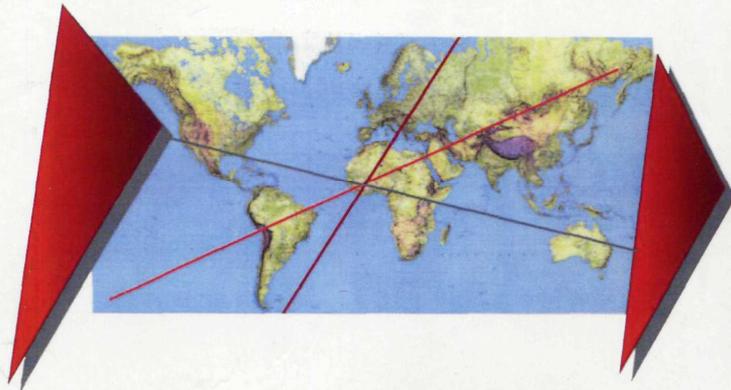






# *Ecriture du droit*



*sous la direction de Nguyen Ngoc Dien*



Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

**ECRITURE DU DROIT**



**CIFDUF**

**ECRITURE DU DROIT**

par Nguyen Ngoc Dien, Mamadou Badji, André Cabanis,  
Christian Grellois, Henry Roussillon et Laurent Sermet

**Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole**

**Copyright et diffusion : 2014**

**Presses de l'Université  
Toulouse I Capitole  
2 rue du doyen Gabriel Marty  
31042 Toulouse cedex**

**ISBN : 978-2-36170-090-4**

## TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION par Nguyen Ngoc Dien.....	9
CHAPITRE 1 : L'ECRITURE DU DROIT ET L'INTEGRITE PUBLIQUE. REFLEXIONS SUR LA LOI ENTOUREE D'INTERETS OPPOSES par Nguyen Ngoc Dien.....	19
CHAPITRE 2 : CITOYENNETE, DEMOCRATIE PARTICIPATIVE ET DEVELOPPEMENT DURABLE par Christian Grellois.....	41
CHAPITRE 3 : COMMENT ECRIRE LES DROITS DE L'HOMME ? par Laurent Sermet.....	69
CHAPITRE 4 : CITOYENNETE ET GOUVERNANCE DANS LE CADRE DE LA REDACTION DES CONSTITUTIONS par Henry Roussillon et André Cabanis.....	87
ECRITURE ET ENSEIGNEMENT DU DROIT par Mamadou Badji.....	109



## INTRODUCTION

**par Nguyen Ngoc Dien,  
professeur à l'Université d'économie et de droit  
(HCM ville – Vietnam)**

Jusqu'à une période récente, nos prédécesseurs dans la pratique et l'enseignement du droit fondaient leurs raisonnements sur la certitude rassurante que *nul n'est censé ignorer la loi*. Cette formule, héritée d'analyses vieilles de plus de deux mille ans, littéralement reprises du droit romain et même de la philosophie grecque, reposait sur cette considération de bon sens qu'il serait hasardeux d'accepter qu'un citoyen puisse se libérer de l'obligation de respecter la législation simplement en excipant de ne pas la connaître ou de ne pas la comprendre. Ce serait trop facile, ce qui impose de présumer que nous sommes tous parfaitement au courant. De nos jours, l'on ne peut plus s'en tenir à une affirmation aussi commode. Au-delà du devoir de s'informer, chacun se considère en droit d'être informé. L'exercice du pouvoir a perdu de ce caractère mystérieux qui était censé le protéger de la contestation. L'exigence de transparence est présentée avec de plus en plus de véhémence, qu'il s'agisse de la vie politique, des institutions administratives, du fonctionnement de la justice, du monde des affaires... Les membres de la société considèrent comme légitime que leur soit fournie l'intégralité des renseignements dont ils ont besoin pour effectuer leurs choix personnels en toute connaissance de cause et en toute sécurité.

Le droit doit tenir sa place dans ce processus. Un peu partout dans le monde, les pouvoirs publics se sont engagés dans un important programme de mise à disposition des textes officiels, notamment à l'aide d'espaces interactifs sur internet. Il y a quasi un droit des citoyens à pouvoir comprendre la réglementation. Une décision du

Conseil constitutionnel français a reconnu « le principe de clarté de la loi », par référence à l'article 34 de la Constitution (notamment : Cons. const. n° 98-401 DC, 10 juin 1998, cons. 10 ; n° 2001-451 DC, 27 nov. 2001, cons. 13), en liaison avec celui de sécurité juridique. Ce principe doit être pensé en étroite relation avec un objectif à valeur constitutionnelle fondé sur différents articles de la déclaration de 1789 : « l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi » (notamment Cons. const., n° 2005-514 DC, 28 avr. 2005, cons. 14). Applicable à la loi, cet objectif l'est évidemment aux textes réglementaires ce qui peut se traduire par une censure de la part du Conseil d'État lorsqu'ils n'y répondent pas (CE, 29 oct. 2013, req. n° 360085)..

En même temps que s'exprime de plus en plus clairement la demande sociale en faveur d'un droit d'accès et de compréhension au regard des normes imposées par les pouvoirs publics, se développe un réquisitoire systématique contre les formes modernes que prend la règle de droit. Les chefs d'accusation sont nombreux. Chacun s'accorde à dénoncer l'inflation législative et réglementaire. Les textes se superposent avec une rapidité et une abondance telles que l'exploration des couches sédimentaires progressivement accumulées, s'apparente au travail du spéléologue. Si l'effort de codification à droit constant, avec de fréquentes mises à jour, doit permettre d'accéder aux dispositions les plus récentes, sans trop de craintes de se fonder sur des textes périmés, il n'en reste pas moins qu'il ne protège pas contre la coexistence de formulations contradictoires entre lesquelles le justiciable ne sait pas à l'avance laquelle sera privilégiée par le juge. S'y ajoute la perspective d'oublier une condition importante de fond ou de forme. En outre, cette technique de codification, avec rassemblement des normes dans chaque domaine régi par le droit et mise à jour quasi en temps réel, aboutit parfois au vote d'articles de loi quasi incompréhensibles, limités à l'indication des membres des phrases ajoutés ou retranchés. Le beau langage juridique y perd.

Le style du législateur est en effet de plus en plus contourné. Les formules technocratiques, avec leurs modes successives et inconnues du grand public, le disputent au souci du Parlement de privilégier, y

## Introduction

compris dans les dispositions les plus contraignantes, des formules apaisantes, placées sous le signe de l'euphémisme pour ne pas choquer les électeurs. La clarté des normes n'y gagne pas. Au surplus et sans imaginer des arrière-pensées telles que des régimes autoritaires pourraient être tentés de privilégier l'ambiguïté des textes pour conforter leur pouvoir, l'on ne peut exclure que, dans certains cas, quelques administrations, par exemple fiscales, s'accommodent de dispositions imprécises pour faire pression sur des contribuables rendues vulnérables par une ignorance programmée. Il faut y ajouter, de façon moins perverse mais tout aussi mystérieuse pour l'administré, la nécessité de parvenir à des compromis pour obtenir les majorités nécessaires au vote des lois les plus controversées. Il convient que chaque député y trouve son compte, au fil des amendements proposés dans le cadre des travaux de commissions où l'obscurité de la formulation favorise le consensus. On connaît la définition du chameau selon Churchill : « un cheval dessiné par une commission ». De fait, il est des lois qui relèvent de la tératologie. Un peu partout dans le monde, le citoyen se sent désarmé, face à des textes surabondants et opaques.

Le livre qui est proposé ici correspond donc à une préoccupation très actuelle et à un débat très nourri. La répartition des thèmes entre les divers auteurs tend à balayer un champ aussi large que possible, avec des points de vue divers encore que parfois complémentaires. L'on n'a pas choisi de centrer chaque contribution sur l'analyse d'une branche du droit, même si les principales sont bel et bien traitées : le droit des libertés publiques, le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit privé, le droit des affaires, etc. Un découpage des contributions exclusivement fondé sur un tel critère aurait sans doute abouti à un ouvrage trop descriptif, oubliant ce que les différents modes de rédaction peuvent avoir de commun quel que soit l'aspect de la réalité sociale à laquelle ils s'appliquent. Si l'étude disciplinaire n'est pas négligée, d'autres approches ont été adoptées, transversales, à certains égards plus techniques mais aussi plus éclairantes sur le rapport des juristes à leur espace de travail. Ainsi en va-t-il de l'évocation des intérêts divergents qui s'affrontent dans

l'arène politique, là où se déploient les processus compliqués qui président à l'élaboration des lois. C'est un véritable défi qui est lancé à tous les Parlements des cinq continents lorsqu'il leur est imposé d'arbitrer entre des groupes de pression aux exigences diverses, de faire triompher l'intérêt général et de demeurer dans les limites fixées par les systèmes de normes de niveau supérieur, international ou constitutionnel. C'est dire l'importance des organes de contrôle destinés à vérifier la compatibilité de chaque composante de l'ordre juridique avec l'ensemble du dispositif légal et réglementaire. Au fur et à mesure que se dilate l'espace régi par le droit jusqu'à prétendre accompagner le citoyen jusque dans sa vie quotidienne, ce travail d'harmonisation devient de plus en plus nécessaire et difficile.

A côté des règlements intérieurs lourds et complexes qui président aux travaux parlementaires, se fait jour de façon de plus en plus véhémente, le désir des citoyens d'être associés à l'élaboration des normes destinées à les régir. Les pouvoirs publics s'efforcent de répondre à cette exigence. Les principes de la démocratie participative s'imposent un peu partout. Les vieilles procédures d'enquête publique qui devaient précéder certaines opérations susceptibles de léser les intérêts privés, afin de leur permettre de s'exprimer, ne sauraient, de toute évidence, épuiser l'attente des populations désireuses d'exprimer leurs choix individuels et collectifs. A côté de procédés un peu traditionnels comme la distribution de questionnaires, l'appel aux nouvelles techniques d'information et de communication débouche sur l'utilisation généralisée d'internet. Il ne suffit pas de mettre à disposition du public les moyens de s'exprimer, il faut aller au devant de ceux qui n'ont pas l'habitude de participer à ces opérations. Il faut éviter tout ce qui pourrait relever du faux semblant et de l'alibi. Il est facile de paraître interroger les intéressés, puis de n'en tenir aucun compte. Des autorités indépendantes doivent garantir l'honnêteté de la consultation, veiller à une synthèse honnête des résultats et faire en sorte que ces derniers soient intégrés au moment opportun dans le processus de prise de décision. C'est d'autant plus compliqué que les décideurs ne souhaitent pas forcément l'irruption des forums informatiques, ni du citoyen expert

## Introduction

dans leurs débats jusqu'alors très refermés sur eux-mêmes. Ils y sont contraints, notamment lorsque de grandes opérations d'aménagement menacent l'environnement et que l'opinion publique s'enflamme.

Il est des circonstances plus rares et, d'un certain point de vue, plus dramatiques, où la prise en compte des souhaits du corps social est indispensable, sauf à s'exposer à des réactions violentes. Ainsi en va-t-il dans ces périodes un peu exceptionnelles dans la vie d'un pays, lorsque sont rédigées les déclarations des droits fondamentaux des citoyens ou les constitutions destinées à régir durablement une nation en phase de reconfiguration politique. Là aussi, les modes classiques de rédaction ne sauraient plus suffire, confiée jusque là à des commissions de spécialistes, fussent-elles peuplées de professeurs de droit. Il convient d'inviter, au sein du processus d'élaboration, des partenaires jusqu'alors négligés, des institutions porteuses des pratiques ancestrales, des représentants de courants culturels, religieux ou simplement éthiques, des membres de la société civile... Il est nécessaire d'associer juridicité, normativité et pluralisme. Avec l'invention des « conférences nationales », l'Afrique francophone a apporté une contribution importante au constitutionnalisme moderne. Dans le cadre de la transition démocratique des années 1990, il s'agissait de sortir d'un système bloqué par des structures politiques à prétention totalitaire, et de rendre la parole aux membres d'une société dont les réseaux habituels d'expression avaient été réduits au silence. D'imposantes assemblées ont été ainsi mises en place, regroupant tous les groupes jusqu'alors stigmatisés : chefs traditionnels présentés auparavant comme porteurs de valeurs archaïques, autorités religieuses soupçonnées de prétentions abusives, milieux économiques qualifiés de bourgeoisie compradore, responsables administratifs taxés de conservatisme... Des débats fort animés et une organisation parfois un peu improvisée n'ont pas empêché l'élaboration de textes encore en vigueur dans leurs grandes lignes, actuellement.

Une préoccupation constante sourd à chaque page de ce recueil : le refus du *mimétisme juridique*, pour utiliser un autre terme à la mode. C'est à juste titre que les nouveaux Etats-nations apparus au XX<sup>e</sup>

siècle, au terme de luttes héroïques pour arracher leur indépendance, entendent se doter de leur propre système de normes. Un néo-colonialisme juridique ne saurait remplacer le colonialisme politique, ni se surajouter au néo-colonialisme économique. Les règles en vigueur dans chaque communauté nationale doivent émaner des représentants légitimes de ces communautés et correspondre aux valeurs, aux spécificités et aux pratiques habituelles de leurs membres. Cette volonté de rejeter tout ce qui pourrait relever d'une forme d'impérialisme juridique n'interdit pas les coopérations, ni les recherches conduites en commun comme en témoigne ce livre mais ces dernières ne sauraient déboucher sur des influences unilatéralement orientées. S'il est des domaines comme le droit des transactions internationales où peuvent se concevoir des rapprochements, cela ne saurait s'appliquer à des espaces qui touchent à l'intimité de chaque société comme le droit de la famille, aux notions les plus profondément ancrées comme en droit foncier ou à ce qui pourrait offenser les souverainetés nationales comme le droit constitutionnel. D'une façon générale, il semble utile de rechercher dans les législations étrangères des institutions, des mécanismes, des formules ayant fait leurs preuves dans le cadre d'expérimentations loyales et prolongées. Ces dernières peuvent constituer une source d'inspiration mais toujours dans le respect des spécificités locales et sans sacrifier à des modes qui peuvent se révéler fugaces ou –pire– inadaptées. S'il est un domaine où une certaine forme de nationalisme ne saurait être critiquée, c'est bien dans celui des législations propres à chaque pays.

L'effort de développement d'un droit authentiquement national mais ouvert sur l'extérieur, est inséparable de la mise en place d'institutions d'enseignement supérieur de haut niveau. Notre publication ne néglige pas cette dimension. Nombre d'Universités du monde francophone sont apparues dans des conditions telles que l'influence de l'ancienne métropole continue de s'y faire sentir, au moins par les normes formelles qui imprègnent les méthodes d'enseignement et de recherche. Il n'en reste pas moins que l'évolution se fait très naturellement, pour chacun, dans des directions

## Introduction

spécifiques, déterminées par les autorités nationales, parfois en cherchant l'inspiration dans des institutions académiques relevant de logiques différentes, notamment britanniques, américaines ou allemandes. De ce point de vue, la synthèse présentée ici ne fait l'impasse sur aucun de ces aspects. Elle se présente sous la forme d'un large panorama des diverses formes de l'enseignement supérieur, dans l'ancien comme dans le nouveau continent. Elle oppose la tradition anglo-saxonne, fondée sur la *case method* aux modes de raisonnements de type romano-germanique, fondés sur la définition de catégories juridiques. Elle montre les implications de ces différences sur la pédagogie et sur les programmes d'enseignement. Elle va au-delà des apparences et révèle à la fois les évolutions dont chacun des systèmes a été l'objet, parfois les rapprochements qui les ont affectés. On sait d'ailleurs que les Universités européennes n'ont pas le monopole de l'ancienneté et qu'elles ont été précédées, à tout le moins accompagnées par des institutions qui leur étaient contemporaines, y compris dans des pays se réclamant de la francophonie, ainsi au Maghreb et en Asie du sud-est.

De ce dernier point de vue, nul doute que l'on ne peut se contenter d'évoquer des valeurs et des systèmes placés sous le signe de l'eurocentrisme. On a commencé cette introduction en soulignant que notre époque est particulièrement attentive à l'intelligibilité du droit. C'est loin d'être une nouveauté. L'on peut en trouver un témoignage dans un texte vieux de 2 500 ans, dans un extrait des *Dialogues* de Confucius, plus précisément dans un échange avec son disciple préféré, Zilu (chapitre XIII, 3). Cet extrait présente notamment l'intérêt de nous entraîner un peu loin de ce qui est notre champ d'investigation habituel et de montrer qu'en Asie aussi et depuis longtemps, la question de la langue appropriée au droit se pose clairement. Le *Dialogue* démarre avec une interrogation adressée au maître, lui demandant ce qu'il ferait en premier s'il accédait au pouvoir politique. La réponse peut surprendre : « Je commencerais par établir l'usage correct de la terminologie ». Et d'ajouter, devant l'étonnement de son interlocuteur : « Si la terminologie n'est pas exacte, tout le discours est désordonné ; si le discours est informe, les

ordres ne peuvent être exécutés, il est impossible de rétablir les formes et les rapports sociaux convenables ne sont pas rétablies, la justice manquera son but ; si la justice ne règne pas, le peuple ne saura plus quelle ligne de conduite adopter. Quand le sage promulgue une nouvelle loi, il sait l'énoncer en termes précis et clairs si bien que, quand il donnera un ordre, il sera exécuté sans discussion. Le sage n'emploie jamais de termes vagues. » L'on ne saurait mieux dire, ni si tôt.

C'est peut-être, ici, le moment de revenir à la francophonie. Dans cette recherche d'un droit aussi clair et simple que possible, aisément compréhensible en un mot, la langue française doit apporter sa contribution. Il n'est pas question de prétendre qu'elle puisse se targuer d'une sorte de supériorité absolue, *a fortiori* d'un droit à quelque monopole que ce soit. On sait que la Francophonie se réclame au contraire du pluralisme linguistique, d'une hostilité à toutes les positions dominantes. Il n'en reste pas moins que, parmi les atouts que l'on reconnaît en général à cette langue que nous avons en partage, figurent des qualités telles que la précision terminologique, la rigueur grammaticale, le refus de l'ambiguïté ou de l'imprécision. D'autres langues à vocation internationale ne se caractérisent pas toujours par le même souci de rigueur, ce qui en rend d'ailleurs l'apprentissage plus aisé mais aussi l'utilisation plus hasardeuse. On songe par exemple aux affrontements nés de la différence entre les versions française et anglaise de la résolution 342 du Conseil de sécurité au sujet des terres conquises par l'armée israélienne, la première prévoyant le départ « des territoires occupés » ce qui est sans ambiguïté tandis que le texte anglais prescrit un abandon « from occupied territories » ce qui n'implique pas que tout doit être libéré et qui change complètement le sens.

On ne peut se fonder là-dessus pour en tirer des conséquences générales. On se souvient cependant que ce fut l'une des grandes ambitions des révolutionnaires français de 1789 que de mettre à la disposition des citoyens des lois aisément compréhensibles, courtes, rédigées en termes si simples que chacun puisse les comprendre sans l'aide d'aucun homme de loi, d'aucun avocat notamment, cette

## Introduction

profession étant d'ailleurs supprimée. D'un certain point de vue, c'est ce que Napoléon voulut réaliser avec son code civil, d'un style limpide et explicite qui en fait un modèle. C'est ce qui explique le conseil formulé par Stendhal qui conseillait d'en lire, chaque jour deux ou trois pages, pour améliorer son style, « afin d'être toujours naturel » (lettre à Honoré de Balzac, 30 octobre 1840). Il n'est pas sûr que l'on puisse adresser le même compliment à notre législation moderne. Ce livre n'est donc pas la description béate d'un monde juridique idéalisé. Il se veut aussi une contribution à l'amélioration de la *légistique*, enjeu majeur de notre temps.



## Chapitre 1

### L'ECRITURE DU DROIT ET L'INTEGRITE PUBLIQUE REFLEXIONS SUR LA LOI ENTOUREE D'INTERETS OPPOSES

par Nguyen Ngoc Dien,  
professeur à l'Université d'économie et de droit  
(HCM ville – Vietnam)

#### 1. Objectif du droit

**L'ordre social et la justice sociale.** La doctrine juridique occidentale soutient que le droit, en ce sens qu'il s'agit de l'ensemble de règles de conduite créées ou reconnues par l'autorité publique et dont l'observation est garantie par celle-ci, a pour objectif la défense et la garantie de l'ordre social<sup>1</sup>.

Pour sa part, l'ordre social peut être conçu de différentes manières, notamment en fonction des points de vue idéologiques. De toute façon, il existe selon Aristote<sup>2</sup>, un ordre universel caractérisé par l'établissement d'un double principe de justice. Il s'agit d'une part de la justice commutative et d'autre part, de la justice distributive.

La justice commutative est fondée sur l'égalité arithmétique ou encore sur l'égalité dans les rapports humains bilatéraux. Elle exige le maintien ou le rétablissement de l'équilibre dans les relations entre deux personnes : l'acheteur doit payer au vendeur le prix d'achat du bien vendu selon les termes du contrat de vente ; le voleur doit restituer le bien volé à la victime du vol... Tout particulièrement, lorsqu'une personne subit un dommage matériel ou moral qui ne

---

<sup>1</sup> H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. I, 1<sup>er</sup> vol., *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, Paris, t. 1, q. 1, 1986 par F. CHABAS, p. 10.

<sup>2</sup> Voir, par exemple, V.C. DESPOTOPOULOS, *Les concepts de juste et de justice selon Aristote*, Archives philosophie droit, Paris, 1969, p. 283 et s.

découle ni de sa faute, ni d'une cause fortuite, elle est logiquement et justement en droit de rechercher quelqu'un à qui elle peut judicieusement imputer ce dommage en démontrant devant le tribunal que c'est celui-ci qui est l'auteur de l'acte générateur du préjudice subi.

La justice distributive, pour sa part, se fonde sur l'égalité dite géométrique ou encore sur l'égalité dans les rapports humains multilatéraux. Elle préconise la distribution de la richesse en fonction des mérites des membres de la société. Le mérite social est une notion complexe qui se réfère essentiellement au dévouement, à la contribution d'un membre de la société au développement social. Ainsi, le salarié est en droit de toucher une rémunération correspondant à la valeur économique de son travail ; l'auteur d'un ouvrage scientifique ou artistique mérite de jouir des droits d'auteur sur son œuvre... Il existe également des cas dans lesquels l'appréciation du mérite repose non sur la contribution de l'intéressé à l'enrichissement social mais sur la valeur sociale ou morale qu'il représente. Ainsi, en cas de décès du père qui n'a pas laissé de testament, son héritage est attribué à son fils, et non à d'autres membres de la famille ou encore de la société, puisque cela est conforme à la politique étatique de protection de la famille-cellule de base de la société.

La distribution d'intérêts matériels en faveur de telle ou telle personne implique le refus d'attribution des intérêts en question au profit du reste de la société. La justice distributive paraît donc se fonder sur l'injustice ; mais cette injustice apparente comporte une justice en son sein : l'agent de police réprime et sanctionne les conducteurs qui ne respectent pas le feu rouge dans le souci de protéger ceux qui tentent de traverser le carrefour en profitant du feu vert en conformité avec le Code de la route ; le directeur d'une école attribue des bourses à des étudiants qui se trouvent dans des conditions de vie difficiles et non à tous ses étudiants ; la loi met en place un régime de protection particulier en faveur des incapables et non de tous les sujets de droit. En fin de compte il serait injuste de traiter toutes les personnes en les plaçant sur un pied d'égalité

matérielle de manière purement mécanique, sans distinction entre le travailleur et le paresseux, le talentueux et le banal, le riche et le pauvre, celui qui est physiquement normal et celui qui est handicapé...

En d'autres termes, la justice distributive, qui établit l'égalité dans les rapports multilatéraux, est au fond une injustice légitime. Elle est injuste puisqu'elle crée une situation caractérisée par la coexistence des bénéficiaires et des non bénéficiaires d'un même intérêt ; cependant, elle est légitime parce qu'elle est adaptée à la position et à la situation de chaque intéressé.

## **2. Le défi à l'égard de la réalisation de l'objectif du droit**

Le droit, à supposer qu'il émane d'un partisan de la justice, se trouve en réalité de manière permanente confronté au risque de s'éloigner de son objectif. Les causes de ce risque sont très diversifiées. Il existe cependant deux causes principales : une cause subjective étroitement liée au rôle du législateur ; une cause objective qui résulte de l'intervention des personnes intéressées à la formation d'une norme juridique.

**Cause subjective.** Le rédacteur de la loi, par qui l'on entend la personne qui écrit les dispositions composant les textes de loi, est évidemment un homme ou une femme comme les autres. Plus précisément, il s'agit d'un être vivant qui, tenté en même temps et de manière permanente par le bien comme par le mal, agit en fonction de son choix entre ces deux tendances opposées. Le rédacteur de la loi a vocation à vivre comme tout le monde, c'est-à-dire surtout et en principe pour la défense de ses propres intérêts. D'une part, les caractéristiques personnelles du législateur peuvent souvent être retrouvées dans l'esprit même des textes de loi qu'il a contribué à rédiger. D'autre part, s'agissant de la rédaction d'une disposition juridique qui met en cause ses intérêts personnels, il est naturellement amené à chercher avant tout à se donner satisfaction. Etant membre d'un organisme, d'un groupe, il penche à faire de la

loi un cadre convenable pour le fonctionnement de son organisme ou pour l'objectif poursuivi par son groupe<sup>3</sup>.

Au plan professionnel, le rédacteur de la loi possède ses propres capacités et se met au service de la société dans la mesure de ses compétences scientifiques et intellectuelles. Son appréciation et son jugement peuvent être limités par ses connaissances, ses conceptions et ses préjugés. Il n'est pas non plus exclu que, pour diverses causes, il commette des erreurs dans l'exercice de ses fonctions, dans l'accomplissement de ses tâches. Des erreurs commises dans le cadre de l'analyse des solutions proposées du point de vue de la justice distributive pourraient amener à prendre de mauvaises décisions ayant pour conséquence l'attribution de la richesse au profit des mauvaises personnes et au détriment des autres.

**Cause objective.** Dans le cas où la loi est destinée à résoudre un problème quelconque qui se heurte à tel ou tel intérêt, les personnes intéressées ne veulent évidemment pas se mettre à la merci du législateur. Le plus souvent elles cherchent au contraire à influencer le législateur en vue d'encourager la formation de règles convenables en leur faveur. A cet effet, les démarches peuvent être effectuées de différentes manières : publique ou non, officielle ou officieuse, directe ou indirecte...

---

<sup>3</sup> Au Vietnam, presque tous les projets de loi sont préparés sous l'égide du gouvernement. C'est normalement le ministère compétent qui, dans le souci de maîtriser les outils juridiques nécessaires à l'exercice de ses fonctions, prend l'initiative d'élaborer une loi qu'il soumet à l'Assemblée nationale. Il est évident qu'un ministère fait les lois dans le but de faciliter ses activités plutôt que de se créer des difficultés. Il arrive pourtant qu'un avantage pour une personne implique un inconvénient pour d'autres. Un certain nombre de lois ont été critiquées du fait qu'elles ne tiennent compte que des intérêts du ministère initiateur du projet de loi concerné à l'exclusion des autres. La situation en France est plus ou moins semblable : il est tout à fait possible pour un député de faire une proposition de la loi qu'il soumet au parlement ; mais, dans la plupart des cas, la loi découle plutôt d'un projet rédigé par les soins d'un ministère.

Le problème devient délicat lorsque la loi est appelée à trancher un conflit d'intérêts. Le législateur pourrait alors être séduit par des personnes qui défendent des intérêts opposés et par suite être contraint à prendre parti. Il n'est pas exclu que le groupe qui a fait les démarches les plus efficaces ne représente pas les intérêts à privilégier du point de vue de la justice.

**Conséquences différentes des objectifs de la loi : l'opposition du peuple à l'autorité publique.** Il est vrai que l'homme n'agit jamais volontairement contre ses propres intérêts. Lorsque la loi comporte des règles de conduite contraires à la volonté de l'homme, il ne peut absolument pas y avoir, au fond de son cœur, acceptation de respecter ces règles. Le problème est facile à surmonter dans le cas où l'intérêt en question n'est pas légitime : l'intéressé est obligé d'observer strictement la loi sous peine de subir des sanctions légales et la critique sociale.

Les choses deviennent plus compliquées lorsque l'intérêt exclu du champ de protection de la loi n'est pas illicite mais paraît acceptable, voire légitime. Dans ces cas, la société se trouve en face d'une loi déraisonnable, sinon injuste. L'Etat est certes en mesure de contraindre les citoyens à se comporter et à agir en conformité avec la loi, qu'elle leur soit ou non convenable. Cependant, pour soumettre avec succès la société à une mauvaise loi, l'Etat devra construire et maintenir de manière permanente un mécanisme de répression capable de couvrir l'ensemble de l'espace social. Le plus souvent, le respect d'une mauvaise règle de droit ne peut être assuré que par la contrainte de l'autorité publique.

Il en découle que si le droit est essentiellement injuste, l'ordre social ne devrait reposer que sur la violence policière pour se maintenir. Cela ne peut être la caractéristique de l'Etat de droit. On ne peut non plus parler, dans ce contexte, de développement, de progression, d'une manière générale de promotion des valeurs sociales dont jouit l'ensemble la communauté.

L'ordre juridique qui ne repose pas sur un principe de justice, notamment sur un principe de justice distributive, risque de pousser

la société dans le désordre du fait de la contestation et de l'inobservation de la loi par le peuple. Le pape Jean XXIII souligne<sup>4</sup> : « La législation humaine ne revêt le caractère de loi qu'autant qu'elle se conforme à la juste raison ; d'où il apert qu'elle tient sa vigueur de la loi éternelle. Mais dans la mesure où elle s'écarte de la raison, on la déclare injuste, elle ne vérifie pas la notion de loi, elle est plutôt une forme de la violence ».

### **3. Mesures concevables pour l'élimination du risque d'écart par rapport aux objectifs de la loi**

#### **3.1. Démocratisation de la procédure d'élaboration de la loi**

##### *3.1.1. Principes fondamentaux*

##### **La loi doit émaner de l'organe investi du pouvoir législatif.**

Conçue comme un ensemble de règles de conduite destinées à régir le comportement des citoyens sans distinction tenant aux appartenances sociales, aux situations économiques, aux religions ou aux niveaux culturels, la loi doit être élaborée de manière à promouvoir la participation des membres de la société à la détermination de son contenu. Dans une certaine mesure, elle est considérée comme une convention entre les membres de la société. Elle est reconnue par l'autorité publique et son exécution est garantie par les forces détenues par cette dernière. En cas de division au sein de l'opinion publique, la solution d'un problème juridique résulte de l'application du principe démocratique, c'est-à-dire d'un vote à la majorité.

Il en découle qu'en principe, la loi doit être l'oeuvre de l'organe investi du pouvoir législatif. Théoriquement, cet organe reflète la structure de la société. C'est le lieu où se réunissent des représentants de différents cercles et des différents intérêts. Chacun défend les intérêts du groupe qui lui donne mandat<sup>5</sup>. La plupart du temps, un

---

<sup>4</sup> V. H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, p. 37.

<sup>5</sup> Il est dit au Vietnam que, sous le régime socialiste, le député représente les électeurs de toute la nation et pas seulement du groupe d'électeurs qui ont voté pour lui et qui se caractérisent par les similitudes pour ce qui concerne

projet de loi est conçu à l'initiative d'un petit groupe de personnes. Ensuite, la discussion et les analyses conduites dans le cadre des débats parlementaires apportent des changements au contenu du texte du projet de loi, ce qui a pour effet d'estomper peu à peu l'empreinte du premier rédacteur dans le texte et par suite de l'imprégner petit à petit de la pensée de la masse.

**Provoquer et faciliter la contribution de la société à l'amélioration de la qualité des projets de loi.** Soumettre un projet de loi à la critique de la société permet d'obtenir des commentaires et des remarques intéressants du public. Ces commentaires et ces remarques sont utiles au perfectionnement de chaque projet de loi, notamment en fonction du critère d'acceptation de la solution du droit par la pratique.

Pourtant, la loi dite « pour tout le monde » n'est pas nécessairement le résultat de la contribution directe de tout le monde à son élaboration. L'écriture d'une loi est un travail particulièrement technique et la loi elle-même est un document technique dont la lecture sérieuse suppose la possession par le lecteur de connaissances juridiques ainsi que la maîtrise d'une méthode d'approche convenable. De ce qui précède, il paraît clair qu'il ne faut pas chercher à provoquer la réaction de tous les membres de la société sur la rédaction d'un projet de loi : cela n'est ni utile ni raisonnable.

Autrement dit, s'agissant de l'amélioration d'un projet de loi à partir des commentaires du public, il suffit de provoquer la réaction des cercles sociaux ou professionnels et des intellectuels intéressés (experts dans le domaine concerné et juristes spécialisés). Le simple

---

la profession, l'appartenance sociale, le niveau culturel, le point de vue politique et social... V. NGUYỄN Chí Dũng, “*Vận động hành lang*” trong hoạt động lập pháp các nước và xu hướng ở Việt Nam (*Le « lobby » dans la vie parlementaire du Monde et la tendance au Vietnam*), Travaux du colloque sur “*Phát huy vai trò của các nhà khoa học trong hoạt động lập pháp*” (« *La promotion du rôle des scientifiques en matière d'élaboration de la loi* »), Tạp chí Nghiên cứu lập pháp (Revue Législative), Ho Chi Minh ville, août, 2006.

citoyen exerce son droit de commenter des projets de loi de manière plus efficace par l'intermédiaire de son député au Parlement.

*3.1.2. Encadrement juridique des démarches faites par des groupes d'intérêt*

**Nécessité de l'encadrement.** S'appuyer sur sa position économique, politique et sociale pour intervenir dans la formation de la loi comme dans son application est un phénomène social qui existe partout et en tous temps. Chacun souhaite pouvoir utiliser la loi comme un outil qui serait à son service dans sa vie sociale, notamment pour la défense de ses intérêts, et qui ne serait pas un obstacle.

Dans la mesure où les intérêts poursuivis par les groupes peuvent être de nature diverse, les démarches faites par ces groupes auprès des rédacteurs de la loi ainsi que des autorités compétentes en matière d'application de la loi risquent de prendre l'allure d'une dispute éliminatoire, l'un cherchant à gagner ce que l'autre perd. Ici il y a des personnes qui sont avantagées, ailleurs il y en a d'autres qui sont exclues, voire mal traitées. Prenons un exemple : en décidant d'autoriser les entreprises pétrolières à augmenter le prix de vente du carburant, les autorités compétentes contraignent les consommateurs à payer (c'est-à-dire à perdre) davantage pour acheter la même quantité de carburant. De même, approuver le projet de création d'un parcours de golf implique que les autorités publiques refusent aux paysans qui vivent dans la zone concernée de continuer à y habiter et à y cultiver.

Supposons que le jeu se déroule sous l'empire des lois de la nature, fondées sur le principe selon lequel « le fort gagne, le faible perd ». Dans une telle situation, il serait certain qu'en fin de compte, les terrains de rédaction et d'application de la loi seront occupés par les plus forts. Le système juridique serait alors divisé en deux ensembles correspondant à la division de la société en partie gagnante et en partie battue. Les avantages et les garanties seraient réservés à la partie dominante qualifiée aussi de classe supérieure ;

les charges et les risques pèseraient essentiellement sur les épaules de la partie faible, sur la classe dite inférieure<sup>6</sup>.

Nous pouvons à partir de là constater un défi pour le législateur et l'autorité publique : il s'agit de s'assurer que la loi joue son rôle de conciliateur des intérêts opposés et qu'elle est appliquée conformément à son esprit.

Pourtant, il est impossible d'interdire les démarches effectuées par les particuliers auprès du législateur et des autorités compétentes, en vue d'obtenir des solutions juridiques qui leur soient avantageuses. Chercher à influencer le législateur ou l'autorité publique en vue d'obtenir une décision favorable n'est pas en soi un acte illicite. Les démarches ayant un caractère abusif peuvent néanmoins conduire à l'adoption de décisions déraisonnables, voire injustes qui risquent de bouleverser la protection normale des intérêts<sup>7</sup>. La question qui se pose est donc de savoir comment faire pour bien organiser ces démarches, pour s'assurer qu'elles se déroulent de manière transparente et sereine.

Dans les pays avancés, tels que les Etats-Unis<sup>8</sup>, les démarches de ce genre (*lobby*) sont juridiquement encadrées par des lois spécialisées. *A priori*, toute personne est en droit de faire les démarches jugées par elle nécessaires et utiles pourvu qu'elles ne soient pas contraires à la loi. En réalité, les pressions auprès des

---

<sup>6</sup> Nous pouvons ainsi nous rendre compte de ce que paradoxalement dans les sociétés mal organisées, plus on est riche et plus la position sociale est élevée, plus les émoluments, plus les faveurs viennent facilement. En revanche, plus on est pauvre et plus la position sociale est modeste, plus le fardeau de la vie humaine est lourd.

<sup>7</sup> En réalité il est difficile de faire une distinction entre démarches appuyées par des cadeaux et le versement de pot-de-vin. Dans de nombreux pays, il est interdit par la loi anti-corruption de donner à un fonctionnaire des choses dont la valeur pécuniaire dépasse un certain seuil. La violation de cette règle suffit au plan objectif pour retenir une infraction de corruption. De même, le sur-salaire anormal pourrait être considéré comme une sorte de détournement de la loi anti-corruption... Malgré tout cela, la confusion entre l'altruisme, l'amitié et l'intention de soudoyer, demeure.

<sup>8</sup> Pour une description de l'expérience des pays avancés : NGUYỄN Chí Dũng, *op. cit.*

rédacteurs de la loi revêtent un caractère technique de sorte qu'elles ne peuvent être conduites efficacement que par des professionnels et non par des profanes. Les professionnels en matière de *lobby* se regroupent au sein d'organismes spécialisés enregistrés. Ils sont soumis à une stricte déontologie dans l'exercice de leur profession. Tout cela est destiné à assurer le caractère moral et légal des activités professionnelles de *lobby* ainsi que la transparence et la sérénité de cette pratique de *lobbying*.

Les faibles ne sont cependant pas dépourvus de moyens de défense dans ce contexte. Ils peuvent prendre la parole en vue de défendre leur intérêt par l'intermédiaire des associations dont ils sont membres.

**Modalités de défense des intérêts par voie de *lobby*.** En principe, chaque groupe d'intérêt, par l'intermédiaire de son représentant professionnel, peut s'adresser au rédacteur de la loi pour exprimer ses souhaits concernant la formation de la règle qui risque de heurter ses intérêts. Il vaut mieux pourtant, dans la mesure où tous les intérêts en cause sont légitimes, que les représentants professionnels des groupes d'intérêts se rencontrent dans le cadre de discussions publiques, directes et multilatérales en présence des rédacteurs de la loi, en vue d'un accord sur une solution juridique qui assure l'équilibre entre les intérêts en question<sup>9</sup>. Cela suppose l'intervention du législateur pour qu'il édicte les règles nécessaires à l'organisation de telles rencontres.

C'est aussi parce que les démarches se déroulent de manière publique et transparente que la société, c'est-à-dire le peuple, se trouve en mesure de suivre et de surveiller les détenteurs du pouvoir dans leurs réflexions et leurs choix pour la solution des problèmes

---

<sup>9</sup> Il arrive pourtant qu'après discussion, la solution retenue par le législateur soit tout de même partielle, c'est-à-dire en faveur d'un groupe et au détriment des autres. Il conviendrait donc d'accorder aux particuliers le droit de saisir une juridiction pour demander l'annulation ou au moins la neutralisation d'une loi en application du principe du contrôle de la constitutionnalité des lois.

qui se posent dans le cadre de l'élaboration d'une loi ou de son application.

### 3.2. Assurance de l'efficacité de la loi

#### 3.2.1. Principe de l'application directe de la loi

**Conséquence de la liberté individuelle.** Une fois adoptée et mise en vigueur régulièrement, la loi devrait être en principe reçue et appliquée directement par les sujets de droit selon leur propre perception de sa signification<sup>10</sup>. Il ne s'agit que d'une conséquence du principe de la liberté individuelle dans la vie sociale. Surtout, la compétence pour l'élaboration d'une règle ayant un caractère interprétatif de la loi ne peut être conférée à un établissement autre que l'organe législatif : l'existence de la règle interprétative implique le remplacement par cette règle de la règle interprétée. Selon la logique du système, seul l'auteur de la loi est compétent pour préciser le sens de ce qu'il a écrit de sa seule autorité.

#### 3.2.2. Conséquence du principe : le caractère subsidiaire du règlement par rapport à la loi

**La nécessité du règlement.** L'exécutif assume les fonctions d'application de la loi et de coordination de la gestion étatique de la société, y compris la gestion de la macro-économie, de l'ordre social et de la sécurité sociale. A ce titre, il est compétent pour édicter des normes de conduite ayant un caractère de règle de droit, pour régir les rapports entre les établissements publics ainsi qu'entre l'autorité administrative et les particuliers.

**Domaine du règlement.** A la lumière du principe de la séparation des pouvoirs, le règlement qui, par hypothèse, émane d'un organe

---

<sup>10</sup> A remarquer que le juge, dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, prononce sa décision selon sa propre interprétation de la loi. La similitude des décisions prises dans des cas semblables entraîne la création de la jurisprudence qui est aussi considérée sinon comme une source du droit, au moins comme une autorité : G. CORNU, *Droit civil – Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrestien, 1990, p. 145-146.

investi du pouvoir exécutif, doit prendre le caractère de complément et non de remplacement de la loi du point de vue de la constitution de la hiérarchie des normes juridiques.

Dans certains pays, tels que la France, il y a lieu de faire une distinction entre le règlement d'exécution et le règlement autonome<sup>11</sup>: le premier doit être subordonné à la loi puisqu'il ne fait que préciser les modalités de son application ; le second découle au contraire du pouvoir réglementaire conféré par la Constitution au gouvernement<sup>12</sup>. Il paraît bizarre que le pouvoir exécutif soit compétent pour à la fois créer des règles autonomes par rapport à la loi, c'est-à-dire sans y être soumis, et pour organiser l'exécution de ces règles à l'aide des forces publiques qui se trouvent sous son autorité. L'autonomie du règlement par rapport à la loi ouvre la possibilité de créer des règles de droit ayant la même autorité que la loi mais qui ne sont pas soumises à l'évaluation des représentants du peuple avant d'être retenues. Cela ne semble pas compatible avec le jeu de la démocratie.

Au Vietnam, il est précisé qu'étant lié aux fonctions étatiques de son auteur, le règlement a un double objectif : définition des modalités d'application de la loi et précision de la loi dans la mesure où celle-ci ne comporte que des dispositions générales. Avec un tel objectif, le règlement ne doit logiquement pas comporter de règles ayant le caractère de prolongement de la loi, c'est-à-dire qui relèvent

---

<sup>11</sup> V. par exemple, F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 1994, p. 185 et s.

<sup>12</sup> La Constitution de la République française détermine limitativement le domaine de la loi (art. 34), ce qui conduit à ce que tout ce qui ne relève pas du pouvoir législatif tombe dans le domaine du pouvoir réglementaire (art. 37). Aussi bien, par règlement, l'autorité administrative peut-elle édicter des règles indépendantes de toutes lois : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil – Introduction générale*, LGDJ, 1990, p. 220 et 221. Le contrôle de légalité ne s'applique qu'aux règlements d'exécution (de la loi) ; les règlements autonomes sont soumis au contrôle de constitutionnalité : F. TERRÉ, *op. cit.*

de la compétence législative<sup>13</sup>. De plus, il doit être soumis à la loi dont il est destiné à préciser des règles d'application. Le règlement est donc absolument inférieur à la loi dans la hiérarchie des normes.

**Liens entre le pouvoir réglementaire et les effets de la loi.** Dans le cas où le règlement est destiné à définir les modalités d'application d'une loi, la promulgation du règlement devrait être considérée comme un geste de soumission de l'exécutif à la loi et non comme une condition nécessaire à la mise en vigueur de la loi. A défaut de règlement d'application, la loi doit tout de même être appliquée selon ses termes à partir de la date d'entrée en vigueur déjà fixée. Les fonctionnaires ne sauraient refuser d'appliquer la loi sous prétexte d'absence d'instruction précise de la part de l'autorité compétente.

En revanche, lorsque le règlement est attendu pour la définition des modalités d'application d'une loi qui ne comporte que des dispositions générales, la promulgation du règlement est vraiment nécessaire à la mise en vigueur de la loi. En ce cas, l'organe chargé de l'élaboration du règlement doit accomplir sa tâche dans des délais raisonnables. Le retard dans la promulgation de l'acte nécessaire pourrait engager la responsabilité de l'Etat pour faute<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Toutefois, dans la plupart des cas, c'est un ministère qui prend l'initiative d'élaborer une loi nécessaire à l'exercice de ses fonctions administratives. Il n'est pas exclu qu'il profite de cette position pour mettre de côté les problèmes sensibles lors de la rédaction du projet de loi pour éviter de faire face à des discussions sur ces problèmes au sein du Parlement. De tels problèmes ne sont posés et traités qu'après la mise en vigueur de la loi dont il s'agit, dans le cadre de l'élaboration du règlement d'application (de la loi) qui relève entièrement de l'autorité administrative.

<sup>14</sup> Exemple en droit français : J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *op. cit.*, p. 216. Au Vietnam, l'organe exécutif est investi de larges pouvoirs en matière d'élaboration des règles de droit. En revanche, il n'est tenu d'aucune obligation correspondant à ces pouvoirs. Ainsi, il n'engage pas sa responsabilité en cas de retard dans la définition des modalités d'application de la loi.

### ***3.3. Vérification de la constitutionnalité des lois et règlements***

**Nécessité de la hiérarchie des normes.** La suprématie de la Constitution est la règle de base de l'Etat de droit. Cette règle se traduit notamment par la conformité exigée des lois et des règlements à la Constitution. D'un point de vue structurel, la Constitution est considérée comme la racine de l'arbre des règles de droit ou la tête de la pyramide des normes. Si la constitution est contredite par des actes inconstitutionnels élaborés notamment par les titulaires des pouvoirs législatif et réglementaire, la hiérarchie des règles de droit ou la pyramide des normes risqueront de disparaître et la société fondée sur le droit tombera dans le désordre.

Il en découle que, dans l'Etat de droit, il doit exister un mécanisme de contrôle permettant d'apprécier la qualité des lois et des règlements à la lumière des règles constitutionnelles.

Le problème est que, dans la mesure où le pouvoir étatique est reconnu comme un pouvoir souverain qui s'impose sur l'ensemble de la nation, le contrôle de constitutionnalité des lois et des règlements, en ce sens qu'il s'agit d'une activité ayant pour objectif d'assurer l'unité du système juridique mis en place, ne peut être qu'une activité prenant le caractère étatique, c'est-à-dire faite au nom de l'Etat et se fondant sur le pouvoir étatique. L'organe chargé du contrôle constitutionnel ne doit pas se séparer de l'appareil étatique pour se positionner en tant que supérieur à toutes les institutions étatiques.

La question qui se pose est donc de savoir comment placer un organe compétent pour le contrôle de constitutionnalité au sein de la structure des pouvoirs.

#### *3.3.1. Organe de contrôle constitutionnel – partie de l'appareil d'Etat*

**Quel pouvoir pour l'organe de contrôle de la constitutionnalité ?** Dans les pays où l'organisation de l'Etat est soumise au principe de la séparation des pouvoirs, l'organe de contrôle constitutionnel est considéré comme une institution investie du pouvoir de prononcer un jugement au nom de la justice. Il en découle que la nature du pouvoir constitutionnel est définie en

fonction de ses relations avec le pouvoir judiciaire, contrepoids du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

Dans une première hypothèse, le pouvoir constitutionnel est conféré au juge judiciaire. Plus précisément : le contrôle de constitutionnalité des actes juridiques est effectué dans le cadre de l'exercice des fonctions normales des magistrats. Le système mis en place aux Etats-Unis constitue l'exemple typique de cette option<sup>15</sup>. Les avantages résultant de ce modèle sont nombreux : simplicité des formalités ; application des règles de droit commun de la procédure à un procès de contrôle de constitutionnalité ; contrôle de constitutionnalité effectué à l'occasion et dans le cadre d'un procès ordinaire ; accessibilité ouverte au public, même aux simples citoyens ; possibilité d'application directe des règles constitutionnelles dans le cadre d'un procès judiciaire...

En revanche, les défauts de ce système sont également remarquables. L'un d'entre eux trouve son origine dans le principe de la séparation des pouvoirs lui-même. En effet, l'indépendance des pouvoirs implique l'impossibilité pour un pouvoir de juger les autres pouvoirs. En procédant au contrôle de constitutionnalité d'une loi, le juge ne saurait dire avec autorité si le législateur a eu tort ou raison ; son jugement ne saurait s'imposer aux auteurs de la loi de la même manière qu'un jugement ordinaire vis-à-vis d'un simple particulier, c'est-à-dire avec la garantie de la force publique. Tout au plus, face à une loi votée par le Parlement ou à une décision prise par le chef de la branche exécutive de l'Etat qui sont jugées inconstitutionnelles, le tribunal refuse d'accorder la garantie au nom de la justice, de l'application ou de l'exécution de cette loi ou de cette décision. Il s'agirait d'une sorte de neutralisation de la loi litigieuse sur le terrain juridictionnel plutôt qu'une véritable et absolue abrogation.

Il y a aussi des systèmes caractérisés par la séparation de la juridiction constitutionnelle et des juridictions judiciaires classiques.

---

<sup>15</sup> V., par exemple, J. PATRICK, *Judicial Review. The Oxford guide to the United States government*, Oxford University Press, 2001, p. 348 ; P. IRONS, *A People's History of the Supreme Court*, Penguin Books, 1999, p. 104 à 107.

La Cour constitutionnelle allemande en constitue en exemple<sup>16</sup>. Le caractère spécialisé que revêt ce modèle lui fait prendre le dessus par rapport au modèle américain. Il facilite le contrôle de constitutionnalité et la mise en place d'une équipe de juges constitutionnels de carrière, capables de contrôler des actes à la lumière de la constitution avec une haute compétence. Il permet de trancher un procès constitutionnel en une seule instance selon une procédure particulière. Toutefois, comme tout titulaire d'un pouvoir juridictionnel, la juridiction constitutionnelle est soumise au principe de la séparation des pouvoirs et par conséquent ne saurait sanctionner les titulaires du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif en cas de violation de la constitution.

Il y a aussi un modèle caractérisé par l'indépendance relative de l'organe de contrôle constitutionnel à l'égard des trois pouvoirs. Il se trouve séparé de ces trois pouvoirs et investi d'une fonction de surveillance constitutionnelle portant sur l'organisation et le fonctionnement de l'appareil d'Etat. Le Conseil constitutionnel en France est représentatif de cette école<sup>17</sup>. Il peut être considéré comme reposant sur une sorte de mélange, de confusion (ou plus exactement une sorte de transaction) entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif en vue de la création d'un pouvoir intermédiaire ayant pour compétence le contrôle des deux pouvoirs qui l'ont créé<sup>18</sup>. L'avantage de ce modèle réside dans le fait qu'il est possible de trancher le

---

<sup>16</sup> V. par exemple, G. VANBERG, *The politics of constitutional review in Germany*, Cambridge University Press, 2005.

<sup>17</sup> V. par exemple, D. G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République*, Dalloz, 1997, p. 132 et s.

<sup>18</sup> L'organe de contrôle constitutionnel indépendant de tous les pouvoirs, pourrait être compétent pour le contrôle de constitutionnalité des jugements prononcés par les tribunaux. Toutefois, dans la mesure où le procès judiciaire est déjà soumis à deux degrés de juridiction, la surveillance assurée par l'organe de contrôle constitutionnel paraît superflue. Cela explique que dans presque tous les systèmes, l'organe de contrôle constitutionnel n'a pas pour fonction la censure des jugements de tribunal judiciaire. Cette limitation accentue nettement le caractère politique des activités de contrôle constitutionnel.

procès constitutionnel de manière définitive : une loi déclarée inconstitutionnelle est abrogée, et pas seulement écartée par les tribunaux et les sujets concernés. En revanche, le défaut de contrôle et de surveillance étatique sur l'organe constitutionnel pourrait avoir pour conséquence de le rendre omnipotent. Le problème qui apparaît tout de suite est de savoir comment faire pour prévenir ses abus. En réalité, le problème n'est significatif que lorsque l'organe constitutionnel est appelé à trancher des conflits entre des intérêts spécifiques : il serait alors susceptible d'être soudoyé par des groupes d'intérêts pour prendre des décisions qui leur seraient favorables. A l'inverse, si le juge constitutionnel n'est compétent que pour la défense de l'intérêt général, ses éventuels abus pourraient ne pas être préjudiciables à la société.

En France, le Conseil constitutionnel n'est pas saisi pour connaître des litiges qui opposent les intérêts des particuliers à ceux de l'Etat. Sa compétence se limite au domaine des grands intérêts politiques et sociaux : élections à des postes d'Etat, rivalités de compétence entre les titulaires du pouvoir, contrôle de constitutionnalité des lois. Les conflits entre les intérêts de l'Etat et ceux des particuliers relèvent de la juridiction administrative.

Par ailleurs, il est indispensable de reconnaître au simple citoyen le droit de saisir l'organe de contrôle constitutionnel ainsi que de créer des conditions favorables à l'exercice de ce droit. Lorsqu'un acte juridique adopté au nom d'une institution affecte négativement les intérêts d'un particulier et que cela est considéré comme contraire à la constitution, la victime devrait avoir le droit d'agir devant l'organe de contrôle constitutionnel, soit par elle-même, soit par l'intermédiaire de son représentant ou de l'association dont elle est membre.

### **3.4. Responsabilité civile du rédacteur de la loi**

#### *3.4.1. Fondement idéologique*

**Domage résultant des actes législatifs : dommage endogène.** Rédiger les lois, dans un régime démocratique, devrait être considéré comme un acte de légifération accompli au nom du peuple : en

qualité d'électeur, le citoyen participe à l'élection de son représentant au sein de l'organe législatif et par suite donne à ce dernier le pouvoir de voter pour adopter les projets de loi dans le cadre de l'exercice des fonctions parlementaires.

Il n'est pas exclu qu'une loi régulièrement adoptée comporte des solutions contraires à l'esprit de la constitution et que l'application de ces solutions puisse entraîner des dommages au détriment d'un particulier ou d'un groupement de personnes ou encore de la société toute entière. Toutefois, dans la mesure où la loi est considérée comme l'oeuvre du peuple et élaborée par les soins de ses représentants, il serait logique de soutenir que le préjudice résultant de l'application d'une loi inconstitutionnelle revêt un caractère de dommage endogène, causé indirectement par le peuple lui-même et par conséquent ne donnant pas lieu à indemnisation. En d'autres termes, l'adoption d'une loi est le choix du peuple<sup>19</sup>. En cas de mauvais choix, le peuple doit en tirer lui-même les conséquences.

Il en découle que, dans l'hypothèse où une loi ou une disposition de loi est abrogée pour cause d'inconstitutionnalité, il serait raisonnable de retenir que l'abrogation ne produit d'effet que pour l'avenir. Les conséquences de l'application de la loi dont il s'agit sur la société, quelles qu'elles soient, ne doivent pas être remises en cause.

**Domage résultant des actes réglementaires : dommage à cause d'autrui.** À la différence des actes législatifs, les actes réglementaires font partie de l'activité professionnelle des autorités administratives<sup>20</sup>. À l'égard des particuliers, les autorités

---

<sup>19</sup> En réalité, il y a des députés parlementaires qui ont voté pour une loi contrairement à la volonté de leurs électeurs, voire contrairement à la volonté du groupe d'électeurs qui ont voté pour eux. Toutefois, dans la mesure où le Parlement est une collectivité il est difficile de dire si l'adoption d'une mauvaise loi doit être imputée à tels ou tels députés identifiables.

<sup>20</sup> Il y a des systèmes qui reconnaissent le pouvoir réglementaire même au tribunal. Tel est notamment le cas du Vietnam où la Cour suprême est compétente pour élaborer des résolutions ayant un caractère de règlement d'application d'une loi.

administratives sont des sujets autonomes, sans rapport de délégation. Elles s'incarnent dans les personnes nommées aux différentes postes de l'administration et qui exercent leurs fonctions de gestion administrative en conformité avec la loi.

S'agissant des règlements élaborés par les autorités administratives, ils sont destinés à faciliter la gestion et la gouvernance de la société. Les règles de conduite qui en résultent, sont conçues essentiellement à l'initiative de l'autorité publique plutôt qu'en fonction des volontés du peuple.

Il en résulte que lorsqu'une règle émanant de l'autorité administrative est jugée contraire à la loi et que l'application de cette règle porte atteinte à la société ou à une ou plusieurs personnes, le préjudice subi doit être imputé à l'auteur du règlement et non au peuple.

Dans une société organisée, une personne ayant subi un préjudice résultant d'un acte illicite commis par une autre personne devrait, conformément au principe de l'égalité arithmétique mentionné ci-dessus, être en droit de réclamer la réparation du dommage.

#### 3.4.2. *Fondement juridique*

**Droit commun de la responsabilité civile.** En effet, selon les principes généraux établis par le droit commun de la responsabilité civile, tous les sujets de droit doivent agir dans la vie sociale en bon père de famille<sup>21</sup>. L'obligation d'agir en bon père de famille pourrait même s'imposer au-delà du cadre étroit du droit pour devenir une obligation sociale et morale. Il en découle qu'un acte qui cause des dommages à autrui pourrait engager la responsabilité de son auteur même lorsque l'acte en question n'est pas contraire à la loi. C'est effectivement le comportement critiquable de l'auteur de l'acte par rapport à l'obligation d'agir en bon père de famille, c'est la faute qui justifient cette imputation.

---

<sup>21</sup> V. par exemple, H., L., R. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, Paris, 1999, t. 2, q. 1, *Obligations. Théorie générale*, p. 438 et 439 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil. Les obligations*, Cujas, Paris, 1994, p. 37 et 39.

Les rédacteurs de la loi comme les rédacteurs du règlement n'échappent pas à cette règle. Ils sont en effet tenus d'exercer leurs fonctions avec sérieux et diligence : le fait qu'ils fassent un mauvais règlement qui porte injustement atteinte aux intérêts légitimes des particuliers constitue une faute de service. Donc lorsque l'application d'un règlement déclaré illégal ou inconstitutionnel provoque des dommages à l'encontre une ou plusieurs personnes, les victimes sont en droit de demander la réparation du préjudice subi<sup>22</sup>.

*3.4.3. Conditions de la responsabilité de l'auteur du règlement*

**Conditions relatives à l'acte : acte illégal ou inconstitutionnel.**

Tous les règlements ne conviennent pas nécessairement aux intérêts de tous les citoyens. Il peut même y avoir des règlements qui imposent des restrictions à la liberté d'une ou plusieurs personnes pour en protéger d'autres. Toutefois, un acte ne saurait être considéré comme un fait générateur de responsabilité civile que lorsqu'il est illicite. De même, un règlement ne saurait être considéré comme un fait générateur de responsabilité civile que lorsqu'il est considéré comme contraire à la loi ou à la constitution par l'organe compétent pour en juger. La mise en oeuvre de la responsabilité civile de l'auteur d'un règlement n'est donc déclenchée qu'après la décision définitive qui déclare illégal ou inconstitutionnel le règlement litigieux.

En revanche, peu importe que l'action en abolition d'un règlement soit intentée de manière indépendante ou conjointe avec l'action en réparation de dommages.

**Conditions relatives au dommage réparable.** Selon le droit civil, le dommage réparable dans le cadre de la responsabilité civile doit

---

<sup>22</sup> Faute de responsabilité civile engagée contre l'auteur du règlement, la sanction qui consiste en l'annulation du règlement litigieux serait un non sens et surtout ne saurait être intimidante : le titulaire du pouvoir réglementaire n'étant pas en face d'une menace de sanction à son encontre pourrait répéter son mauvais geste sans aucun souci.

être certain et direct<sup>23</sup> : d'une part, le dommage doit être réel et non hypothétique ; d'autre part, il faut qu'existe un lien de causalité entre le dommage dont la réparation est réclamée et l'application du règlement litigieux. En revanche, peu importe que le dommage soit matériel, corporel ou moral.

Le dommage réparable par la mise en œuvre de la responsabilité civile de l'auteur du règlement est soumis à la même règle. Il doit avoir pour cause directe l'application d'un règlement illégal ou inconstitutionnel. Il appartient d'ailleurs à la prétendue victime de rapporter la preuve du préjudice subi conformément aux principes établis dans le droit commun de la responsabilité civile.

**Conditions relatives à la personne pouvant agir et à la détermination du défendeur.** Il en découle qu'en principe, chaque personne présentée comme victime d'un règlement illégal ou inconstitutionnel doit formuler une action individuelle contre l'auteur du règlement de sorte qu'il y a autant d'actions que de victimes.

De toute façon, il est fréquent que l'application d'un règlement se heurte à la société toute entière ou au moins à un ou plusieurs groupes de membres de la société. Il est donc raisonnable d'admettre la possibilité de formuler une action collective par les soins d'une association des victimes d'un règlement illégal ou inconstitutionnel. À cet égard, l'expérience en matière de protection des consommateurs pourrait être intéressante et utile<sup>24</sup>.

Quant au défendeur, il est logique de retenir qu'il s'agit de l'Etat et non de la personne qui a rédigé ou promulgué le règlement litigieux, ni de l'organe sous l'égide duquel le règlement a été

---

<sup>23</sup> A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, 2012, p. 485 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil t. 4, Les obligations*, PUF, 2000, p. 581 à 583 ; H. L., R. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, p. 393 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 133 et s.

<sup>24</sup> Concernant l'action collective formulée par l'association des consommateurs : J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz 2006, p. 642 et s.

élaboré. En effet, le règlement, comme la loi, est mis en vigueur au nom de l'Etat ; l'organe compétent, comme les personnes concernées, ne font qu'exercer les fonctions publiques qui leur sont attribuées. Tout au plus, les fautes dans l'exercice de ces fonctions donnent-elles lieu à la mise en œuvre d'une responsabilité disciplinaire engagée contre le fonctionnaire fautif. À l'égard des victimes du règlement illégal ou inconstitutionnel, la poursuite de la responsabilité disciplinaire des personnes ayant participé à l'élaboration du règlement litigieux n'a rien à voir avec la poursuite de la responsabilité de l'Etat pour la réparation du dommage résultant de l'application du règlement.

## Chapitre 2

### CITOYENNETE, DEMOCRATIE PARTICIPATIVE ET DEVELOPPEMENT DURABLE

par Christian Grellois,  
professeur à la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux

L'objectif scientifique de cette réflexion est de mettre en évidence et de construire un *espace juridique commun francophone* se rattachant à la tradition du droit continental et respectant le pluralisme des cultures juridiques dans un contexte concurrentiel de globalisation et de fabrique du droit qui repose sur un principe de circularité normative entre les ordres juridiques international, régional, national et dans le même temps sur une prise en compte du pluralisme juridique et des formes de juridicité conduisant à des phénomènes d'interactions entre le droit continental et de la *common law*, ainsi qu'entre les cultures juridiques étatique, supra-étatique, infra-étatique, trans-étatique ou a-étatique.

Dans ce mouvement, l'objectif de la Francophonie n'est pas d'édicter le droit de l'autre, d'instituer une culture juridique commune et encore moins d'imposer un ordre normatif étatique ou supra-étatique aux ordres normatifs non-étatiques<sup>1</sup> au nom d'une prétention à l'universalité d'une culture juridique, mais, en s'appuyant sur la pluralité des cultures juridiques et sur leurs modes spécifiques de régulation, de favoriser l'émergence de l'Etat de droit, de la démocratie et l'avènement d'une gouvernance renouvelée dans le respect de la diversité des cultures juridiques<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Comme pouvait l'être le droit colonial. Voir Ghislain OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », in Ghislain OTIS (dir.) *Méthodologie du pluralisme juridique*, AUF 2012, p. 9 et s.

<sup>2</sup> Paul DE DECKKER et Ghislain OTIS, in Ghislain OTIS (dir.) *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, AUF.

Le discours sur le pluralisme juridique et la diversité culturelle tout comme la reconnaissance par le droit international du pluralisme des identités culturelles<sup>3</sup>, qui sont l'expression des valeurs de la philosophie politique libérale, traduisent une nouvelle rationalité qui peut être perçue autant comme finalité que valeur. La « juri-diversité » offre en effet une multiplicité de ressources pour permettre une adaptation des sociétés au changement dans un monde ouvert.

Ainsi, la question de la gouvernance, qui pose celle de la démocratie réelle et qui est au cœur des problématiques du développement durable qui situe la mise en œuvre des politiques publiques sur le terrain des responsabilités sociétales à l'égard des générations futures, a conduit à une réévaluation du paradigme de l'Etat de droit stato-centré. La question du pluralisme des juridicités, de la normativité de leurs relations et de leur fonctionnalité est aujourd'hui acquise par la mise en place d'une gouvernance plus légitime et porteuse de progrès social aussi bien par le renouvellement du modèle de l'Etat stato-centré que par l'instrumentalisation de la conciliation entre normativités juridiques stato et exo-centrées dans la construction des Etats de droit.

De ce point de vue, les nouveaux paradigmes du développement durable et du pluralisme traduisent moins la régression d'un modèle institutionnel stato-centré qu'une capacité d'adaptation de ce dernier au phénomène de globalisation du droit, à la gestion de la complexité et de l'acceptabilité des normes, des politiques et des décisions publiques.

Dans un tel contexte, la réflexion sur la question de l'écriture du droit conduit à revisiter les principes fondateurs de l'ordre normatif étatique et à en explorer les limites et les potentialités d'évolution au service de la prise en compte de la diversité et de la pluralité des cultures juridiques, considérées tout autant du point de vue des

---

<sup>3</sup> Qu'elles soient attachées aux groupes (convention de l'UNESCO du 20 octobre 2005 sur la diversité des expressions culturelles) ou à l'individu (convention de Faro, convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société de Faro du Conseil de l'Europe du 27 octobre 2005).

« opérateurs spécialisés du droit », que de la « conscience juridique des citoyens » et des groupes, et qui trouve à s'exprimer de manière privilégiée en matière de développement durable par l'essor de la démocratie participative. Cela à la fois du fait de la reconnaissance, tant en droit international<sup>4</sup> que régional<sup>5</sup> et national<sup>6</sup> d'un droit de l'homme à l'environnement et de la consécration d'un droit à l'information, à la participation et au recours juridictionnel qui offre au citoyen individuellement et collectivement le moyen de participer à la production des normes ainsi que des décisions qui sont de nature à avoir une incidence sur l'environnement.

Or le destin nouveau accordé au citoyen dans l'écriture du droit dans les ordres étatiques à travers le modèle de la démocratie participative, semble à bien des égards traduire celui qui paraît ou pourrait se dessiner pour les groupes, les minorités ou les peuples autochtones<sup>7</sup>.

Le succès du concept de développement durable au plan international depuis la déclaration de Rio, son intégration dans l'ordre juridique de l'Union européenne, sa consécration sous la forme d'une norme de valeur constitutionnelle au plan national, tout comme la place qu'il occupe au cœur du discours politique dont il est l'élément fédérateur du consensus social et du vouloir vivre ensemble, et la manière dont il irrigue aujourd'hui toutes les politiques publiques, conduisent à faire de la démocratie participative à travers la place donnée au citoyen dans l'élaboration des normes et la prise des décisions à incidence environnementale, un indicateur précieux de l'effet transformationnel du développement durable sur la rénovation de la gouvernance et de l'Etat de droit, par la réalisation

---

<sup>4</sup> Par la convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

<sup>5</sup> Par la directive n° 2003/4/CE du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement.

<sup>6</sup> Par l'article 7 de la charte de l'environnement du 1<sup>er</sup> mars 2005.

<sup>7</sup> Laurent SERMET, « Juridicité, normativité et pluralisme », in Ghislain OTIS (dir.) *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala 2012 p. 201 et s.

de formes renouvelées de citoyenneté, de démocratie et de légitimation de l'action publique, dans une perspective non seulement stato-centrée, mais également exo-centrée.

Or, l'évaluation de cet effet transformationnel sur la gouvernance et l'Etat de droit fait apparaître que, si l'intégration de la démocratie participative dans l'action publique et les politiques de développement durable, est aujourd'hui largement acquise, elle ne traduit encore qu'une intégration partielle, bien que grandissante, des valeurs démocratiques dans l'écriture du droit et la conduite des politiques de développement durable.

### **1. L'intégration de la démocratie participative dans les politiques de développement durable**

L'écriture du droit et la culture juridique qu'elle exprime restent encore essentiellement celles des « opérateurs spécialisés du droit ». L'écriture du droit reste l'affaire de l'exécutif, du Parlement, du juge dans sa fonction consultative, des experts et plus exceptionnellement du citoyen. L'objectif de développement durable, à travers la conciliation qu'il impose entre développement économique, protection de l'environnement et progrès social, dans l'élaboration des normes législatives et réglementaires, des normes locales et des décisions ayant une incidence environnementale, conduit toutefois à associer de plus en plus largement le citoyen, le public, la société civile, à la prise de décision en s'appuyant sur des procédures de participation qui, selon le principe de légitimation par la procédure (Lehmann), donnent réalité à l'intégration de la démocratie participative dans les processus d'élaboration des normes juridiques afin d'en favoriser une meilleure acceptabilité et d'en faciliter l'effectivité.

#### ***1.1. L'intégration de la démocratie participative dans l'élaboration des normes***

Une telle intégration, si elle a pris une dimension renouvelée en France avec la constitutionnalisation du droit à l'information et à la

participation par la charte de l'environnement, s'inscrit dans un mouvement plus général solidement établi depuis plusieurs décennies dans un certain nombre de pays d'Amérique<sup>8</sup> et d'Europe<sup>9</sup> ainsi que dans la pratique de l'Union européenne<sup>10</sup>, où la consultation du public va au-delà du domaine environnemental, et qui bien qu'elle y soit limitée dans son principe dans la charte, trouve déjà à s'y exprimer au-delà, venant joindre le champ de la démocratie environnementale à celui de la démocratie « providentielle »<sup>11</sup>.

1.1.1. Cette intégration est apparue, de manière hautement symbolique, dans l'écriture même de la norme constitutionnelle avec l'élaboration de la charte de l'environnement entre 2002 et 2005, alors que le juge constitutionnel s'était refusé jusque-là à ériger le droit à un environnement sain en principe ou objectif à valeur constitutionnelle, alors que l'idée d'une telle constitutionnalisation faisait l'objet d'un consensus ralliant juristes, scientifiques et politiques depuis de très nombreuses années, faisant de la France l'un des derniers Etats à avoir constitutionnalisé le droit à l'environnement, mais aussi un des rares Etats à l'avoir fait en y associant pleinement les citoyens.

---

<sup>8</sup> Depuis plus de cinquante ans aux Etats-Unis et au Canada avec la procédure « notice and comment ».

<sup>9</sup> Gérard MONEDIAIRE, « La participation du public à l'élaboration des textes réglementaires nationaux en matière d'environnement en France et à l'étranger. Exigence démocratique, nécessité juridique ». Programme Concertation, décision environnement, APR 2009, projet n° 1. Synthèse, 27 février 2013. <http://www.concertation-environnement.fr/content/view/91/>

<sup>10</sup> Par la mise en œuvre par la Commission européenne très en amont de la décision, de procédures de consultations adaptées (consultations ciblées, consultations ouvertes sur Internet, contacts directs avec les représentants d'intérêts, auditions publiques, de colloques etc.) assurant une publicité de la prise en compte par les décideurs européens des résultats de la consultation, tant pour l'élaboration des normes de droit dérivé (règlement, directive) que pour la prise de décision, comme les autorisations de mise sur le marché (médicaments, OGM...).

<sup>11</sup> En s'ajoutant à ceux de la démocratie locale, de la démocratie sanitaire, de la démocratie éducative... Dominique SCHNAPPER, *La démocratie providentielle. Essai sur l'égalité contemporaine*, Paris, Gallimard, 2002.

La méthode suivie pour l'élaboration de la charte constitue un exemple d'association<sup>12</sup> entre expertise, démocratie participative et démocratie représentative, dans la mise en œuvre de la procédure de révision constitutionnelle devant conduire à l'adossement de la charte de l'environnement à la Constitution de 1958 et à la faire entrer dans le bloc de constitutionnalité avec le même rang et la même force juridique que la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946. Ainsi, à la mise en place d'une commission de préparation de la charte composée d'experts et de scientifiques, présidée par un scientifique de renom Yves Coppens et chargée de préparer le projet de charte, a été ajouté un vaste débat national sur le projet de charte se traduisant par la diffusion de 50 000 questionnaires adressés à tous les acteurs, élus, acteurs économiques, associations concernés et par la mise en ligne du questionnaire sur Internet afin que tous les citoyens désireux d'y participer puissent contribuer à la sélection et à l'écriture des principes devant être consacrés par la charte. Le processus a été complété par la tenue, pendant deux mois, d'une série d'assises territoriales présidées chacune par un membre de la commission Coppens, la synthèse des travaux ayant donné lieu à un grand colloque national. Au terme de ce processus, qui a mobilisé plus de 81 000 personnes, la commission Coppens qui comptait un juriste éminent, Yves Jégouzo, a pu finaliser le projet de charte qui a été soumis en juin 2003 au gouvernement qui l'a adopté en tant que projet de loi constitutionnelle et l'a soumis au vote du Congrès le 1<sup>er</sup> mars 2005.

La charte intégrée au bloc de constitutionnalité avec pleine valeur constitutionnelle pour chacune de ses dispositions<sup>13</sup> proclame à l'article 7 que « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à

---

<sup>12</sup> Processus participatif *sui generis*, dit de « gouvernance à cinq », associant Etat, collectivités territoriales, syndicats de salariés, organisations d'employeurs et associations de défense de l'environnement.

<sup>13</sup> DC n° 2008-564 du 19 juin 2008 Loi sur les OGM et CE Ass. 3 octobre 2008 ville d'Annecy req. n° 297 931.

l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Conditions et limites qui ont été initialement fixées par la loi n° 2010-788 du 10 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement<sup>14</sup>.

Or, l'article 7 de la charte qui consacre le droit à information et à participation du public, est opposable par toute personne au législateur dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, de même qu'il est invocable par tout requérant dans le cadre d'un recours en annulation formé contre une mesure réglementaire qui porterait atteinte au droit à l'information ou à la participation consacré par la charte, le passage par la voie contentieuse permettant de garantir l'effectivité du droit à information et à participation. L'article 7 de la charte, qui a été invoqué à plusieurs reprises par France Nature Environnement dans le cadre de QPC, a ainsi conduit le juge constitutionnel à abroger un certain nombre de dispositions du code de l'environnement concernant tant l'information<sup>15</sup> que la participation<sup>16</sup> du public lors de

---

<sup>14</sup> Gérard MONEDIAIRE, « La participation du public à l'élaboration des actes réglementaires de l'Etat et de ses établissements publics en matière d'environnement : la nécessité d'une loi Grenelle III ? », *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial 2010.

<sup>15</sup> Par les articles L.511-2 et du III de l'article L.512-7 du code de l'environnement, concernant le décret d'entrée en nomenclature des ICPE, et l'arrêté portant prescriptions générales des ICPE soumises à enregistrement dont le Conseil constitutionnel a considéré qu'ils n'étaient pas conformes à la charte, car information ne vaut pas participation : DC n° 2011-183/184 14 octobre 2011 Ass. FNE.

<sup>16</sup> En matière d'installations classées soumises à autorisation (par l'article L512-5 du code de l'environnement) (DC°2012-262QPC 13 juillet 2012 Association FNE), de destruction d'espèces protégées (DC n° 2012-269 QPC 27 juillet 2012 Union départementale pour la sauvegarde de la vie, de la nature et de l'environnement) (absence de mécanisme de participation : L411-2 et L211-3 C.Env., et de délimitation d'aires d'alimentation des captages d'eau potable ainsi que des zones d'érosion (DC n° 2012-270 QPC du 27 juillet 2012 Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles du Finistère).

l'élaboration d'un certain nombre de décisions et, de manière plus essentielle, les modalités générales de participation du public fixées à l'article L.120-1 du Code de l'environnement limitant la consultation du public aux décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics, ayant une incidence sur l'environnement<sup>17</sup>. Ce qui a conduit le gouvernement à engager une procédure accélérée d'élaboration de la loi relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la charte de l'environnement, afin d'en généraliser le principe à toutes les décisions des autorités publiques, ayant une incidence sur l'environnement.

1.1.2. Une telle intégration apparaît essentielle pour assurer l'information et la participation du public et des acteurs de la société civile à l'écriture des actes législatifs, réglementaires (décrets, arrêtés ou ordonnances) et à l'édiction des décisions des autorités publiques.

L'intérêt de la loi du 27 décembre 2012<sup>18</sup>, dont le projet a lui même fait l'objet d'une consultation du public par voie électronique, est de mettre plus largement en œuvre le principe de participation du public défini par la charte en systématisant la consultation du public<sup>19</sup> pour l'élaboration des projets de décisions réglementaires, d'espèce ou individuelles ayant une incidence sur l'environnement<sup>20</sup>, en

---

<sup>17</sup> L'article L120-1 C.Env. limitant la participation aux seules décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics et aucune autre disposition législative générale n'assurant la mise en œuvre de ce principe à l'égard de leurs décisions non réglementaires pouvant avoir une incidence directe et significative sur l'environnement (DC n°2012-282 QPC du 23 novembre 2012 FNE).

<sup>18</sup> Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la charte de l'environnement, complétée par l'ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013.

<sup>19</sup> En écartant la possibilité d'un choix entre consultation directe et indirecte par le biais d'instances consultatives comportant des représentants des catégories de personnes concernées par la décision.

<sup>20</sup> Et non plus seulement à ceux ayant une incidence « directe et significative ».

l'appliquant<sup>21</sup> à toutes les décisions des autorités publiques qu'il s'agisse de l'Etat et de ses établissements publics, des autorités administratives indépendantes ou des collectivités territoriales, dès lors qu'elles ne sont soumises à aucune autre procédure de participation<sup>22</sup>. Elle met en place une procédure supplétive de consultation du public privilégiant l'utilisation des TIC<sup>23</sup> par une mise en ligne du projet, assorti d'une note de présentation en précisant le contexte et les objectifs, en permettant au public de déposer des observations par voie électronique et d'accéder par la même voie aux observations déposées. Le projet de décision ne peut être définitivement adopté avant l'expiration d'un délai permettant la prise en considération des observations déposées par le public et la rédaction d'une synthèse de ces observations. L'autorité administrative qui a pris la décision doit rendre publics, par voie électronique, la synthèse des observations du public faisant état de celles dont il a été tenu compte, ainsi que, dans un document séparé, les motifs de la décision. Il s'agit là d'une innovation<sup>24</sup> qui, même si elle reste perfectible<sup>25</sup> quant à son champ d'application<sup>26</sup> et quant à ses

---

<sup>21</sup> La mise en œuvre de la loi renvoyait à l'adoption de mesures d'application par voie d'ordonnance, lesquelles ont été fixées par l'ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la charte de l'environnement.

<sup>22</sup> Par exemple, à une procédure d'enquête publique.

<sup>23</sup> Tout en prévoyant des modalités alternatives, sous la forme de recueil des observations sur un registre ou de tenue d'une réunion publique, pour les collectivités territoriales en fonction de seuils démographiques.

<sup>24</sup> Michel PRIEUR, « Un nouvel instrument de démocratie participative », *AJDA* 2013 p. 193.

<sup>25</sup> Gérard MONEDIAIRE, « La participation du public à l'élaboration des actes réglementaires dans le domaine de l'environnement : en 2012, une loi Grenelle II et demi », *Revue juridique de l'environnement* 2013 n° 3, p. 399-413.

<sup>26</sup> La procédure reste assortie de ses propres limites, puisqu'elle ne s'impose que s'il n'existe pas d'autre procédure de participation prévue par un texte, condition que le Conseil d'Etat soumet à une interprétation stricte (CE 17 octobre 2013 commune d'Aubigny-les-Pothées n° 370359, *AJDA* 2014, p. 318 : à propos de la déclaration d'utilité publique des travaux de

modalités pratiques et notamment concernant les délais<sup>27</sup>, n'en est pas moins significative. La mise en œuvre de la loi s'est en outre accompagnée d'une expérimentation pour certains projets de décrets et d'arrêtés ministériels, allant au-delà des consultations qui avaient été entreprises jusque-là en matière législative ou réglementaire<sup>28</sup>, notamment pour l'élaboration des ordonnances auxquelles renvoyait la loi Grenelle 2, et cela par la mise en place d'un forum électronique permettant au public d'accéder en temps réel aux observations suscitées par le projet et par la désignation d'un garant de la participation par la commission nationale du débat public chargé de la réalisation de la synthèse de la consultation, modalités essentielles qu'il conviendrait de pérenniser pour en assurer la pleine effectivité.

La consultation du public en tant que procédure de démocratie participative, est devenue, à l'instar de ce qui se passe dans de nombreux pays, de plus en plus fréquente<sup>29</sup> et la consultation par voie

---

prélèvement d'eau destinée à l'alimentation des collectivités humaines, qui est soumise à une enquête publique expropriation par l'art. L1231-2 du Code de la santé publique dont les dispositions, selon le CE, « garantissent la participation du public à l'élaboration des décisions concernées » et donc ne méconnaissent pas l'art. 7 de la charte, privant ainsi d'utilité la question prioritaire de constitutionnalité soulevée. Cela alors même que la loi Grenelle 2 pose le principe de la soumission à des enquêtes-environnement des opérations relevant d'une enquête-expropriation lorsqu'elles sont de nature à avoir une incidence sur l'environnement, la différence entre les deux types d'enquêtes portant sur la durée de l'enquête et sur la portée de l'avis du commissaire enquêteur.

<sup>27</sup> Le délai de consultation ne peut être inférieur à 21 jours à compter de la mise à disposition, alors qu'il est de trois mois en Suisse et aux Etats-Unis.

<sup>28</sup> La circulaire du premier ministre du 8 décembre 2008 incitait déjà au développement de formes de consultation du public ne passant pas par la voie d'instances administratives, de conseils ou de commissions, mais recourant aux nouvelles pratiques sociales et aux technologies de l'information, qui ont été mises en œuvre aussi bien par le ministère de la Justice et des Libertés pour l'élaboration de normes législatives que par le ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, en matière de marchés publics.

<sup>29</sup> Des consultations du public sont régulièrement ouvertes notamment par le ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de la

dématérialisée se trouve aujourd'hui privilégiée pour l'élaboration des normes législatives, réglementaires ou de transposition des directives communautaires. Elle a vocation à renouveler, en les complétant, tant la procédure législative que l'administration consultative en facilitant la participation directe du public et la prise en compte de ses observations<sup>30</sup>, en vue de combler les insuffisances de la démocratie représentative et des formes traditionnelles d'administration consultative que de les renouveler.

### *1.2. L'intégration de la démocratie participative dans l'élaboration des projets, plans et programmes*

L'élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques territorialisées, qui trouvent à se réaliser aujourd'hui à travers les politiques d'aménagement et de développement durables, telles que définies en France par la loi du 12 juillet 2010 Grenelle 2, constituent un terrain d'élection de l'association du public au processus de décision pour l'élaboration des normes réglementaires locales et des projets ayant une incidence sur l'environnement, selon des procédures particulières qui, au-delà de la procédure classique d'enquête publique et selon les cas, relèvent d'une simple procédure de mise à disposition du public, d'une procédure de concertation ou qui se doublent d'une procédure de concertation et/ou de débat public, lesquelles participent depuis quelques décennies à la mise en place d'une démocratie environnementale, dont la portée se trouve renforcée par la charte de l'environnement et par la loi Grenelle 2.

1.2.1. L'association du public dans le cadre de la procédure de concertation de l'article L300-2 du code de l'urbanisme permet,

---

Mer sur les projets de textes réglementaires et sur les projets de textes de transposition des directives communautaires.

<sup>30</sup> La synthèse des observations n'indique toutefois que celles des observations du public dont l'administration a tenu compte, sans justifier des raisons qui l'ont conduit à rejeter les autres, comme le souhaitaient les écologistes.

depuis 2000<sup>31</sup>, d'assurer une double participation du public, des habitants et des associations, lors de l'élaboration et de la révision des documents de planification urbaine (SCOT, PLU, cartes communales). Cela d'abord, lors de la phase d'élaboration du projet selon des modalités de concertation fixées par l'autorité délibérante, lesquelles doivent permettre au public d'accéder aux informations relatives au projet et avis rendus et de formuler des observations et des propositions qui seront enregistrées et conservées<sup>32</sup>. Cela ensuite une seconde fois lors de l'enquête publique « environnement », dont le dossier doit comporter notamment le bilan de la concertation et l'évaluation environnementale lorsqu'elle est nécessaire<sup>33</sup>, et qui permet aux habitants et aux associations d'émettre à nouveau leurs observations et propositions et de peser sur les choix finaux par la reprise de celles-ci dans le rapport et l'avis du commissaire enquêteur sous la forme de recommandations ou de réserves. Or, si les recommandations du commissaire enquêteur laissent la collectivité libre de sa décision, les réserves dont il assortit son avis doivent être levées, sinon le juge des référés saisi d'une telle action les assimilera à un avis défavorable valant doute sérieux et prononcera la suspension du document.

La procédure de concertation de l'article L300-2<sup>34</sup>, qui accompagne également depuis 1985 les projets d'aménagement<sup>35</sup>, est aujourd'hui largement mise en œuvre dans les grandes agglomérations et pleinement intégrée aux démarches d'urbanisme négocié qu'elles

---

<sup>31</sup> Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 solidarité renouvellement urbain.

<sup>32</sup> Article L.300-2 du code l'urbanisme, tel que modifié par l'ordonnance du 5 janvier 2012.

<sup>33</sup> A. VAN LANG, « L'évaluation environnementale des documents d'urbanisme après la loi Grenelle II : une nouvelle couche de vert ? À propos du décret du 23 août 2012 relatif à l'évaluation environnementale des documents d'urbanisme », *RDI* 2013, p. 138.

<sup>34</sup> Initialement mise en place par la loi du 18 juillet 1985 pour la réalisation d'opérations d'aménagement.

<sup>35</sup> La création des zones d'aménagement concertées (ZAC) et la réalisation des projets d'aménagement ayant pour effet « de modifier de façon substantielle le cadre de vie ou l'activité économique ».

mettent en place pour assurer la gouvernance des grands projets d'aménagement conjuguant mixité fonctionnelle et mixité sociale, lesquelles associent le public, les habitants, les associations, les promoteurs et tous les acteurs de la ville à la co-conception du projet, afin d'en faciliter l'appropriation par le public et les habitants, de parvenir à un consensus entre tous les acteurs de la ville et de sécuriser la réalisation des projets en en désamorçant les risques contentieux.

1.2.2. L'association du public au processus de décision est également prévue pour la réalisation de projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements publics ou privés de nature à avoir une incidence sur l'environnement, par l'organisation d'enquêtes publiques « environnement » dont le champ d'application est aujourd'hui calqué, à quelques exceptions près, sur celui des études d'impact sur l'environnement<sup>36</sup>. Elles permettent l'information et la participation du public et des associations, lesquels peuvent émettre des observations, des propositions et participer aux réunions publiques organisées par le commissaire-enquêteur avec les maîtres d'ouvrages. Leurs observations et leurs propositions, qui permettent au commissaire enquêteur de motiver son avis, peuvent conduire à une modification du projet, soit pendant le temps de l'enquête qui sera alors suspendue pendant un délai maximum de six mois, soit postérieurement à l'enquête lorsque les modifications envisagées portent atteinte à l'économie générale du projet, obligeant alors à l'organisation d'une enquête complémentaire portant sur les avantages et les inconvénients des modifications pour le projet et l'environnement, et qui y associera de nouveau le public.

Lorsque les projets ne présentent pas de véritables enjeux, l'enquête publique relève d'une procédure assez formelle, et celle-ci

---

<sup>36</sup> Yves JEGOUZO, « La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation », *AJDA* 2010 p. 1812 ; Jean-Claude HELIN, « La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement et la réforme des enquêtes publiques », *Revue juridique de l'environnement* 2010, numéro spécial, p. 201.

pourrait être remplacée par la procédure de mise à disposition du public. La procédure de mise à disposition du public, dont la loi Grenelle 2 a fait le principe pour les projets<sup>37</sup> de décisions entrant dans le champ d'application de l'étude d'impact ou de l'évaluation environnementale des plans et programmes ne relevant pas de l'enquête publique, est plus légère. Elle assure l'information du public qui peut disposer du projet, ainsi que sa participation en lui permettant d'émettre ses observations et ses propositions consignées sur un registre qui doit être conservé, lesquelles doivent être prises en considération à la fois par le pétitionnaire, le maître d'ouvrage et l'autorité compétente pour prendre la décision. Mais elle n'entraîne ni débat, ni médiation par un commissaire enquêteur.

Pour les projets à enjeux économiques et environnementaux forts, pour lesquels l'enquête publique intervient trop tardivement dans le processus de décision, des procédures de participation préalable à l'enquête ont été instituées, prenant la forme d'une concertation organisée sur le fondement de l'article L121-16 du Code de l'environnement qui est applicable aux projets qui ne relèvent pas d'une concertation de l'article L300-2 du Code de l'urbanisme. La personne responsable du projet peut alors décider, le cas échéant à la demande de l'autorité compétente pour autoriser le projet ou prendre la décision, de procéder préalablement à l'enquête publique à une concertation de l'article L212-16 du Code de l'environnement, associant le public pendant toute la durée d'élaboration du projet selon les modalités qu'elle aura fixées.

Quant aux projets d'intérêt national ayant une incidence importante sur l'environnement, nécessitant des processus d'élaboration longs et complexes, pour lesquels l'intervention de

---

<sup>37</sup> Entrant dans le champ d'application soit de l'étude d'impact, soit de l'évaluation environnementale des plans et programmes ne relevant pas de l'enquête publique ou d'une autre procédure de participation définie par la loi.

L'enquête est trop tardive, ils doivent depuis 1995<sup>38</sup> préalablement à l'enquête publique, sur décision de la commission nationale du débat public qui en aura été saisie<sup>39</sup>, être soumis à un débat public ou à une procédure de concertation spécifique organisée selon des modalités fixées par la commission nationale (CNDP). Le débat public qu'il soit organisé par une commission particulière ou par le maître de l'ouvrage, tout comme la concertation qui peut être décidée par le CNDP ou par le maître d'ouvrage, permet l'expression du public qui est invité à se prononcer non seulement sur l'opportunité du projet, mais aussi sur les options de réalisation de celui-ci. Cependant, ces procédures ne permettent pas au public de participer réellement à la décision, ni même d'être à l'origine d'un avis, puisque que le rapport du président de la CNPD, remis au terme de la procédure, ne porte que sur la qualité du débat public. Celui-ci toutefois, afin de combler cette lacune, se voit prolongé depuis la loi Grenelle 2 par une procédure de suivi qui prend la forme d'une concertation devant être organisée, sous l'autorité d'un garant désigné par le CNDP, permettant au public de présenter ses observations et contre-propositions et cela jusqu'à la phase de l'enquête publique, faisant de cette dernière l'instrument d'amplification des observations et des mobilisations du public et de reprise potentielle de celles-ci à la fois dans le rapport du commissaire-enquêteur et dans l'avis rendu sous la forme de réserves ou de recommandations, permettant soit de peser sur la décision, soit d'en tirer argument au contentieux lors d'un recours en annulation formé contre la décision.

Malgré leurs imperfections, débat public, concertation, mise à disposition, enquête publique, institution d'un garant des procédures

---

<sup>38</sup> La loi Barnier du 2 février 1995 qui a institué en France la procédure de débat public a été réformée par la loi démocratie de proximité du 29 février 2002 et par la loi Grenelle 2 du 12 juillet 2010.

<sup>39</sup> Obligatoirement en raison de la nature des projets, obligatoirement ou facultativement au regard de critères financiers.

de participation qui est aujourd'hui proposée<sup>40</sup> en vue d'intégrer plus efficacement ces procédures lors de la réalisation des grands projets d'aménagement, d'équipement ou d'infrastructure, constituent autant d'instruments qui contribuent à la mise en place d'une démocratie environnementale<sup>41</sup> qui n'est pas encore achevée et dont il reste à renforcer l'effectivité.

Au-delà de ces procédures de participation qui accompagnent la réalisation des politiques d'aménagement et de développement durable, des procédures de démocratisation de l'action publique ont été multipliées avec des fortunes diverses depuis une vingtaine d'années, soit au niveau national avec l'organisation de grands débats nationaux dans le cadre d'« états généraux » ou de « conférences de citoyens » qu'illustre le concept de « Grenelle »<sup>42</sup>, soit au niveau local avec la possibilité donnée aux élus de consulter les électeurs des communes sur des affaires relevant de leurs compétences<sup>43</sup>, d'instituer des conseils de quartier ou de mettre en place des commissions consultatives des services publics locaux<sup>44</sup>. Mais c'est avec la reconnaissance aux collectivités territoriales de la possibilité d'organiser des référendums locaux<sup>45</sup> conférant un pouvoir décisionnel aux électeurs sur des affaires relevant de la compétence de ces collectivités que le législateur est allé le plus loin, en permettant aux autorités locales de se dessaisir de leur pouvoir décisionnel au

---

<sup>40</sup> Par le Conseil d'Etat, dans son rapport public de 2011, *Consulter autrement, participer effectivement*, EDCE n° 62, La Documentation française, 2011.

<sup>41</sup> Conseil d'Etat, *La démocratie environnementale*, Droits et débats n° 4. La Documentation française, 2013.

<sup>42</sup> Le Grenelle de l'environnement est exemplaire à cet égard.

<sup>43</sup> Loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République.

<sup>44</sup> Loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité : dans les régions, les départements, les communes et les établissements publics de coopération intercommunale d'une certaine importance.

<sup>45</sup> Loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République et loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003 relative au référendum local.

profit de leurs propres électeurs. Le législateur a en outre reconnu<sup>46</sup>, avec toute une série de précautions, non seulement aux communes, mais aussi aux régions, aux départements et aux collectivités d'outre-mer, la possibilité d'organiser des consultations sur des questions relevant de leur compétence.

Or l'évaluation de ces différentes procédures qui mettent en œuvre le principe de démocratie participative, montre que leur effet transformationnel dépend largement de la volonté du législateur, des « opérateurs spécialisés du droit », mais aussi de la demande sociale de participation. L'utilisation des mécanismes de démocratie participative par les élus et les autorités publiques reste très variable et c'est principalement à travers l'institution et la mise en œuvre de procédures assurant le principe de participation consacré au niveau constitutionnel par l'article 7 de la charte de l'environnement, que se réalise la reconnaissance d'une expertise citoyenne et un renouvellement des modes de gouvernance faisant place à une plus grande participation du public à l'écriture et à l'application de la règle de droit.

## **2. L'intégration des valeurs démocratiques dans la conduite des politiques de développement durable**

L'enjeu majeur de l'intégration de la démocratie participative dans l'écriture du droit et dans la conduite des politiques de développement durable est celui de la pleine reconnaissance de la « conscience juridique des citoyens » par l'émergence d'une expertise citoyenne et de formes de pouvoirs de codécision en traduisant la légitimité, ce qui suppose une pleine appropriation des valeurs démocratiques par les « opérateurs spécialisés du droit ». Or le bilan de la mise en œuvre des différents instruments actuels de démocratie participative, au regard d'une échelle de prise en compte des valeurs démocratiques reposant sur une gradation entre « information,

---

<sup>46</sup> Loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. Loi organique du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outremer.

participation, délibération et décision » ne traduit encore qu'une intégration partielle, bien que grandissante, des valeurs démocratiques dans l'écriture du droit et la conduite des politiques de développement durable.

### *2.1. La reconnaissance d'une expertise citoyenne*

La promotion croissante par le législateur des mécanismes de démocratie participative témoigne d'une forme d'intégration des valeurs démocratiques dans la conduite des politiques environnementales et de développement durable, qui mène à la reconnaissance d'une expertise citoyenne et à la mise en place d'une forme d'éco-citoyenneté portée par la généralisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

2.1.1. L'émergence d'une expertise citoyenne a d'abord été consacrée de manière indirecte à travers celle de ses représentants associatifs avec la création<sup>47</sup> novatrice<sup>48</sup> en avril 2009 du Haut conseil des biotechnologies. Elle traduisait cette conviction déjà pleinement acquise de ce que le modèle traditionnel d'administration consultative par le renvoi à des instances de consultation dans lesquelles la voix du public ne peut être véritablement distinguée de celle des autres intérêts représentés, ne satisfaisait pas à l'exigence de participation. Ce qui avait conduit la littérature scientifique et le rapport Kourilsky-Viney sur le principe de précaution remis au premier ministre en 1999, à la proposition de doubler chaque commission scientifique par une commission composée exclusivement de représentants du public afin que le public puisse émettre un avis distinct de celui des commissions scientifiques. Le Haut conseil des biotechnologies, qui reprend cette proposition, est ainsi composé d'un comité scientifique

---

<sup>47</sup> Prévues par la loi du 25 juin 2008 relative aux OGM.

<sup>48</sup> La création de ce Haut conseil, a été présentée par les autorités françaises comme un modèle pour la réforme par l'Union européenne de son système d'expertise des OGM (LM 23/04/2009 « La France pousse l'Europe à améliorer l'expertise sur les OGM »).

pluridisciplinaire<sup>49</sup> et d'un comité économique, éthique et social représentant la société civile<sup>50</sup> qui permet de mesurer l'acceptabilité par la société civile des réponses scientifiques données aux questions soumises au Haut conseil notamment en matière d'organismes génétiquement modifiés et d'essais de thérapie génique. Il s'agit là d'une illustration de cette capacité d'innovation juridique qu'apporte l'exigence environnementale au modèle de la démocratie administrative<sup>51</sup> et qui conduit à la reconnaissance d'une expertise citoyenne.

Or, cette expertise citoyenne est aujourd'hui consacrée de manière directe par le législateur. La constitutionnalisation du droit à participation et la nouvelle rédaction de l'article L 120-1 du code de l'environnement par la loi du 27 décembre 2012 réserve désormais au public le plus large, sans considération d'âge ou de nationalité, la participation aux procédures de consultation<sup>52</sup> applicables aux décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, ne relevant pas d'une autre procédure de consultation. Elle pose en outre un certain nombre de garanties et d'obligations nouvelles qui favorisent la participation effective du public et la prise en compte de ses observations. Le public, se trouve ainsi investi d'une mission citoyenne qui en fait l'acteur de l'expression de l'intérêt général<sup>53</sup>, venant ainsi rejoindre les associations de protection de

---

<sup>49</sup> Composé de 36 membres, biologistes, spécialistes de la santé, de l'environnement et des sciences humaines et sociales etc.

<sup>50</sup> Composé de 24 membres provenant des associations de protection de l'environnement, de consommateurs, ainsi que des organisations professionnelles agricoles et industrielles.

<sup>51</sup> Gilles DUMONT, *La citoyenneté administrative*, th. Paris II, 2002.

<sup>52</sup> En excluant désormais tout recours à des procédures particulières de consultation qui étaient laissées, dans certains cas à l'appréciation des pouvoirs publics (DC n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011 et n° 2012-262 QPC du 13 juillet 2012 relatives aux installations classées). La loi du 27 décembre habilite le gouvernement d'ici le 1<sup>er</sup> septembre 2013 à modifier ou à supprimer par voie d'ordonnance les procédures particulières qui ne sont pas conformes à l'article 7 de la charte.

<sup>53</sup> Conseil d'Etat, *La démocratie environnementale*, Intervention de Gilles DUMONT, Droits et Débats n° 4 précité.

l'environnement et notamment les associations agréées de protection de l'environnement qui sont investies *de facto*, d'une véritable mission de service public tant par les différentes missions qui leur sont confiées par les pouvoirs publics dans la mise en œuvre des politiques d'environnement que par leur action contentieuse.

2.1.2. L'émergence d'une expertise citoyenne qui trouve son prolongement dans le développement de la participation du public au processus de décision, grâce à l'essor des nouvelles technologies a donné naissance à une forme de démocratie électronique et d'e-citoyenneté qui, tout en la mettant en œuvre, dépasse l'horizon de la seule démocratie environnementale.

Internet et les nouvelles technologies de communication permettent en effet la participation d'un nombre croissant d'acteurs, qu'ils soient simples citoyens, experts, membres d'associations diverses, de réseaux alternatifs, de médias ou de groupes d'intérêts divers, qui à travers ces nouveaux outils de communication animent une forme de démocratie directe<sup>54</sup> que les acteurs publics institutionnels cherchent aujourd'hui à intégrer au processus décisionnel pour renforcer l'acceptabilité et la légitimité de leurs décisions. La France qui y a eu recours pour un certain nombre de réformes et qui l'a systématisée en décembre 2012 pour la consultation du public sur les projets de décisions ayant une incidence sur l'environnement, est longtemps restée en retard sur ce point par rapport au monde anglo-saxon qui très tôt a exploité les potentialités des consultations en ligne. De tels outils, par leur souplesse, leur rapidité et le coût réduit de leur mise en œuvre, permettent de faciliter tant le recueil d'avis que l'intégration au processus de décision. Et il reste encore des avancées à accomplir. Ce qui explique l'intérêt porté au développement des forums interactifs pour accompagner le fonctionnement de la vie collective, qu'il s'agisse de permettre au citoyen de se prononcer sur les questions de société, sur

---

<sup>54</sup> Conseil d'Etat *Rapport public 2011, Consulter autrement, participer effectivement*, précité.

les réformes ou sur les projets de décisions ayant une incidence sur l'environnement. A cet égard il faut souligner l'intérêt que représenterait au terme de l'expérimentation lancée par la loi du 27 décembre 2012<sup>55</sup>, la généralisation des forums électroniques et l'institution d'un garant de la consultation chargé de réaliser la synthèse de la consultation pour faciliter la prise en compte des observations du public, tant pour l'élaboration des textes que pour l'adoption des décisions ayant une incidence sur l'environnement.

Pour autant, qu'il s'agisse de la participation à l'écriture du droit ou à la prise des décisions à impact environnemental, la réception des valeurs démocratiques représentée par ces nouvelles formes de démocratie directe, ne va guère au-delà de ce que produisent les mécanismes de démocratie participative et de ce qu'acceptent progressivement les « opérateurs spécialisés du droit ».

## *2.2. L'avenir de la démocratie participative*

Participer n'est pas décider. L'idée en est encore solidement ancrée<sup>56</sup>. Et celle d'une élaboration conjointe, fort novatrice, n'est pas encore pleinement acquise. L'intégration des valeurs démocratiques dans la conduite des politiques de développement durable, si elle conduit à une rénovation des formes de la gouvernance en privilégiant l'horizontalité des rapports entre les acteurs, ne remet pas totalement en cause l'ordre et la hiérarchie des pouvoirs, non plus que les mécanismes de régulation de l'Etat de droit qui font du juge le régulateur essentiel de l'ordre normatif.

2.2.1. La première constatation en forme d'interrogation porte sur la nature et la portée de la participation citoyenne à la production

---

<sup>55</sup> La loi de 2012 a fixé une période d'expérimentation de 18 mois à compter du 1<sup>er</sup> avril 2013.

<sup>56</sup> « Le droit à la participation ne constitue pas un droit à la décision elle-même ». Sénat 2012-98, Rapport Laurence ROSSIGNOL sur le projet de loi relatif à la mise en oeuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la charte de l'environnement (procédure accélérée), 31 octobre 2012 p. 18.

normative, car la promotion du public, en tant qu'entité détentrice d'une expertise juridique propre, permettant aux citoyens d'accomplir leurs droits fondamentaux<sup>57</sup>, reste une forme de théorisation symbolique de « l'utopie de la démocratie directe »<sup>58</sup> qui ne correspond encore que partiellement à la réalité du fait participatif.

Les niveaux de participation réels du public dans le cadre des procédures de consultation ou de concertation restent souvent en deçà des possibilités offertes par les moyens mis en œuvre, qu'il s'agisse des débats publics, des enquêtes publiques ou des procédures de concertation ou de consultation. Lorsqu'ils sont plus importants, ces chiffres, comme c'est généralement le cas à l'occasion de l'organisation d'« états généraux », correspondent non à une mobilisation du public mais des professionnels concernés par les projets de réforme qui les concernent. Ce qui pose la question de la représentativité du corps social par les participants à ces procédures, qui reposent sur un processus de sélection qui privilégie en réalité l'expertise, la défense d'intérêts collectifs, particuliers, catégoriels ou militants, conduisant à une surreprésentation de certaines professions, associations ou acteurs sociaux, ce qui ne permet pas d'assurer la représentation des différents groupes d'intérêt, ni cette entité abstraite qu'est le « public ». A cela s'ajoute l'obstacle de la complexité technique des projets souvent peu accessibles aux citoyens « ordinaires » et l'attitude variable des élus qui va de la méfiance ou de la prudence à l'égard des procédés de démocratie directe dans lesquels ils voient une source de concurrence, à l'instrumentalisation de ces procédures à des fins de communication politique<sup>59</sup> pour construire et renforcer la légitimité de leur action et favoriser la réalisation de leurs projets comme cela est généralement le cas dans les grandes agglomérations et les grandes collectivités.

---

<sup>57</sup> Jean-Bernard AUBY, « Quelques observations sur l'administration 'délibérative' », in *Rapport public 2011* précité p. 185 et s.

<sup>58</sup> Conseil d'Etat, *La démocratie environnementale*, Intervention de Dominique SCHNAPPER, Droits et Débats n°4 précité.

<sup>59</sup> Rémi LEFEBVRE, *La démocratie participative absorbée par le système politique local*, Métropolitiques, 29/10/2012.

Enfin, c'est la portée même de ces procédures de participation, quant à la capacité réelle de participer à la rédaction des normes ou de peser sur le pouvoir de décision, qui fait interrogation. La procédure de débat public souffre d'être plus une procédure d'information que de participation, sans capacité réelle d'influer sur le projet, sauf action de mobilisation citoyenne associative ou partisane extérieure à la procédure de débat public elle-même. Il en va ainsi des procédures de consultation et de concertation qui généralement si elles permettent d'assurer l'expression du public, n'ont qu'une faible incidence sur la prise de décision.

D'où la volonté, tant au niveau européen<sup>60</sup> qu'au niveau national<sup>61</sup>, d'instaurer une régulation entre les procédures de concertation et de consultation, ainsi que d'amplifier le recours aux études d'impact<sup>62</sup> pour l'élaboration des normes, par des modes de consultation ouverte visant à assurer la participation du public le plus large en s'appuyant sur Internet et les nouvelles technologies de l'information et de la communication qui, si elles ouvrent de réelles potentialités de renforcement de la démocratie participative, restent encore à déployer. Le bilan des consultations par voie électronique demeure encore très inférieur au potentiel de participation qu'elles ouvrent<sup>63</sup> et traduit un déficit de participation citoyenne. Or pour en faire l'outil

---

<sup>60</sup> Avec l'initiative citoyenne européenne instituée par le traité de Lisbonne (article 11 du TUE), qui a conduit à la mise en place depuis le 1<sup>er</sup> avril 2012 du premier instrument de démocratie directe de l'Union européenne permettant à un million de citoyens représentant un quart des Etats membres de l'Union de saisir la Commission européenne d'une proposition d'acte juridique relevant de sa compétence.

<sup>61</sup> Avec la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit et la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement.

<sup>62</sup> Loi organique du 15 avril 2009 prise pour l'application de l'article 39 de la Constitution.

<sup>63</sup> Il est particulièrement symptomatique que la consultation par voie Internet sur le projet de loi relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la charte de l'environnement, n'ait mobilisé que 286 personnes.

privilegié de démocratie directe qui est souhaité, et profiter des avantages qu'il représente en matière de consultation et de participation du public, sa mise en œuvre nécessite la mise en place d'une série de garanties procédurales et l'établissement d'une loi-code<sup>64</sup> fixant l'ensemble des principes régissant le recours aux consultations ouvertes. De même nécessite-t-elle que soit portée une attention renforcée à la fracture numérique qui touche une partie des citoyens et des administrés qui n'ont pas un accès aisé aux outils numériques, et qui nécessite l'adoption d'une série de mesures techniques permettant l'accès aux moyens numériques<sup>65</sup> et l'aide à leur utilisation pour des publics que l'âge, la condition économique, la vulnérabilité ou l'inappétence pour les nouvelles technologies laisseraient sinon à l'écart de l'exercice de cette nouvelle citoyenneté.

2.2.2. La seconde constatation est celle de la pérennité du rôle joué par juge en tant que garant de la démocratie participative et de l'Etat de droit.

Le juge reste au centre du dispositif de production et d'adaptation du droit que ce soit dans sa fonction consultative ou contentieuse. En participant tant à l'écriture qu'à l'interprétation du droit, il assure à la fois la régulation de la démocratie participative et le renforcement de l'Etat de droit.

Le juge constitutionnel à travers la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a acquis ce pouvoir essentiel dans un Etat de droit, qui est celui d'abroger les textes législatifs contraires à la Constitution et d'obliger le législateur à intervenir pour rétablir et renforcer l'Etat de droit. Un tel pouvoir qui est celui d'effacer la règle de droit contraire à un principe fondamental a joué un rôle important dans la mise en œuvre du droit à participation consacré par l'article 7 de la charte de l'environnement et pour la pleine réception de la convention d'Aarhus et du droit de l'Union européenne. L'exemple

---

<sup>64</sup> Conseil d'Etat *Rapport public 2011 Consulter autrement, participer autrement* EDCE p. 108.

<sup>65</sup> Toutes les collectivités territoriales ne sont pas équipées en bornes numériques.

de l'abrogation de l'article L 120-1 du code de l'environnement et l'élaboration, selon une procédure accélérée, d'une version plus conforme de cet article à la charte démontre pleinement la fonction de garant de la démocratie participative que peut jouer le juge constitutionnel dans l'écriture du droit, et qui vient amplifier celle qu'il exerce dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois.

Le Conseil d'Etat, à travers le tri qu'il effectue des questions prioritaires de constitutionnalité, les avis qu'il rend sur la législation et la réglementation, participe de la même influence sur l'écriture du droit. Les divers avis rendus depuis plusieurs années sur les projets de loi relatifs à la mise en œuvre de nouveaux procédés de consultation ou les études et rapports rendus par le Conseil incitant au développement d'une « administration délibérative » portée par le poids de la thématique du développement durable<sup>66</sup>, sont la pleine illustration de cette capacité d'influence sur l'écriture du droit. Celle-ci se double en outre d'une fonction d'interprétation de la règle de droit qui permet au juge, éternelle « bouche de la loi » selon la formule de Montesquieu, d'en corriger ou d'en amplifier la portée. Sur ce terrain, on peut s'interroger sur l'appréciation que fera le Conseil d'Etat des dispositions nouvelles de la loi du 27 décembre 2012 qui prévoient l'organisation d'une procédure de consultation pour toute décision ayant une incidence sur l'environnement, et la manière dont il analysera la notion d'« incidence » sur l'environnement au sens de l'article 7 de la charte de l'environnement pour les décisions réglementaires et d'espèce, au regard de l'interprétation restrictive qu'en fait le juge constitutionnel<sup>67</sup> et de l'exigence par l'ordonnance du 5 août 2013 d'une incidence directe et

---

<sup>66</sup> Jean-Bernard AUBY, « Quelques observations sur l'administration 'délibérative' », in *Rapport public 2011* précité p. 185 et s.

<sup>67</sup> Qui a considéré que les limites fixées par le législateur au principe de participation du public dans l'ancienne version du texte « en prévoyant que ne doivent être regardées comme "ayant une incidence sur l'environnement" que les décisions qui ont une incidence "directe et significative" sur l'environnement, ... ne méconnaissent pas les exigences de l'article 7 de la Charte de l'environnement ». DC n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, précitée.

significative sur l'environnement pour les décisions individuelles des autorités publiques. On peut également s'interroger sur les conséquences qu'il tirera de l'interprétation de l'exigence de « prise en compte » des observations du public posé par le législateur en 2012, quant à la reconnaissance au profit des citoyens de la qualité de co-auteur de la décision dans les procédures de participation mettant en œuvre une forme d'élaboration conjointe des décisions administratives<sup>68</sup>. Ce travail d'interprétation de la loi du 27 novembre 2012 est d'autant plus nécessaire que la procédure de consultation du public telle que redéfinie, dans une certaine précipitation, si elle améliore le dispositif initial, n'atteint pas sur l'échelle de la participation, le stade de la délibération.

Cela alors même que le Conseil d'Etat, dans le cadre de sa fonction consultative, promeut une vision extensive du droit à participation à travers la mise en place d'un modèle d'« administration délibérative » dont il est venu fixer, par une série de recommandations, les conditions de réalisation et de sécurisation dans son Rapport annuel de 2011 *Consulter autrement, participer efficacement*, afin de « confronter directement le citoyen à la norme » et de réaliser grâce à cette nouvelle forme de démocratie administrative « un retour au politique »<sup>69</sup>.

Or, il s'agit là d'une illustration de ce rôle d'« intellectuel organique de l'Etat »<sup>70</sup> dont s'est investi le Conseil d'Etat à travers le temps, afin d'accompagner l'adaptation au changement et le renouvellement des modes de gouvernance, et qui s'illustre encore à travers sa « fonction doctrinale » par l'organisation de cycles de conférences relatives aux « enjeux juridiques de l'environnement » et

---

<sup>68</sup> Conseil d'Etat, *La démocratie environnementale*, Intervention de Gilles DUMONT, Droits et Débats n° 4 précité.

<sup>69</sup> *Rapport annuel 2011*, précité.

<sup>70</sup> Jacques CAILLOSSE, « Variations autour du rapport public annuel. Sur la réception des fonctions consultatives du Conseil d'Etat », *AJDA* 2013, p. 1034 et s.

spécialement à la démocratie environnementale<sup>71</sup> et aux évolutions du droit<sup>72</sup> qu'implique la mise en œuvre des grands principes du développement durable et qui sont ceux qui contribuent aujourd'hui à l'évolution de la théorie de la démocratie et de l'Etat de droit.

Il s'agit là aussi d'un modèle de réflexion et de renouvellement de la gouvernance qui, appliqué dans le contexte plus large de la Francophonie et des relations avec les collectivités à statut particulier et avec les peuples autochtones<sup>73</sup>, est de nature à renouveler la prise en compte de la diversité des identités culturelles et des cultures juridiques, à nourrir et à reconnaître les formes particulières de normativité et de juridicité dont elles ne peuvent être que porteuses<sup>74</sup>. De ce point de vue l'évolution et le développement des formes de « droit souple »<sup>75</sup> tant dans le champ du droit de l'Union européenne que du droit national, ne peuvent qu'alimenter cette réflexion sur l'utilité et le performance d'un droit de plus en plus exo-centré, dont la production est le résultat d'une élaboration conjointe avec les acteurs de la société civile, n'obligeant pas mais traduisant une adhésion aux objectifs à atteindre pouvant conduire à une forme d'engagements unilatéraux, dont l'encadrement a vocation à être défini par le législateur et la régulation assurée par le juge qui est le garant naturel de l'Etat de droit, de la démocratie et de la participation citoyenne.

---

<sup>71</sup> Conseil d'Etat, *La démocratie environnementale*. Droits et débats n° 4, La Documentation française, 2013.

<sup>72</sup> Conseil d'Etat, *Enjeux juridiques de l'environnement*. Droits et débats n° 9, la Documentation française 2013.

<sup>73</sup> René KUPPE, « La consultation préalable, comme mécanisme pour la défense des droits constitutionnels des peuples », in *Le constitutionnalisme latino-américain, entre renouveau juridique et essor démocratique* Colloque international Université Cergy Pontoise, 4 avril 2013.

<sup>74</sup> Laurent SERMET, « Juridicité, normativité et pluralisme », in Ghislain OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala 2012 p. 201 et s.

<sup>75</sup> Conseil d'Etat, *Le droit souple*, Etude annuelle 2013, La Documentation française, 2013.



### *Chapitre 3*

## COMMENT ECRIRE LES DROITS DE L'HOMME ?

par **Laurent Sermet**,  
professeur à l'Université de la Réunion

Ecrire les droits de l'homme, c'est aussi écrire le droit. Tentons, dans le cadre de cette brève étude, de penser par quelques pistes l'écriture des droits de l'homme comme un acte aboutissant à une production juridique (1, 2) mais aussi comme un processus qui positionne le droit comme une discipline du choix social (3, 4, 5). Dans ce sens, l'écriture des droits de l'homme, composante de l'écriture du droit, est un art complexe qui associe autant la technique de la formalisation écrite que la conceptualisation et l'inscription d'une société dans le temps, qui allie forme, substance et délibération. Ainsi, une tension se dessine entre l'ambition d'une production cristallisée et celle d'un processus permanent de recherche du choix social qu'une société souhaite le plus abouti possible mais qu'elle reconstruit inévitablement en permanence. C'est heureux pour la matière des droits de l'homme et rend justice à leur humanité.

### **1. Ecrire ou recopier les droits universels et régionaux des droits de l'homme ? L'illustration de la charte constitutionnelle mauricienne**

Il existe en droit international et en droit constitutionnel une convergence éclatante autour de valeurs qui fondent les droits de l'homme : liberté, égalité et dignité. Dans cette hypothèse, rien ne sert d'inventer des formules nouvelles. Reprendre, réécrire, recopier suffit.

La lecture de la Constitution mauricienne de 1968 montre que le chapitre II de celle-ci emprunte ses sources aux grands textes fondamentaux tels que la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et la convention européenne des droits de l'homme

de 1950, entre autres<sup>1</sup>. De ce fait, ces grands textes internationaux sont incorporés en substance en droit mauricien avec un statut et un rang de droit constitutionnel.

Le tableau ci-dessous démontre le rapprochement frappant entre les diverses sections de la Constitution de 1968 et les articles correspondants de la déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948 et la convention européenne des droits de l'homme (CEDH) 1950.

<b>Sec-tions</b>	<b>Constitution de 1968</b>	<b>DUDH</b>	<b>CEDH</b>
<b>3</b>	<b>Droits fondamentaux et libertés individuelles</b>	Article 10	Article 5
<b>4</b>	<b>Protection du droit à la vie</b>	Article 2-1	Article 2, Article 8
<b>5</b>	<b>Protection de la liberté individuelle</b>	Article 5, Article 10	Article 6
<b>6</b>	<b>Protection contre l'esclavage et le travail forcé</b>	Article 4-1	Article 3, Article 4
<b>7</b>	<b>Protection contre les</b>	Article 3	Article 3,

\* Laurent Sermet, Université de La Réunion

<sup>1</sup> En ce sens, R.P. GUNPUTH et L. SERMET, « Chronique de jurisprudence mauricienne et seychelloise », *RFDC*, 2014.

	<b>traitements inhumains</b>		Article 4
<b>8</b>	<b>Protection contre les atteintes à la propriété</b>	Article 17	Article 8
<b>9</b>	<b>Protection de l'intimité du domicile</b>	Article 12, Article 13	Article 8
<b>10</b>	<b>Garantie du respect des droits de la défense</b>	Article 6-1, Article 10, Article 11	Article 5, Article 7
<b>11</b>	<b>De la liberté de conscience</b>	Article 16, Article 18	Article 9, Article 12
<b>12</b>	<b>De la liberté d'expression</b>	Article 19	Article 10
<b>13</b>	<b>De la liberté de réunion et d'association</b>	Article 17, Article 20-2	Article 11
<b>14</b>	<b>De la liberté de fonder des écoles</b>	Article 26	Article 9
<b>15</b>	<b>De la liberté d'aller et venir</b>	Article 13	
<b>16</b>	<b>Protection contre toute</b>	Article 7	Article 14

	<b>discrimination</b>		
--	-----------------------	--	--

## **2. Une écriture originale des droits de l'homme : la charte africaine des droits de l'homme et des peuples**

La charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été adoptée en 1981, à Nairobi. C'est le troisième « grand » instrument régional de protection des droits de l'homme, qui vient après la CEDH (1950) et la CADH (1968). Elle précède la charte de l'ASEAN, 9 novembre 2012, qui n'établit pas de mécanisme régional juridictionnel de protection des droits mais un mécanisme de coopération inter-étatique (art. 38). La charte africaine se présente bien sûr comme un instrument classique de protection, en ce qu'il y a un alignement entre les droits que l'on y trouve et ceux qui sont inscrits dans d'autres instruments juridiques, soit régionaux, soit onusiens. Mais la charte africaine tient compte, dans une certaine mesure, du contexte traditionnel africain.

L'originalité de la charte est particulièrement marquée sur trois points.

Elle défend les droits de l'homme, mais en même temps, elle défend les droits des peuples ou les droits collectifs et il n'y a pas d'instrument onusien ou régional qui tisse des liens aussi clairement entre les droits collectifs et les droits individuels, à l'exception récente de la déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (2007). Sont mentionnés aux articles 19 à 24, à titre de droits collectifs : le droit à l'égalité entre les peuples (art. 19), le droit de tout peuple à l'existence et à l'autodétermination (art. 20), le droit de tout peuple à la libre disposition de ses richesses (art. 21), le droit des peuples au développement (art. 22), le droit de tout peuple à la paix (art. 23) et le droit de tout peuple à un environnement satisfaisant (art. 24).

La charte est favorable à une énumération des devoirs de l'homme et devoirs des peuples. La première partie de la charte s'intitule « des droits et des devoirs », elle comprend un chapitre 1 « des droits de

l'homme et des peuples » (art. 1<sup>er</sup> à 26) et un chapitre 2 « des devoirs » (art. 27 à 29). Beaucoup plus timide, la convention américaine des droits de l'homme ne comporte qu'un seul article qui porte comme intitulé général « Corrélation entre droits et devoirs » (art. 32). En droit constitutionnel français, le droit positif ne propose ni matériellement, ni formellement, de liste des devoirs fondamentaux. Ni dans la DDHC, ni dans le préambule de la Constitution de 1946. Cela étant, dans le droit constitutionnel français sorti de vigueur, la Constitution thermidorienne du 22 août 1795 fut précédée d'une « déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen », qui comprenait une liste de neuf articles, soit neuf énonciations de devoirs contre 22 droits, qui n'apparaissent pas, avec le recul du temps, entièrement convaincants étant donnée leur grande proximité avec des considérations morales. L'article 4 illustre ce mélange des genres « nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami et bon époux ». L'article 5 illustre encore ce mélange des genres « nul est homme de bien s'il n'est franchement et religieusement observateur des lois ».

Enfin, la charte fait une référence dans son préambule à la coutume : « tenant compte des vertus, de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser les réflexions des Etats africains sur la conception des droits de l'homme et des peuples ». L'article 29 de la charte en son paragraphe 7 prévoit que l'individu doit « veiller dans ses relations avec la société, à la préservation et au renforcement des valeurs culturelles africaines positives, dans un esprit de tolérance de dialogue et de concertation ». Il se dégage de cette disposition une conception binaire du rapport de la coutume aux droits de l'homme : il y a des valeurs africaines positives et, par symétrie, des valeurs africaines négatives ; les premières doivent être recherchées, protégées, à l'inverse des valeurs africaines négatives qui doivent être mises à l'écart et combattues. Cet article doit se lire en relation avec les autres instruments juridiques que l'Afrique a adoptés après la charte et qui font expressément référence à ces valeurs de civilisation africaine positives. En 2003, l'Union africaine le protocole à la charte

relatif au droit des femmes porte en son article 5, qui a pour titre « Élimination des pratiques néfastes », l'interdiction de toutes les formes de pratiques néfastes qui affectent négativement les droits humains des femmes (notamment mutilation génitale féminine, scarification, médicalisation et para médicalisation des mutilations génitales féminines). En 1990, la charte des droits et du bien-être de l'enfant en Afrique contient un article 21 intitulé « Protection contre les pratiques négatives sociales et culturelle ». L'article 29 § 7 de la charte de 1981 signifie que, lorsqu'il y a une pratique sociale négative, il convient promouvoir l'abrogation de celle-ci par le dialogue, la médiation, et non par la répression. Il n'y a jusqu'à présent aucune jurisprudence africaine sur cette question.

### **3. Question de frontière : écrire le droit ou dire l'éthique ? Le droit de la femme d'être informée du statut sérologique de son partenaire**

Grâce au lancement officiel de ses premières observations générales<sup>2</sup>, le 13 avril 2013, la commission africaine des droits de l'homme et des peuples, sise à Banjul, en Gambie, a fait avancer la cause de la santé sexuelle et reproductive des femmes africaines, au regard de leur statut sérologique. Le droit de la femme d'être informée du statut sérologique de son partenaire est un élément central des observations générales même si elles ne sont pas spécialement innovantes sur ce point, dans la mesure où elles s'inscrivent dans les principes qui ont été précédemment dégagés par l'ONUSIDA.

Le point de départ est double : la divulgation à des tiers d'un statut de séropositivité ne peut pas être imposée ; la connaissance médicale du statut sérologique est couverte par le statut médical.

---

<sup>2</sup> Voir *Observations générales sur l'article 14 (1) (d) et (e) du protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la Femme en Afrique*, disponibles sur <http://www.achpr.org/fr/news/2012/11/d65/>, consulté le 3 mai 2013. Elles ont été adoptées par la commission lors de sa 52<sup>ème</sup> session ordinaire (Yamoussoukro, 9-22 octobre 2012).

La vérité sur l'état sérologique du partenaire de la femme ne peut pas être forcée et le droit ne peut pas y contraindre. On ne peut ainsi parler d'un droit à la vérité que sous la forme d'une révélation volontaire. La commission africaine se fait ici dispensatrice de comportements éthiques : « La révélation de l'état de santé peut ne pas être explicite. Elle peut prendre des formes variées comme par exemple des actes codés et implicites de la part de la personne concernée. Les actes codés et implicites doivent comprendre des révélations permettant la communication sur l'état de santé d'une personne de sorte à pouvoir engager un dialogue direct ». On comprend parfaitement que ces formes de révélation ne relèvent pas du champ juridique. C'est pourquoi on peut être sceptique sur la conclusion d'après laquelle : « Les Etats doivent également s'assurer que toutes les formes de révélation soient reconnues ».

Les raisons tenant à l'absence de contrainte juridique propre à forcer la révélation du statut sérologique du partenaire de la femme s'expliquent par référence au droit à la vie privée. Mais plus encore par référence à la crainte de persécution, de stigmatisation et de violence possible liées à l'infection. Il est fait ici appel à la responsabilité du partenaire de dévoiler ou non sa séropositivité, entendue comme son autodétermination. Si celui-ci choisit en conscience de ne pas dévoiler l'infection, il a l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires et adéquates pour de ne pas contaminer sa partenaire. Cette tension s'inscrit dans l'article 5, 1<sup>re</sup> phrase de la déclaration universelle de l'UNESCO sur la bioéthique et les droits de l'homme, 19 octobre 2005, selon laquelle : « L'autonomie des personnes pour ce qui est de prendre des décisions, tout en assumant la responsabilité et en respectant l'autonomie d'autrui, doit être respectée ».

On peut penser que la criminalisation de la personne qui contamine sciemment ses partenaires, comme la Cour de cassation française l'a établi, n'est pas incompatible avec les principes posés par

UNAIDS<sup>3</sup>. Il s'agit ici de la seule exception prévue à la non répression de la non-révéléation<sup>4</sup>. La doctrine accompagne cette vision défavorable à la voie répressive<sup>5</sup>.

Une question supplémentaire se pose : quel rôle peut jouer le médecin, ou le corps médical, dans l'information de la femme du statut sérologique de son partenaire ? Le point de départ est la confidentialité couverte par le secret médical de la vérité sérologique. Le droit ne peut pas ici se départir de cette position de principe, qui se défend de toute obligation de divulgation. Il doit absolument protéger la personne infectée des réactions négatives à l'encontre de celle-ci (§ 17). Toutefois, la notion de confidentialité ne peut pas être absolue en ce qui concerne le partenaire. La commission s'inscrit ici entièrement dans les principes développés par les directives internationales sur le HIV et les droits de l'homme (ONUSIDA) qu'elle cite. Dans ces conditions, « les professionnels de santé doivent être autorisés, mais sans y être obligés, et suivant la nature du cas et en fonction de considérations éthiques, à informer les partenaires sexuels d'un patient de sa séropositivité » (§ 19).

Selon le paragraphe 20, g, des *International Guidelines on HIV and Human Rights*<sup>6</sup>, l'information du partenaire devient possible, voire souhaitable aux conditions suivantes :

---

<sup>3</sup> Cour de cassation, ch. crim., 5 octobre 2010, n° 09-86209, Publié au *Bulletin criminel* 2010, n° 147 : est déclaré coupable du délit d'administration de substances nuisibles aggravé, prévu et puni par les articles 222-15 et 222-9 du Code pénal, celui qui, connaissant sa contamination déjà ancienne au virus de l'immuno-déficience humaine (VIH) pour laquelle il devait suivre un traitement, a entretenu pendant plusieurs mois des relations sexuelles non protégées avec sa compagne en lui dissimulant volontairement son état de santé et l'a contaminée, la rendant désormais porteuse d'une affection virale constituant une infirmité permanente.

<sup>4</sup> Voir :

[http://data.unaids.org/pub/basedocument/2008/20080731\\_jc1513\\_policy\\_criminalization\\_en.pdf](http://data.unaids.org/pub/basedocument/2008/20080731_jc1513_policy_criminalization_en.pdf)

<sup>5</sup> Marius PIETERSE, « Disentangling illness, crime and morality: Towards a rights-based approach to HIV prevention in Africa », *African Human Rights Law Journal*, (2011) vol. 11, n° 1, p. 57-74.

- i. La personne séropositive au VIH a reçu le conseil nécessaire ;
- ii. Ce conseil n'a pas suffi à provoquer chez elle le changement de comportement souhaité ;
- iii. La personne séropositive au VIH a refusé d'informer son ou ses partenaire(s) ou de consentir à ce qu'ils soient informés ;
- iv. Un risque réel de transmission du VIH au(x) partenaire(s) existe ;
- v. La personne séropositive au VIH a reçu un préavis suffisant ;
- vi. L'identité de la personne n'est pas révélée au(x) partenaire(s), si cela est possible dans la pratique, sinon l'identité est révélée ;
- vii. Dans ce cas, un suivi est assuré pour aider les intéressés ; et
- viii. La personne administrant le traitement du VIH, les soins, ou les conseils s'est assurée que la personne vivant avec le VIH n'encourt pas de risque de violence physique en raison de la divulgation de son statut.

Quant à l'article 15 (4) du *Model Law on HIV in Southern Africa*, il pose des conditions préalables semblables, non identiques, qui peuvent –mais non pas doivent– conduire le médecin (ou autre corps médical) à dévoiler la séropositivité à autrui <sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> [http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub07/jc1252-internguidelines\\_en.pdf](http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub07/jc1252-internguidelines_en.pdf)

<sup>7</sup> Article 15 (4) : A person providing treatment, care or counselling services to a person living with HIV may notify (nous soulignons) a third party of the HIV status of that person only where: // (a) the notifying person is requested by the person living with HIV to do so; or // (b) all the following circumstances exist: // (i) the third party to be notified is at immediate risk of HIV transmission; and // (ii) the person living with HIV, after appropriate counselling, does not personally inform the third party at risk of HIV transmission; and // (iii) the person providing treatment, care or counselling services has: // (aa) properly and clearly informed the patient that he or she intends to notify the third party under the circumstances; and // (bb) ensured that the person living with HIV is not at risk of physical violence resulting from the notification; or // (c) all the following circumstances exist: // i) the person living with HIV is dead, unconscious or otherwise unable to give consent to the notification; and // (ii) is unlikely to regain consciousness or the ability to give consent; and // (iii) in the opinion of the health care

Nous avons volontairement choisi de ne pas donner de définition précise de la notion d'éthique qui se dégage des observations générales et qui sont entremêlées aux obligations juridiques dégagées. L'obligation légale et l'obligation éthique se complètent, dans une perspective additionnelle, soulignant combien le droit doit se repenser –et doit re-panser- face à la pandémie<sup>8</sup>. En effet, « si le syndrome du VIH est une maladie comme une autre, la construction sociale et la stigmatisation qui lui sont associées font de la peur, de l'ignorance et de la discrimination les piliers qui continuent à empêcher sa prévention et son traitement »<sup>9</sup>.

Le protocole de Maputo est ouvert aux préoccupations éthiques dès lors qu'il utilise l'expression de « pratiques internationalement reconnues » (art. 14 (1) e)), qu'il distingue des normes. La version anglaise est légèrement différente : « internationally recognised standards and best practices ». Trois champs normatifs se dessinent : le droit des droits de l'homme, la morale, l'éthique. En se référant aux « pratiques », dans ce texte, il pourrait être plaidé que le protocole fait entrer l'éthique dans le champ de l'obligation juridique. Mais cela ne se peut pas ; leurs natures respectives sont trop dissemblables. L'éthique, telle que nous l'avons rencontrée, semble investir deux espaces assez différents. D'un côté, la prise en compte de la personne conduite à apprendre et à vivre avec son nouveau statut sérologique. D'un autre côté, des directives de comportements, des sortes de protocole à suivre, afin de répondre au mieux à une situation, sans contraindre, en suggérant une révélation de séropositivité ainsi qu'une responsabilité consécutive, et sans franchir l'étape de

---

provider, there is or was a significant risk of transmission of HIV by the person living with HIV to the sexual partner(s).

<sup>8</sup> E CAMERON, « Legal and human rights responses to the HIV/AIDS epidemic », *Stellenbosch Law Review* (2006) vol. 17, p. 47-90.

<sup>9</sup> Cour constitutionnelle d'Afrique du sud, Case CCT 69/05, 4 avril 2007 *NM and Others v Smith and Others (Freedom of Expression Institute as Amicus Curiae)* 2007 (5) SA 250 (CC).

l'obligation juridique. Selon une étude canadienne<sup>10</sup>, la première de ces deux dimensions tient au conseil de la personne (« client-centered approaches to counselling ») en faisant appel à un regard positif inconditionnel, à l'empathie, à l'authenticité. La seconde intéresse la confidentialité et le devoir d'avertissement (« duty to warn »).

#### **4. Ecrire une anthropologie des droits de l'homme : quelle ouverture aux valeurs non occidentales ?**

On peut, sans grande contradiction, estimer que la formulation contemporaine des droits de l'homme est née en Occident, ou dans des esprits occidentalisés. Cette origine peut constituer à leur égard une forme de handicap dès lors que leur universalité est plus (im)-posée que revendiquée. Quels choix les peuples ont-ils vis-à-vis des droits de l'homme (occidentaux) ? Quelle liberté ont-ils de formuler leurs propres valeurs ? Non pas que l'opportunité des droits de l'homme soit réellement en cause : comment remettre en cause les valeurs de dignité humaine, de liberté, d'égalité ? Mais ils forment, pour nombre de cultures, une légitimité politique du droit parmi d'autres, soulignant une évidence si crasse qu'elle mérite à peine d'être dite : il existe une multitude de systèmes de référence.

Quelle ouverture les droits de l'homme font-ils aux valeurs non occidentales ? La question n'est pas nouvelle. Le jésuite indien, Raimon Panikkar, a longuement interrogé l'occidentalité des droits de l'homme et leur incapacité à s'ouvrir à une anthropologie des droits de l'homme<sup>11</sup>. Nous avons tenté de démontrer les mécanismes d'une

---

<sup>10</sup> *Disclosure of HIV-Positive Status To Sexual and Drug-Injecting Partners, A Resource Document*, January 2003, Prepared for the Ontario Advisory Committee on HIV/AIDS (OACHA), in [http://www.health.gov.on.ca/english/providers/pub/aids/reports/disclosure\\_hiv\\_positive\\_status\\_sexual\\_drug\\_injecti.pdf](http://www.health.gov.on.ca/english/providers/pub/aids/reports/disclosure_hiv_positive_status_sexual_drug_injecti.pdf)

<sup>11</sup> Raimon PANIKKAR et Arvind SHARMA, *Human Rights as a Western Concept*, New Delhi, D.K. Printworld, 2007.

anthropologie juridique des droits de l'homme<sup>12</sup>. Nous n'y reviendrons pas. On peut estimer que le droit international des droits de l'homme a une acceptabilité très réduite des valeurs non occidentales au motif, louable certes mais hégémonique dans sa portée, d'une vision unitariste des droits de l'homme.

Une première illustration est donnée par le jeu des réserves et objections aux réserves des Etats parties à la Convention des Nations unies sur l'interdiction de toutes discriminations à l'égard des femmes (CEDAW, 1979)<sup>13</sup>. Son article 16, qui concerne l'égalité des époux dans le cadre du lien matrimonial, a provoqué une avalanche de refus de la part des Etats de confession islamique, jugée contraire à la convention par certains des Etats européens<sup>14</sup>. Dans le cadre d'un raisonnement juridique *stricto sensu*, les objections sont fondées, car les réserves emportent une contrariété à l'objet et au but du traité CEDAW. Mais pourquoi faudrait-il absolument considérer que la valeur de l'égalité entre mari et femme soit le seul instrument de mesure des rapports entre époux ? S'il s'agit d'un argument de façade pour mieux opprimer la femme, évidemment, il doit être dénoncé. Si ce n'est pas le cas, il y a matière à réflexion dans le but d'une meilleure acceptabilité des droits de l'homme et de leur sens social et politique.

L'Etat saoudien, qui n'est pas spécialement connu pour sa pratique du respect effectif des droits de la femme, donne une explication intéressante de la conception de la femme et de ses droits : « la conception islamique de la femme découle de son humanité partagée

---

<sup>12</sup> Notre ouvrage, *Une anthropologie juridique des droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, Paris, AUF-Editions des archives contemporaines, 2009.

<sup>13</sup> Eva BREM, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001 : sur la discussion entre Islam et droits de l'homme, notamment.

<sup>14</sup> Selon la France : « en faisant obstacle à l'application de ces dispositions, où en la subordonnant aux principes de la charia, les Émirats arabes unis formulent des réserves de caractère général, retirant à la Convention toute sa portée. Le Gouvernement de la République française estime que lesdites réserves sont incompatibles avec l'objet et le but de la Convention et y fait objection ».

avec l'homme : ils sont égaux dans le sens d'une humanité non affectée par la division des sexes. L'Islam voit la femme et l'homme dans un cadre social, gouverné par des relations de droits réciproques, illustrés dans la pratique par la morale humaine, la compréhension mutuelle et l'amour. Pas par la confrontation et la perturbation. En procédant sur une base réaliste, l'Islam considère que toute ressemblance entre les hommes et les femmes est contraire à la réalité de l'être : c'est la femme qui conçoit, donne naissance, pas l'homme. La Convention reconnaît, dans l'article 4, la protection de la maternité comme un droit de la femme, non discriminatoire. La charia islamique respecte ces différences naturelles et accorde à la femme une position privilégiée dans le but de réaliser la justice pour elle » (rapport de l'Etat saoudien, CEDAW/C/SAU/2, notre traduction). Le comité des droits de la femme a réagi en demandant le retrait de la réserve générale concernant l'article 16 CEDAW. Il a endossé l'habit positiviste qu'attend de lui la convention.

Une seconde illustration en est donnée par le débat récent, au sein du conseil des droits de l'homme, portant sur les pratiques traditionnelles et les droits de l'homme. Une première et intéressante étude onusienne (comité consultatif) a été rendue portant sur une « meilleure compréhension des valeurs traditionnelles de l'humanité », faisant suite à un atelier de travail sur ce thème<sup>15</sup>. Une première résolution a été adoptée<sup>16</sup>. Le point de départ de la résolution est ouvert : « toutes les cultures et civilisations partagent, dans leurs traditions, coutumes, religions et croyances, un ensemble commun de valeurs qui appartiennent à l'humanité dans son ensemble, et que ces valeurs ont apporté une contribution importante au développement des normes et règles des droits de l'homme ». Mais la suite se résout en un « faiblard » exercice de compatibilité, univoque de surcroît : « les traditions ne peuvent être invoquées pour

---

<sup>15</sup> Voir respectivement : voir A/HRC/22/71.(6 décembre 2012) et A/HCR/16/37 (13 décembre 2010).

<sup>16</sup> AGNU, 9 octobre 2012, *Promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales par une meilleure compréhension des valeurs traditionnelles de l'humanité : meilleures pratiques*, A/HRC/RES/21/3.

justifier des pratiques contraires à la dignité humaine et portant atteinte au droit international des droits de l'homme ».

Le conseil des droits de l'homme a invité les Etats à donner leur sentiment sur les traditions supposées contribuer à former un patrimoine universel. L'Union européenne a ainsi fait valoir une position conservatrice, fermée à la problématique des valeurs traditionnelles<sup>17</sup>. Ce positionnement n'est pas étonnant, peut-être même « européennement » légitime, mais il peut être compris comme une incapacité d'ouverture à autrui. Outre un reproche portant sur des questions de méthode : « qu'est-ce que la notion de valeurs traditionnelles de l'humanité ? » ; « quels liens seraient-elles supposer entretenir avec les droits de l'homme ? », l'Union a relevé la division et les dangers potentiels associés à la notion de valeurs traditionnelles. « Dans le champ du genre, de l'orientation sexuelle, de l'âge et du handicap, les valeurs traditionnelles ont conduit à la marginalisation et parfois au silence de nombre d'individus et groupes à travers l'histoire » (notre traduction).

On ne peut que déplorer que la consultation ait donné lieu à des positions aussi générales, aussi approximatives, finalement aussi faussées. En quoi l'Union serait-elle armée pour répondre scientifiquement à ces questions ? La réponse européenne n'est pas scientifique ; elle est politique. Il serait temps de croiser anthropologie et droits de l'homme et d'ouvrir ainsi de nouvelles frontières.

##### **5. Ecrire les droits de l'homme au temps de l'apartheid : le rôle du juge comme acteur du choix social**

En imposant des Etats noirs (bantoustans) une « indépendance », entendue comme l'expression la plus aboutie de la séparation des races, voire comme une forme d'idéalisme pour le *National Party*, l'Afrique du Sud eut pour effet bien involontaire de desserrer à ses portes le joug de l'apartheid.

---

<sup>17</sup> Voir <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/HRValues/EU.pdf>, document de la représentation de l'Union européenne auprès des Nations unies à Genève, 15 février 2013.

L'Etat du Bophuthatswana, érigé en 1977, se rapprocha du constitutionnalisme moderne <sup>18</sup>, comme en témoigne notamment, dans sa Constitution, le chapitre 2 (articles 8 à 18) portant déclaration de droits fondamentaux, dont il fut arrêté qu'ils liaient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, directement mis en oeuvre (« enforceable ») par la loi (art. 8 § 1). Dans son interprétation la plus large, la subordination à la Constitution pouvait viser aussi bien le droit législatif que la *Common law*, aussi bien le droit écrit que le droit coutumier. L'apparition, en seconde position constitutionnelle de la déclaration, s'expliquait par le fait que le chapitre 1 était dédié à la République du Bophuthatswana, présentée comme « un Etat souverain et indépendant et une République qui accepte les principes de la démocratie et d'une économie basée sur la propriété privée et commune et la libre entreprise ». Les différents droits retenus par le *Bill of Rights* du Bophuthatswana furent les suivants : le droit à l'égalité (art. 9) ; le droit à la vie (art. 10) ; le droit à l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants (art. 11) ; le droit à la liberté et à la sûreté et à l'interdiction de l'esclavage (art. 12) ; le droit à la présomption d'innocence et à la légalité des délits et des peines (art. 12) ; le droit à la vie privée et à la vie familiale (art. 13) ; la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 14) ; la liberté d'expression (art. 15) ; la liberté d'association (art. 16) ; le droit de propriété (art. 17) et, enfin, une clause générale de restriction légitime des droits (art. 18).

La décision rendue la Cour suprême du Bophuthatswana, *Smith v Attorney General, Bophuthatswana* <sup>19</sup>, conduisit le juge à appréhender la nature et la portée du *Bill of Rights* constitutionnel. Le contexte de l'affaire concernait l'interprétation de l'article 12 (3), portant droit à un procès dans un délai raisonnable.

Cette affaire permit au juge de s'approprier la Charte constitutionnelle, laquelle fut considérée comme d'une grande

---

<sup>18</sup> *The Republic of Bophuthatswana Constitution Act*, n° 18, 1977.

<sup>19</sup> Bophuthatswana Supreme Court, Sept. 26, 1983, *SA Law Reports*, 1984 (1), p. 196-204. Voir le commentaire de S. LUIZ, *The South African Law Journal*, 1984, vol. 101, p. 435.

importance pour le Bophuthatswana dans sa progression vers un Etat de droit. L'inclusion positiviste d'une déclaration ne fut pas seulement comprise comme emportant la subjectivisation constitutionnelle des droits fondamentaux mais aussi, et peut-être surtout, comme emportant un rééquilibrage des pouvoirs à l'égard du pouvoir législatif qui, par la nouvelle Constitution, avait quitté les « habits illimités du système parlementariste de Westminster ». Pour le juge Hiemstra, l'occasion était donnée de marquer une rupture conceptuelle. Donnons-lui la parole : « nous fumes éduqués à l'enseigne de la tradition positiviste, selon laquelle la loi devait être interprétée en vertu des mots qu'elle emploie. Même si l'intention du législateur peut jouer un rôle important dans l'interprétation, cela ne reste possible que lorsqu'il y a plus d'une construction raisonnable possible. L'approche d'une déclaration de droits est entièrement différente et totalement opposée au positivisme... Ce premier jugement doit donner les principes de l'interprétation future. Le *Bill of Rights* est une déclaration de valeurs et une vision que la société se donne à elle-même et présente comme un objectif à atteindre... Ce *Bill of Rights* est modelé sur la CEDH mais le tribunal doit garder à l'esprit qu'il s'inscrit dans une société qui était traditionnelle et qui reste fortement autoritaire. Cette société se fonde sur un système tribal avec des chefs possédant à l'origine des pouvoirs absolus mais qui se réduisent à des portions plus modestes. Néanmoins ce pouvoir, pour des raisons tant coutumières que législatives, reste immense. Le parlementarisme moderne, un super chef en quelque sorte, étonnerait le grand public si ses décisions pouvaient être déclarées nulles. Les sociétés qui connaissent une telle déclaration de droit, entendue comme une force vivante façonnant la façon de vivre et disciplinant les autorités politiques, sont servies par des médias éveillés et indépendants. Cette nation, bien qu'elle garantisse la liberté de pensée et de conscience, n'a pas une presse développée. De surcroît, le gouvernement n'a pas d'opposition au Parlement. Il en va ainsi parce que le développement démocratique est au stade de son enfance, et pas en raison de barrières constitutionnelles... La façon universelle de protéger la liberté de l'individu est de mettre en place un corps

judiciaire indépendant, opérant en public et obligé de se justifier. Il est un autre principe d'interprétation du *Bill of Rights* : le principe de proportionnalité appelé *Verhältnismässigkeit* par les Allemands ». L'éloignement constitutionnel du Bophuthatswana de l'ancien maître sud-africain était consommé.

A quelques kilomètres, à Pretoria, la nouvelle Constitution du 22 septembre 1983 (*Act to introduce a new Constitution for the Republic of South Africa*, n° 110, 1983) choisit de ne pas retenir en son sein une déclaration de droits. Une concession, la première dans l'histoire constitutionnelle sud-africaine, toutefois, consista à adopter un préambule généraliste, faisant état notamment des valeurs chrétiennes, des normes de civilisation, de l'égalité devant la loi, de l'indépendance du juge, du respect de la dignité humaine, de la vie, de la liberté et de la propriété, tout en soulignant aussi les traditions, l'histoire et les circonstances du pays. Dans ces conditions, la légalité en Afrique du Sud ne pouvait être, selon la doctrine, que de « nature formelle ou structurelle »<sup>20</sup>.

L'accueil doctrinal de la décision Smith fut à l'occasion favorable, voire enthousiaste : « Cette décision met au défi les condamnations radicales des nouveaux Etats indépendants d'Afrique australe, apparentés à un déni des droits de l'homme. Trois aspects sont ignorés par ces condamnations. Les précédents sont acceptés (en Europe) au regard de politiques régionales fondées sur la race<sup>21</sup> ; les concepts de nation, d'autodétermination, sont traditionnellement opératoires par rapport à la race (encore une mauvaise lecture de la notion de race) ; la nouvelle réalité des droits de l'homme qui est développée, du moins au Bophuthatswana, ne peut être ignorée plus longuement. Cette nouvelle réalité est non seulement marquée par

---

<sup>20</sup> Professeur JD VAN DER VYVER, Witwatersrand University, « Judicial review under the new Constitution », *South African Law Journal*, 1986, vol. 103, p. 236-258, sp. p. 241.

<sup>21</sup> L'auteur fait ici une référence inappropriée, à nos yeux, en termes de race, aux transferts des populations allemandes après la seconde guerre mondiale et prévus dans les accords de Postdam, 17 juillet-2 août 1945, dans l'article XIII.

une abrogation de l'entier corpus législatif des lois de l'apartheid, mais aussi par l'accueil du droit constitutionnel européen moderne et des doctrines relatives aux droits fondamentaux. Si tant est que cette floraison ne périsse pas, l'Afrique du Sud et son pouvoir judiciaire ont beaucoup à apprendre de leur propre progéniture »<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> André E.A.M. THOMASHAUSEN, « Human Rights in Southern Africa : the Case of Bophuthatswana », *The South African Law Journal*, 1984, vol. 101, p. 467-481, sp. p. 481 (notre traduction).

**CITOYENNETE ET GOUVERNANCE DANS LE CADRE  
DE LA REDACTION DES CONSTITUTIONS<sup>1</sup>**

**par Henry Roussillon et André Cabanis,  
professeurs de l'Université Toulouse 1 Capitole**

Placer la rédaction des constitutions sous la double exigence de la participation des citoyens et de la recherche de la bonne gouvernance paraît à la fois logique et malaisé. Voilà longtemps qu'il semble hautement nécessaire d'associer la population le plus étroitement possible à l'élaboration des lois fondamentales qui vont ensuite les régir (1) tandis que la référence à la bonne gouvernance est plus récente et polysémique (2)

**1. La difficile intégration des citoyens dans le processus de rédaction des constitutions**

Il n'est guère de questions qui aient davantage inspiré les spécialistes de science politique que celle de l'effective participation des citoyens à la vie publique, notamment à ce moment privilégié dans le destin d'un pays, lorsqu'il se dote du texte fondateur qui va régir ses institutions. Si la tradition occidentale est celle de l'élection d'une assemblée constituante (1.1.), les pays d'Afrique francophone

---

<sup>1</sup> On trouvera sous une forme développée les éléments présentés ici dans les articles suivants : « Les constituantes au service de la transition démocratique en France », dans *La transition démocratique à la lumière des expériences comparées*, Tunis 2012, p. 197 à 218 ; « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone », dans *Dire le droit en Afrique*, Toulouse 2013, p. 103 à 122 et « Rapport de synthèse » dans *La bonne gouvernance. Contrôle et responsabilité*, Oran 2013, p. 203 à 223.

ont initié une nouvelle technique, celle des conférences nationales (1.2.)

### *1.1. La tradition occidentale : l'appel à une Assemblée constituante*

Si l'on accepte de concentrer l'étude sur les six constituantes que s'est donné la France en cent cinquante ans d'histoire constitutionnelle agitée<sup>2</sup>, l'impression qui se dégage le plus évidemment est celle d'un contraste important entre les espoirs que suscite chaque constituante, voire entre les engagements que ses membres ont pris vis-à-vis du corps électoral, et la loi fondamentale qui en résulte chaque fois. Plusieurs considérations expliquent ce paradoxe apparent. Un premier problème tient aux contradictions qui existent, dès son élection, au sein d'une assemblée toujours plus ou moins divisée entre des factions rivales par la force des choses. Ses membres ont été choisis en fonction de leur appartenance à des partis politiques dotés de programmes au sein desquels les caractéristiques du projet constitutionnel n'est qu'un élément parmi d'autres et rarement l'un des plus importants pour déterminer le choix des électeurs.

Au surplus, la vie politique continue. Des alliances se nouent et se dénouent. Une loi fondamentale qui ne peut être que le résultat d'un compromis, voit ses caractéristiques évoluer en fonction d'accords négociés au sein desquels les choix politiques fondamentaux et les grands équilibres institutionnels n'occupent qu'une place limitée par rapport à de petits calculs sur les mécanismes et les structures à privilégier pour préserver un rapport de forces favorable aux signataires. Les textes sont d'autant plus difficiles à élaborer que, pour

---

<sup>2</sup> L'appel à une constituante ne saurait évidemment être présentée comme spécifiquement française. Outre le rôle de modèle qu'ont joué, ici comme ailleurs, les Etats-Unis avec la convention de Philadelphie de 1787, de nombreux pays ont utilisé, en Europe et ailleurs, ce procédé de rédaction de leur loi fondamentale. On évoquera ici, dans ces notes, en contrepoint du développement suivant sur l'Afrique, l'utilisation de la technique de la constituante en Tunisie dont les deux chartes fondatrices des institutions, celles de 1959 et celle de 2014 ont été élaborées selon ce procédé.

une constituante, finaliser son travail de rédaction revient à signer la fin de son mandat. Ses membres passent d'une situation de domination absolue, puisque, par hypothèse, une telle assemblée est titulaire d'un pouvoir originaire, d'une légitimité sans rivale, au néant qu'implique la mise en application du texte qu'elles ont élaboré. Les six constituantes ont, à peu près toutes eu beaucoup de peine à conclure leur travaux, cherchant à se survivre grâce à des mécanismes compliqués tel le décret des deux tiers de 1795, consacrant parfois plusieurs années à l'élaboration de la loi fondamentale comme entre 1871 et 1875. Il n'y a guère que les assemblées de 1945 et 1946 qui se soient hâtés. Encore ont-elles dû s'y reprendre à deux fois pour élaborer un texte d'ailleurs médiocrement durable<sup>3</sup>.

Les Etats généraux, auto-proclamés Assemblée nationale constituante et qui se sont, par le serment du jeu de Paume, solennellement engagés à donner une constitution à la France, délibèrent dans la conviction d'élaborer un texte qui régirait le pays pendant des décennies, sinon des siècles, à l'instar des lois fondamentales du royaume qui avaient accompagné le règne de la famille capétienne pendant plus de huit cents ans. Leur travail de rédaction marque une volonté de nette solution de continuité par rapport aux traditions de l'Ancien Régime auquel on refuse même

---

<sup>3</sup> Ce fut un important thème de discussion, dans la Tunisie du « printemps arabe » que de déterminer s'il fallait imposer un terme à la future constituante. L'expérience de la première constituante, élue en mars 1956 pour mettre en place une monarchie constitutionnelle et qui aboutit à la promulgation d'une loi fondamentale républicaine en juin 1959, ainsi que les conseils prodigués par une personnalité comme Robert Badinter, lors d'un colloque tenu à la Faculté des sciences juridiques de Tunis les 5 et 6 mai 2011 (« La transition démocratique à la lumière des expériences comparées »), incitaient à prévoir un délai impératif. Des considérations notamment juridique sur la difficulté à imposer quoi que ce soit à une institution dotée du pouvoir constituant, donc sans aucune autorité qui lui soit supérieure, conduisit à ne pas prévoir de terme obligatoire. Si, à partir d'une élection intervenue en octobre 2011, les premiers mois de rédaction –lente et difficile- purent éveiller des inquiétudes, l'accélération des mois de novembre et décembre 2013 et la rapide conclusion des travaux en janvier 2014 ont donné raison au schéma finalement privilégié.

d'avoir jamais eu une constitution malgré des lois fondamentales qui ont du moins cette caractéristique de dominer l'ordre juridique national. Les députés sont également en rupture absolue avec la tradition monarchique et même avec les conditions dans lesquelles ils ont été élus par leur rejet de la technique du mandat impératif sur laquelle était fondée leur légitimité à représenter la nation. La lecture des cahiers de doléances permet de se convaincre aisément que les élus sont allés très au-delà de ce qui leur était prescrit, ce dont ils avaient parfaitement conscience et tiraient même gloire<sup>4</sup>. Finalement, la loi fondamentale votée en 1791 s'est appliquée vaille que vaille moins d'un an, de septembre 1791 à août 1792 ; il n'y a que la déclaration des droits de 1789, insérée en préambule, qui ait tenu ses promesses en restant en vigueur jusqu'à nos jours, intégrée dans la constitution de 1958 et soigneusement protégée par notre actuel Conseil constitutionnel.

La Convention est élue dans les certitudes de la République proclamée et du suffrage universel accordée pour la première fois en France. Les montagnards imposent un texte qui restera une référence d'autant plus incontestable qu'il ne sera jamais appliqué<sup>5</sup>. Les équilibres imaginés alors, fondent le seul régime d'assemblée que le pays ait osé et que la gauche ne cessera de réclamer : « Du pain et la constitution de 1793 ». En fait, ses auteurs eux-mêmes prévoient d'en retarder l'application jusqu'au retour de la paix et l'enferment symboliquement dans une arche en bois de cèdre. La Terreur ayant fait son temps, la Révolution pourrissant par la tête comme les poissons, pour reprendre un proverbe chinois, c'est le texte le plus prudent qui puisse se concevoir, qui est promulgué, prétendant ouvrir « une voie moyenne entre la royauté et la démagogie », selon la formule de Thibaudeau (Point 3 40). Un exécutif collégial tend à éviter

---

<sup>4</sup> On peut rapprocher ce processus de rupture de celui constaté lors de la première constituante tunisienne qui, à l'instigation de Bourguiba, mit fin au régime beylical.

<sup>5</sup> Témoignage de l'optimisme du moment la formule que Saint-Just propose d'insérer dans la déclaration des droits : « le peuple français vote la liberté du monde ».

les tentations autoritaires d'un chef d'Etat unique et les deux assemblées sont destinées à empêcher le retour de la dictature révolutionnaire de la Convention. Cela n'épargne pas à la constitution de l'an III le titre peu enviable de loi fondamentale la plus violée dans un minimum de temps, avec les coups d'Etat du 18 floréal an V, du 22 floréal an VI, puis du 18 fructidor an VI, enfin avec celui du 18 brumaire an VIII qui ouvre à Bonaparte les portes du pouvoir et démarre une période d'un demi siècle d'alternance monarchique, sans plus d'assemblées constituantes.

Avec la République de 1848 –la seconde- le pays revient au mode de rédaction de la constitution par une assemblée. Cette dernière est élue dans l'enthousiasme du rétablissement du suffrage universel et dans une ambiance de réconciliation nationale que vont symboliser les conditions d'organisation des opérations de vote. Les mémoires rédigés plus tard par les contemporains, les articles de la presse de l'époque, l'iconographie de la plus officielle à la plus spontanée, tous les témoignages convergent pour décrire les cortèges ardents qui se constituent dans chaque ville, dans chaque village, autorités civiles et religieuses prenant la tête de l'ensemble de la population masculine, pour aller déposer collectivement leur bulletin dans l'urne. Si le texte voté répond aux exigences de la démocratie, avec un président élu au suffrage universel direct et une assemblée unique dotée de larges pouvoirs et non soumise au risque d'une dissolution, son application en révèle les faiblesses. Un chef de l'Etat bonapartiste puisqu'il s'agit du neveu de Napoléon 1<sup>er</sup> s'oppose à une assemblée majoritairement royaliste et le régime ne survit que du blocage causée par cette situation d'opposition absolue pour laquelle la loi fondamentale n'a prévu aucune solution. Chacun, au sein de la classe politique, se demande qui, de l'exécutif ou du législatif, donnera le « coup de balai » qui mettra fin au régime et chacun espère être « du côté du manche » pour reprendre la formule de Morny en 1851. De fait, c'est, avec son aide, que le prince président écarte les députés et impose le retour des Bonaparte au pouvoir.

Avec la République réinstallée en 1871 dans une atmosphère de défaite face à l'Allemagne naissante et de guerre civile qui culmine

avec les destructions et les massacres imputables à la Commune. C'est par un accord entre d'une part le chancelier Bismarck et les dirigeants de l'armée prussienne qui occupe une grande partie du pays, qui entendent négocier la paix avec des interlocuteurs incontestables et d'autre part Jules Fabre et le gouvernement de la Défense nationale qui veulent vérifier leur légitimité. Les élections de l'Assemblée qui vont trancher entre la poursuite d'une guerre sans espoir et une paix honteuse, se déroulent dans l'ambiance lugubre d'un pays vaincu et occupé. Il est entendu que l'Assemblée ne se bornera pas à trancher entre la paix et guerre mais qu'elle mettra en place le nouveau régime. Ce dernier aspect n'est pas déterminant pour les électeurs et, dans la mesure où la gauche veut continuer le combat et la droite conclure un traité mettant fin aux hostilités, c'est cette dernière qui l'emporte. Elle ne peut cependant s'accorder sur le type de monarchie à instaurer, ni surtout sur le prétendant à placer sur le trône. Durant près de quatre ans, elle ne parvient pas à élaborer une constitution tandis que la minorité républicaine croît à chaque élection partielle. Finalement en 1875, dans une ambiance de résignation, les monarchistes modérés acceptent de voter un texte qui instaure, provisoirement pensent-ils, la République avec un chef d'Etat élu par les deux chambres mais dont ils espèrent qu'ils pourront rapidement le remplacer par un monarque héréditaire. On ne peut rêver constitution plus calamiteuse sur le plan technique, consistant en trois lois constitutionnelles très brèves, très lacunaires, avec une numérotation discontinue des articles et des arrière-pensées lors de chaque vote, notamment à l'occasion de l'adoption, à une voix de majorité, de la disposition instituant un président de la République. Ce texte désastreux dans sa lettre sera celui qui s'appliquera le plus longtemps en France.

Les deux dernières constituantes prennent place en 1945 et 1946. Elles reflètent de façon particulièrement claire un phénomène déjà constaté et qui explique le contraste entre les espoirs que suscite chaque constituante et la loi fondamentale qui en résulte. Il s'agit des tendances schizophréniques du corps électoral qui, en l'occurrence, donne ses préférences à des partis politiques dont les choix quant au régime souhaité ne correspondent qu'imparfaitement à ses

préférences<sup>6</sup>. Ainsi, aux lendemains de la guerre, les suffrages des Français vont-ils en priorité aux mouvements qui ont le plus massivement participé à l'effort de guerre et de résistance : les communistes, les socialistes et les démocrates chrétiens. De fait ce sont ces trois tendances –Parti communiste français, Section française de l'Internationale ouvrière et Mouvement des républicains populaires- qui l'emportent très largement le 21 octobre 1945 et qui se mettent en devoir de rédiger la loi fondamentale. Le problème vient de ce que, par delà le courage dont ces députés ont pu faire preuve face à l'occupation allemande, leur préférence politique va vers un schéma constitutionnel considéré comme très à gauche, avec une forte prédominance de l'assemblée unique et un affaiblissement de l'exécutif que l'on souhaite confiné dans un rôle subalterne. Ce schéma ne correspond que très imparfaitement à ce que souhaitent les Français, attachés à un système plus équilibré et qui, à la surprise générale, rejettent le premier texte qui leur est proposé, le 5 mai 1946. La déception de la classe politique de voir refuser ses propositions est d'autant plus vive que la tendance générale était jusqu'alors de croire qu'un référendum suscitait à peu près toujours une réponse positive de la part d'un corps électoral docile. L'évènement prouve que, pour autant qu'on la laisse librement s'exprimer, l'opinion publique est capable de manifester ses préférences réelles fût-ce contre ses soi-disant représentants.

Il faut donc élire une nouvelle constituante. Cette fois, l'ambiance n'est plus aux enthousiasmes de la Libération encore proche la première fois. On se rend compte que les grands espoirs de réformes liés à l'arrivée au pouvoir d'une nouvelle classe politique qui a fait ses classes dans les rudes conditions du combat contre les occupants allemands et qu'exprime le programme du Conseil national de la résistance, ne sauraient se réaliser aisément, ni sans rencontrer des

---

<sup>6</sup> Sur le débat entre les partisans du système représentatif et ceux de la démocratie constituante, Emmanuel SUR, « Le pouvoir constituant n'existe pas ! Réflexions sur les voies de la souveraineté du peuple », dans *La constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris 2005, p. 569-591.

oppositions. Pour autant, les choix des Français entre les partis politiques qui ont leur préférence n'ont pas changé et la composition de l'Assemblée qui revient au Palais Bourbon le 2 juin 1946 n'est guère différente de celle de 1945. L'on en arrive donc à cette situation paradoxale que les députés doivent modifier leur projet dans un sens qui ne correspond pas à leurs convictions profondes, avec un renforcement des pouvoirs de l'exécutif et la création d'une seconde assemblée. Le résultat trahit les arrière-pensées de constituants contraints de procéder à un travail de rédaction réalisé à contre cœur. Les électeurs se résignent, le 13 octobre 1946, à le valider par un vote positif acquis de justesse puisque, si les votes positifs sont majoritaires par rapport aux suffrages exprimés, ils ne le sont pas par rapport aux inscrits. De fait, la constitution de la IV<sup>e</sup> République ne va s'appliquer qu'une douzaine d'années, incapable de d'atteindre l'objectif de stabilité ministérielle que paraissaient promettre les techniques du parlementarisme rationalisé : les gouvernements qui ne durent guère que six mois en moyenne sont incapables de conduire la politique déterminée qu'imposerait le processus de décolonisation.

### *1.2. L'innovation africaine : les conférences nationales*

La transition démocratique qui, au cours des années 1990, met fin à deux décennies de gouvernements autoritaires dans les pays d'Afrique subsaharienne francophone, ne s'impose pas sans difficultés dans un paysage politique qui garde peu de trace du multipartisme des premiers temps de l'indépendance. L'héritage constitutionnel de cette période d'accession à la pleine souveraineté juridique paraît modeste, trente ans plus tard. Les lois fondamentales adoptées par les premiers présidents n'ont guère laissé de souvenir, sinon sous la forme qui résulte des campagnes de dénigrement organisées par les gouvernements suivants qui les accuseront d'imitation servile du modèle colonial, d'expression d'un régime bourgeois, de juridisme étroit incapable de prendre en compte la demande des masses populaires. Lorsqu'après une longue période de vacance constitutionnelle, ces pays voudront de nouveau se doter d'un texte destiné à servir de fondement aux nouvelles institutions

politiques, désormais placées sous le signe de l'Etat de droit, les universitaires en charge de la préparation des projets à présenter aux assemblées délibérantes se retourneront vers le passé et conviendront en général que les constitutions de l'indépendance ne méritaient ni l'excès d'honneur dont elle ont bénéficié à l'origine, ni l'indignité qui les a frappées ensuite. Elles se caractérisaient, comme les textes actuellement applicables d'ailleurs, par la coexistence de mécanismes parlementaires destinés à fournir des solutions aux conflits éventuelles entre l'exécutif et le législatif, et de pouvoirs importants reconnus à un président élu au suffrage universel et dans lequel la population se reconnaît, en marge des mécanismes compliqués de la vie politique démocratique. Pour autant, les textes actuels contiennent une série de dispositions absentes dans les années soixante et qui ont été introduites dans le cadre des nouvelles procédures d'écriture du droit constitutionnel en Afrique.

La principale nouveauté réside dans ce que beaucoup considèrent, à la suite du professeur Maurice Kamto, comme l'« une des plus grandes trouvailles politiques de l'Afrique postcoloniale »<sup>7</sup>. en matière d'élaboration des constitutions : les conférences nationales. Il est vrai que les régimes militaires qui s'étaient imposés dans les années 1970 et 1980, n'avaient pas laissé subsister grand-chose des anciens contre-pouvoirs en place lors de leur arrivée au pouvoir. A cette époque, les chefs traditionnels –selon les territoires, il s'agit des rois, des chefs de village, des chefs de terre...)- faisaient figure de porteurs incontestables de la tradition, d'intermédiaires indiscutés entre les divinités et le peuple, contrôlant étroitement des populations des zones rurales encore largement majoritaires tandis que les syndicats, les associations, les partis politiques, les responsables religieux s'imposaient sur les habitants des villes et, plus particulièrement, sur les nouvelles élites. Après une petite dizaine d'années de vie parlementaire plus ou moins compréhensible aux yeux de l'opinion publique, deux générations de chefs militaires vont

---

<sup>7</sup> Maurice KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », dans *La création du droit en Afrique*, Paris 1997, p. 177.

se succéder au pouvoir, à la faveur de coups d'Etat. La première mobilise des généraux souvent issus de l'armée coloniale, ayant le sens du commandement, porteur d'un discours d'ordre et d'intégrité mais peu au fait des arcanes de l'exercice du combat politique quotidien. Ils mettent en pratique ce « savoir faire expéditif » dont furent taxés les généraux français en Algérie en 1961<sup>8</sup> fondé sur l'interdiction des partis politiques et des syndicats, la mise sous tutelle des Eglises et des chefs traditionnels : les méthodes sont celles d'une discipline en honneur au sein des armées, d'autant plus légitime à leurs yeux qu'ils ne connaissent pas grand-chose d'autres. Du point de vue constitutionnel, l'entreprise de destruction sans remplacement est également radicale. La première génération de chefs prétoriens s'est en général contentée de suspendre la charte fondamentale et les structures parlementaires qui lui étaient liées. Ils gouvernent selon un schéma fondé sur la hiérarchie militaire et une logique où les grades tiennent lieu de garantie de compétence.

Leur succèdent de jeunes officiers moins gradés, formés dans les écoles militaires occidentales, initiés aux doctrines politiques modernes, souvent séduits par les analyses marxistes, tels Sankara au Burkina Faso, Kérékou au Bénin ou Tatsiraka à Madagascar. Ils cherchent des sources d'inspiration en Union soviétique ou en Chine, et plus encore à Cuba et en Corée qui leur paraissent par leur taille et par leur dénonciation de toutes les formes d'impérialisme, plus proches de leurs problèmes. Sur le modèle de ces pays, ils mettent en place un système de quadrillage de la population, à base de comités de défense de la Révolution. Ils couronnent le processus d'éradication des contre-pouvoirs anciens en les présentant comme des institutions héritées de la colonisation, parfois leurs complices, en tous cas caractéristiques d'un système capitaliste oppresseur, en liens d'affaires avec une bourgeoisie comprador coupable d'avoir pillé le pays. Les institutions héritées du passé sont non seulement interdites et leurs responsables poursuivis mais, en outre, déconsidérées par des

---

<sup>8</sup> Formule utilisée par le général de Gaulle à l'encontre des auteurs de la tentative de putsch dénonçant leur « savoir faire limité et expéditif » (message radiotélévisé du 23 avril 1961).

accusations de connivence avec les ennemis de classe, qu'ils soient à l'intérieur ou à l'extérieur du pays. Quant aux textes à valeur constitutionnelle, ils sont ostensiblement rejetés au nom de la dénonciation d'un droit bourgeois dont les hiérarchies sont un obstacle au progrès des valeurs révolutionnaires et à l'élan créateur des masses. A la place des lois fondamentales, solennelles et donc périmées, sont promulguées dans des documents plus ou moins publics, des textes à valeur indéfinie dans l'ordre juridique, créant des Conseils de la Révolution peuplés de militaires<sup>9</sup>. Pour ces régimes prétoriens à prétention marxiste, l'effondrement du système communiste en Union soviétique, puis dans les démocraties populaires fait l'effet d'un coup de tonnerre, non que ce soit les systèmes qui avaient leur préférence dans le camp socialiste mais parce qu'ils les croyaient indestructibles. Ils se découvrent privés de la promesse de survie durable que devait leur assurer leur idéologie.

Il s'agit donc de s'adapter au nouvel ordre des choses et de construire sur un terrain politique et notamment constitutionnel qui fait figure de *tabula rasa*. La société n'est plus structurée qu'autour d'institutions prétendument révolutionnaires à la légitimité douteuse. C'est dans cette ambiance de remise en cause que chacun attend et que quelques-uns souhaitent encadrer, que sont mises en place, un peu partout en Afrique francophone des conventions nationales rassemblant les institutions et les autorités ayant survécu aux persécutions des régimes précédents et qualifiées de « forces vives de la nation » : les chefs traditionnels retrouvent une certaine place d'autant qu'ils ont prouvé leur capacité de résilience malgré toutes les campagnes de dénigrement ; les dignitaires ecclésiastiques vont jouer un rôle important dans la mesure où ils savent tenir une fonction utile de conciliateur qui est dans leur vocation ; les milieux professionnels sont convoqués, promus par la réhabilitation du rôle du secteur privé dans l'économie ; les responsables administratifs ne sont pas oubliés, longtemps maintenus dans un rôle de pure exécution et soupçonnés

---

<sup>9</sup> Edmond JOUVE, « Socialisme, marxisme-léninisme et constitutionnalisme en Afrique du sud du Sahara », in Gérard CONAC (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris 1980, p. 358-384.

de conservatisme et de corruption, affaiblis par des campagnes massives de dégagement ; enfin les militaires maintiennent leur emprise, soucieux de ne pas perdre le contrôle du processus et de se préserver quelques espaces de refuge pour éviter les mesures de représailles que pourrait leur valoir leur action passée.

Les débats de ces assemblées disparates se déroulent dans une ambiance qui relève à la fois de la volonté de rompre avec le passé, de la préoccupation de conjurer les tensions héritées des luttes anciennes, du désir de mettre en place un régime de liberté et de pluralisme, enfin de la croyance que la démocratie rénovée va résoudre les problèmes de sous-développement. Les notions qui s'imposeront par la suite, tels l'Etat de droit, le multipartisme, la promotion de l'initiative privée, la protection de l'environnement... sont encore mal maîtrisées. Il s'agit surtout de se livrer à une sorte de catharsis pour se libérer des amertumes accumulées sous les régimes précédents. Par la force des choses, les interventions portant sur des aspects techniques du droit constitutionnel sont rares et, de toutes façons, peu comprises, inadaptées aux grandes envolées et suscitant peu d'écho. On ne peut demander à ces vastes assemblées disparates de s'intéresser aux mécanismes compliqués de la mise en œuvre d'une motion de censure, ou encore aux conditions limitant la possibilité de dissoudre l'Assemblée nationale, ou enfin aux modalités de déclenchement du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. Le texte qui sert de base aux discussions est élaboré par une commission de spécialistes qui propose en général un document assez classique avec un exécutif bicéphale, fonctionnant sur la distinction entre le président et le premier ministre, sauf au Bénin, avec un pouvoir législatif confié en général à une assemblée unique, ce qui sera rapidement remis en cause. Les adjonctions consisteront soit en des précisions sur les libertés traditionnelles, sur propositions de membres de la société civile, soit en des rappels des anciennes valeurs révolutionnaires, souhaités par les tenants du régime précédent<sup>10</sup>. Ce sont les

---

<sup>10</sup> La première version de la constitution burkinabe de 1991 contient des références révolutionnaires qui ont disparu par la suite : « pouvoir populaire » remplacé ensuite par « souveraineté nationale » (art. 32), « forces

principaux apports immédiats de ces conférences spectaculaires qui valent autant par le fait qu'elles aient pu se tenir que par ce qui y a été dit et par leur influence sur les chartes fondamentales de leurs pays.

En fait, les conférences méritent qu'on se les remémore également par le fait qu'elles ont réussi à focaliser l'intérêt des opinions publiques sur le débat constitutionnel. Un nouvel état d'esprit est né en Afrique, d'une intensité et d'une durée sans exemple ailleurs, fondé sur le sentiment de l'importance des dispositions figurant dans le texte qui définit le fonctionnement des plus hautes autorités de l'Etat et qui s'efforce de leur imposer le respect des libertés fondamentales. L'attachement à la constitution se traduit par des réactions d'une véhémence qui étonne parfois dans le reste du monde<sup>11</sup>. Les débats sont vifs mais avec un niveau de technicité que l'on ne connaît pas ailleurs. Les révisions se succèdent à un rythme rapide. Certains y voient le signe d'une fragilité des normes, objet de fréquentes remises en cause et de modifications contradictoires. Parmi ces dernières, on peut citer toutes les discussions qui se développent autour de la question du choix entre monocaméralisme et bicaméralisme : en fonction de considérations parfois étroitement politiciennes telle la volonté de fournir des postes rémunérateurs à des amis politiques ou de limiter la marge de manœuvre d'une assemblée issue du suffrage universel, l'on voit apparaître des secondes chambres dont une forte proportion des membres sont

---

armées populaires » remplacées par « forces armées nationales » (art. 52) et la devise « La patrie ou la mort, nous vaincrons » remplacé par « Unité, progrès et justice » (art. 34, al. 5). Pour ce qui de Madagascar, les allusions à des formes de démocratie directe figurant dans la constitution de 1992 disparaissent en 2007. Au surplus les tenants de l'ancien système cherchent à se constituer des refuges institutionnels, ainsi au Burkina Faso avec la Chambre des représentants qui est supprimé en 2002.

<sup>11</sup> On songe par exemple à ces campagnes d'affiche, en provenance d'ailleurs de partis parfois opposés, qui ont marqué la capitale du Bénin, sur le thème « Touche pas à ma constitution ». On sait trop quel fut leur impact pour interrompre un processus de révision qui ne faisait pas l'unanimité. Il est en tous cas révélateur que ses adversaires aient considéré comme pertinent de faire appel à l'opinion publique pour y faire obstacle.

nommés par le chef de l'Etat ce qui renvoie aux assemblées aristocratiques du XIX<sup>e</sup> siècle plus qu'aux institutions représentatives du XX<sup>e</sup> siècle<sup>12</sup>. D'un autre côté, la fréquence des révisions marque une louable préoccupation d'adapter en permanence la loi fondamentale aux exigences de la situation politique, en tirant les leçons de l'expérience. Une vision optimiste des choses conduit à souligner qu'il n'est jusqu'aux modifications très polémiques imposées par des chefs d'Etat désireux de pouvoir se représenter devant le suffrage universel qui n'ait été l'occasion d'introduire d'utiles réformes, notamment en faveur des libertés.

## **2. les nouvelles techniques de bonne gouvernance dans le processus de rédaction des constitutions**

Il y a sans doute un effet de mode dans l'utilisation massive de la notion de gouvernance, et plus encore de bonne gouvernance. Au-delà des tendances du moment, il faut constater que ce concept trouve son origine, sous sa forme actuelle, dans des analyses occidentales (2.1.), étant entendu que les pays d'Afrique francophone se la sont appropriée en lui donnant des formes originales (2.2.).

### ***2.1. L'apparition de la notion de bonne gouvernance dans le débat politique en Occident***

La recherche des conditions d'apparition du terme de gouvernance, conduit à constater que, longtemps, ce vocable n'a pas eu de signification très précise. Sans vouloir accorder une place disproportionnée à l'étymologie, dont on sait qu'elle est surtout utile pour remettre inutilement en mémoire le sens que les mots ont perdu depuis longtemps, l'on peut rappeler qu'au Moyen Âge, -s'utilisait

---

<sup>12</sup> C'est sans doute au Sénégal que le chassé croisé entre mono et bicamérisme est le plus marqué : une seule assemblée prévue dans la constitution de 1963, un Sénat prévu par la révision de 1998 ; retour à l'assemblée unique avec la constitution de 2001 ; seconde chambre ressuscité sous le nom de Conseil de la République par la révision de 2003 ; suppression de la seconde chambre en 2008...

aussi le mot « gouverne »- il était synonyme de gouvernement, c'est-à-dire d'art et de manière de gouverner ; à la veille de la Renaissance, le terme a même servi à désigner certaines circonscriptions dotées d'un statut administratif particulier. Les autres langues latines, tels l'espagnol et le portugais lui reconnaissent des significations comparables et l'utilisaient dans des conditions semblables. On est donc longtemps en face d'un terme en somme banal, usité de façon assez polyvalente quoique peu fréquente jusque pendant la plus grande partie du XX<sup>e</sup> siècle. Il sert jusqu'alors à désigner simplement des façons de gouverner sans y mettre de connotation particulière.

Depuis une vingtaine d'années et en concomitance avec les phénomènes de mondialisation et de démocratisation politique qui affectent la société internationale et dont il convient de se demander s'ils relèvent de la pure coïncidence, le terme de gouvernance est employé de façon de plus en plus fréquente, avec une grande variété de qualificatifs : gouvernance administrative, locale, financière et économique d'abord, gouvernance partisane, associative, citoyenne et même médiatique et électronique ensuite, internationale enfin. La multiplicité des qualificatifs convainc de la richesse et de l'ubiquité de la notion mais, en même temps, décourage de tenter d'en saisir toutes les implications. Le terme paraît revêtir de nos jours une fonction quasi magique puisqu'au sein des élites politiques, administratives et économiques, chacun s'en réclame, d'abord comme méthode de diagnostic pour repérer les problèmes, puis comme technique en vue de les résoudre.

Le mot de gouvernance a remplacé toute une série de dénominations à connotation positive, tels le management, la gestion publique, l'assistance technique, la concertation, et même la démocratie. À certains égards, la gouvernance les intègre toutes, donc les dépasse, voire les transcende, avec l'appel à des compétences techniques qui sont censées préserver de l'accusation d'électoratisme politicien et avec la mise en œuvre de modes de concertation consensuelle qui doivent faire échapper aux tentations de la technocratie. Comme à l'accoutumée, les universitaires, les *social scientists* notamment, en mal de terrain d'investigation, se sont saisis

et appropriés le terme tout autant pour comprendre et évaluer certains aspects de l'action publique que pour en faire un nouvel objet d'analyse fétiche, un vocabulaire de référence et de reconnaissance pour une prétention à se situer dans le *mainstream* thématique, théorique etc.

L'on en arrive aujourd'hui à une conception de la gouvernance qui implique de veiller à ce qu'elle soit partout présente. Il n'est guère de domaine où elle ne soit convoquée, et, tout d'abord, à tous les niveaux territoriaux de l'intervention publique : mondial, régional, national et local. L'on attend qu'elle fournisse la bonne articulation entre le respect des exigences de la mondialisation et la prise en compte des attentes du citoyen de base : la gouvernance est désormais *glocale*. Les nouveaux modes de gouvernement se défient des professionnels de la politique, et même des assemblées délibératives fondées sur l'idée de représentation nationale. C'est une nouvelle logique qui privilégie l'interrogation des diverses composantes de la société civile avec, de façon prioritaire, les interventions issues des milieux associatifs considérés comme plus proches des préoccupations des citoyens et de leurs problèmes quotidiens.

Les répertoires gouvernementaux sont de plus en plus euphémiques. Les décisions tranchées deviennent suspectes, surtout lorsque ceux qui prétendent les imposer s'affirment comme des personnalités charismatiques ou experts. La gouvernance, selon le discours conventionnel, permet de transcender la violence inhérente à l'État. Il faut évacuer les idéologies génératrices, au pire d'intolérance, au minimum d'erreur par méconnaissance des données, par simplification des questions et par le caractère archétypique des réponses. Les décisions, s'il faut en prendre, seront impersonnelles, fruit d'une concertation destinée à gommer les différences et à apaiser les oppositions. Les diverses étapes de la prise de décision seront confondues les unes avec les autres. La recherche sur les données du problème comportera déjà un début d'action et la participation à la négociation impliquera une appropriation par ceux qui y sont conviés, à l'égard des décisions

prises en commun. Les procédures mises en œuvre s'appuient sur la conviction de trouver la meilleure solution possible, abstraitement, au-delà des conflits d'intérêts et des oppositions idéologiques. Pour autant, l'idée de gouvernance n'est pas à l'abri des critiques. Cette notion qui se veut épurée et libérée des idéologies traditionnelles est rattrapée par l'opposition gauche-droite. Utilisée comme slogan à connotation positive sur l'ensemble de l'échiquier politique, elle fait également l'objet d'une contestation assez générale. Il y a la bonne mais aussi la mauvaise gouvernance, et chacun à gauche comme à droite de stigmatiser ce qu'il considère comme la récupération par l'autre camp d'une notion qui, en soi, pourrait être bienfaisante.

Dans la ligne de Joseph Stiglitz, une gauche modérée à tendance néo-keynésienne dénonce une dérive favorable à un libéralisme économique intégriste. À vouloir faire preuve d'efficacité et de rentabilité à tout prix, l'on en viendrait à préconiser une gestion de l'État ressemblant à celle de l'entreprise, alors que les objectifs sont évidemment différents. Le souci d'alléger les charges conduirait à l'abandon d'un certain nombre de domaines relevant traditionnellement des compétences publiques. L'on en arriverait même à ce que des missions considérées comme des fonctions régaliennes puissent être désormais confiées à des structures privées, ainsi de la sécurité d'un certain nombre de zones privilégiées, ainsi de la gestion des services pénitenciers, de l'organisation des douanes aux frontières, du contrôle, de l'audit des services publics de sorte à en révéler les « béances ». À l'inverse, à droite, l'idéal de gouvernance est soupçonné de servir de légitimation à une reconquête par l'État d'un certain nombre de territoires que l'on serait parvenu à lui faire abandonner. Ce qui devrait relever de la loi du marché se trouverait désormais soumis à des procédures de coordination et de rationalisation décidées au niveau central et qui puiseraient leur légitimité dans une logique technocratique. Les rapports entre l'État et la gouvernance sont ambigus<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Sur cette questions, les analyses du professeur Hatem M'RAD : « Aujourd'hui, il est frappant de constater que la gouvernance est au cœur du débat sur l'Etat. Le lien entre la gouvernance et l'Etat est si étroit que la

## 2.2. Les spécificités africaines en matière de bonne gouvernance

La recherche de modes de gouvernance adaptés à l'Afrique, spécifiques à la nature de ce continent et correspondant aux attentes des populations, suppose en préalable la connaissance des coutumes et des pratiques en honneur avant la colonisation, avant que des influences extérieures soient venues polluer les catégories juridiques originaires. On sait les difficultés de l'exercice. Il se heurte aux limites de la documentation d'origine authentiquement africaine, aux approximations des témoignages des voyageurs, navigateurs et commerçants en provenance d'Europe, à la tendance des colonisateurs de décrire en fonction de leurs intérêts et de leurs concepts, les institutions des peuples qu'ils avaient soumis. Les objectifs poursuivis plus ou moins consciemment consistaient à les dénigrer en insistant sur les aspects de primitivité, à les utiliser en s'appuyant sur les autorités traditionnelles, enfin à se complaire dans des comparaisons approximatives avec les institutions européennes anciennes, notamment médiévales, à base de domination de type seigneurial, de recherche d'autonomie des villes et de généralisation des guerres intestines.

Dans tout cela, peu d'éléments apparaissent facilement utilisables dans des textes constitutionnels se voulant d'une facture moderne. Parmi les éléments les plus évidents figurent, encore de nos jours, les techniques d'auto administration en honneur dans les villes et les villages, à base, selon des dosages très variables, de coexistence de chefs traditionnels et d'assemblées approximativement représentatives. Si le système donne l'impression d'un fonctionnement plutôt harmonieux, il est avéré qu'il est fondé sur les règles fort diverses selon les territoires et qu'il faut éviter de tomber dans les mêmes erreurs que le colonisateur qui a eu tendance à généraliser partout où il le pouvait, les procédures qui lui paraissaient

---

gouvernance cherche à assouplir l'Etat au même moment où l'Etat tend à coordonner et à rationaliser la gouvernance » (« Gouvernance et Etat », dans *Gouvernance et institutions publiques*, Toulouse 2008, p. 26).

les plus commodes, imposant par exemple des chefs dans des sociétés jusque là dites *acéphales*. Il faut connaître et reconnaître les modes compliqués de désignation des chefs traditionnels et parfois leur pluralité dans le même espace, selon qu'il s'agit du règlement des conflits, de l'affectation des terres, des pratiques religieuses...

On doit aussi prendre en compte les coutumes variables qui légitiment la composition des assemblées populaires, qu'il s'agisse de démocratie directe ou représentative pour utiliser des termes occidentaux avec une participation qui dépend de l'âge, de la situation de famille, des origines... ce qui renvoie au problème de la participation des habitants récemment arrivés, de leur intégration dans la société, de leur admission au sein des structures traditionnelles. Il n'est jusqu'à la technique de la palabre, si importante comme mode de prise de décision, avec ce qu'elle suppose de recherche du consensus, qui ne puisse inspirer ceux qui recherchent des procédures répondant au génie propre à ce continent. Enfin, on notera que les solidarités villageoises, familiales, claniques et ethniques doivent impérativement être prises en compte pour donner une image réaliste des modes de protection sociale et d'aide aux personnes en difficultés. L'exclusion n'est pas dans la tradition africaine, sauf décision collective, solennelle et argumentée. Tout ceci non plus n'est pas très facile à constitutionnaliser<sup>14</sup>.

La tendance récente chez les constitutionnalistes africains est pourtant d'intégrer progressivement certaines de ces considérations. Il en va d'abord ainsi de l'affirmation du rôle des collectivités locales. Si cette préoccupation qui remonte à une quinzaine d'années s'explique par des causes multiples, les raisons qu'il y avait à s'en méfier sont plus simples à démêler, aux lendemains des

---

<sup>14</sup> L'attente populaire prend volontiers la forme de sollicitations auprès du chef de l'Etat dont on souhaite qu'il soit « un véritable coach [...]; un catalyseur du changement [...]; un détecteur-incubateur de talents et un révélateur –accoucheur de vocations [...]; un accompagnateur d'élan et un stimulateur d'enthousiasme [...] », Roch Sosthène NEPO, *Le meilleur est à venir. Un regard critique citoyen sur la Gouvernance au Bénin et en Afrique*, Cotonou 2013, p. 100).

indépendances puis sous les régimes prétoriens qui se sont ensuite installés. L'ambiance était à la construction d'Etats-nations. Tout ce qui pouvait distraire de cette grande ambition était suspect et d'abord de faire une place aux tendances centrifuges qui risquaient de menacer l'unité du pays. Ce souci impliquait également de lutter contre les langues locales et contre toutes les spécificités ethniques considérées comme contraires au projet d'édification d'une nation homogène, rassemblée autour de valeurs communes et d'un fort sentiment d'adhésion patriotique. Ce furent ensuite les objectifs de mobilisation révolutionnaire qui prirent le relais, avec les régimes militaires se réclamant du marxisme.

Les temps ont changé. Les collectivités locales se voient désormais reconnues et organisées dans les constitutions non seulement par un certain nombre d'articles mais même et généralement par tout un titre ou une partie de la loi fondamentale. Des motivations rassurantes comme celles reposant sur le constat que l'unité nationale n'est plus guère menacée ou sur la conviction qu'il faut rapprocher l'administration des administrés, voisinent avec des considérations moins avouables, ainsi de la tendance à renvoyer sur les collectivités locales des missions et des responsabilités que les pouvoirs centraux ne se sentent plus capables d'assurer. Au surplus, si ces dispositions valorisent les collectivités locales en leur accordant une reconnaissance constitutionnelle, le détail des règles qui les régissent portent sur les modalités et l'étendue de la tutelle qui pèse sur eux plutôt que sur la garantie de leur autonomie<sup>15</sup>. Les vieilles réactions de méfiance sont loin d'avoir disparues.

L'autre tendance perceptible au fil des révisions constitutionnelles intervenues depuis une dizaine d'années tient à la place désormais accordée aux autorités traditionnelles, c'est-à-dire essentiellement aux chefferies locales. Là aussi la situation actuelle diffère profondément

---

<sup>15</sup> Cf. « Les ambiguïtés de la territorialisation des pouvoirs » opposant, dans les constitutions africaines, « L'exaltation des valeurs de décentralisation » et « La prudence dans les modalités de décentralisation », dans A. CABANIS et M. L. MARTIN, *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Bruxelles 2010, p. 262-282).

de celle des lendemains de l'indépendance. La modernité était alors à la mode : de jeunes cadres issus des Universités européennes ou, parfois, nord-américaines, voulaient faire progresser le pays à marche forcée vers une réforme profonde de ses structures économiques et politiques, pour le mettre au diapason des nations les plus avancées. Dans cette perspective, les pouvoirs anciens faisaient plutôt figure d'obstacle à lever que d'allié à mobiliser. Au surplus, l'utilisation qu'en avait fait le colonisateur comme relais de son pouvoir conduisait à les accuser de collaboration avec l'ancien occupant. C'était une autre raison de les dénigrer et cet ostracisme allait de pair avec la méfiance vis-à-vis de toute forme de délégation de pouvoirs du centre vers la périphérie.

Sur ce plan aussi, les temps ont changé. Les chefs traditionnels ont montré leur capacité à résister aux entreprises de déstabilisation dont ils faisaient l'objet d'autant que la classe politique a déçu par ses promesses non tenues et du fait d'un soupçon de corruption. Les autorités officielles se sont convaincues qu'aucun renfort ne devait être négligé lorsqu'il s'agit de mobiliser le pays autour de grands projets. Il n'est jusqu'au processus de transition démocratique qui ne tende à favoriser ces relais d'influences que constituent, dans les villages et les quartiers, ces personnalités qui puisent leur autorité dans un passé immémorial. Elles constituent une force qui peut se révéler décisive pour rassembler les électeurs. Désormais les chefferies font l'objet de tentatives de séduction plus que de critiques. Elles sont mentionnées et se voient reconnaître une responsabilité officielle dans la gouvernance locale. Il est vrai que, là aussi, les textes sont prudents et les traitent davantage en auxiliaires des agents d'autorité de l'administration d'Etat dans les provinces que comme des institutions autonomes disposant d'une large marge d'initiatives. Cela rappelle, dans des conditions heureusement fort différentes, certaines techniques mises en place par les commandants de cercle de l'époque coloniale. Pour s'en tenir à l'aspect constitutionnel, il faut noter que les lois fondamentales rendent un hommage de plus en plus appuyé aux valeurs traditionnelles, aux manifestations artistiques héritées des ancêtres qui sont qualifiées d'éléments du patrimoine

national, aux coutumes et aux valeurs respectées depuis les temps les plus anciens dont la légitimité est reconnue, enfin aux langues vernaculaires que l'Etat s'engage à protéger.

Les universitaires africains reconnaissent à la bonne gouvernance un certain nombre de qualités : au premier chef de permettre aux pays qui s'y engagent de trouver des solutions à leurs problèmes politiques qui leur permettent de se libérer des modèles occidentaux qui se révèlent rapidement inadaptés et inefficaces, d'autre part ils incitent à chercher à définir des programmes spécifiques à chaque pays et non des schémas suggérés de l'extérieur. Tout ceci doit conduire à renforcer l'unité nationale<sup>16</sup>. Il est révélateur que le terme de « bonne gouvernance » fasse une entrée de plus en plus importante dans les constitutions du XXI<sup>e</sup> siècle. Que ce soit à l'occasion d'une révision partielle ou de la promulgation d'un texte entièrement nouveau, la mention est désormais fréquente à ce qui pouvait apparaître comme une mode : le fait que les lois fondamentales de chaque pays s'y réfèrent contribue à considérer qu'il s'agit d'une tendance à long terme<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> « La bonne gouvernance comme mode d'auto-détermination nationale a un double avantage : elle permet une réelle délivrance du suivisme stérile. Les régimes qui essayent de copier leurs anciens colonisateurs ont fait perdre des décennies à leur peuple pour se retrouver bloqué dans une voie sans issue [...]. L'autre avantage est que ce mode d'auto-détermination permet d'instaurer une gouvernance « adaptée », elle serait le levier d'action et le moyen stimulateur d'une cohésion nationale autour d'un projet qui garantirait le développement durable » (Mohamed BOUSOLTANE, « Préface », *La bonne gouvernance : contrôle et responsabilité*, Oran 2013, p. 6)

<sup>17</sup> Ainsi dans la nouvelle constitution marocaine de 2011 le terme de « bonne gouvernance » figure à onze reprises et il lui est consacré tout un titre, le douzième (A. AZZOUZI et A. CABANIS, *Le néo-constitutionnalisme marocain à l'épreuve du printemps arabe*, Paris 2011, p. 224-227.

ECRITURE ET ENSEIGNEMENT DU DROIT

par Mamadou Badji,  
professeur d'histoire du droit, doyen de la Faculté des sciences  
juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop  
de Dakar (Sénégal).

La présente étude trouve son utilité non seulement dans l'importance que revêt son objet, mais aussi dans la volonté de faire ressortir -dans un contexte de pluralisme des cultures juridiques- la conception qui domine la fabrique du droit dans la tradition du droit continental.

Avant d'aller plus loin, il n'est pas inutile de préciser que « le droit, depuis Rome, a toujours été considéré à la fois comme une pratique et comme une science : comme toutes les sciences, il possède son vocabulaire spécialisé, souvent hermétique pour le non initié »<sup>1</sup>. Certes la façon dont on écrit le droit repose sur un principe de circularité normative qui varie selon les cultures juridiques et qui s'articule avec divers ordres juridiques, mais un fait saute aux yeux : « le droit s'est écrit dans toutes les langues, sur tous les supports de l'écriture -bronze (la loi des 12 tables à Rome), ivoire, papyrus, papier, écran d'ordinateur-, car dans toutes les civilisations, on est passé plus ou moins rapidement d'un droit transmis oralement à un droit rédigé »<sup>2</sup>.

Quant à l'enseignement du droit, il est -du moins en France, jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle-, très largement inspiré par les préoccupations politiques. C'est qu'en vérité, son objectif a été, à cette époque, de

---

<sup>1</sup> P. BODINEAU, « Préface », *L'écriture des juristes XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*, (Études réunies par L. GIAVARINI), Ed. Classiques Garnier, 2010, p. 8.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 9.

former « moins des érudits que des citoyens éclairés et vertueux capables de servir l'humanité et de contribuer au bonheur et à la gloire de la patrie ».

Cependant, anticipant les évolutions futures, les juristes français construisent leur propre système de formation et d'enseignement, imprimant à la transmission d'un esprit juridique permettant aux étudiants de se mouvoir dans des univers professionnels différents, une direction particulière. A partir de 1920, une nouvelle tendance se fait sentir. Nous y reviendrons. Pour l'heure, il n'est pas sans intérêt de rappeler ce qui caractérise fondamentalement le modèle français, avant de s'interroger sur le système concurrent, celui de la *Common Law*.

### 1. Le modèle français

L'analyse fait ressortir un système hybride : d'une part, la plasticité des formes de juridicité et de la « mise en écrit » dans la fabrique du droit<sup>3</sup> ; d'autre part, les vices d'un système universitaire longtemps dévoyé, appelé à partir du XVII<sup>e</sup> siècle, à une refondation.

Quand on considère le pouvoir propre de la fabrique du droit, il se caractérise, sous l'Ancien Régime, par la rédaction des coutumes, à l'initiative des princes, « une meilleure administration de la justice supposant que les coutumes du royaume soient mises par écrit pour être mieux connues »<sup>4</sup>. C'est ainsi qu'en Bourgogne, le duc Philippe le Bon décide de rédiger les coutumes par une lettre du 26 août 1459 ; la fameuse ordonnance de Montils-lès-Tours prise au mois d'avril 1454 par Charles VII dans le cadre de l'œuvre de réorganisation du royaume après la guerre de cent ans, prévoit aux termes de son

---

<sup>3</sup> Pour une vue d'ensemble sur cette question, voir L. GIAVARINI (Etudes réunies par), *L'écriture des juristes, XVI<sup>e</sup>– XVIII<sup>e</sup> siècle*, Editions Classiques Garnier, 2010, not. p. 111 et s.

<sup>4</sup> B. FOURNIEL et O. DEVAUX, « Dire la coutume dans l'ancienne France et en Afrique coloniale : Quelques éléments comparatifs au travers de la procédure de rédaction », in M. BADJI, O. DEVAUX et B. GUEYE (dir.), *Dire le droit en Afrique francophone*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 192.

article 125 la rédaction officielle des « coutumes, usages et style de tous les pays » du royaume.

Selon B. Fourniel et O. Devaux, « l'œuvre de rédaction n'avancant guère, Charles VIII, en septembre 1497, puis Louis XII, en mars 1498, précisent la marche à suivre »<sup>5</sup>. Dans un premier temps, un projet de coutume sera réalisé dans chaque baillage par une commission de praticiens et de représentants des trois états. Le projet sera ensuite soumis à une commission de huit membres du Parlement du roi, « chargés de relever les insuffisances et difficultés mises en lumière par cette ébauche »<sup>6</sup>. Deux d'entre eux, présidents ou conseillers du Parlement, se rendront ensuite au chef-lieu du pays régi par la coutume pour y convoquer une assemblée des représentants de la population : gens des trois ordres, juristes et officiers royaux. « Ils essaieront d'aplanir les difficultés et de réaliser l'accord sur un texte. Ce dernier, une fois approuvé par les représentants des trois ordres et les gens du roi, prendra forme de lettres patentes enregistrées au Parlement et aura désormais force exécutoire devant les justices, nul ne pouvant être reçu à prouver l'existence de coutumes contraires au texte arrêté »<sup>7</sup>.

Dans les « pays de droit écrit », en revanche, les règles de droit sont largement inspirées des codifications de l'Empire romain. Reste une question qui retiendra longuement notre attention : l'enseignement du droit.

A cet égard, il est remarquable de noter que, si l'édit de Saint-Germain<sup>8</sup> d'avril 1679 consacre la normalisation des études de droit

---

<sup>5</sup> *Id.*

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

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Cet édit porte règlement pour l'étude du droit canonique et civil, afin de remédier « l'incertitude des jugements (...) si préjudiciable à la fortune » de ses sujets et « qui provient principalement de ce que l'étude du droit civil a été presque entièrement négligée depuis plus d'un siècle dans toute la France et que la profession publique en a été discontinuée dans l'Université de Paris ». Désormais toutes les Facultés de droit du royaume, y compris Paris (article premier), enseigneront le droit civil, mais aussi, innovation « aussi tardive que logique », le droit français (art. 14).

dans les Universités françaises, il s'en faut de beaucoup pour qu'elle se concrétise dans une véritable réforme de l'enseignement. Celle-ci n'intervient qu'au loin, dans un contexte marqué par des disputes entre juristes universitaires, particulièrement dans les années 1880 et 1930. De ces débats, de la réflexion sur la méthode d'exposition de cette discipline, il en a résulté une littérature abondante et diverse. Aussi, la masse considérable des données rassemblées sur le sujet, permet-elle d'avancer que les juristes français ont, pendant longtemps, défendu l'idée d'un unique modèle de formation et d'enseignement.

Fruit d'une construction intellectuelle, ce modèle s'est épanoui grâce à l'organisation institutionnelle des Facultés de droit au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>9</sup> et puis, suivant la circulation des idées consécutive à la colonisation, s'est implanté outre-mer, notamment en Afrique.

### *1.1. Une construction intellectuelle*

La construction du modèle français d'enseignement du droit a connu deux phases d'inégale importance, deux phases à la charnière des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles.

- *Une première phase* sinon de tâtonnements, du moins d'incertitude du statut des écoles de droit. Jusqu'en 1804, la question qui agite les esprits est celle-ci : les Facultés de droit sont-elles des Facultés professionnelles ou ont-elles aussi, une vocation scientifique ? Une autre question, non moins importante mais plus politique et non scientifique, surgit : celle du degré de liberté qu'il faut réserver au personnel enseignant et, plus largement, celle des franchises universitaires.

Pour le pouvoir impérial, le choix est plutôt clair : l'enseignement du droit doit être placé sous l'empire des Codes napoléoniens, affichant de la sorte une conception utilitaire. En effet, selon la conception de l'époque, les Facultés de droit ont pour objet de

---

<sup>9</sup> J.-J. GLEIZAL, « L'enseignement du droit, de la doctrine et l'idéologie », in *Pour une critique du droit*, P.U. Grenoble & Maspéro, 1978, t. 1, p. 98.

« former des gens de robe, même si elles accueillent aussi des fils de famille qui viennent y acquérir des rudiments de droit avant de reprendre les affaires familiales. Et les gens de robe ne sont ni des législateurs ni des jurisconsultes : il s'agira toujours de leur inculquer un savoir technique dans les matières censées les intéresser, au premier rang desquelles figurent les Codes (civil, de procédure civile de 1806, de commerce de 1807, d'instruction criminelle de 1808, pénal de 1810) »<sup>10</sup>. Les administrateurs n'y ont pas leur place. Cela explique, au moins pour partie, l'absence dans les *curricula* des écoles de droit de matières comme la science administrative ou l'économie politique.

Quant à la manière d'enseigner, elle est adossée à l'École de l'exégèse. Ainsi, l'objet de l'enseignement du droit est, à l'exception notable de quelques Facultés de droit comme celle de Toulouse<sup>11</sup>, ouvert progressivement aux nécessités sociales nouvelles du XIX<sup>e</sup> siècle, pour faire en sorte que les futurs praticiens (avocats et juges pour l'essentiel) sachent manier ces monuments législatifs que constituent les codes, au premier rang desquels figure le Code Napoléon.

Au demeurant, le vent des réformes souffle sur l'Université. Il favorise l'élargissement du périmètre des Facultés de droit. Suscité par la transformation du droit en une « science du dehors »<sup>12</sup>, ce phénomène consiste à aller chercher hors du droit et de la technique

---

<sup>10</sup> C. JAMIN, *La cuisine du droit*, Lextenso Editions, Paris, 2012, p. 38.

<sup>11</sup> Celle-ci « n'est pas restée inactive et encore moins immobile ni du point de vue scientifique, ni du point de vue des méthodes utilisées », bien au contraire ; elle s'est très tôt ouverte aux novations du progrès, « par l'adhésion à l'esprit de rénovation de la science juridique qui ponctue les réformes entreprises sous la Monarchie de juillet, le Second Empire et les débuts de la Troisième République ». Cf. Ph. NELIDOFF, « Histoire et Méthodes de l'enseignement à la Faculté de droit de Toulouse au XIX<sup>e</sup> siècle », O. DEVAUX (dir.), *Histoire de l'enseignement du droit à Toulouse*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 379-380.

<sup>12</sup> R. SALEILLES, « Préface » de F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Chevalier-Marescq et Cie, 1899, p. XII ; v. sur cette expression, F. AUDREN, « Les professeurs de droit, la République et le nouvel esprit scientifique », *Mil neuf cent*, t. 29, 2011, p. 13.

des juristes, les moyens nouveaux d'appréhender les questions juridiques. L'inspiration qui fait défaut par l'étude empirique des faits, ainsi que la recherche par l'appel à d'autres disciplines (la sociologie, l'économie politique, la philosophie, etc.) apportent des réponses aux questions nouvelles qu'ils se posent.

Très vite, cette ouverture épistémologique cède le pas à une « science du dedans » : il s'agit à nouveau de privilégier le point de vue interne, tout en se voulant ouvert aux innovations que dicte l'invention doctrinale des « constructions juridiques »<sup>13</sup>. On retrouve, dans cette mouvance, des juristes comme Jean Carbonnier. Ce dernier, dans l'introduction de sa thèse de doctorat soutenue en 1933, avance qu'« il faut partir des faits, mais pour s'élever à la construction juridique »<sup>14</sup>. Cette élévation, que caractérise une montée en abstraction, constitue en effet une manière d'affirmer que les réponses aux questions posées se trouvent en définitive dans le droit perçu comme une « science du dedans »<sup>15</sup>.

- La seconde phase correspond aux bouleversements qui accompagnent l'avènement de la Troisième République qui imprime à la fabrique et à l'enseignement du droit une direction nouvelle. Cette transformation trouve un second souffle dans le changement des

---

<sup>13</sup> V. sur la notion de « construction juridique » chez Saleilles, M. XIFARAS, « La *Veritas Juris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits*, t. 47, 2008, spéc. p. 91-94.

<sup>14</sup> J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, th. Bordeaux 1933 (repris in J. CARBONNIER, *Ecrits*, PUF, 1<sup>re</sup> éd., 2008, p. 54).

<sup>15</sup> Je prendrai un exemple simple pour faire mieux comprendre ce que j'entends ici exprimer. Quand un juriste affirme que « le droit de propriété consiste dans le droit de jouir de la chose », il signifie que c'est le droit de faire subir tous les usages à la chose, et tous ses homologues l'entendent de cette manière. Une lecture externe au droit, par exemple psychanalytique, ne répudierait pas d'emblée les significations susceptibles d'être assignées « du dehors » à ce même énoncé juridique, c'est-à-dire à partir d'un point de vue qui n'est pas compréhensif du point de vue interne. Le fait de ne pas répudier ce point de vue externe constitue le moyen de mettre fin aux certitudes du juridisme, voire d'autoriser un discours pluridisciplinaire en droit.

structures économiques du pays : de pays agricole qu'elle était au début du XIX<sup>e</sup> siècle, la France s'industrialise et fait face à une urbanisation massive, à des troubles sociaux et à une contestation politique qui engendrent de nouvelles interrogations auxquelles, constat nouveau pour les juristes de l'époque, les méthodes classiques d'interprétation n'offrent pas de réponses. Désormais, il y a un impératif, celui d'innover pour répondre aux préoccupations du temps, et la seule exégèse des codes ne peut plus y suffire. Il faut sortir des Codes et du droit positif<sup>16</sup> et faire donc appel à la pluridisciplinarité.

C'est à cela que s'emploie une nouvelle génération d'universitaires qui s'appliquera de mettre profondément en cause les méthodes de la génération précédente. Elle trouve dans l'ouvrage que publie Gény<sup>17</sup> en 1899, un *modus operandi*. L'auteur y soutient en substance qu'en l'absence de solution fournie par une interprétation restrictive des textes, l'interprète doit s'en affranchir pour aller chercher cette solution ailleurs que dans le droit : dans l'économie politique, dans l'histoire, dans la philosophie générale, dans l'anthropologie, dans la sociologie naissante, dans la psychologie sociale...

Gény ouvre la voie à un courant doctrinal qui se concrétise dans la création de l'« Ecole scientifique », une école qui entend promouvoir la « libre recherche scientifique » (Gény) ou une méthode historico-comparative (Saleilles ou Lambert) dans l'interprétation des textes.

Parmi les adeptes de ce courant, dérivant directement du pandectisme, on trouve l'internationaliste Frantz Despagnet qui, en 1891, avance que la Faculté n'a pas à s'intéresser de trop près à la pratique, parce que c'est « l'étude théorique du droit, sortant même du cadre étroit de la science qu'on doit spécialement appliquer, qui prépare les meilleurs hommes pratiques »<sup>18</sup>. Il met ainsi en avant la

---

<sup>16</sup> V. sur ce thème, F. AUDREN, art. précité, spéc. p. 11-12.

<sup>17</sup> *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*.

<sup>18</sup> F. DESPAGNET, « La fonction sociale des Facultés de droit », *Rev. int. de l'enseignement*, t. 21, 1891, p. 536-537. V. sur l'auteur, M. MALHERBE, « Défenseur de Thémis et serviteur de Marianne : Frantz Despagnet, juriste

science de l'Ecole allemande de droit dont l'une des vertus est de fournir une vision systématique du droit qui « se résume en une classification des diverses branches du droit, suivie de la méthodologie qui leur convient »<sup>19</sup>.

Les écrits d'Henri Capitant<sup>20</sup> marquent une étape supplémentaire dans cette direction. En 1898, il publie un volume d'introduction au droit destiné aux étudiants de première année de droit où, se conformant aux enseignements de Despagnet, il présente une vue synthétique et méthodique de l'ensemble des branches du droit. Selon lui, former des gens opérationnels, exige qu'un accent soit mis sur les principes plutôt que sur l'exégèse des textes qui interdit d'acquérir une vue d'ensemble.

Ainsi, Capitant s'affirme comme un des grands maîtres des Facultés de droit. Sa méthode d'exposition du droit séduit. Il inspire toute une génération d'enseignants, puisque c'est sur son modèle que sont encore rédigés de nombreux manuels d'introduction au droit publiés sous la plume de civilistes, de François Terré<sup>21</sup> à Philippe Malaurie<sup>22</sup>, tendant à faire une place à la culture philosophique et historique tout en insistant sur les principes, sur les classifications et sur les idées générales sur le droit, ainsi que sur de nombreux résumés des diverses branches du droit (des obligations, de la famille, des biens, etc.) qui seront déclinées au cours des années suivantes, le tout pour donner à la masse des étudiants une vue d'ensemble –qui se doit d'être cohérente– sur le droit.

Par rapport à ces méthodes, il convient d'ajouter l'apport de Planiol, avec son *Traité élémentaire de droit civil* dont la première

---

polyvalent (1857-1906) », in N. HAKIM et M. MALHERBE (dir.), *Thémis dans la cité*, PU Bordeaux, 2010, p. 107 et s.

<sup>19</sup> F. DESPAGNET, art. précité, p. 544.

<sup>20</sup> H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil – Notions générales*, Pédone, 1<sup>re</sup> éd., 1898. V. sur l'auteur, D. DEROSIN, « La pensée juridique de Henri Capitant », in N. HAKIM et F. MELLERAY (dir.), *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz, 2009, p. 15 et s.

<sup>21</sup> F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2009.

<sup>22</sup> Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, Defrénois, 3<sup>e</sup> éd., 2009.

édition est contemporaine de l'essai de Gény (1899). Publié en trois volumes (correspondant aux trois années de licence), ce traité constituera le livre de chevet de très nombreuses générations de juristes, au point de lui survivre dans les éditions successives que rédigera Ripert à partir de 1925 avant qu'il ne reçoive le concours de Jean Boulanger en 1942.

Planiol fait encore l'admiration des civilistes contemporains, non en raison de ses idées que l'évolution du droit positif aurait de toute façon érodées, mais pour la structure de son ouvrage et la manière d'y exposer le droit selon une succession de théories générales (la dénomination actuelle des constructions juridiques).

Au lendemain de la seconde guerre mondiale, un fait saute aux yeux de l'analyste : la pluridisciplinarité qu'impliquait à l'origine la libre recherche scientifique, s'émousse. Quant aux conférences de méthode inspirées des Facultés de droit allemandes, elles n'ont guère connu plus de succès en dépit de la création de plusieurs « salles de travail » qui n'ont cependant rien à voir avec les séminaires de Mommsen ou de Jellinek. En revanche, une nouvelle structure doctrinale de l'enseignement du droit s'installe.

Les juristes français accueillent avec enthousiasme la science allemande telle qu'elle leur est transmise par Capitant, ce sentiment étant renforcé par le succès rencontré par le traité de Planiol, traduisant leur engouement pour l'exposé systématique du droit.

Cette orientation concerne d'autres branches du droit<sup>23</sup>, ce que prend en compte la réforme de 1896 qui libère la parole des professeurs, désormais affranchis de l'ordre du Code (ce qu'ils avaient parfois anticipé, notamment à la Faculté de droit de Toulouse). Les réformes successives de l'agrégation des Facultés de droit (1874, 1880, 1891, 1896) légitiment le discours, présenté comme « scientifique », de professeurs qui s'éloignent certes des palais de justice, mais gardent comme auditoire privilégié les praticiens du droit<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, p. 323.

<sup>24</sup> V. par exemple, le rapport établi par Adhémar ESMEIN en vue de la réforme du concours d'agrégation en 1896 (A. de BEAUCHAMP, *Recueil des*

De cet effort de construction d'un modèle français, il ressort une manière d'« agencer à la manière d'un dogme, les différentes règles juridiques édictées par les pouvoirs publics, de s'efforcer d'en établir une présentation ordonnée, systématique et cohérente, en tâchant de donner des dispositions juridiques en vigueur, des commentaires interprétatifs judiciaires et rationnels, explicitant toute leur portée, toutes leurs potentialités, éliminant ou réduisant leurs défauts apparents, leurs obscurités, leurs lacunes, leurs contradictions, etc. »<sup>25</sup>.

Ce modèle doctrinal s'épanouit et les efforts faits, après la seconde guerre mondiale, pour en desserrer l'étreinte qui s'exerce sur le discours des juristes échoueront de manière à peu près systématique. Marqué par son emprise sur les esprits, il trouve son assise institutionnelle dans les Facultés de droit, où il prospère<sup>26</sup> conformément à l'idée que « tout juriste est faiseur de systèmes »<sup>27</sup>.

### 1.2. Une assise institutionnelle

Les Facultés de droit sont le théâtre de réformes institutionnelles, qui remontent au début des années 1920. Ces réformes qui accompagnent des choix politiques visent à trancher une question obstinée qui, durant des décennies, divise les milieux universitaires : celle de savoir la part qu'il faut réserver à la technique et celle qu'il faut accorder à la science. En vérité, la fin poursuivie par ces réformes est d'accorder une large place aux aspects doctrinaux.

---

*lois et règlements sur l'enseignement supérieur*, Delalain Frères, t. V, juin 1889-mai 1898, p. 608) : « De ce grand mouvement de rénovation, les Facultés de droit, tout en conservant leur ancien et précieux domaine, c'est-à-dire l'enseignement professionnel qui prépare à la pratique judiciaire, sont entrées en plein courant scientifique ».

<sup>25</sup> P. AMSELEK, « L'interprétation actuelle de la réflexion philosophique par le droit », *Droits*, t. 4, 1986, p. 132.

<sup>26</sup> Les Facultés de droit vont ainsi mettre du temps à faire une place par exemple à la philosophie du droit, la première chaire étant attribuée à Strasbourg à Michel Villey en 1949 ou à la sociologie du droit à compter des années 1960.

<sup>27</sup> J. RIVERO, « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », *D.* 1951, Chron., p. 99 et s.

Les praticiens accueillent fraîchement ces réformes dont la portée leur paraît des plus limitées : se plaignant de la part insuffisante faite à la professionnalisation des études juridiques, du fait de leur excessif aspect doctrinal, ils commenceront après la seconde guerre mondiale à réclamer un système de formation qui s'affranchit partiellement des Facultés de droit. A celles-ci reviendra la formation générale de base, les différentes professions se réservant pour l'essentiel la formation spécifique de leurs futurs membres<sup>28</sup>.

La réforme de la licence en droit en 1922 est caractéristique de cet état d'esprit. Ses auteurs maintiennent certes l'enseignement de l'économie politique durant les deux premières années de licence (une innovation remontant à 1905), mais ils suppriment le cours de législation industrielle, rétablissent le caractère obligatoire du droit romain (durant un semestre) et recentrent la troisième année autour de matières de droit privé, l'enseignement issu de la réforme de 1905 étant jugé « trop dispersé ».

Ce retour à une certaine « orthodoxie » n'évacue pas la question des sciences sociales, bien au contraire. Celle-ci réapparaît avec le rapport Trotabas<sup>29</sup>, soulignant que: « La grande difficulté de cet enseignement [du droit] a toujours été de déterminer son équilibre entre un enseignement de culture, dans un esprit purement scientifique, et un enseignement de formation professionnelle ».

Faisant suite aux propositions du rapport Trotabas, les pouvoirs publics initient en 1954 une réforme des études juridiques. La formation professionnelle perd alors de son importance. Les deux premières années (dites de premier cycle) seront en partie réservées à des éléments de culture générale. Il s'agit d'une culture dont le spectre est néanmoins assez étroit : en relèvent les trois cours sur les institutions (judiciaires, financières et internationales) dispensés en première année, ainsi que l'économie politique et l'histoire des institutions et des faits sociaux (deux cours annuels en première et deuxième année).

---

<sup>28</sup> C. JAMIN, *La cuisine du droit*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>29</sup> L. TROTABAS, « La réforme de la licence en droit », *D.* 1953, Chron., p. 75.

Quant aux deux années suivantes, elles sont consacrées à des enseignements professionnels ou spécialisés que les Facultés de droit ne doivent pas former que des professionnels du droit : ce second cycle distingue les sections de droit privé, droit public et science politique, économie politique<sup>30</sup>. Autre innovation : la licence en droit comporte désormais une quatrième année (qui comprend deux cours de droit romain).

L'objectif de la réforme est de revaloriser ce diplôme et d'éviter que de nombreux étudiants aillent chercher en doctorat un complément aux études de licence. Selon Ripert, la réforme a également pour objet d'attirer tous les étudiants « qui veulent avoir une connaissance complète du droit »<sup>31</sup>, en ce sens que la première année étant consacrée à des généralités d'ordre culturel, il faut en compenser l'existence. Mais cette logique repose aussi sur un postulat qui s'inscrit dans la droite ligne de l'héritage français de la science allemande du XIX<sup>e</sup> siècle. Le droit y est perçu comme un système. Sa connaissance doit être complète pour en maîtriser les arcanes.

Cela va nécessairement avoir pour effet de favoriser un accroissement continu du volume des enseignements (et donc des années d'études) pour tenir compte du volume croissant d'un droit positif érigé en système, la qualité de « vrai » juriste postulant une connaissance « complète » du droit. En un mot, il s'agit de former des juristes cultivés, mais nullement de changer la matrice disciplinaire des Facultés de droit.

C'est dire que l'intérêt de la réforme de 1954 ne tient pas vraiment à cette question : le tournant « scientifique » a été pris un demi-siècle plus tôt. Il ne s'agit plus seulement de former des juristes directement utilisables. Ce n'est pas la vocation première des Facultés de droit.

Reste la place qu'occupe la pédagogie dans cette réforme. On distingue pour la première fois entre « l'enseignement théorique », dispensé sous la forme du cours magistral (qui a succédé à la leçon),

---

<sup>30</sup> Il faudra néanmoins attendre 1959 pour voir apparaître une licence propre aux sciences économiques.

<sup>31</sup> G. RIPERT, « La réforme des études dans les Facultés de droit », *D.* 1955, Chron., p. 137.

et « l'enseignement pratique ». Certes, quelques grands juristes (dont Hauriou) avaient souhaité introduire de tels enseignements<sup>32</sup> dans le cursus dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, à l'imitation des Facultés de droit allemandes. Mais, comme l'écrit le doyen Trotabas, ces travaux pratiques n'avaient « pas pu s'organiser d'une manière utile dans le cadre actuel de la licence, et ils sont restés en marge de l'enseignement doctrinal »<sup>33</sup>.

En 1954, il s'agit de les institutionnaliser en les rendant obligatoires (à hauteur de deux séances hebdomadaires d'une heure trente chacune durant les quatre années de licence) à peine de ne pouvoir se présenter à l'examen de fin d'année.

Cette réforme aura pour premier effet d'entraîner la création d'un corps nouveau : celui des assistants chargés de dispenser ces travaux pratiques, des assistants le plus souvent recrutés parmi les doctorants et n'ayant à l'origine aucun statut. Tout au plus, ont-ils pour fonction de compléter le cours magistral que dispense un professeur en toge, par des exercices (commentaires d'arrêts et cas pratiques) qui s'y rapportent et que les étudiants doivent présenter sous la forme du plan bipartite (l'apprentissage de la technique du plan constituant une part non négligeable de la pédagogie).

La réforme de 1954 correspond également à la période où se cristallise le fameux plan en deux parties (et deux sous-parties) avec des exercices pratiques proposés aux étudiants. Ces exercices se résument pour l'essentiel en des commentaires d'arrêts et en la résolution de cas pratiques. Le professeur Henri Mazeaud a joué en cette matière un rôle important. En 1925, il semble être le premier à adopter le plan en deux parties<sup>34</sup> et cette règle s'impose peu à peu dans la littérature juridique française après la deuxième Guerre

---

<sup>32</sup> Ces enseignements avaient fait une apparition discrète dans le décret du 2 août 1922 qui précisait (art. 17) que les notes obtenues en conférences étaient communiquées au jury qui en tenait compte dans l'appréciation des épreuves.

<sup>33</sup> L. TROTABAS, art. précité, p. 77.

<sup>34</sup> H. MAZEAUD, « La faute dans la garde », *RTD, civ.* 1925, p. 793 et s.

mondiale<sup>35</sup>. *Last but not the least*, il publie par la suite un important *Guide des exercices pratiques pour la licence en droit* qui fixe la règle bipartite pour toutes les présentations juridiques, qu'elles soient écrites ou orales.

Au total, il est légitime de soutenir que le compromis tant recherché par les juristes français entre le caractère scientifique des études de droit et leur dimension professionnelle, a été trouvé, cette fois sur un plan institutionnel, durant ces années d'après-guerre. Les nombreuses réformes qui suivront, en liaison avec la professionnalisation des filières, n'en modifieront pas vraiment l'architecture globale<sup>36</sup>.

Outre-mer, des expériences similaires ont vu le jour, donnant lieu parfois à des innovations pédagogiques.

### 1.3. *L'exportation outre-mer du modèle français*

C'est le Sénégal, « première pierre de l'Empire français » en Afrique noire, qui retiendra ici notre attention. Il fait partie des nations d'Afrique subsaharienne qui accèdent à l'indépendance, au début des années 1960. Grâce à la Faculté de droit de Dakar -héritage

---

<sup>35</sup> V. de manière générale, M. LEMIEUX, « La récente popularité du plan en deux parties », *RRJ – Droit prospectif* 1987, p. 823 et s.

<sup>36</sup> Qu'il s'agisse de la suppression des Facultés au profit des unités d'enseignement et de recherches à la fin des années 1960 (devenues des unités de formation et de recherche en 1984), de l'extension au droit du diplôme d'études approfondies (DEA) durant les années 1970 suivie de la création des écoles doctorales dans les années 1990, ou encore de la réforme dite « LMD » (pour licence, master et doctorat) au début des années 2000 qui voient disparaître DEA et DESS (diplôme d'études supérieures spécialisées) au profit des masters recherches et professionnels (qui englobent en outre la maîtrise). Certes, les DESS ont permis aux professionnels de pénétrer dans les Facultés de droit. Ceux-ci participent à la formation et, pour être habilités au niveau ministériel, les programmes de ces DESS doivent avoir été établis en concertation avec les représentants des différentes professions. Néanmoins, il y a bien longtemps que celles-ci ne s'en remettent plus vraiment, ou plus seulement, aux Facultés de droit pour former leurs membres. Cela fait déjà longtemps que le partage des tâches a eu lieu : il a pris corps principalement entre la fin des années 1950 et les années 1980.

français- ce pays a réussi à opérer une rénovation universitaire des enseignements dont nous allons dire quelques mots.

Considérons l'écriture et l'enseignement du droit administratif. Il s'agit d'« un héritage de la colonisation ». A l'indépendance, les autorités politiques du nouvel Etat ont mis en place un système national de droit administratif en reprenant les éléments de base du droit administratif français<sup>37</sup> : les concepts fondamentaux (notions de service public et de personne publique, spécificité du droit administratif...), les théories fondamentales du droit français (théories du contrat, de la responsabilité, de l'acte unilatéral, des principes généraux du droit, du recours pour excès de pouvoir, de l'erreur manifeste d'appréciation etc.), les techniques et les procédures juridiques (acte individuel, règlement, pouvoir hiérarchique, tutelle, recours contentieux, retrait des actes administratifs, annulation etc.) C'est peu de dire qu'il y a là une sorte de « macro-mimétisme en ce sens que c'est tout le système de droit administratif français, y compris la philosophie libérale et la culture juridique et administrative qui le sous-tendent »<sup>38</sup>.

Cependant, les bouleversements importants qui accompagnent les changements qui se produisent dans les années 1990 avec la démocratisation des systèmes politiques africains, l'instauration de l'Etat de droit, la protection des droits et libertés et l'avènement d'un régime économique libéral, impriment à la création du droit administratif une direction particulière. Le juge sénégalais participe du reste à la création d'une « matière administrative » originale.

Quant au droit constitutionnel, il est lui aussi, dans tous les territoires africains de succession française, le fruit de la « projection coloniale ». Il est tiré des principes français. Œuvre à l'origine « d'un nombre de juristes limité, formés dans les Universités européennes, la plupart relevant de l'ancienne puissance coloniale mais certaines

---

<sup>37</sup> D. SY, « Ecrire, dire et comprendre le droit administratif en Afrique. Une approche juridique et sociologique », in M. BADJI, O. DEVAUX et B. GUEYE (dir.), *Dire le droit en Afrique francophone*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 291.

<sup>38</sup> *Ibid.*

aussi situées en Union soviétique et dans les démocraties populaires »<sup>39</sup>, il est largement tributaire de l'ingénierie constitutionnelle occidentale. Le sentiment qui prévaut est donc celui d'une absence d'originalité des constitutions des lendemains de l'indépendance, ce que l'on va tenter de corriger, avec l'adoption, au début des années 1990, de nouveaux textes organisant le fonctionnement des institutions en charge d'imprimer l'évolution des Etats dans le sens d'une perspective démocratique et de primauté du droit. Aujourd'hui, l'écriture du droit constitutionnel connaît un second souffle avec la participation des professeurs d'Université à des travaux de « commissions cellulaires » chargées de rédiger de nouveaux textes constitutionnels.

*Quid* de l'histoire des institutions ? Cette discipline est née dans les Facultés de droit françaises où elle a longtemps cultivé -selon la belle formule de J. Poumarède<sup>40</sup>- un « splendide isolement » à l'égard des courants qui ont traversé la « fabrique de l'Histoire », au nom d'une spécificité dont se réclament volontiers les juristes. Mais très vite, l'étude historique du droit et l'effort de réflexivité qui accompagne l'historiographie de cette discipline finissent par imposer leurs exigences épistémologiques pour lui faire acquérir et tenir sa place dans le concert des études juridiques.

Son introduction dans ces Facultés au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, l'invention et le développement de ses méthodes, de ses pratiques, comme de ses institutions propres (revues, sociétés savantes) au XX<sup>e</sup> siècle<sup>41</sup> permirent à cette discipline de se perpétuer à travers les programmes officiels de nombreuses Facultés de droit et de s'affirmer

---

<sup>39</sup> A. CABANIS et B. GUEYE, « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone », in M. BADJI, O. DEVAUX et B. GUEYE (dir.), *Dire le droit en Afrique francophone*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 103.

<sup>40</sup> J. POUMAREDE (dir.), *Histoire de l'Histoire du Droit*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2006, plus particulièrement p. 113-131.

<sup>41</sup> *Ibid.*

comme un enseignement universitaire dont chacun mesure l'utilité dans la formation des juristes.

Cependant, cette matière juridique n'a vu le jour au Sénégal, en tant qu'enseignement, qu'au début des années 1970. Estimant que, dans le concert des études juridiques et historiques, il était important de faire entendre la voix des tenants d'une nouvelle science juridique dégagée de l'exégèse, le Conseil de Faculté adopta, après en avoir débattu, l'inscription de l'histoire du droit et des institutions comme une discipline autonome dans les programmes officiels.

Dans ce débat, l'opinion qui l'emporta était à même de comprendre mieux que beaucoup pourquoi l'histoire du droit et des institutions devait être conservée dans les études des juristes africains, produits de plusieurs cultures. Au demeurant, si la greffe de l'histoire du droit et des institutions a pris en Afrique, et singulièrement au Sénégal, le mérite en revient au professeur Bernard Durand.

Homme d'une grande urbanité et de culture, ce dernier a su imprimer à l'enseignement de l'histoire du droit et des institutions en Afrique une orientation plus adaptée aux attentes des étudiants. Il a créé ce qu'il convient d'appeler l'Ecole d'histoire du droit et des institutions de Dakar, en soutenant que l'Université doit, conformément à sa tradition et par vocation, former non seulement des techniciens du droit mais aussi des juristes.

Dépassant le cadre strictement hexagonal, dans lequel se confinent trop souvent les études juridiques et historiques, il choisit d'évoquer devant les étudiants africains les institutions de leur passé : droit coutumier africain ; droit et institutions des empires du Soudan ; histoire économique de l'Afrique ; société, droit et institutions de l'Egypte pharaonique ; anthropologie politique et sociale, etc.

Ainsi, revalorisés par une pensée désormais moins tributaire des comparaisons avec l'Europe, ces étudiants découvraient le vrai visage de leurs anciennes sociétés, les fondements de leur civilisation, sans pour autant que soient négligées les incursions dans l'étude du monde grec, de Rome, des institutions de l'empire arabo-musulman ou de l'histoire du droit français public et privé.

Il est clair qu'aujourd'hui son œuvre porte de beaux fruits : non seulement l'histoire du droit et des institutions s'épanouit comme discipline à part entière, mais la création au début des années 1980 d'un domaine intitulé « Histoire des institutions », dans le cadre du concours d'agrégation en sciences juridiques du CAMES<sup>42</sup>, assure son ancrage dans les études des juristes africains. Il suscite de nouvelles vocations. Le territoire des historiens s'élargit, permettant de pérenniser ces enseignements.

Aujourd'hui, les leçons d'histoire du droit et des institutions données dans le cadre des programmes officiels de la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar illustrent donc la bonne santé de cette discipline.

Une attention particulière y est accordée, en première année de droit, à l'étude de l'histoire des institutions publiques<sup>43</sup>, notamment celles de l'Égypte ancienne (organisation pharaonique à partir du roi Narmer Ménès, avec une monarchie divinisée), de Rome (Royauté, République et Empire) ou de l'Arabie (préislamique et islamique), etc.

Cette expérimentation s'inscrit dans le cadre de choix intellectuels dont le support productif est le système français de formation des juristes. Ce dernier n'a rien d'universel. L'étude des méthodes d'enseignement alors en vigueur permet de distinguer deux autres systèmes principaux<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Conseil africain et malgache pour l'enseignement supérieur.

<sup>43</sup> Cette situation n'est pas propre au Sénégal car, en France, l'enseignement de l'histoire en Faculté de droit, également axé sur la conception du pouvoir personnel au haut Moyen-âge, ainsi que sur la fonction royale capétienne ayant conduit à la naissance de l'État moderne, privilégie l'étude des institutions publiques.

<sup>44</sup> V. le rapport comparatif rédigé au début des années 1970 par Charles EISENMANN, *Les sciences sociales dans l'enseignement supérieur : droit*, Rapport préparé au nom de l'association internationale des sciences juridiques, UNESCO, 1972.

## 2. Les modèles concurrents

Il a souvent été constaté que deux types d'enseignement coexistent en Occident au début du XX<sup>e</sup> siècle : un enseignement empirique dispensé par des praticiens, dont l'enseignement corporatif anglais constituait le type idéal, et un enseignement rationnel délivré au sein des Universités, dont le modèle dominant serait allemand<sup>45</sup>. De nos jours cette distinction est très largement dépassée, même si elle garde une valeur de témoignage.

Le premier modèle a perdu de sa pertinence depuis que la part prise par les praticiens dans la formation des juristes anglais ainsi que des ressortissants des pays du *Commonwealth*, a diminué au profit d'une formation universitaire. Quant au second, il correspond au moins à deux idéaux-types<sup>46</sup>. Le premier est celui qui est en vigueur en France, ainsi que dans la majorité des pays situés en Europe continentale et en Amérique du Sud. Il est caractérisé par des études juridiques de longue durée qui commencent dès l'obtention du baccalauréat ou son équivalent, qui peuvent être complétées par un enseignement empirique dispensé par des praticiens (cas de la France) ou par une longue période de stages (cas des étudiants allemands qui deviennent *Referendar* une fois obtenu leur premier examen d'Etat), l'un et l'autre étant rendus nécessaires pour l'exercice d'une profession juridique.

Le second idéal-type est caractérisé par des études juridiques plus courtes qui commencent après un premier cycle d'études supérieures. Le modèle en est aujourd'hui constitué par le système d'enseignement du droit aux Etats-Unis dont la principale caractéristique est d'avoir largement rompu avec un enseignement doctrinal en dépit de son caractère universitaire.

Pour apprécier le système de formation des juristes mis en place en France et dont les principales caractéristiques viennent d'être

---

<sup>45</sup> M. WEBER, *Sociologie du droit*, PUF, Quadrige, 1<sup>re</sup> éd., 2007, p. 142-161.

<sup>46</sup> V. pour un autre regard, F. VANISTENDEAL, « A la recherche d'un modèle mondial de l'enseignement du droit : utopie... ou but à atteindre ? », *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruylant, 2005, p. 1125 et s.

déterminées (enseignement universitaire de longue durée et d'une facture principalement doctrinale, qui commence dès après le baccalauréat, complété en fin de cursus par une formation à caractère plus directement professionnel par ou sous l'autorité de praticiens), il n'est pas inutile de porter son regard sur les modèles anglais et nord-américain (Etats-Unis).

### 2.1. *Le modèle anglais*

Le modèle anglais est le fruit d'un compromis, d'une tension entre « formation juridique » (*Legal Training*) et « éducation juridique » (*Legal Education*)<sup>47</sup>.

Si la formation des *barristers* et des *solicitors* a longtemps constitué l'apanage des seuls professionnels du droit, il n'est pas inutile de préciser que le droit fut également enseigné parallèlement dans les Universités. Droit canon et droit romain l'ont été à Oxford et Cambridge depuis le XII<sup>e</sup> siècle. Toutefois, il ne s'agissait nullement du droit tel qu'il était pratiqué en Angleterre. En 1846, le *Select Committee on Legal Education* pouvait constater qu'il n'existait aucune formation juridique digne de ce nom dans le pays (la première chaire de droit anglais remonte à 1829). Un constat qui ne fut guère suivi d'effets en dépit de quelques efforts disparates, en particulier ceux destinés à créer un centre national de formation juridique à Londres qui se heurta au scepticisme des milieux professionnels et académiques.

En dépit aussi de la volonté manifestée par certains de voir émerger une littérature juridique propre à mettre un peu d'ordre et d'idées générales dans le foisonnement de la *common law*. On se

---

<sup>47</sup> J'emprunte ces expressions au professeur John BELL : « Legal Education », in P. CANE and M. TUSHNET (ed.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, UP, 2003, p. 901 : « Training is concerned with providing a person with the knowledge and skills required to undertake a specific and immediate task. It is focused and utilitarian. Education is concerned with enabling an individual to understand and reflect upon knowledge and processes and to be able to act in a critical and responsible manner. It is concerned with critical self-awareness ».

souvent de la célèbre leçon inaugurale prononcée en 1883 par Dicey : « Can English Law Be Taught at the Universities ? ». Bref, il n'y avait encore que 130 enseignants de droit dans les Universités anglaises à la fin des années 1930 (la plupart étant du reste loin d'exercer à plein temps) et quasiment rien auprès de praticiens très fortement encouragés par des juges à ne citer aucune référence doctrinale devant eux, à quelques exceptions près (Bracton, Blackstone, Coke et quelques autres). Jusque là, le droit s'apprenait dans les *reports*, non dans les *treaties*<sup>48</sup>.

L'immédiat après-guerre ne suscite guère d'évolution remarquable, en dépit de quelques propos isolés dont ceux du professeur Gower plaidant en 1950, en faveur non seulement d'une nette séparation entre les études théoriques de facture universitaire et les enseignements pratiques, mais aussi d'un apprentissage du droit inspiré par les nécessités sociales nouvelles du temps.

Cependant, deux décennies plus tard, apparut une contestation du système anglais (les critiques portant sur la nature des recherches, les méthodes pédagogiques, le cursus des étudiants, etc.), menée par des universitaires dont la plupart avait vécu à l'étranger (aux Etats-Unis, mais aussi en Afrique ou dans les pays du *Commonwealth*). Les juristes qui étaient indifférents à l'expansion des Universités anglaises durant les années 1960 (l'étude du droit y était encore majoritairement perçue comme une affaire de professionnels), infléchissaient leur façon de voir dans le sens d'une réception d'idées novatrices, ce que ponctue la mise en place d'une commission de réforme des études juridiques présidée par Sir Roger Ormrod, alors juge à la *High Court*, en 1967. Une nouvelle tendance se fit alors sentir. Le rapport que cette commission rendit en 1971 marque une étape dans cette direction.

Innovation de grande portée : avoir fait admettre qu'un diplôme universitaire sanctionnant des études de droit (suivies le cas échéant dans l'un des *polytechnics*) devait constituer la voie d'accès normal à l'exercice d'une profession juridique ou judiciaire. L'obtention d'un

---

<sup>48</sup> V. la lettre citée par B. BIRKS, « Adjudication and interpretation in the common law : a century of change », (1994) 14 *Legal Studies* 156, 163.

diplôme de droit sanctionnant trois années d'études supérieures, commencées dès la fin des études secondaires (*undergraduates*), allait désormais devenir la norme. Le rapport Ormrod distinguait plus spécialement trois étapes dans la formation des juristes : une étape universitaire (*the academic stage*), suivie d'une formation professionnelle d'une année (*the vocational stage*) à laquelle devait s'ajouter par la suite une formation continue pour tous les praticiens (*continuing education*).

Néanmoins, l'obtention d'un diplôme en droit n'était pas obligatoire. Les membres de la commission reconnaissaient que les professions juridiques en Angleterre avaient toujours attiré des recrues diplômés d'autres disciplines (Sir Ormrod étant lui-même docteur en médecine) et en avaient retiré le plus grand profit. Aussi les écoles de droit ne se voyaient pas reconnaître le monopole de la formation académique : des diplômés dans d'autres disciplines pouvaient rejoindre les professions juridiques à la condition de passer un examen portant sur le droit sanctionnant un « conversion course ».

Un fait sautait aux yeux de la commission Ormrod : la formation des juristes pouvait combiner un enseignement sanctionnant trois années d'études supérieures dans une discipline quelconque suivies de deux années de formation au droit (les fameux « conversions courses »), les professionnels allant même jusqu'à soutenir avec succès qu'une année pouvait suffire. Autre fait intéressant : en attribuant aux écoles de droit un moindre rôle dans la formation professionnelle des juristes, puisque l'obtention d'un diplôme de droit n'était pas rendue obligatoire, le système anglais allait conférer à ces écoles une assez grande liberté académique qui autoriserait toutes les formes d'innovation en matière pédagogique et de recherches<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> V. sur ce thème, W TWINING, *Blackstone's Tower : The English Law School*, Sweet & Maxwell, 1994, p. 37 : « Almost as important was the fact that university la schools were given far less responsibility in the process of professional formation than in most countries in the world. This undoubtedly reinforced the trend towards assimilation of law schools into the academy as liberal arts departments rather than professional schools. Ironically the provision for non-law graduate entry strengthened academic freedom: law

Deux décennies plus tard, le nombre des étudiants en droit (*undergraduates*) augmente, tout comme celui des universitaires qui se consacrent à temps plein à l'enseignement du droit et à la recherche juridique. Plusieurs expérimentations eurent lieu dans différentes institutions parmi les moins traditionnelles (dont Kent et Warwick sont de très bons exemples) pour introduire les études pluridisciplinaires, des recherches critiques, ou encore des « clinics » (propres à rendre plus poreuse la distinction entre *academic stage* et *vocational stage*), en un mot pour rompre partiellement avec la « black-letter tradition » qui correspond au modèle doctrinal tel qu'il l'emporte massivement en France<sup>50</sup>.

Pour autant, ces éléments ne sont pas les seuls à caractériser aujourd'hui le système anglais. L'introduction d'un contrôle national de la qualité de l'enseignement supérieur (*Teaching Quality Assessment*) durant les années 1990, de même temps que l'augmentation notable des frais d'inscription, ont en particulier placé les écoles de droit en concurrence les unes avec les autres<sup>51</sup>.

Au total, l'Angleterre aura construit en une quarantaine d'années, un système d'enseignement du droit à la fois concurrentiel (entre Universités et autres types de formations) et de facture proprement académique. Il s'agit d'un enseignement qui s'ouvre sur d'autres préoccupations que techniques, alors que ce système était jadis voué à l'apprentissage professionnel. Mais à la différence du modèle français, la formation est de courte durée (entre un et trois ans selon que les étudiants ont suivi des études supérieures avant de commencer leurs études de droit), faisant appel à des professionnels.

---

schools did not have a monopoly over the academies stage, but the existence of conversion courses for non-law graduates served as a buffer against direct professional influence on law degrees... ».

<sup>50</sup> V. sur les parts respectives de l'analyse doctrinale classique et des approches plurielles (pluridisciplinaires, contextuelles, critiques, etc.), F. COWNIE, *Legal Academics*, Hart, 2004, p. 54-58 et p. 197-199.

<sup>51</sup> G. SAMUEL et S. MILLS, « L'enseignement du droit en Angleterre », *RRJ – Droit prospectif* 1998, p. 1538-1539.

## 2.2. Les Etats-Unis

Tout comme en Angleterre, la pratique du droit aux Etats-Unis n'a pas toujours été soumise à l'obligation d'obtenir un diplôme sanctionnant des études juridiques. Le modèle américain est, pour cette raison, le produit lointain du tournant réaliste (*American Legal Realisme*) que n'ont pas opéré les juristes français, alors même qu'ils y ont directement contribué.

Cela fait longtemps que l'expérience acquise auprès d'un professionnel a suffi à la formation des juristes. Certes, les Etats-Unis ont compté certains établissements (la plupart au sein des collèges universitaires) où le droit fut enseigné au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle. Mais c'est bien plutôt en Angleterre que l'institutionnalisation de l'enseignement du droit est assurée dès le XIX<sup>e</sup> siècle, en raison de l'accroissement considérable du nombre des *lawyers* qui exercent un rôle fondamental dans le développement de l'industrie et du secteur bancaire durant cette période.

L'importance du droit dans la structuration de la société américaine et dans l'expansion économique du pays justifie le besoin de faire appel à des juristes mieux formés, mieux organisés –la création de l'*American Bar Association* date de 1878– et plus strictement sélectionnés par un examen d'entrée au barreau. C'est dire que l'économie américaine a besoin de juristes qui ne soient pas seulement des plaideurs, mais plutôt des professionnels capables de travailler étroitement avec les milieux d'affaires, à l'origine de la création des premières *corporate law firms* new-yorkaises. C'est d'ailleurs dans cet esprit qu'est instituée en 1857 l'école de droit de l'Université Columbia plus attractive que ses rivales, en raison de sa proximité avec *Wall Street* ce qui confortait l'opinion de Tocqueville, selon lequel « l'aristocratie américaine est au banc des avocats et sur le siège des juges »<sup>52</sup>.

Ce fut néanmoins de l'Université Harvard que vint la première révolution pédagogique dans les études juridiques aux Etats-Unis.

---

<sup>52</sup> V. sur ce discours, R. STEVENS, *Law School – Legal Education in America*, The University of North Carolina Press, 1983, p. 23.

Son avènement est le plus souvent associé à l'action d'un homme : Christopher Columbus Langdell, doyen de l'école de droit entre 1870 et 1895<sup>53</sup>. Nommé par le chimiste Charles W. Eliot, qui préside aux destinées de l'Université depuis l'année précédente et entend réformer les méthodes d'enseignement universitaire, Langdell veut hisser l'enseignement du droit au même rang que celui des sciences, à la fois pour assurer la légitimité de l'école de droit au sein de son Université et renforcer encore le prestige des *lawyers* dans la société américaine ce qui favorisera par la suite le développement d'un système de *fundraising*. Il va donc s'employer à faire du droit et de son enseignement une « science ».

Au moment où les juristes français commencent à vanter la systématisation du droit dans les traités, Langdell entend rompre avec la tradition américaine de l'enseignement du droit par les traités – ceux de Blackstone ou de Kent et donc, rompre avec les cours magistraux – les *lectures*. Aux traités et aux *lectures*, il entend substituer la méthode casuistique (*case method*) à la méthode socratique.

Pour y parvenir, la fréquentation de la bibliothèque de droit devient essentielle dans l'apprentissage de celui-ci, au même titre que l'hôpital l'est pour les étudiants en médecine<sup>54</sup>. Pour autant, cette sélection ne peut se faire qu'au sein de la salle de cours en présence du professeur qui ne délivre plus un cours magistral devant un parterre silencieux, mais interroge ses étudiants sur des documents bruts (les *cases*) et discute avec eux afin de les amener progressivement à raisonner comme des juristes (*to think like a lawyer*).

---

<sup>53</sup> V. récemment, B.A. KIMBALL, *The inception of Modern Professional Education – C.C. Langdell, 1826-1906*, The University of North Carolina Press, 2009.

<sup>54</sup> V. sur ce thème, A. CHASE, « The Birth of the Modern Law school », 23 *Am. J. Legal Hist.* 32 341-342 (1979), qui relève les propos suivants du président Eliot tenus dans le rapport annuel de l'Université Harvard pour 1873-74 : « The medical student must spend a large part of his time in hospitals ; but a law student who should habitually courts, except during the short period when he is acquainting himself with office work and practice, would waste his time. The law library, and not the court or law office, is the real analogue of the hospital ».

Méthode casuistique et méthode socratique ont une fonction initiatique : elles consistent, au cours de ces débats contradictoires permanents au sein de la classe, à apprendre au futur juriste à maîtriser le langage du droit, ses catégories mentales et la technique qui le structurent, à lui apprendre à discerner les concepts et les principes « cachés à l'intérieur des cas » (*concepts and principles hidden inside the cases*); en un mot, il s'agit de lui inculquer le « vrai discours » juridique.

Cette première réforme méthodologique fit véritablement l'effet d'une bombe, mais elle finit, après une quarantaine d'années, par devenir la norme dans les écoles de droit aux Etats-Unis, du moins pour les enseignements de première année. Cependant, elle n'est pas la moindre des réformes initiées par Langdell. S'en ajoutent d'autres de nature plus directement institutionnelle.

Pour promouvoir la valeur scientifique de l'enseignement du droit, Langdell défend aussi l'idée que celui-ci ne doit définitivement plus être dispensé au sein des collèges universitaires, mais prendre place à un stade plus avancé des études (*graduate studies*).

Pour être admis dans une école de droit, les étudiants devront donc être titulaires d'un *bachelor* ou réussir un examen d'entrée. De même, Langdell soutient avec succès que la durée des études juridiques doit passer de deux à trois ans, le passage d'une année à l'autre étant au surplus soumis à la réussite à un examen<sup>55</sup>. De même encore, il s'attache au recrutement de professeurs à temps plein. Ceux-ci étaient traditionnellement des praticiens qui prenaient de leur temps pour venir enseigner au sein des écoles de droit.

Très vite, les choses changeront à Harvard avec le recrutement d'un ancien étudiant de Langdell, James Barr Ames<sup>56</sup>, qui lui

---

<sup>55</sup> R. STEVENS, *Law School – Legal Education in America*, The University of North Carolina Press, 1983, pp. 36-37.

<sup>56</sup> Ames, au contraire de son mentor, n'avait jamais été praticien. Langdell, pour sa part, avait lui-même pratiqué le droit à New York pendant seize ans, soutenant du reste que l'expérience du barreau ne servait pas à qualifier un professeur qui devait plutôt avoir une expérience de l'enseignement.

succèdera bientôt dans les fonctions de doyen entre 1895 et 1910 tout en contribuant à promouvoir la *case method*.

Alors même que les idées défendues par Langdell puis Ames se répandent à travers les États-Unis, elles vont faire l'objet durant les années 1920-1930, des plus vives critiques de la part des tenants du *Legal Realism*. Ceux-ci s'élèvent contre la *case method* accusée à tort ou à raison de ne pas réunir les éléments propres à former des juristes capables de conseiller utilement leurs clients pour cette raison qu'elle se borne à l'étude des opinions exposées formellement par les juges dans leurs jugements, qui plus est par les juges des seules juridictions supérieures. Or, si l'on suit par exemple l'iconoclaste Jerome Frank, les opinions ne sont pas des décisions ; elles ne sont que des « explications émasculées des décisions » (*emasculated explanations of decisions*)<sup>57</sup>.

En vérité, ces opinions sont loin de révéler toute la subtilité du *Legal Realism*. Le mouvement réaliste se caractérise en effet au moins pour partie par l'insistance mise sur l'indétermination des doctrines juridiques. Celles-ci sont jugées suffisamment ambiguës ou emplies de contradictions internes pour justifier n'importe quelle solution. Ce qui ne signifie pas que les solutions retenues soient arbitraires ou le résultat d'un pur caprice des juges. Pour les expliquer et tenter de les anticiper ou de les prévoir, ce qui relève de la fonction du juriste quand il conseille un client, il faut ne pas s'en tenir aux seules justifications formelles que livrent les jugements. Il faut élargir le champ de l'investigation, ne pas se borner au discours doctrinal ou à l'analyse des précédents (les réalistes ne croyant guère à l'inviolabilité du *stare decisis*) et donc ne pas se limiter au droit tel qu'il est exprimé dans les livres.

Il faut au contraire essayer de comprendre la façon dont ce droit fonctionne concrètement. Ce qui doit inciter les juristes, non seulement à regarder du côté d'autres disciplines que le droit au point

---

<sup>57</sup> J. FRANK, « Why not a clinical lawyer-School ? », 81 *U.Pa. L. Rev.* 907, 911 (1932-1933).

d'aller jusqu'à les intégrer dans le discours juridique<sup>58</sup>, mais aussi à s'intéresser de très près à la pratique<sup>59</sup>. Autrement dit, privilégier le droit en action (*law in action*) plutôt que le droit des livres (*law in books*) pour emprunter le titre d'un article célèbre (et fondateur du réalisme américain) de Roscoe Pound paru en 1910<sup>60</sup>.

Cette critique des idées de Langdell provoque une réforme du programme de formation des juristes. C'est ainsi que Jerome Frank préconise que les professeurs de droit aient au départ été des praticiens, dans les domaines ou les institutions les plus diverses, durant une bonne décennie avant d'intégrer les écoles de droit. Et cela afin qu'ils n'enseignent pas seulement le droit des livres de droit – autrement dit qu'ils ne soient pas des « book-law teachers »<sup>61</sup>.

Quant à la bibliothèque, elle ne doit plus être au centre des écoles de droit. Frank défend plutôt la mise en place de *clinics* à l'image de ce qui existe en médecine. Non pour que les étudiants soient capables de traiter plus vite les dossiers qui leur seront confiés quand ils deviendront des praticiens, mais pour qu'ils aient une perception plus exacte du droit tel qu'il fonctionne vraiment, pour approfondir leur compréhension théorique du droit<sup>62</sup>. Dans cet esprit, il va jusqu'à défendre la création de *clinical law schools*. A défaut, précise-t-il, les

---

<sup>58</sup> V. sur ce thème, G. GILMORE, *The Ages of American Law*, Yale UP, 1977, p. 87 : « At the hands of Realists, the slogan « law is a science » became « law is a social science »... The Realists talked of economics and sociology of merely as allied disciplines, but as disciplines which were in some sense part and parcel of law ».

<sup>59</sup> V. sur ce thème de l'indétermination et ses conséquences, A. CHASE, « American Legal Education since 1885: The Case of the Missing Modern », 30 *N. Y. L. Sch. L. Rev.* 519, 535-536 (1985).

<sup>60</sup> R. POUND, « Law in Books and Law in action », 44 *American Law Review* 12 (1910).

<sup>61</sup> J. FRANK, art. précité, p. 915 : « Many of our law schools are so staffed that they are best equipped not to train lawyers but to graduate men able to become book-law teachers who can educate still other students to become book-law teachers – and so on ad infinitum. They are not lawyer-schools (as they should be primarily) but law-teacher schools ».

<sup>62</sup> V. sur ce point, G.S. GROSSMAN, « Clinical Legal Education: History and Diagnosis », 26 *J. Legal Educ.* 162 (1973-1974).

étudiants devraient travailler à intervalles réguliers, dès leurs premiers jours au sein de l'école de droit et sous le contrôle de leurs professeurs, dans des cabinets d'avocats soigneusement choisis et dont les membres, qui superviseraient leur travail, seraient étroitement associés à la formation des apprentis juristes<sup>63</sup>.

A dire vrai, les *cliniques juridiques* ne seront expérimentées que durant les années 1930. Certes, Karl Llewellyn entreprit quelques efforts tendant à leur donner vie après la seconde guerre mondiale. Toutefois ceux-ci se soldent par des échecs. Le sursaut vient des années 1960, lorsqu'une forte pression sera mise sur les professionnels du droit pour prendre en charge les plus pauvres. L'aide juridique deviendra un temps le support des *clinics*, mais là aussi sans réel succès. Plusieurs raisons se conjuguent en effet pour rendre à l'époque les expériences difficiles à réaliser : leur coût de mise en œuvre, le temps qu'elles prennent, ou encore la difficulté à trouver des enseignants compétents.

En définitive, les critiques que les tenants du réalisme élèvent contre le mode traditionnel d'enseignement du droit hérité de Langdell n'auront pas vraiment permis de remettre en cause méthode socratique et *case method*. Elles font néanmoins évoluer le débat : la *case method* ne sera plus conçue comme le moyen de parvenir à une solution scientifiquement exacte, le moyen de percevoir les principes irrigant secrètement les jugements ; l'accent sera plutôt mis sur l'analyse des modes de raisonnement des juges et du processus de prise de décision, ou encore sur la compréhension du langage et des catégories du droit plutôt que sur sa substance même. Quant aux *cliniques juridiques*, elles seront remises au goût du jour quelques décennies plus tard, mais sous l'influence d'un autre facteur qui constitue à certains égards le contrecoup d'un double mouvement – intellectuel et institutionnel – qu'on peut faire remonter au début des années 1970. Un double mouvement qui constitue dans une certaine mesure la troisième et dernière inflexion dans l'histoire de

---

<sup>63</sup> J. FRANK, art. précité, p. 920.

l'enseignement du droit aux Etats-Unis, après Langdell (1870) et le Réalisme (1930).

Sur le plan intellectuel, les bouleversements importants qui accompagnent les changements produits par l'écriture et l'enseignement du droit aux Etats-Unis sont de deux ordres.

- Le premier est le phénomène contestataire qui s'empare des campus américains durant les années 1960 et qui gagne du terrain, notamment l'intérieur des écoles de droit les plus prestigieuses. Le mouvement atteint Yale où les étudiants contestent le caractère conservateur tout à la fois du contenu des cours et des méthodes d'enseignement<sup>64</sup>. Dix ans plus tard, c'est le campus de Harvard qui devient le théâtre de disputes entre les universitaires les plus conservateurs et les défenseurs d'un puissant mouvement critique, plus connu sous le nom de *Critical Legal Studies*<sup>65</sup>. C'est à cette époque que le professeur Duncan Kennedy publie sa critique radicale du système d'enseignement des écoles de droit, donc la méthode socratique telle qu'elle est plus spécialement pratiquée en première année<sup>66</sup>.

- Le second mouvement s'épanouit à partir des années 1990 : né trois décennies plus tôt à Chicago, le mouvement *Law & Economics* investira bientôt tous les campus américains, au point que la majorité des cours en est aujourd'hui imprégnée.

---

<sup>64</sup> V. en particulier, L. KALMAN, *Yale Law School and the Sixties*, The University of North Carolina Press, 2005.

<sup>65</sup> Parmi une littérature considérable, on peut lire la synthèse peu connue, mais à mon sens remarquable, de Dennis M. DAVIS et Karl KLARE : « Transformative Constitutionalism and the Common and Customary Law », 26 *South African Journal on Human Rights*, 403, 435-449 (2010). – Adde, sur les conceptions de CLS en matière d'enseignement du droit, v. la synthèse de R.W. GORDON, « Critical Legal Studies as a Teaching Method, Against the Background of the Intellectual Politics of Modern Legal Education in the United States », (1989) 1 *Legal Educ. Rev.* 59, 75-83.

<sup>66</sup> D. KENNEDY, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy – A polemic against the System*, New-York UP, 2004 (la première édition remonte à 1983).

Profondément opposés sur un plan politique, ces deux mouvements (*Critical Legal Studies* et *Law & Economics*), qui sont aujourd'hui loin de constituer deux blocs homogènes, auront certaines caractéristiques qui ne l'épuisent pas. Ils peuvent être considérés comme deux faces de l'héritage du Réalisme, l'un et l'autre reposant sur une critique de l'autonomie du droit, le premier au profit du politique, le second de l'économie. Mais alors que les tenants de *CLS* sont convaincus que les contradictions internes au système juridique sont irréductibles, au point qu'ils seront qualifiés de « juristes nihilistes » et parfois sommés de quitter les écoles de droit, les promoteurs de *L&E* soutiennent, au moins à l'origine, que l'analyse économique est à même de fournir une connaissance proprement scientifique de la manière dont fonctionne ce système<sup>67</sup>.

Ces deux mouvements antagonistes convergeront néanmoins vers la remise en cause des finalités classiques de l'enseignement du droit, au point peut-être de faire « voler en éclats le consensus libéral » qui régnait au sein des Facultés de droit depuis la seconde guerre mondiale<sup>68</sup>. Certes, il est contesté que l'un et l'autre aient convergé durant les années 1990, vers la remise en cause de l'apprentissage de la « sagesse pratique » que valorisaient les écoles de droit<sup>69</sup>, mais un fait saute aux yeux : les écoles de droit s'étaient peu à peu éloignées de l'apprentissage doctrinal du droit, tant apprécié des praticiens

---

<sup>67</sup> V. les propos caractéristiques de R.A. POSNER : « Volume one of the *Journal of Legal Studies* – An Afterword », 1 *J. Legal Stud.* 437 (1972) : « The aim of *Journal* is to encourage the application of scientific methods to the study of the legal system. A biology is to living organisms, astronomy to the stars, or economics to the price system, so should legal studies be to the legal system : an endeavor to make precise, objective and systematic observations of how the legal system operates in fact and to discover and explain the recurrent patterns in the observations – the « laws » of the system ».

<sup>68</sup> L. KALMAN, *The Strange Career of Legal Liberalism*, Yale PU, 1996, p. 94 : « The arrival of law and economics and critical legal studies shattered the liberal consensus ».

<sup>69</sup> A.T.D. KRONMAN, *The Lost Lawyer – Failing Ideals of the Legal Profession*, Harvard UP, 1993, p. 168.

mais souvent assez terne, au profit d'un enseignement à forte dimension « théorique » qui donna une ampleur pleinement intellectuelle aux enseignements dispensés au sein des écoles de droit ainsi qu'aux écrits émanant de leurs membres.

Ces écoles auront en ce sens été puissamment soutenues par une évolution institutionnelle. Durant les années 1970, ni les départements de sciences humaines et sociales des Universités ni les diverses instances gouvernementales ne sont toujours en mesure de fournir des emplois aux étudiants ayant soutenu une thèse de doctorat. Ces derniers songent alors à rejoindre des écoles de droit qui doivent faire face à un afflux massif d'étudiants durant cette même période. Il suffit alors à ces docteurs de s'inscrire eux-mêmes dans une école de droit pour y obtenir le classique *JD* (sanctionnant trois ans d'études juridiques) puis de postuler à un emploi, le plus souvent après avoir obtenu un poste de rédacteur au sein de la revue juridique de leur Université. C'est ainsi que de nombreux docteurs de toutes disciplines –de la théorie littéraire aux mathématiques en passant par l'économie ou l'histoire– vont investir les écoles de droit, ce qui aura pour effet d'amplifier considérablement le mouvement dit du « law and... » - *society, economics, anthropology, feminism, littérature*– né de la remise en cause de l'autonomie du droit<sup>70</sup>.

Au total, à la différence de la France, le modèle doctrinal classique aura largement reculé aux Etats-Unis. Le temps n'est plus à la domination sans partage des traités systématiques (un systématisme qui n'a cependant jamais atteint celui des traités français ou allemands), ni même à l'analyse doctrinale (*doctrinal analysis*), mais à la production d'articles dans la masse énorme (à peu près 600 aujourd'hui) et croissante des revues juridiques universitaires, cette institution d'excellence de la culture juridique américaine. Dès lors, il n'est pas vain d'avancer que la plupart des professeurs qui enseignent

---

<sup>70</sup> V. l'article classique de R.A. POSNER, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987 », 100 *Harv. L. Rev.* 761 (1987).

au sein des écoles de droit les plus prestigieuses (formant l'élite du barreau) sont devenus les meilleurs partisans de l'interdisciplinarité<sup>71</sup>. Or cette situation ne manque pas de créer une crise d'identité au sein du monde académique. Il est ainsi des universitaires dont la fonction est de former de futurs praticiens désireux d'acquérir des connaissances proprement juridiques, mais dont une large part des travaux académiques les éloignent du droit le plus classique, de ce qu'on peut appeler la « doctrinal analysis ». Et cela parce qu'ils ne considèrent plus que leur lectorat soit principalement composé de praticiens et de juges, mais avant tout de leurs collègues des autres départements universitaires dont ils sont eux-mêmes le plus souvent issus. Ce qui n'a d'ailleurs pas manqué de produire des effets très concrets qui ont été mesurés empiriquement. C'est ainsi qu'on a calculé que le nombre de citations issues d'articles publiés dans des revues de droit par les Cours fédérales et les Cours suprêmes des Etats avaient décru de 47,35 % entre 1975 et 1996<sup>72</sup>.

L'objectif de la plupart des universitaires, qui revendiquent leur statut d'intellectuels et usent pleinement de leur liberté académique, n'est donc plus d'exercer une influence sur les décisions des juges. Cette nouvelle tendance n'a pas manqué de susciter des réactions, parfois très vives, de la part des praticiens. Dès 1992 avec la publication du *McCrate Report*, la puissante *American Bar Association* – qui exerce une tutelle très importante sur les écoles de droit et leurs programmes d'enseignement<sup>73</sup> – relevait que les travaux des

---

<sup>71</sup> V. récemment, S.M. FELDMAN, « The Transformation of an Academic Discipline : Law Professors in the Past and Future (or Toy Story Too) », 54, *J. Legal Educ.* 471, 473 (2004) : « What type of university professors can legal academics be, particularly if they no longer write scholarship oriented around the practices of lawyers and judges ? One answer lies in interdisciplinary. Law schools already tend to be more interdisciplinary than other departments, and law professors might stake out a new expertise, as interdisciplinarians ».

<sup>72</sup> M.D. MCCLINTOCK, « The Declining Use of Legal Scholarship by Courts : An Empirical Study », 51 *Okla. L. Rev.* 659, 684 (1998).

<sup>73</sup> Rappelons que, dans la quasi-totalité des Etats américains, l'accès au barreau est soumis à une double condition : avoir obtenu un *JD* dans une

universitaires étaient de moins en moins pertinents pour l'activité quotidienne des professionnels. La même année, le juge Harry T. Edwards publiait un article retentissant sur la séparation croissante du monde universitaire et de la pratique<sup>74</sup>, article dont les thèses sont reprises par des universitaires, mais par plusieurs juges de la Cour suprême<sup>75</sup>.

A dire vrai, cette critique n'est qu'une réplique à des propos tenus jadis par une frange de praticiens, à une époque où les études juridiques avaient un caractère théorique moins accentué. Il suffit de rappeler à cet égard, la célèbre conférence prononcée en 1973 par le juge en chef de la Cour suprême de l'époque, Warren E. Burger<sup>76</sup>. Constatant que les écoles de droit ne transmettaient pas à leurs étudiants une connaissance suffisante de la pratique des tribunaux, spécialement en matière criminelle, il y avait soutenu que les deux premières années d'études suffisaient à l'apprentissage des fondamentaux du droit (*basic legal education*) et que la troisième année devait être consacrée à des enseignements plus concrets et spécialisés, enseignements dont il constatait du reste qu'ils étaient partiellement pris en charge par les *law clinics*.

Cette idée était d'ailleurs dans l'air du temps : « Two years in law school ; one in lawyer school » avait-on soutenu la même année<sup>77</sup>. Et cette idée n'a jamais cessé d'être présente dans les esprits. Si les études de droit durent trois ans depuis la réforme promue par Langdell, la troisième année constitue depuis longtemps un sérieux motif d'interrogations. C'est durant cette troisième année que les

---

école de droit dont les programmes d'enseignement sont certifiés par le barreau en fonction de standards très précis, et réussi l'examen d'accès au barreau de l'Etat où l'étudiant entend exercer.

<sup>74</sup> H.T. EDWARDS, « The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession », 91 *Mich. L. Rev.* (1992).

<sup>75</sup> S.M. FELDMAN, art. précité, p. 487-488, et les réf. citées.

<sup>76</sup> W.E. BURGER, « the special Skills of Advocacy : Are Specialized Training and Certification of Advocates Essential to Our System of Justice ? », 42 *Fordham L. Rev.* 229 (1973-1974).

<sup>77</sup> B. MANNING, « Law Schools and Lawyer Schools – Two-Tier Legal Education », 26 *J Legal Educ.* 379, 382 (1973-1974).

étudiants commencent à travailler pour des cabinets d'avocats, au moins à temps partiel. Et c'est durant cette même année que sont dispensés les cours les plus originaux et les plus novateurs, quand ne sont pas mis en œuvre les programmes de *law clinics*. Plus récemment, la crise économique, qui a très profondément affecté la situation financière des Universités américaines, a en outre incité plusieurs d'entre elles à porter leur regard hors des frontières nationales : envoyer un étudiant de troisième année passer un semestre dans un établissement étranger présente le double avantage de lui ouvrir l'esprit à des réalités dont les juristes apprennent qu'elles ne sont pas toutes américaines –Harvard vient d'introduire un cours de droit comparé dès la première année– et de ne pas le conserver sur place, ce qui est une source d'économie.

En toute hypothèse, le mouvement né dans les années 1970 a suscité tout à la fois une crise d'identité des universitaires américains et une très forte réaction du barreau dont le pouvoir sur les écoles de droit est incomparable par rapport à la tradition du droit continental. Ce qui importe aujourd'hui aux yeux de celui-ci, c'est de bâtir des ponts vers la pratique au cours des années de formation des étudiants, selon un discours que relaient d'ailleurs certaines institutions qui réfléchissent à l'évolution de la « pédagogie universitaire » dont le fameux rapport de la fondation *Carnegie*<sup>78</sup> de 2007. Et la crise économique pourrait avoir un puissant effet d'entraînement en ce sens. C'est ainsi qu'on a récemment soutenu que la plupart des plus importants cabinets d'avocats n'auraient bientôt plus les moyens financiers de former pendant leurs premières années d'exercice professionnel de jeunes esprits maîtrisant excellemment la théorie, et que ces cabinets souhaiteraient disposer de jeunes praticiens plus rapidement opérationnels, s'agissant du moins des

---

<sup>78</sup> W.M. SULLIVAN, A. COLBY, J.W. WEGNER, L. Bond & L.S. Shulman, *Education Lawyers – Preparatio for the Profession of Law*, The Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching, 2007, dont le chapitre 3 s'intitule de manière expressive : *Bridges to Practice – From « Thinking like a lawyer » to « lawyering »*.

diplômés des Universités de second rang<sup>79</sup>. Une thèse dont le *New York Times* s'est fait le relais en publiant une série d'articles critiques sur la capacité des écoles de droit à former des praticiens du droit et de le faire à un coût raisonnable par rapport aux perspectives d'embauche<sup>80</sup>.

En définitive, il apparaît que les écoles de droit nord-américaines sont aujourd'hui en train de chercher un point d'équilibre entre deux pôles distincts. D'un côté, une accentuation certaine de la rénovation interne des études de droit dont le caractère pluridisciplinaire apparaît de plus en plus marqué, sous la double influence intellectuelle et institutionnelle décrite plus haut. De l'autre, le souci contraire –puissamment relayé par le barreau– de ne pas couper de la pratique la formation académique des futurs *lawyers*. Ce qui engendre une série de réformes et de projets de réformes tournés vers la professionnalisation des études de droit : la création, en première année, de cours d'introduction au « federal administrative agencies, statutes and regulations » (une petite révolution dans l'univers

---

<sup>79</sup> V. en ce sens, D. THIES, « Rethinking Legal Education in Hard Times : The Recession, Practical Legal Education, and the New Job Market », 59 *J. Legal Educ.* 598 (2010). – V. aussi l'article en réponse de J.W. WEGNER, « Response : More Complicated than We Think », 59 *J. Legal Educ.* 623 (2010).

<sup>80</sup> V. en particulier, D. SEGFAL, « Is Law School a Losing game ? », *New York Times* 8 janv. 2011, et « What they Don't Teach Law Students : Lawyering », *New York Times* 19 nov. 2011 ; « Law School Economics : Ka-Ching ! », *New York Times* 16 juill. 2001 ; C. WINSTON, « Are Law Schools and Bar Exams Necessary ? », *New York Times* 24 oct. 2011. V. aussi la réplique de Stanley FISH, « Teaching Law », *New York Times* 12 déc. 2012. Adde, C. WINSTON, R.W. CRANDALL and V. MAHESHRI, *First Thing We Do, Let's Deregulate All the Lawyers*, Brookings Institution Press, 2011, qui prônent une dérégulation à peu près complète des professions du droit et s'en prennent donc au monopole des écoles de droit (et des trois années de formation) pour abaisser les droits d'entrée sur le marché des services juridiques. V. encore le récent symposium qui s'est tenu en 2010 à l'Université du Maryland, « The Profession and the Academy : Addressing Major Changes in Law Practice » dont les actes ont été récemment publiés : 70 *Md. L. Rev.* 307 (2010-2011).

américain qui privilégie à ce stade des études la *case method*), un nouvel accent mis sur les *law clinics* (qui connaissent une croissance exponentielle dans tous les domaines), le *legal counseling* (qui a donné lieu à un premier *textbook* à UCLA), les *problems solving workshops* (mis en place à Harvard dès la première année)<sup>81</sup> ou encore le développement de *Legal research and writing programs* (plus traditionnels).

Autre innovation : la création de cursus alternatifs à ceux des principales écoles de droit du pays, cursus plus largement tournés vers l'apprentissage par la pratique<sup>82</sup>. L'objectif visé est d'éviter qu'à terme le partage des rôles reste ce qu'il est aujourd'hui : aux écoles la délivrance d'un savoir théorique, de facture très sophistiquée pour les écoles d'élite, et aux cabinets (ou aux diverses instances gouvernementales) la formation pratique au cours des premières années d'exercice de la profession. Cette formation pratique pourrait être plus amplement imprégnée dans le cursus universitaire lui-même – au point de réduire parfois certaines *law schools* au rang de départements externalisés de formation des cabinets d'avocats.

---

<sup>81</sup> Sur ce thème, on se souvient de l'importante conférence donnée en 1999 devant l'association américaine des Facultés de droit par Janet Reno, à l'époque *Attorney Général* des Etats-Unis « Lawyers as Problem-Solvers : Keynote Adress to the AALS », 19 *J. Legal Educ.* 5 (1999).

<sup>82</sup> V. par exemple, C. HEMPEL and C. SERON, « An Innovative Approach to Legal Education – The Founding of the University of California, Irvine, School of Law », in S.L. CUMMINGS (ed.), *The Paradox of Professionalism - Lawyers and the Possibility of Justice*, Cambridge UP, 2011, p. 169 et s. Adde, pour une présentation synthétique du projet pédagogique mis en œuvre depuis plus de quarante ans à l'Université Northeastern, E. MCARDLE, « Follow the (Quiet) Leader », *Northeastern Law*, spring-Summer 2011, p. 13 et s.