l'information. Cette divulgation est réalisée principalement par la consultation du registre des représentants d'intérêts. L'accès à l'information par le biais de l'enregistrement est censé assurer un contrôle indirect de l'activité des lobbyistes (1). Les dispositions régissant la conduite des personnes officielles dans leurs rapports avec les groupes d'intérêts ont également pour but d'endiguer indirectement l'action des lobbyistes (2).

⁷⁹ La Commission rappelle dans le Livre blanc précité qu'« une amélioration des conditions de réparation des victimes produirait donc aussi, intrinsèquement, des effets bénéfiques du point de vue de la dissuasion d'infractions futures, ainsi qu'un plus grand respect des règles de concurrence communautaires » (p. 3).

1) L'encadrement par l'accès à l'information

Pour ce qui est des données à fournir lors de l'enregistrement ou ultérieurement, les exigences du système américain sont bien évidemment plus importantes que celles existantes au niveau européen. Cependant, le volet le plus important des informations qui doivent être divulguées, le volet financier, est abordé de manière très similaire par les deux systèmes. La Commission insiste sur la nécessité d'augmenter la quantité des données à fournir par les lobbyistes⁸⁰. Les informations qui doivent figurer dans le registre de la Commission concernent les personnes que les lobbyistes représentent, la mission des lobbyistes et leur mode de financement. En revanche, le registre des groupes d'experts⁸¹ classe les participants en grandes catégories (scientifiques, académiques, professions, industries, ONG...) mais ne contient aucune information sur les experts eux-mêmes. Les informations contenues dans le registre du Parlement européen sont beaucoup plus succinctes. Il s'agit simplement d'une liste alphabétique qui indique seulement le nom des titulaires du laissez-passer et des organisations qu'ils représentent. Cette liste ne précise pas les intérêts qu'ils défendent⁸².

Le *LDA* requiert également ce type de données et exige en plus le nom de chaque employé du lobbyiste ainsi que l'éventuelle mention si les employés ont fait partie dans les vingt dernières années des membres du pouvoir exécutif visés par le *LDA*. Cette mention est introduite par la réforme intervenue en 2007. Elle peut être comprise comme reflétant, de nouveau, une certaine méfiance à l'égard du gouvernement et de ses relations avec le lobbying, perçues comme une possible menace pour le pluralisme américain. Le *LDA* prévoit aussi l'obligation pour chaque personne enregistrée de fournir périodiquement des rapports d'activité, ce qui n'est pas le cas dans le système européen.

Les personnes ayant procédé à l'enregistrement doivent produire deux types de rapports. Premièrement, un rapport doit être envoyé dans les vingt jours après le dernier jour de chaque trimestre. Celui-ci contient des mises à jour des informations données à l'enregistrement ainsi qu'une divulgation des intérêts financiers⁸³. Deuxièmement, un autre rapport doit être envoyé dans les trente jours après le premier jour de janvier et le premier jour de juillet, il s'agit donc d'un rapport semi

⁸⁰ Aux États-Unis, comme dans l'Union européenne, toutes les données de ces registres sont accessibles au public sur internet.

⁸¹ Ce registre énumère les groupes tant formels qu'informels et donne des informations clés concernant ces groupes, telles que le service responsable de la Commission, la mission du groupe et la catégorie des participants.

⁸² Livre vert « Initiative européenne pour la transparence », préc., p. 8.

⁸³ 2 U. S. C. § 1604 (a).

annuel. Celui a été introduit par le *HLOGA* et contient une divulgation des contributions du lobbyiste aux campagnes électorales⁸⁴.

La divulgation des intérêts financiers dans le cadre du premier type de rapport comprend une estimation, sous la forme d'une déclaration sur l'honneur faite par le lobbyiste. Pour un cabinet de conseil en lobbying, il s'agit du montant total des revenus liés aux activités au bénéfice d'un client. Dans le cas d'un lobbyiste travaillant à son propre compte, il s'agit du montant total des dépenses du lobbyiste et de ses employés.

Dans l'Europe communautaire, la divulgation des intérêts financiers a lieu au moment de l'inscription au registre : « La Commission juge nécessaire de demander aux candidats à l'enregistrement de déclarer les données budgétaires utiles concernant leurs principaux clients et/ou leurs sources de financement, et leur ventilation »⁸⁵. Cependant, l'estimation des intérêts financiers a lieu conformément à un système d'autorégulation, de manière similaire au droit américain. En effet, « il incombe aux candidats à l'inscription dans le registre de calculer de façon exacte et objective le financement qu'ils reçoivent de différentes sources et de le divulguer »⁸⁶. Sur cette base, la Commission applique des critères minimums également similaires pour apprécier si les informations fournies sont suffisantes⁸⁷.

À la différence de l'Union européenne, les États-Unis n'envisagent cependant pas les groupes d'intérêts sans but lucratif, il n'y a donc pas de règles particulières qui les concernent. Qui plus est, selon le *LDA*, un lobbyiste est dispensé d'enregistrement si les revenus produits par les activités de lobbying ne se situent en dessous d'un certain montant⁸⁸. Aussi, le rapport, de même que l'enregistrement, envisage

⁸⁴ 2 U. S. C. § 1604 (d).

⁸⁵ COM(2007) 127 final, préc., p. 5.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ COM(2007) 127 final, préc., p. 5 : « – pour les cabinets de consultants spécialisés et les cabinets d'avocats exerçant des activités de lobbying auprès des institutions européennes, le chiffre d'affaires tiré de ces activités ainsi que la part relative de chaque client dans ce chiffre d'affaires devront être déclarés ;

– pour les “ représentants internes ” et les groupements professionnels s'occupant de lobbying, une estimation des coûts liés aux activités directes de lobbying auprès des institutions européennes devra être fournie ;

– pour les ONG et les groupes de réflexion, le budget global et sa ventilation entre les principales sources de financement (financements publics et ses sources, donations, cotisations, etc.) devront être déclarés ».

⁸⁸ Ainsi, un cabinet de conseil en lobbying est dispensé d'enregistrement pour un client en particulier si ses revenus pour des activités de lobbying au profit de ce client ne dépassent pas 2500 dollars pendant la période de 3 mois envisagée. Une organisation employant des représentants internes, quant à elle, est dispensée d'enregistrement si ses dépenses de lobbying ne dépassent pas 10000 dollars pendant la période de 3 mois envisagée (2 U. S. C. § 1603 (a) (3) (i)-(ii)). Ce sont les seuils maxima tels qu'ils ont été réduits par le *HLOGA*. Les modifications sont entrées en vigueur le 1 janvier 2008.

d'abord le client et non l'ensemble de l'activité du lobbyiste. En effet, conformément à la législation américaine, les lobbyistes doivent effectuer un enregistrement différent pour chaque client. Ils doivent également remplir pour chaque client leur obligation de fournir des rapports. Par conséquent, un lobbyiste ne fait pas l'objet de l'enregistrement à moins qu'il ne travaille pour lui-même. Dans ce cas, il est traité de la même manière qu'un cabinet de conseil en lobbying. Les organisations qui emploient des représentants internes pour des activités de lobbying procèdent à un seul enregistrement.

Nous pouvons en déduire que la législation américaine est centrée sur le souci de révéler les intérêts représentés par les lobbyistes, alors que les autorités européennes portent leur attention plutôt sur les lobbyistes en tant que tels et la traduction financière de leur implication dans le processus décisionnel. Cela signifie que la première approche est plus orientée vers la prévention des éventuels abus causés par des intérêts occultes, pendant que la deuxième s'intéresse plutôt à la participation effective à la prise de décision.

Le deuxième type de rapport prévu par la législation américaine n'a pas d'équivalent au niveau européen puisqu'il n'y a pas dans l'Union européenne de règle relative au financement des campagnes politiques. Une raison peut être trouvée dans le fait que l'importance des sommes dépensées en vue des élections constitue l'une des spécificités du modèle politique américain. L'élection des parlementaires américains peut souvent être assurée s'ils disposent de moyens financiers supérieurs à leurs concurrents. C'est pourquoi des groupes d'intérêts soutiennent financièrement les candidats par le biais des *Political Action Committees (PACs)*. Par ailleurs, le Parlement européen ne bénéficie certainement pas des mêmes pouvoirs que le Congrès américain.

Au niveau de l'Union européenne a aussi été mise en place une mesure qui peut contribuer indirectement à rendre publique l'identité des représentants d'intérêts et leurs intérêts financiers. Il s'agit de la divulgation de l'identité des bénéficiaires des fonds communautaires.

Selon la Commission, « le terme “ bénéficiaire ” renvoie à des entités très différentes : cela peut aller des agriculteurs ou pêcheurs, etc., aux ONG, aux organismes de formation ou aux ministères nationaux, qui engagent ou exécutent certaines actions »⁸⁹. La notion peut ainsi inclure les représentants d'intérêts. La réglementation y afférente est donc censée permettre de mesurer, au moins en partie, le succès de l'activité de lobbying⁹⁰. Cela concerne plus précisément les

⁸⁹ Livre vert « Initiative européenne pour la transparence », préc., p. 13.

⁹⁰ Les dispositions sont contenues dans le règlement (CE, Euratom) n° 1995/2006 qui modifie le règlement financier (CE, Euratom) n° 1605/2002 ; dans le règlement (CE) n° 498/2007 de la Commission du 26 mars 2007 portant modalités d'exécution du règlement (CE) n° 1198/2006 du Conseil relatif au Fonds

informations sur les bénéficiaires de fonds communautaires dépensés dans le cadre de la gestion partagée avec les États membres⁹¹.

Une autre mesure européenne qui peut aboutir à la divulgation des intérêts représentés par les lobbyistes a été insérée dans le rapport Stubb du Parlement européen de 2008. Il s'agit de la possibilité pour un rapporteur d'utiliser une « empreinte législative », « c'est-à-dire une liste indicative (jointe à chaque rapport), des représentants d'intérêts accrédités qui ont été consultés et ont eu un rôle important durant la préparation du rapport ». Le rapport encourage la Commission à utiliser cette « empreinte législative » pour ses propres initiatives législatives⁹². À cet égard, aux États-Unis, chaque proposition de loi qui contient une demande de financement doit préciser non seulement le nom des bénéficiaires, mais aussi le nom des membres du Congrès qui ont introduit la demande⁹³. L'accent est mis ici sur ceux auprès desquels des actions de lobbying ont pu être menées. L'utilisation de l'« empreinte législative » au niveau du Parlement européen exprime une préoccupation plus large que le simple encadrement du lobbying et va dès lors au-delà de l'objectif de la législation américaine, qui se concentre sur les divulgations liées au financement. Cela d'autant plus qu'il s'agit d'une mesure facultative, laissée à la discrétion des rapporteurs.

Nous pouvons constater que l'un des aspects de l'accès au droit, l'accès à l'information, est utilisé pour en contrôler un autre, l'accès au processus décisionnel. Cependant, ce contrôle par le simple accès du public à l'information est considéré comme étant insuffisant et, de ce fait, complété par des règles relatives à la conduite du lobbying.

européen pour la pêche ; dans le règlement (CE) n° 1828/2006 de la Commission du 8 décembre 2006, qui établit les modalités d'exécution du règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil qui porte dispositions générales sur le Fonds européen de développement régional, le Fonds social européen et le Fonds de cohésion ; dans le règlement (CE) n° 259/2008 de la Commission du 18 mars 2008 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 1290/2005 du Conseil en ce qui concerne la publication des informations relatives aux bénéficiaires de fonds en provenance du Fonds européen agricole de garantie (FEAGA) et du Fonds européen agricole pour le développement rural (FEADER).

⁹¹ La « gestion partagée » implique que l'essentiel des fonds budgétaires communautaires n'est pas dépensé de façon centrale et directe par la Commission mais en partenariat avec les États membres.

⁹² Rapport préc., p. 4.

⁹³ Les dispositions du règlement intérieur du Sénat là-dessus ont été alignées sur celles du règlement intérieur de la Chambre des représentants par le *HLOGA*. Cependant, la demande de financement est désignée par le règlement de la Chambre des représentants sous le terme de « *earmark* », alors que le règlement du Sénat préfère le terme de « *congressionally directed spending item* ».

2) L'encadrement par les règles de conduite

Au niveau européen, les règles de conduite concernent surtout les personnes officielles dans leurs relations avec les représentants d'intérêts. De ce fait, l'encadrement de l'accès au droit des lobbyistes n'est qu'indirect. Aux États-Unis, en revanche, l'emprise de la réglementation en la matière a récemment été étendue pour viser directement le comportement des lobbyistes.

Les dispositions relatives au comportement des lobbyistes ne concernent pas seulement les personnes détenant une fonction officielle (a), le champ d'application de la réglementation peut également être étendu aux personnes ayant quitté leurs fonctions (b).

a) Règles relatives au lobbying auprès des personnes détenant une fonction officielle

La législation des États-Unis impose aux lobbyistes des obligations de conduite de leurs activités, dont le caractère contraignant a été renforcé par les règlements intérieurs de la Chambre des représentants et du Sénat et par le *HLOGA*. Il s'agit principalement d'interdictions d'offrir des cadeaux et de prendre en charge des frais de voyage, d'une part, et des dispositions concernant l'exercice d'activités de lobbying après avoir détenu une fonction officielle au niveau du pouvoir exécutif ou législatif, d'autre part.

L'Union européenne présente également des dispositions à ce sujet. En revanche, le Code de conduite récemment élaboré par la Commission n'a pas un caractère obligatoire. En effet, d'une part, l'enregistrement est facultatif. D'autre part, même s'ils optent pour l'enregistrement, les lobbyistes peuvent choisir l'autoréglementation sous la forme d'un code professionnel, tant que le code alternatif choisi contient des règles comparables. Cette exigence peut faire l'objet d'une vérification par la Commission⁹⁴. Une fois que le choix est fait, cependant, les dispositions du code s'imposent au lobbyistes. Les dispositions du code, de nature assez générale, sont précisées par renvoi aux articles 213 et 287 du traité établissant la Communauté européenne, au code de conduite des commissaires et au statut des fonctionnaires ainsi qu'au code de bonne conduite administrative.

La nécessité de règles encadrant la conduite des lobbyistes est apparue dans l'Union européenne de la même manière qu'aux États-Unis, à la suite des débats sur

⁹⁴ COM(2008) 323 final, préc., 2. Code de conduite : « Si elles déclarent qu'elles souscrivent à un code professionnel disposant de règles comparables, les entités enregistrées doivent accepter de transmettre ce code à la Commission si celle-ci le demande ».

l'influence excessive des groupes d'intérêts financiers dans le cadre du Parlement⁹⁵. Dès lors, un certain nombre de dispositions réglementent de façon négative le comportement des lobbyistes en instituant des interdictions. L'objectif est d'éviter que des intérêts économiques trop puissants empêchent la manifestation de tout autre type d'intérêts et menacent la démocratie.

Aux États-Unis, les règles concernent essentiellement l'interdiction de recevoir des cadeaux et d'obtenir le remboursement des frais de voyage. Le règlement intérieur du Sénat a été modifié pour être mis en conformité avec le règlement de la Chambre des représentants à ce sujet. Selon les règlements intérieurs de la Chambre des représentants et du Sénat, les membres du Congrès et leur personnel ne peuvent accepter aucun cadeau en provenance des sources extérieures, privées, à moins que cela ne soit expressément autorisé par ces règlements. À la suite de la réforme apportée par le *HLOGA*, la plupart des exceptions ne concernent que les sources extérieures autres que les lobbyistes. Les règlements intérieurs interdisent actuellement d'accepter la plupart des cadeaux offerts par des lobbyistes. Concrètement, les personnes ayant une fonction officielle ne peuvent plus recevoir un cadeau en valeur de moins de 50 dollars de la part des lobbyistes ni plusieurs cadeaux de moins de 100 dollars pendant une durée d'un an, l'exception n'étant maintenue que pour les cadeaux en provenance d'autres sources extérieures que des lobbyistes.

Pour les membres de la Commission européenne, l'article 213 du Traité instituant la Communauté européenne mentionne leur obligation d'exercer leurs fonctions « en pleine indépendance, dans l'intérêt général de la Communauté ». En effet, « dans l'accomplissement de leurs devoirs, ils ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucun organisme ». À cette fin, ils doivent « faire preuve d'honnêteté et de délicatesse quant à l'acceptation de certains avantages ».

Le Code de conduite des commissaires européens⁹⁶ apporte des précisions quant à l'étendue de l'obligation. Conformément à ce code, les membres de la Commission n'ont pas le droit d'accepter un cadeau d'une valeur supérieure à 150 euros. Lorsqu'ils reçoivent, en vertu des usages diplomatiques, des cadeaux dont la valeur dépasse ce montant, ils doivent les remettre au service du Protocole de la

⁹⁵ Sur l'historique de l'émergence de la réglementation du lobbying au niveau du Parlement européen, cf. : European Parliament, Directorate General for Research, Working Paper, *Lobbying in the European Union : current rules and practices*, Constitutional Affairs Series, AFCE 104 EN, avril 2003, pp. 36-38.

⁹⁶ Code de conduite des commissaires, SEC(2004) 1487/2, 24 novembre 2004, p. 5.

Commission⁹⁷. À cet effet, le service du Protocole de la Commission tient un registre public des cadeaux d'une valeur supérieure à 150 euros. Il y a là aussi une limitation du montant des cadeaux que les commissaires peuvent recevoir. Ce montant est toutefois plus élevé que celui prévu en droit américain pour ce qui est des membres du Congrès. De ce point de vue, la réglementation européenne semble suivre celle américaine en utilisant la même méthode d'encadrement du lobbying, tout en se situant à un stade différent de développement.

La question du remboursement des frais de voyage au bénéfice des personnes officielles liées au Congrès fait partie des dispositions modifiées par la récente réforme de la législation américaine. Ces dispositions prévoient des interdictions à l'égard non seulement des lobbyistes, mais aussi des organisations qui emploient des lobbyistes. Les exceptions à cette règle sont étroitement encadrées et supposent en toute circonstance l'approbation préalable du comité d'éthique. En outre, les frais de voyage ne peuvent être remboursés si le voyage est organisé par un lobbyiste ou à sa demande ou si un lobbyiste accompagne la personne exerçant une fonction officielle.

La même méthode d'encadrement du lobbying, qui passe par l'approbation de l'autorité publique compétente, se retrouve dans le Statut des fonctionnaires européens⁹⁸. Celui-ci précise, en effet, que le fonctionnaire « ne peut accepter d'un gouvernement ni d'aucune source extérieure à l'institution à laquelle il appartient, sans autorisation de l'autorité investie du pouvoir de nomination, une distinction honorifique, une décoration, une faveur, un don, une rémunération, de quelque nature qu'ils soient, sauf pour services rendus soit avant sa nomination, soit au cours d'un congé spécial pour service militaire ou national, et au titre de tels services »⁹⁹. Les lobbyistes ne sont pas les seuls visés car le Statut envisage toute source extérieure d'influence. La règle est plus stricte que celle régissant les commissaires européens. La limitation du montant ne joue plus, tout avantage est interdit, pas seulement les cadeaux, quelle qu'en soit la valeur, à moins de bénéficier de l'autorisation de l'autorité compétente. Pour ce qui est de toute remise de décoration, de prix ou de distinction honorifique, les membres de la Commission ne doivent pas obtenir

⁹⁷ En cas de doute sur la valeur d'un cadeau, une évaluation doit être réalisée sous l'autorité du directeur de l'Office pour les infrastructures et la logistique à Bruxelles, auquel il revient de prendre la décision définitive sur cette question.

⁹⁸ Le statut des fonctionnaires des Communautés européennes et le régime applicable aux autres agents de ces Communautés – Règlement (Euratom, CECA, CEE) n° 2278/69 (JO L 289 du 17 novembre 1969, p. 1) – applicables à compter du 5 mars 1968, tels qu'ils sont fixés par les articles 2 et 3 du règlement (CEE, Euratom, CECA) n° 259/68 du Conseil du 29 février 1968 (*Journal officiel des Communautés européennes* n° L 56 du 4 mars 1968).

⁹⁹ Article 11, tel qu'issu du Règlement (CE, Euratom) n° 723/2004 du 22 mars 2004 modifiant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents des Communautés.

d'approbation, mais ils ont seulement l'obligation d'informer le Président de la Commission.

Dans le cadre de l'Union européenne, il y a aussi des règles de conduite plus générales qui visent le personnel, autre que les commissaires et les fonctionnaires ou autres agents¹⁰⁰. Ces règles imposent au personnel d'agir « en toutes circonstances de manière objective et impartiale, dans l'intérêt de la Communauté et du bien public. Son action s'effectue en toute indépendance dans le cadre d'une politique déterminée par la Commission et sa conduite n'est en aucun cas guidée par des intérêts personnels ou nationaux, ni par des pressions politiques »¹⁰¹.

Par ailleurs, en droit américain, une autre modification introduite par le *HLOGA* prévoit que non seulement les personnes officielles n'ont pas le droit d'accepter les cadeaux ou la prise en charge des frais de voyage, mais aussi qu'il est interdit aux lobbyistes d'offrir des cadeaux dont ils savent que les personnes officielles n'ont pas le droit de les accepter¹⁰². Étant donné l'existence des exceptions aux règles relatives aux cadeaux et la prise en charge des frais de voyage et des possibilités d'interprétation de ce qui rentre ou pas dans la définition de « cadeau » ou « frais de voyage », les comités d'éthique du Sénat et de la Chambre des représentants auront la tâche de déterminer s'il y a eu violation de la règle¹⁰³. Cela soulève des difficultés par rapport à l'accès à la justice, car des organes devant lesquels les lobbyistes n'ont pas le droit d'être représentés devront décider s'ils ont enfreint les règles.

En Europe, la Commission a également mis en place des règles à ce sujet. Selon le Code de conduite relatif aux représentants d'intérêts, ceux-ci doivent « veiller à ne pas obtenir et à ne pas chercher à obtenir malhonnêtement des informations ou des décisions ; veiller à ne pas inciter le personnel de l'UE à enfreindre les règles et les normes de comportement qui leur sont applicables »¹⁰⁴. Il y a là une disposition similaire à celle récemment introduite aux États-Unis. Son contenu est toutefois moins précis car elle vise toute action d'incitation d'une personne officielle à la transgression des règles.

Au niveau de l'Union européenne, nous avons pu noter que ces règles de conduite s'adressent surtout aux personnes officielles dans leurs relations avec les

¹⁰⁰ Le personnel sous contrat de droit privé, les experts nationaux détachés, les stagiaires et autres personnes travaillant pour la Commission sont censés également respecter ces règles.

¹⁰¹ Code de bonne conduite administrative de la Commission européenne, 13 septembre 2000, *JOCE* L 267 du 20 octobre 2000, Lignes directrices, Objectivité et impartialité.

¹⁰² 2 U.S.C. § 1613.

¹⁰³ Cf., par exemple, le règlement du Sénat XXXV paragr. 6.

¹⁰⁴ COM(2008) 323 final, préc., Annexe « Code de conduite pour les représentants d'intérêts » préc., règles 5 et 6.

lobbyistes. Certaines obligations d'honnêteté et de discrétion demeurent même valables après la cessation des fonctions officielles.

b) Règles relatives au lobbying des personnes ayant détenu une fonction officielle

Ce type de lobbying concerne les personnes ayant détenu des fonctions publiques qui commencent à travailler dans le secteur privé en tant que lobbyistes. Ils mettent leur expérience et leur connaissance du fonctionnement du système au service des employeurs privés. Ce phénomène est appelé « *revolving door* » dans le système américain et la Commission s'y réfère sous le nom de « pantouflage »¹⁰⁵.

Pour limiter les risques de trafic d'influence qui peuvent apparaître au sein du pouvoir exécutif, aux États-Unis a été adopté en 1978 le « *Ethics in Government Act* »¹⁰⁶. Les fonctionnaires quittant leur emploi n'ont pas le droit d'agir en tant que lobbyistes auprès de leur ancien département ou agence en relation avec une question sur laquelle ils ont travaillé personnellement et substantiellement. La question doit mettre en jeu directement et substantiellement les intérêts des États-Unis. Il s'agit d'une interdiction à vie. Une autre interdiction d'une durée de deux ans concerne les questions qui se trouvaient sous la responsabilité de l'ancien employé dans l'année précédant son départ. Enfin, quelque soit la question traitée, une interdiction d'un an affecte les employés hautement rémunérés.

Le *HLOGA* modifie le *LDA* au sujet du « *revolving door* » dans le Congrès. Un sénateur doit aujourd'hui attendre deux ans avant de pouvoir mener des activités de lobbying auprès du Congrès. Un représentant, quant à lui, doit attendre un an avant de devenir lobbyiste auprès du Congrès. Le personnel travaillant dans le cadre du Sénat doit également s'abstenir pendant une année d'exercer des activités de lobbying¹⁰⁷.

Le phénomène du « *revolving door* » est aussi présent au niveau de l'Union européenne. Cependant, il est plus restreint par rapport aux États-Unis. En effet, d'une part, l'environnement politique américain favorise le « *revolving door* » car il est caractérisé par le « système des dépouilles » (*spoils system*), c'est-à-dire l'ensemble du haut niveau de l'administration est remplacé en cas d'alternance politique. D'autre part, les fonctionnaires européens reçoivent une rémunération substantielle, ce qui

¹⁰⁵ Terme utilisé par la Commission européenne dans sa communication COM(2008) 323 final, préc., p. 4.

¹⁰⁶ P.L. 95-521, 92 Stat. 1824. Le « *Ethics in Government Act* » a été modifié en 1989 par le « *Ethics Reform Act* » et légèrement modifié en 2007 par le *HLOGA*.

¹⁰⁷ L'interdiction s'applique au personnel particulièrement bien rémunéré (75 % de la rémunération d'un membre du Congrès).

peut les faire hésiter à y renoncer pour le métier moins sûr, mais très lucratif, de lobbyiste¹⁰⁸. Il y a toutefois, au niveau du droit communautaire également, une réglementation qui régit les relations de travail des anciens membres du personnel de l'Union européenne avec les représentants d'intérêts¹⁰⁹.

Les dispositions du droit européen prévoient aussi des restrictions liées au délai entre le moment où les employés quittent leurs fonctions et le moment où ils commencent leurs activités de lobbying. Il y a également des restrictions liées à la nature des questions qui peuvent être traitées par les anciens employés devenus lobbyistes. Plus précisément, pendant un délai d'un an après la cessation de leurs fonctions, les anciens commissaires européens doivent communiquer à la Commission toute nouvelle activité professionnelle envisagée pour qu'elle puisse décider de sa compatibilité avec les devoirs d'honnêteté et de délicatesse prévus par l'article 213, paragraphe 2, dernier alinéa, du traité¹¹⁰. Pour prendre sa décision, la Commission examine la nature des activités envisagées en relation avec les responsabilités de l'ancien commissaire pendant la durée complète de son mandat¹¹¹.

En ce qui concerne les fonctionnaires européens souhaitant exercer une activité professionnelle, rémunérée ou non, après la fin de leurs fonctions, le délai est de deux ans. L'autorité investie du pouvoir de nomination examine la compatibilité des nouvelles activités avec les activités exercées par le fonctionnaire dans le cadre de l'Union européenne durant les trois dernières années. L'analyse de compatibilité est réalisée par rapport aux intérêts légitimes de l'institution. Il n'y a donc pas d'interdiction *a priori*, cependant, durant un certain délai et si elle constate une incompatibilité, l'autorité compétente peut prendre des mesures à l'encontre de l'ancien employé. L'autorité investie du pouvoir de nomination peut « interdire au fonctionnaire l'exercice d'une activité » ou « le subordonner à toute condition qu'elle

¹⁰⁸ D. CRIEKEMANS, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰⁹ Le commissaire aux télécommunications Martin Bangermann avait demandé et obtenu d'être mis « en congé de ses fonctions » pour pouvoir être employé par *Telefonica* – compagnie espagnole des télécommunications qui avait été impliquée dans neuf dossiers traités par ce commissaire – en contrepartie de l'engagement de n'avoir de relation avec les institutions communautaires au titre de ses nouvelles fonctions qu'après un délai de deux ans et de ne communiquer aucune information confidentielle à son nouvel employeur. La Cour de justice a jugé que cette mesure de mise en congé non prévue par les textes mais « prise dans le souci d'assurer la continuité de l'action de la Communauté », ne mettait pas en cause la régularité de la composition de la Commission.

¹¹⁰ Ainsi, ils prennent, lors de leur installation, l'engagement solennel de respecter, pendant la durée de leurs fonctions et après la cessation de celles-ci, les obligations découlant de leur charge, notamment les devoirs d'honnêteté et de délicatesse quant à l'acceptation, après cette cessation, de certaines fonctions.

¹¹¹ La Commission consulte, pour avis, un comité d'éthique établi à cette fin : Code de conduite des commissaires, précité, p. 3.

juge appropriée »¹¹². En cas de violation de leurs obligations par les commissaires, « la Cour de justice, saisie par le Conseil ou par la Commission, [...] peut prononcer la déchéance du droit à pension de l'intéressé ou d'autres avantages en tenant lieu »¹¹³. Les dispositions à ce propos sont particulièrement détaillées et nous pouvons constater un degré de contrainte qui se rapproche de celui existant en droit américain.

Les règles relatives aux personnes ayant détenu une fonction publique, visées par la réglementation, concernent aussi les divulgations dans le cadre du futur emploi. Un membre du Congrès n'a pas le droit d'obtenir un emploi auprès d'une entité extérieure ou de commencer les pourparlers à cette fin avant que son successeur n'ait été nommé ou qu'il ait déposé une déclaration au comité d'éthique. Cette interdiction vise aussi le personnel particulièrement bien rémunéré¹¹⁴.

Des règles de conduite relatives au futur emploi sont également présentes en droit européen. Les membres du personnel de l'Union européenne¹¹⁵ sont, en effet, tenus à un devoir de confidentialité après la cessation de leurs fonctions : « de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, et notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient »¹¹⁶.

Le droit européen contient aussi des dispositions spécifiques concernant les fonctionnaires. Après leur sortie du poste, ils continuent à être soumis à leur devoir de confidentialité : « Le fonctionnaire s'abstient de toute divulgation non autorisée d'informations portées à sa connaissance dans l'exercice de ses fonctions, à moins que ces informations n'aient déjà été rendues publiques ou ne soient accessibles au public »¹¹⁷.

Inversement, le Code de conduite élaboré par la Commission en 2008 prévoit l'obligation pour les représentants d'intérêts qui emploient d'anciens membres du personnel de l'Union européenne de respecter les exigences de confidentialité qui incombent à ces derniers¹¹⁸. Le Code de conduite du Parlement européen contient aussi une règle spécifique sur ce point. Il impose aux représentants d'intérêts qui

¹¹² Après avis de la commission paritaire, l'institution notifie sa décision dans un délai de trente jours ouvrables à compter de la réception de la déclaration. À l'expiration de ce délai, l'absence de notification de décision vaut décision implicite d'acceptation (article 16, Statut des fonctionnaires précité).

¹¹³ Article 213, paragraphe 2, dernier alinéa, du Traité instituant la Communauté européenne.

¹¹⁴ 75 % de la rémunération d'un membre du Congrès.

¹¹⁵ La catégorie visée par la disposition est particulièrement large, il s'agit des membres des institutions de la Communauté, des membres des comités ainsi que des fonctionnaires et agents de la Communauté.

¹¹⁶ Article 287, Traité instituant la Communauté européenne.

¹¹⁷ Article 17, Statut des fonctionnaires précité.

¹¹⁸ COM(2008) 323 final, préc., Annexe « Code de conduite pour les représentants d'intérêts », règle 7.

embauchent des anciens fonctionnaires de se conformer aux exigences du Statut des fonctionnaires¹¹⁹.

*

La réglementation du lobbying conduit ainsi à faire évoluer la réflexion sur les différents modèles d'accès au droit à l'œuvre dans l'espace de l'Union européenne. Cette réglementation se construit à partir des influences extérieures, et notamment celles du système des États-Unis, qui doivent être conciliées avec la nature spécifique de l'espace juridique communautaire.

¹¹⁹ Règlement intérieur du Parlement européen, Annexe IX : Dispositions d'application de l'article 9, paragraphe 4 – Groupes d'intérêts auprès du Parlement européen, article 3 : Code de conduite, 1. h).

RÉSUMÉ :

La réglementation du lobbying contribue à reconnaître le rôle des lobbyistes en tant que facteurs d'accessibilité du droit : ils assurent souvent une fonction d'accès à l'information, sont à l'origine des recours en justice et participent à la création des règles nouvelles. En même temps, la réglementation a pour but de réduire les inégalités d'accès au droit du fait du lobbying.

L'article propose une étude comparative entre les États-Unis, qui possèdent l'une des plus développées réglementations du lobbying, et l'Union européenne, qui est en train de mettre en place sa propre réglementation en la matière.

Si les récentes réformes de la législation américaine réalisent un encadrement particulièrement strict du lobbying, le système européen reste encore peu contraignant.

À travers l'analyse de ces deux systèmes, nous allons démontrer que l'influence des États-Unis oriente le droit européen vers un renforcement des exigences réglementaires, alors que des impératifs liés à la nature de la construction européenne encouragent les mesures de soutien des activités de lobbying.

SUMMARY:

Lobbying regulation acknowledges lobbyists as promoters of accession to law: they facilitate access to information, they can initiate law suits and, most important, they are involved in the making of law. At the same time, regulation helps fight inequities caused by lobbying in the access to law.

This article offers a comparative study between the United States, owners of one of the most complex lobbying regulation, and the European Union, a system still in the early phase of developing its own regulation. Hence, the United States impose serious restrictions on the conduct of lobbying activities, while European regulation is based on a more voluntary approach.

Throughout the analysis of these two systems, we intend to show that United States' influence leads European law to tighten its rules. Measures to support lobbying activities are nevertheless possible due to the specific nature of the European Union.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} édition, coll. Droit et société, LGDJ, 1993
- BALME R., CHABANET D. et WRIGHT V. (dir.), *L'action collective en Europe*, Presses de Sciences Po, Paris, 2002
- BASILIEN-GAINCHE M.-L., « Le lobbying européen : bénéfices et préjudices du fonctionnalisme dans l'optique communautaire », *Revue du droit public*, n° 3, 2004, pp. 755-795
- BENNEDSEN M. et FELDMANN S. E., « Lobbying Legislature », *Journal of Political Economy*, vol. 110, n° 4, 2002, pp. 919-946
- BOHMAN J., *Public Deliberation. Plurality, Complexity and Democracy*, Cambridge, The MIT Press, 1996
- BOUWEN P. « Corporate Lobbying in the European Union: The Logic of Access », *Journal of European Public Policy*, vol. 9, n° 3, 2002, pp. 365-390
- CLAEYS P.-H., GOBIN C., SMETS I. et WINAND P. (dir.), *Lobbyisme, pluralisme et intégration européenne*, Bruxelles, Presses interuniversitaires européennes, 1998
- COEN D., « Empirical and theoretical studies in EU lobbying », *Journal of European Public Policy*, n° 14, 2007, pp. 333-345
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} édition, 2007
- CRIEKEMANS D., « Symbiosis or Controversy? Governmental appraisal of lobbying and lobbying regulation in the EU and USA », *PSW – Papers*, n° 3, 1998
- FAGET J., « L'accès au droit : logiques de marché et enjeux sociaux », *Droit et société*, n° 30/31, 1995, pp. 367-378
- FASQUELLE D. et MESA R., « Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », *Concurrences*, n° 1, 2006, pp. 33-37
- FRÉGET O. et HERRENSCHMIDT F., « Réflexions sur les pratiques d'influence et le droit de la concurrence : Lobbying, “ négociations réglementaire ” et/ou “ capture réglementaire ” ? », *Concurrences*, n° 3, 2006, pp. 40-49
- GARCÍA J. F., « Modelos de regulación del lobby en el derecho comparado », *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n° 1, 2008, pp. 107-134
- GIOVANNINI N., « Hegel et la Bürgerliche Gesellschaft », in FRYDMAN B. (dir.), *La société civile et ses droits*, Bruxelles, Bruylant, 2004

- GROSSMAN E., « Bringing Politics Back In: Rethinking the Role of Economic Interest Groups in European Integration », *Journal of European Public Policy*, vol. 11, n° 4, 2004
- HABERMAS J., *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997
- HABERMAS J., *Droit et morale*, Paris, Seuil, 1997
- HASTINGS F., « La class action et ses conséquences sur le cours des affaires », *Les Petites Affiches*, n° 249, 2007, pp. 7-19
- JOBERT B., *Le tournant néo-libéral en Europe : idées et recettes dans les pratiques Gouvernementales*, Harmattan, Paris, 1994
- KALLAS S., « Lobbying : What Europe can learn from the US », American Chamber of Commerce EU Plenary meeting, Bruxelles, SPEECH/07/544 du 18 septembre 2007
- KALLAS S., « Mr. Smith Goes to Brussels », *The Wall Street Journal*, 6 février 2006
- KIRCH P. et LE BRETON G., « L'avocat et le lobbying à Bruxelles », *Gazette du Palais*, n° 87, 2004, pp. 2-6
- KRISHNAKUMAR A. S., *Towards an Interest-Group-Based Approach to Lobbying Regulation*, bepress Legal Series, Paper 1091, 2006, pp. 1-60
- LACORNE D., *L'Invention de la République : le Modèle Américain*, Paris, Hachette, 1991
- LADRIERE P., « Espace public et démocratie. Weber, Arendt et Habermas », *Raisons pratiques, Pouvoir et Légitimité. Figures de l'espace public*, n° 3, 1992
- LAROCHE-GISSEROT F., « Les class actions américaines », *Les Petites Affiches*, n° 115, 2005, pp. 7-11
- MAHONEY C., *Brussel versus the Beltway – Advocacy in the United States and the European Union*, Georgetown University Press, 2008
- MANIN B., « Volonté générale et délibération : esquisse d'une théorie générale de la délibération politique », *Le débat*, n° 33, 1995
- RANGEON F., *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Économica, 1986
- ROSANVALLON P., *Le libéralisme économique. Histoire de l'idée de marché*, Paris, Seuil, Coll. Points politiques, 1989, III
- SANDERS L. M., « Against Deliberation », *Political Theory*, Vol. 25, N° 3, 1997, pp. 347-376
- SAURUGGER S., « L'expertise : un mode de participation des groupes d'intérêts au processus décisionnel communautaire », *Revue Française de Science Politique*, vol. 52, n° 4, 2002, pp. 375-403

- SCHARPF F. W., *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford University Press, Oxford, 1999
- VAYSSIERE B., *Groupes de pression en Europe. Europe des citoyens ou des intérêts ?*, Toulouse, Privat, 2002

Accès aux études juridiques : La route est droite, mais la pente est forte

CHARLES REIPLINGER

Maître de conférences en droit public à l'Université Paris Nord

Accéder au droit, de quelque manière, c'est accéder à une certaine connaissance du droit. En tant que destinataires, en tant que citoyens, nous sommes déjà tenus d'en savoir un peu. Au-delà, en tant que professionnel, accéder au droit suppose d'accéder aux études juridiques, et au cours de celles-ci de pouvoir connaître et comprendre, dans une certaine mesure, le droit. Or le nombre et la complexité des connaissances juridiques augmentent, inéluctablement, logiquement, voire légitimement, et sensiblement depuis les années 1970. L'inflation comme l'insécurité juridiques font l'objet d'un constat officiel, institutionnel et doctrinal, qui souligne leurs effets néfastes sur les justiciables. Mais elles affectent aussi les juristes, et d'abord les novices. C'est pourquoi, sans préjuger d'autres facteurs plus ou moins débattus, il semble raisonnable de penser que les taux d'échec importants en licence de droit¹ sont aussi dus, dans une certaine mesure, aux

¹ Il semble exister un consensus – c'est difficilement quantifiable, à défaut d'une enquête d'opinion – pour constater que les taux d'échec, notamment en première année, plus largement dans toutes les universités mais notamment en droit, sont importants. Pour donner quelques exemples directement fournis par les universités : à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), en moyenne, sur cinq promotions de bacheliers inscrits en première année de droit (2000 à 2004), ils étaient 36 % à passer directement en seconde année. Et seuls 23 % des bacheliers (promotions 2000 et 2001) obtenaient une licence en moins de quatre ans, la durée normale étant de trois ans (cf. <http://lyceens-votreavenir.univ-paris1.fr>). À Strasbourg, en 2006-2007, les deux sessions confondues, 36 % des présents aux examens ont validé le premier semestre, 39 % le second. Et parmi les inscrits, la proportion est sensiblement la même pour les bacheliers de l'année (cf. www-urs.u-strasbg.fr). À Montpellier, en 2006-2007, la proportion des néo-bacheliers ayant validé au moins un semestre (donc pas nécessairement les deux), était de 40,1 % des inscrits (cf. <http://www.univ-montpl.fr>). Mais il arrive aussi, heureusement, que le taux de réussite des néo-bacheliers en première année soit meilleur, voire remarquable, comme c'est par exemple le cas à l'Université de Versailles Saint-Quentin (près de 80 % ; cf. www2.uvsq.fr), ou à l'Université Paris-Sud (près de 70 % ; cf. www.u-psud.fr). Dans les deux cas, le chiffre ne prend pas en compte ceux qui ne se sont pas présentés aux examens, mais tout de même. Néanmoins, souvent, le taux de réussite des néo-bacheliers en première année de droit ne dépasse pas les 40 %, et est donc nettement inférieur à celui du baccalauréat (près de deux fois). Ces

évolutions quantitatives et qualitatives de la matière, et qu'en ce sens les étudiants sont aussi des victimes, négligées, de l'insécurité juridique.

D'un point de vue matériel, les sources du droit ne sont pas moins accessibles qu'avant, et ce n'est pas négligeable. Les étudiants, y compris les moins favorisés, peuvent accéder facilement et gratuitement au texte des normes, et à cet égard le service public de l'accès au droit par internet est un incontestable progrès. Il revient aux enseignants de tenir compte d'internet et de la diversité qu'on y trouve, et c'est déjà un exemple de l'adaptation nécessaire des enseignants du droit, tenir compte d'internet et des possibilités, bonnes ou mauvaises, qu'il offre². S'agissant de l'accès à la doctrine, le constat d'un meilleur accès est également valable. Personne n'y a perdu, dès lors qu'ouvrages et revues étaient consultés par les étudiants en bibliothèque, et qu'ils y restent gratuitement présents, sous forme électronique ou de papier. Constatons que les étudiants n'y perdent pas, même les moins fortunés, sous réserve que l'accès aux bibliothèques universitaires reste – ou redevienne, c'est selon – gratuit. Des disparités sont apparues dans l'accès à domicile, mais elles sont en train d'être modérées par les établissements d'enseignement supérieur, qui mettent progressivement en place pour leurs étudiants et personnels des accès à distance aux ressources numériques.

Plus intéressante et difficile, quoique très consensuelle, est cette autre proposition : le droit lui-même (quelle que soit l'idée qu'on puisse s'en faire), eu égard à sa quantité comme à sa qualité, est devenu infiniment plus difficile à connaître et comprendre qu'il y a, disons, cinquante ans³. Autrement dit, la quantité comme la complexité du droit augmentent, il est donc moins accessible à la connaissance et à la compréhension, sauf à penser que la capacité des étudiants, et plus largement des gens, à connaître et comprendre, a évolué dans les mêmes proportions. Peut-être à tort, je suppose que le juriste moyen d'avant-guerre recevait une formation infiniment plus exhaustive que la mienne, ou que celle des étudiants d'aujourd'hui, parce que le droit était moins vaste, les activités et les gens moins nombreux, peut-être aussi parce que l'université comme le secondaire pratiquaient alors ouvertement l'élitisme, et que ceux qui s'attelaient à la connaissance du droit arrivaient dans l'ensemble mieux armés relativement à ce qu'il leur fallait apprendre.

derniers sont donc manifestement confrontés, du moins dans certaines universités, à une augmentation brutale de la difficulté des études entre la terminale et la première année de droit.

² Ce que nous faisons déjà, au moins par la force des choses, dans le choix des sujets d'exercice que nous donnons, ainsi que pour les corriger ; mes collègues le savent, il reste peu de sujets qui ne font pas l'objet d'un corrigé sur internet, plus ou moins bon, plus ou moins gratuit. Mais ça joue dans les deux sens : la traque à la triche elle aussi s'informatise, et nous disposons désormais de logiciels qui parcourent les ressources numériques afin d'identifier les sources lorsque nous avons un doute.

³ Savoir si cet accroissement est excessif est une question compliquée, déjà en ce qu'elle suppose de déterminer des critères de normalité s'agissant de la quantité des normes.

Et depuis, l'ambition d'une bonne connaissance du droit, englobant des éléments *ultra*-techniques, est devenue excessivement difficile. C'est d'abord le temps qui manque, et il est à craindre qu'en cours, notre approche ne devienne par la force des choses toujours plus spécialisée, segmentée, à défaut superficielle, faute d'y consacrer toujours plus de temps. Nous sommes coincés entre le marteau et l'enclume : une matière plus complexe et plus vaste, qu'il nous faut enseigner à des étudiants plus nombreux, et dont le niveau d'instruction, dans l'ensemble, n'est pas suffisant pour la tâche. Il faut néanmoins admettre que les meilleurs étudiants ne sont pas moins bons que leurs aînés, se révélant encore capables de suivre efficacement le mouvement et d'assurer à terme l'importante dimension juridique de notre société⁴.

Je ne m'étendrai pas sur la qualité des études secondaires, ni sur les conditions de vie des étudiants, deux facteurs dont on sait qu'ils sont déterminants pour leur réussite à l'université. Pas plus que je n'aborderai la question des moyens matériels, pour ne pas risquer de trop affaiblir le principal. Disons seulement que plus on en a, mieux on se porte. Enfin, comme ce n'est pas un problème, je ne reviendrai pas sur les modalités techniques de l'accès au droit. Mais parce qu'il me semble que beaucoup de mes collègues le ressentent comme une difficulté croissante, et qu'on ne le dit pas souvent, je vais tenter de soutenir que dans une certaine mesure, le droit lui-même est à l'origine de la difficulté contemporaine des études et de l'enseignement juridiques. L'étendue des normes, et plus largement des connaissances, augmente, l'apprentissage du droit en est mécaniquement plus fastidieux, à supposer que les capacités moyennes des étudiants n'évoluent pas à la même vitesse. Cette inflation concerne la quantité des normes et de leurs sources, de telle sorte qu'il est mécaniquement plus difficile d'apprendre, comprendre, et concilier des règles toujours plus nombreuses (I), qui changent toujours plus vite (II). Ces changements sont aussi, nécessairement, qualitatifs, sachant que par nature le droit subit plus que les autres disciplines l'évolution des valeurs. Il existe en outre une corrélation, et c'est assez logique, entre l'évolution des valeurs portées par le droit, et celles qui s'appliquent à son enseignement (III).

⁴ Un exemple s'il en est besoin, récent, la publication dans l'AJDA de la copie d'une étudiante lyonnaise en seconde année de droit, d'une très grande qualité (cf. « Duguit et Hauriou au pays de Flaubert », *AJDA* 2008, n° 28, pp.1536 et s.). L'occasion aussi pour ses professeurs, Sophie Nicinski et Olivier Négrin, de rappeler « que, si la réussite de droit suppose, pour les étudiants, des qualités de rigueur, de raisonnement et de logique, le droit appartient au monde de la langue écrite et que le juriste doit également posséder des qualités d'expression et de sensibilité qui sont d'ordre littéraire » (*ibid.*, p. 1513).

I – TOUJOURS PLUS

La quantité s'est accrue en conséquence de la multiplication des activités, publiques et privées, civiles et commerciales, sociales, qui posent de nombreuses nouvelles questions juridiques. Jusqu'à un certain point, c'est donc normal. De nouvelles normes s'appliquant à de nouvelles activités, les anciennes ne disparaissent pas pour autant, et dans l'ensemble il en apparaît plus qu'il en disparaît, comme une conséquence tout à fait logique de l'augmentation des situations à régir. Le problème des enseignants consiste à s'adapter à cet état de fait, à intégrer cette quantité croissante, sachant qu'à l'échelle individuelle, en intégrer la totalité est impossible. D'où une spécialisation croissante, de plus en plus exclusive des autres branches du droit, qui je le crains génère un appauvrissement du tout.

Ne revenons pas sur les constats habituels en la matière, inflation législative, constitutionnelle, jurisprudentielle, internationale, à tel point que si on imprimait tous les textes en vigueur en France, on aurait effectivement de quoi construire une grande pyramide en papier recyclé. C'est un problème tout à fait concret, dont il faut tenir compte étant donné le temps limité dont nous disposons pour enseigner, qui ne saurait augmenter en proportion (à supposer d'ailleurs qu'une telle proportion, c'est-à-dire un taux de croissance du droit, soit quantifiable). L'outil statistique est tout de même assez parlant. Ceux qui ont eu le courage de compter nous montrent qu'il y a une augmentation de la quantité des textes, législatifs et réglementaires, alors d'ailleurs que le nombre de lois votées annuellement reste à peu près stable (ce qui est assez logique, puisque le nombre de jours par an n'est pas extensible, contrairement aux pages du *Journal officiel*). C'est donc qu'elles sont en moyenne de plus en plus longues⁵. Tout cela devient tellement nombreux et compliqué qu'on en vient à de jolis paradoxes. Pour faciliter l'application de ces nouvelles réglementations ardues, on adopte... d'autres textes ! Existe ainsi une foule de circulaires, dont certaines se présentent ouvertement comme des manuels d'application d'un code (je pense par exemple à la circulaire d'application du code des marchés publics), concrètement une explication écrite à l'usage de ceux qui, n'ayant pas suivi des cours approfondis, ne sont pas techniquement capables de comprendre le code en question (d'autant que dans le cas des marchés publics, nous n'en sommes jamais qu'au quatrième code en huit ans). Non seulement ces circulaires elles-mêmes constituent soit de nouvelles normes, soit des précisions que les professionnels doivent au moins prendre en compte, mais en outre, comme elles constituent parfois de nouvelles normes, mais pas toujours, il a fallu... adopter de nouvelles normes pour tenir compte de cette particularité, ce qui n'a jamais pris que cinquante ans (de Notre-Dame du Kreisker en 1954 à Mme Duvignères en 2002).

⁵ Cf. par ex. et surtout, car son auteur est très actif sur la question, le *Rapport public 2006* du Conseil d'État, *Jurisprudence et avis de 2005. Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation française, 2006.

L'augmentation des décisions juridictionnelles n'est pas non plus à prouver, il faut seulement rappeler, puisque nous admettons que la jurisprudence est une source de droit, qu'elle contribue par la force des choses à l'inflation normative. Les professionnels du droit positif savent bien qu'on passe autant de temps, voire plus, à trouver puis décoder des solutions jurisprudentielles qu'à trouver des textes, plus facilement accessibles, mais aujourd'hui incompréhensibles, à peu de choses près, sans les interprétations juridictionnelles qui les précisent. Dans la suite de cette logique wébérienne, les juridictions commentent depuis quelques temps elles-mêmes, quoique pour l'instant très sobrement, leurs propres décisions sur internet. C'est le cas notamment du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. Cette pratique des communiqués de presse (voire des *newsletters*)⁶, outre qu'elle a quelque chose d'étrange, fait tout de même un peu de quantité supplémentaire, somme toute assez négligeable, d'autant qu'elle a vocation à faciliter la compréhension du tout ; cela montre tout de même que l'incompréhensibilité du droit contemporain a quelque chose de très officiel : les décisions de justice, dont la portée normative est désormais pleinement reconnue, sont incompréhensibles par les profanes, difficilement compréhensibles par les étudiants, voire par les professionnels non spécialisés, à tel point qu'elles font l'objet de quasi-circulaires d'interprétation par le juge lui-même.

En conséquence, surtout de l'extension des activités à régir, le nombre de matières proposées en droit public par les universités en licence⁷ augmente régulièrement. Il y a encore cinquante ans, nombre de ces matières, en tant que telles et distinguées du reste, n'existaient pas. Je pense notamment au contentieux constitutionnel, ou, nous y reviendrons, au droit public de l'économie, devenu branche du droit à part entière. À l'évidence, c'est aussi le cas du droit européen, nettement distingué du droit international public. Ces nouvelles spécialités, conséquentes, ne se sont pas substituées aux autres matières, mais rajoutées. On pourra objecter que c'était aussi le cas en son temps du droit administratif, voire du droit constitutionnel, qui sont apparus dans les facultés au XIX^{ème} siècle, et qui n'ont pas remplacé le droit civil pour autant, sans que personne ne crie à l'affreuse complexité du droit. Certes. Mais au bout d'un moment, à force d'en rajouter, ça va commencer à faire beaucoup. Et cela induit nécessairement, dans le meilleur des cas, une spécialisation croissante et forcée des juristes, qui s'accompagne d'une forme inévitable de sélection, de fait, devant l'obstacle.

⁶ Ce n'est pas exactement la même chose que de publier les arrêts en fonction de leur importance – ce qui cela dit est déjà une forme d'appréciation – dans un bulletin, un recueil, ou un rapport annuel. Aujourd'hui, en temps réel, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel notamment accompagnent la lecture de leurs décisions importantes d'un communiqué de presse, qui par nature est à l'arrêt ce que la circulaire au est règlement, une précision interprétative.

⁷ Au-delà, une grande diversité est tout à fait normale et souhaitable.

Ce sont aussi, avec les normes et les chapelles, les connaissances dogmatiques qui augmentent, et qui surtout, par nature, se complexifient en augmentant. C'est le propre de la recherche que de progresser – c'est peut-être illusoire, mais ce n'est pas le problème – d'autant qu'il y a plus de chercheurs, plus de doctrine, plus d'idées, plus de théories, qui ont vocation, comme en toute discipline, à affiner, améliorer, vérifier ou démentir les précédentes, à nous rapprocher d'un idéal de vérité qui s'avère toujours plus complexe à mesure qu'on croit l'approcher (oui, c'est très platonicien). Ainsi et par exemple, en sciences physiques, les théories de la relativité comme la physique quantique ont rendu bien plus complexe l'étude et l'explication des phénomènes physiques. La physique newtonienne, quoique fautive, du moins en partie, présente au moins l'avantage d'une relative simplicité, à tel point qu'elle est encore enseignée aux écoliers jusqu'à la fin du secondaire. En droit, un peu de la même façon, et d'ailleurs essentiellement à partir de la même époque – le début du vingtième siècle – se sont développées la théorie, la philosophie, la sociologie, la science du droit. L'apport de ces disciplines n'est certainement pas négligeable, en ce qu'il a conduit à des réflexions, encore à l'œuvre, sur la nature du droit, ce qu'il est ou n'est pas, ce qu'on peut, ce qu'on doit prendre en compte dans son étude, son application, bref, à l'étude de questions fondamentales qui, dès lors qu'elles sont connues et développées, peuvent difficilement être négligées par les enseignants-chercheurs.

Ainsi et par exemple, en droit constitutionnel, la tendance est désormais à l'enseignement, dès la première année, de quelques éléments de théorie du droit, dans une perspective ambitieuse, mais parfois peu réaliste, car une telle approche demande du temps, au détriment des connaissances techniques contemporaines. La part de l'étude des régimes étrangers s'est elle aussi étendue, aboutissant à la formation d'une forme de théorie constitutionnelle internationale, intégrant les concepts et l'histoire politique de plusieurs nations, soulevant des questions de philosophie politique et du droit lourdes et longues à aborder, sous peine de contre-productivité, concrètement de retrouver des âneries considérables dans les copies de février. Or un enseignement plus ambitieux, qui suivrait la progression des connaissances, n'est pas sans compliquer la tâche des bacheliers, dans l'ensemble peu habitués à se poser des questions compliquées. Il est vrai que c'est précisément celle de l'enseignement supérieur que de les y former, mais alors il nous faudrait augmenter la quantité de la formation, pour s'adapter à la quantité du fond, si on ne souhaite se condamner à une superficialité croissante. Ou, et c'est d'ailleurs en pratique une hypothèse fréquente, on peut faire comme si la majorité des étudiants était invariablement capable d'apprendre et comprendre des règles toujours plus nombreuses, qui changent toujours plus vite, dans le cadre d'un enseignement dont la forme est invariable. Il ne faut pas s'étonner, dans une certaine mesure, que le taux d'échec soit important. Sans qu'elle n'évade d'autres responsabilités, la masse

croissante du droit est un problème à part entière, dont nous n'avons pas encore vraiment tenu compte.

II – TOUJOURS PLUS VITE

L'insécurité juridique, c'est donc l'état d'un droit qui n'est pas sûr, au sens d'instable, d'imprévisible. Pourtant le droit est par nature imprévisible⁸. S'il existe un législateur, c'est tout de même pour qu'il légifère, quitte à ce qu'il modifie parfois des règles préexistantes. C'est donc qu'aujourd'hui, la communauté des juristes est unanime pour constater que la fréquence des modifications est excessive. Et aux dernières nouvelles, ça ne risque pas de s'arrêter⁹.

Comme celle du quidam, de son avocat ou de son juge, la tâche de l'étudiant est plus ardue que jamais en conséquence du nombre et de la fréquence des changements. En droit des marchés publics, déjà en lui-même assez volumineux, un étudiant qui a été formé en 2000, a été, s'il a suivi, obligé de réactualiser ses connaissances en 2001 (nouveau code), en 2004 (nouveau code, afin de l'adapter au droit et à la terminologie européens), en 2006 (encore un nouveau code, le précédent ayant été annulé en 2005 par le Conseil d'État précisément en conséquence de ses contradictions avec le droit européen). Certes, tout n'a pas changé, mais tout de même, ça fait du travail en plus, d'autant que le droit des marchés publics a fait l'objet de quelques autres zones d'ombre à la fin du siècle dernier. La vingt-quatrième révision de la Constitution ne manquera certainement pas de redonner un peu de vigueur aux études constitutionnelles, comme d'ailleurs le nouveau mode de saisine du Conseil constitutionnel, qui ne se substitue pas mais se rajoute aux précédents. Elles n'ont certes pas toutes la même portée en substance, mais une révision tous les deux ans en moyenne depuis 1958 (une par an en moyenne depuis 1992), c'est très honorable ; ce n'est plus une constitution souple, mais une constitution qui fait du yoga. Autre facteur de changement du droit, lui aussi déjà nettement identifié, le droit international, et précisément européen. Il est à l'origine de très nombreux et substantiels changements du droit¹⁰, parfois en relative clarté,

⁸ Admettons, dans la tradition classique le droit naturel est immuable, comme devaient l'être de bonnes lois pour les révolutionnaires. Au moins dans le cas des lois, admettons que dans les faits on en est assez loin.

⁹ Il est un fait que la présente et treizième législature bat des records de productivité. Elle revendique le vote et la promulgation de 131 textes (lois simples, organiques et constitutionnelles) entre le 31 juillet 2007 et le 20 août 2008 (cf. <http://www.assemblee-nationale.fr/13/documents/index-promulgations.asp>).

¹⁰ À tel point qu'on a souvent crié haro sur le baudet, et il est vrai que le droit européen a parfois bon dos. Néanmoins son impact sur le droit français a été considérable, comme le souligne le rapport précité du Conseil d'État.

dans l'hypothèse où les textes sont adaptés en temps et en heure au droit européen, mais aussi de façon peu prévisible, lorsque par voie d'exception une juridiction importante décide qu'à la réflexion, le droit français étant sur tel point contraire au droit européen, il ne peut plus s'appliquer, et qu'il faut adapter, donc changer les règles.

Ce sont précisément des problèmes de cet ordre qui ont conduit à la consécration en 2006 du principe de sécurité juridique. C'est-à-dire que le juge, bien placé pour le savoir, a estimé lui-même, en conséquence de beaucoup de choses, et notamment de la fréquence des contradictions entre le droit interne et le droit international, qu'il fallait pouvoir adapter chaque solution au cas par cas, afin d'éviter au possible les effets pervers d'une pure et simple annulation rétroactive. Il faut néanmoins souligner que ce principe lui-même n'échappe pas totalement à la logique de l'inflation (il s'agit d'une norme supplémentaire, ce qui n'est bien sûr pas une raison suffisante pour en contester l'utilité) et de l'insécurité, en ce qu'il rend moins prévisibles les conséquences des décisions juridictionnelles. C'est du moins une de ses dimensions ; concrètement, la partie qui conteste la légalité d'une ou plusieurs règles n'a plus l'assurance, même en obtenant gain de cause sur le fond, d'obtenir l'annulation rétroactive de l'acte et de ses effets. Cela dépend maintenant de ce que le juge estime le plus opportun, en termes précisément de sécurité juridique, et la prévisibilité des décisions de justice et de leurs conséquences s'en trouve affaiblie.

Bien sûr, enfin, mais je ne fais que le mentionner car c'est déjà un cri de ralliement des adversaires de l'inflation et de la complexité juridiques, un important facteur de changement reste la volonté, tout à fait politique, systématiquement affichée par les gouvernants de faire des réformes, en toute matière. Or, le principal vecteur, par nature, des réformes est précisément le droit. On peut d'ailleurs distinguer, pour reprendre la désormais classique distinction de Herbert Hart¹¹, les réformes structurelles, secondaires, qui ont trait aux modes de production des autres normes (c'est-à-dire des autres réformes...), des réformes « simples » du droit, primaires, qui consistent à modifier le fond des règles (quitte à en rajouter). Parmi les premières, qui relèvent globalement du droit public, on peut d'abord citer, à la considérer plus importante par nature, la récente réforme des institutions de l'État (déjà précédée de récents aménagements substantiels comme le quinquennat, par exemple, qui changeait déjà beaucoup de choses en termes de logique institutionnelle), mais aussi, voire surtout, les considérables mouvements de décentralisation, dont le corollaire est le développement du droit de

¹¹ Cf. H.L.A HART, *The Concept of Law* (1961), 2nd édition, Oxford University Press, 1997.

l'intercommunalité¹². Ou encore les réformes du droit processuel, public et privé, notamment en conséquence de la convergence des droits européens (mais non seulement, à considérer les innombrables réformes de la procédure pénale). Constatons d'ailleurs que le droit institutionnel européen est plus stable depuis quelques années, quoique malgré lui, en conséquence de l'échec de la ratification des derniers projets de traité. Mais constatons aussi que jusque-là, quoique par nature, il l'était bien moins. Parmi les réformes de fond, le droit privé n'est pas en reste, qui s'adapte naturellement aux évolutions « sociétales » (institution du Pacs, réforme du divorce, lois bioéthiques, par exemple), économiques (réformes régulières de la fiscalité et de la parafiscalité, incidemment du droit des finances publiques), professionnelles (le droit du travail est particulièrement mouvant), réformes dont la cadence est accélérée, comme l'est la croissance de la quantité du droit, par la mondialisation.

Tout cela dit, le problème de l'enseignant ne consiste pas seulement, loin de là, à se tenir à jour des changements, à remplacer une connaissance par une autre, à changer toujours plus vite les fascicules de nos juriscenseurs. Le problème réside plutôt dans le récit qu'on ne peut pas faire de ces changements eux-mêmes, car exposer, voire expliquer, les nombreuses règles en vigueur, en mentionnant – quand on a le temps – les anciennes qu'elles remplacent, ne laisse plus beaucoup de temps pour enseigner les causes de ces changements, leur histoire, les tendances qui sont à l'œuvre sur de relativement longues périodes, bref, pour expliquer le droit au-delà d'une vision technique, descriptive et contemporaine. Pourtant, mais ce n'est contradictoire que de prime abord, l'enseignement du droit n'a certainement pas régressé en qualité, car non seulement les enseignants ne sont pas moins bons qu'avant (en conséquence d'un recrutement très sélectif), mais en outre ils ne sont pas moins exigeants, sachant bien qu'il ne serait pas viable de tenter de s'adapter en abaissant le degré d'exigence, ce qui, il faut tout de même l'avouer, est parfois tentant. Savoir qu'on enseigne des connaissances qui sont fortement périssables est parfois décourageant, mais incite aussi à s'éloigner du droit positif, pour aborder des connaissances moins périssables (histoire – théorie – philosophie du droit), dont il est en outre probable qu'elles permettent une meilleure adaptation des futurs professionnels aux changements du droit. Mais on n'en sort pas : l'apprentissage de ces connaissances fondamentales *a priori* moins périssables est aussi intellectuellement plus difficile, prend plus de temps, et se fait éventuellement au détriment des connaissances techniques contemporaines, sans compter les avantages qu'il peut y avoir à donner une version simplifiée des choses, fautive mais néanmoins efficace (on

¹² Matière particulièrement complexe, qui change souvent, et qui est faite de nombreuses et disparates connaissances techniques (droit administratif général, droit des services publics, des marchés et délégations, de la fiscalité et des finances publiques, pour ne citer que les principales).

en revient à Newton). Quoi qu'il en soit, il me semble raisonnable de penser que la péremption rapide du droit positif, un peu comme celle des biens de consommation, lui enlève de sa valeur, de son intérêt, à tel point qu'on souhaite s'en détourner, au profit de connaissances plus sûres, plus nobles, plus fortes, car moins périssables.

III – TOUJOURS PLUS FORT

Le droit change, son enseignement avec lui, en rapport avec les valeurs qu'il porte. Les grosses valeurs se meuvent lentement en général, aussi il ne s'agit pas aujourd'hui d'un changement radical, mais plutôt d'une progression de certaines valeurs au détriment des autres, en termes de priorité. Duguit constatait en 1913 que les concepts juridiques changeaient de sens et de portée, accompagnant alors le développement de la pensée socialiste, et plus largement collectiviste¹³. Aujourd'hui les changements continuent, mais au contraire reflètent le retour en grâce de certaines valeurs libérales – c'est en effet dialectique – et plus largement individualistes.

À de nombreux égards, l'enseignement du droit s'est libéralisé. Remarquons d'abord que c'est le cas du public étudiant, qui depuis quarante ans ne fait plus l'objet d'une sélection. La volonté d'un bachelier suffit à ce qu'il puisse commencer des études juridiques supérieures, ce qui est tout de même l'affirmation d'une liberté dans le choix des études, qui n'est pas sans profondément transformer leurs rapports à celles-ci, ainsi qu'à ceux qui les dispensent, dans le sens d'un moindre unilatéralisme. L'enseignement du droit s'est largement ouvert, et n'est plus le monopole, en droit ni en fait, d'une élite sociale. Dans le prolongement, ce sont aussi les débouchés de l'enseignement juridique qui se sont nettement libéralisés, dans le sens d'une meilleure adaptation à l'économie, et spécifiquement au marché de l'emploi. Il n'y a pas si longtemps, l'ensemble des juristes se destinait à des activités qui étaient essentiellement juridiques, avant d'être commerçantes (magistrature, fonction publique, professions libérales, participation active à la vie politique), et la part des juristes qui intégraient le monde de l'entreprise était encore résiduelle. Cette situation a changé, parce que les juristes se destinent bien plus à l'entreprise privée, mais aussi parce que les professions juridiques traditionnelles elles aussi se « privatisent », au sens d'une adaptation aux méthodes et aux objectifs des entreprises commerciales¹⁴. Nous formons désormais des techniciens compétents,

¹³ Cf. L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, rééd. La mémoire du droit, 1999.

¹⁴ Comme un exemple symptomatique de cette évolution des professions juridiques vers les intérêts privés, il ressort d'une étude faite par l'École de formation du Barreau de Paris sur la promotion 2005 que 79 % des sondés, six mois après l'obtention de leur diplôme, travaillaient au sein d'un cabinet « à dominante droit des affaires », selon les termes de la question posée. Cette tendance est confirmée par les

qu'on lâche sur le marché de l'emploi après qu'ils ont fini le marché des études, dont la majorité travaillera, directement ou indirectement, pour des entreprises commerciales.

Il est vrai que les universités françaises sont confrontées à la concurrence déjà bien réelle des universités étrangères, mais cette concurrence n'avait historiquement pas cours, ou du moins sous une forme amoindrie, entre les universités et plus largement les établissements d'enseignement supérieur français. C'est particulièrement le cas aujourd'hui des troisièmes cycles, filières sélectives qui entendent récupérer les meilleurs étudiants en fin de parcours. Au fond, l'enseignement du droit est obligé de s'adapter aux exigences de l'emploi, et jusqu'à un certain point c'est normal. Mais il ne s'agit plus seulement de former des étudiants qui seront adaptés à leur futur métier, mais aussi de les attirer, par des formations alléchantes, dans la perspective d'un recrutement professionnel. Les « offres » de formations se sont diversifiées, adaptées, pour répondre à la demande, et puisque la demande reste essentiellement professionnelle, technique, la réponse l'est aussi. En toute logique, les meilleurs étudiants aspirent aux établissements les plus réputés, lesquels en retour aspirent à recevoir les meilleurs étudiants. C'est compréhensible, mais ça pose tout de même une question : qu'est-ce qu'on fait des autres ?

Ainsi, à force d'avoir enseigné, en principe et dans le détail, que la libre concurrence était une valeur montante, d'abord en droit privé, mais aussi et surtout (en France c'était moins anodin) en droit public, par promiscuité l'idée s'impose à l'enseignement du droit lui-même. C'est une évolution qui suppose que les établissements d'enseignement supérieur sont toujours plus autonomes, l'enseignement du droit moins centralisé, moins homogène, certes plus libre d'une certaine façon, mais qu'il fait aussi désormais l'objet, puisqu'il n'est pas sans lien avec le marché de l'emploi, d'un certain degré de concurrence. Entre les étudiants (pour de futurs emplois), mais aussi les enseignants (pour des postes, voire des primes), entre les centres de recherche (pour des moyens), entre les universités (pour des moyens)¹⁵, en France, à l'étranger. Dans le cas du droit, ça a tout de même quelque

spécialisations des avocats en France, qui concernent très majoritairement le droit économique (cf. le rapport du Conseil National des Barreaux, septembre 2005, « Avocats : faits et chiffres – une profession qui avance », www.cnb.avocat.fr).

¹⁵ Un exemple récent et considérable, financièrement parlant, « l'opération campus » organisée par l'État pour la rénovation des campus universitaires. Il s'agit explicitement d'une forme de concours, le ministère parlant lui-même d'une sélection de projets dans le cadre d'un *numerus clausus* (avec certes un rattrapage ultérieur). Il ne s'agit pas de le contester, sachant que les moyens de l'État ne sont pas illimités, mais de montrer que la tendance est, ne serait-ce que par la force des choses, à la concurrence entre les établissements d'enseignement supérieur.

chose de savoureux, parce qu'il est au fond le principal vecteur de cette nouvelle tendance, et que son enseignement est parmi les moins armés pour y faire face. Ne serait-ce qu'à considérer la recherche juridique, dont l'objet est impalpable, et qui ne débouche que difficilement sur des applications directement commercialisables (on dépose assez peu de brevets, par exemple). Il n'y a guère que la publication d'ouvrages ou l'organisation de colloques qui soient susceptibles de générer des revenus au centres de recherche juridique, sachant qu'en pratique les ouvrages qui se vendent bien sont publiés à titre individuel, et que loin de générer des moyens, du moins dans l'ensemble, l'organisation des colloques suppose plutôt d'en trouver. Les centres de recherche juridique sont de ce fait tributaires de subventions, publiques ou privées, d'une certaine volonté politique et/ou d'une certaine philanthropie, et sont d'autant plus en situation de concurrence que les financements privés sont encouragés par l'État, dont les caisses ne sont aujourd'hui ni plus ni moins vides que celles des universités.

Dans cette logique, il est normal que les futurs employeurs se tournent en priorité vers les meilleurs étudiants, donc vers les établissements qui sont déjà les plus réputés, et qui sont le moins dans le besoin. Est-il néanmoins raisonnable de laisser progressivement s'installer une concurrence, par exemple entre l'Université Paris Nord, qui accueille les bacheliers de la Seine Saint-Denis, département le plus pauvre de France, et les prestigieuses universités du centre de Paris, qui accueillent (certes non seulement) les bacheliers les plus fortunés ? Il n'est pas besoin d'avoir lu Bourdieu¹⁶ pour remarquer que c'est une question essentiellement politique, le choix d'un modèle social appliqué à l'enseignement du droit. Ce choix est à l'œuvre, et il n'est pas certain que même les partisans les plus farouches d'un libéralisme radical le souhaitent. Outre que la possibilité d'une connaissance éclairée du droit est en train de disparaître, du moins au sein de la masse des étudiants, c'est encore une fois la sélection qui s'en trouve renforcée. Les meilleurs bacheliers sont, du fait de leurs talents, et des établissements prestigieux qui les accueillent, en mesure de connaître et comprendre cette matière toujours plus vaste et complexe. Ces étudiants occuperont plus tard des postes juridiques importants, feront pour certains de très bons enseignants-chercheurs, et ne manqueront pas de contribuer à l'attractivité, au prestige, voire au financement de leur établissement d'origine. Dans une logique tout à fait compréhensible, quoique traditionnellement anglo-saxonne, et bien moins française. Pour les autres étudiants, c'est chaque jour un peu plus compliqué. Faute d'un niveau secondaire confortable, les études juridiques leur sont devenues réellement difficiles, d'où un taux d'échec important. Dans le meilleur des cas, une

¹⁶ Cf. P. BOURDIEU et J.-C. PASSERON, *La reproduction : éléments d'une théorie du système d'enseignement*, Éditions de Minuit, 1970.

fois diplômés, ils auront à affronter la concurrence des diplômes prestigieux, non seulement des grandes universités (quelques parisiennes et quelques autres), mais aussi, c'est une tendance en cours, des grandes écoles (qui sont des filières sélectives)¹⁷. Bon courage.

¹⁷ En dépit de la pétition signée par plusieurs centaines d'universitaires en 2007, l'arrêté ministériel du 21 mars 2007 autorisant les diplômés de l'IEP de Paris (et non des autres IEP) à présenter l'examen d'entrée au centres régionaux de formation à la profession d'avocat n'a pas été abrogé. Antérieurement, l'accès à la profession était en principe réservé aux titulaires d'une maîtrise en droit (d'où, d'ailleurs, le titre de maître porté par les avocats), et à défaut, d'une importante expérience professionnelle juridique ou d'un diplôme étranger équivalent.

RÉSUMÉ :

En France, il est aujourd'hui largement admis que la quantité et la complexité du droit augmentent, et que cette tendance, jusqu'à un certain point naturelle, affecte les justiciables et les professionnels du droit. L'auteur se propose de montrer qu'elle a aussi pour effet d'augmenter la difficulté des études juridiques : à supposer le niveau des étudiants constant, l'apprentissage du droit est d'autant plus difficile qu'il est vaste et complexe. Le nombre des normes demande des facultés croissantes de mémorisation, leur complexité demande des facultés croissantes de compréhension. Outre des taux d'échec importants, du moins dans certaines universités, cette situation favorise la spécialisation des enseignants-chercheurs et des étudiants, donc de l'ensemble des juristes, et entraîne une sélectivité croissante des études juridiques. De sorte que la possibilité d'une réflexion approfondie sur le droit devient l'apanage des meilleurs étudiants et des meilleures universités, dans un contexte concurrentiel croissant.

SUMMARY:

In France, it is now fully admitted that the amount of rules and their complexity are growing, and that such a tendency, natural to a certain extent, affects both citizens and professional lawyers. It also increases the difficulty of legal studies: supposing the students' average level does not change, learning the law gets harder as it grows in quantity and complexity. The increasing amount of rules requires an increasing memory, and their increasing complexity requires increasing comprehension abilities. Apart from low success rates, at least in some universities, this situation favours a strong specialization of teachers, students, of all lawyers, and implies an increasing selectivity. The possibility of a more than technical legal knowledge has become the privilege of the best students in the best universities, as competition in legal studies gets stronger.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- « 76 recommandations pour l'enseignement du droit », rapport du Groupe de travail sur l'enseignement juridique, 2007 (le rapport n'a pas été imprimé ; il est disponible sur internet, notamment sur www.afsp.msh-paris.fr/observatoire/metiers/rapport2007enseigndroit.pdf)
- BOURDIEU P. et PASSERON J.-C., *La reproduction : éléments d'une théorie du système d'enseignement*, Éditions de Minuit, 1970
- CONSEIL D'ÉTAT, *Jurisprudence et avis de 2005. Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation française, 2006
- FLAUSS J.-F., *L'Enseignement du droit constitutionnel. Actes de la table ronde internationale de Lausanne (19-20 Juin 1998)*, Bruylant, Bruxelles, 2000
- GORDON R., « L'enseignement du droit aux États-Unis : ses origines et son évolution », in *Démocratie et Droits de l'Homme, revue électronique du département d'État des États-Unis d'Amérique*, vol. 7, n° 2, août 2002
- NICINSKI S. et NÉGRIN O., « Du métier d'enseignant », in *AJDA* 2008, n° 28, p. 1513

JURIS DOCTORIA N° 2

Le conflit

sous le parrainage du Professeur Maryse DEGUERGUE

Le conflit connaît une place particulière dans le droit. D'une part, on peut rattacher l'origine du droit et des sociétés juridiquement organisées à la volonté de mettre fin à la situation éternellement conflictuelle de " l'état de nature ". D'autre part, le droit cherche à éviter que le conflit ne survienne et tend même parfois à interdire toute situation " conflictuelle ". Enfin, le droit, grâce à la " justice " (qu'elle soit nationale ou internationale, institutionnalisée ou contractuelle), offre une réglementation des solutions aux différents conflits qui peuvent survenir.

On peut structurer la réflexion autour de trois points :

Le conflit et le droit : *origine, définition, spécificité. Le terme " conflit " peut être utilisé pour désigner de nombreuses situations différentes, de la simple " discorde " ou " dispute " jusqu'au " conflit armé " (civil ou international), en passant par les notions de " différends ", de " litige " ou de " contentieux ". Ces différentes notions appellent des précisions sur la définition conceptuelle et la spécificité du " conflit " et sur la place qu'il occupe dans le droit (le conflit à l'origine du droit, le conflit comme situation de fait réglée par le droit, le conflit comme révolution pouvant anéantir l'ordre juridique).*

Le conflit dans le droit : *le " droit saisi par le conflit ". Au sein de l'ordonnement juridique et alors même que le droit cherche à les éviter ou à les interdire, divers conflits peuvent survenir. D'une part, le conflit peut être une situation de fait qui interfère dans le droit : conflit entre États (conflit armé), volonté de révolte contre l'ordre juridiquement organisé. D'autre part, le conflit peut aussi être une situation de droit dans le droit : un conflit de normes ou un conflit entre institutions juridiques.*

Le droit du conflit : *le " conflit saisi par le droit ". Une fois le conflit survenu, le droit offre des moyens pour y mettre fin : régler une situation conflictuelle peut être perçu comme une des fonctions du droit. Le recours au juge ou l'appel à un arbitre, le droit de la guerre et même le droit de la concurrence sont autant d'instruments juridiques permettant de réglementer une solution au conflit.*

**Les Synopses sont à envoyés pour le 24 novembre 2008 et
les articles sont à rédigés pour le 15 janvier 2009**



OCTOBRE 2008