

SORBONNE
PARIS NORD

N°09

revue

LE DROIT

Revue de la Faculté de Droit, Sciences politiques et sociales



UFR DSPS
Droit, Sciences Politiques et Sociales

**CAMPUS
CONDORCET**

A-S-PC
Alliance Sorbonne
Paris Cité



Edito

par Lalbila Raphaël ZOUBA



Du mot à la thèse

**L'évolution du concept de « participation »
dans le droit administratif italien.**

par Nicola COLLEO



Du mot à la thèse

« Autour du Vocabulaire du Droit »

par Emilie DELCHER



**Actualité ou inactualité
du régime mixte ?**

par Edern DE BARROS



**La multiplicité conceptuelle
et fonctionnelle du dialogue des juges**

par Stéphanie HIOL



Rubrique Café

Entretien

avec Catherine Fabregoule, MCF à l'USPN,

Jean-Jacques Menuret, MCF à l'USPN

et Pierre-Yves Monjal, PR à l'Université de Tours



par Lalbila Raphaël ZOUBA



Édito

La revue 13 en droit est particulièrement heureuse de vous présenter ce numéro spécial. Il est consacré à l'atelier organisé pour les doctorants et jeunes docteurs par Madame Catherine FABREGOULE⁽¹⁾, Messieurs Jean-Jacques MÈNURET⁽²⁾ et Pierre-Yves MONJAL⁽³⁾.

Les universités Sorbonne Paris Nord et de Tours donnent la possibilité aux doctorants et jeunes docteurs de s'exercer à l'écriture et la communication scientifique au travers de colloques. Il s'agit là d'une initiation à une partie significative de la vie de l'enseignant-chercheur.

Cette publication est le deuxième numéro spécial. Elle suit celle qui a été faite dans le troisième numéro de la revue consacré « aux docteurs ». 13 en droit se positionne, et nous en sommes singulièrement heureux, sur la démocratisation des travaux issus de colloques. La publication des actes de cet atelier sur les évolutions du vocabulaire du droit est là encore la première d'une série que nous espérons longue.

Nos vifs remerciements aux organisateurs qui en assurent la direction scientifique et aux participants pour avoir choisi notre revue pour la publication de ces travaux.

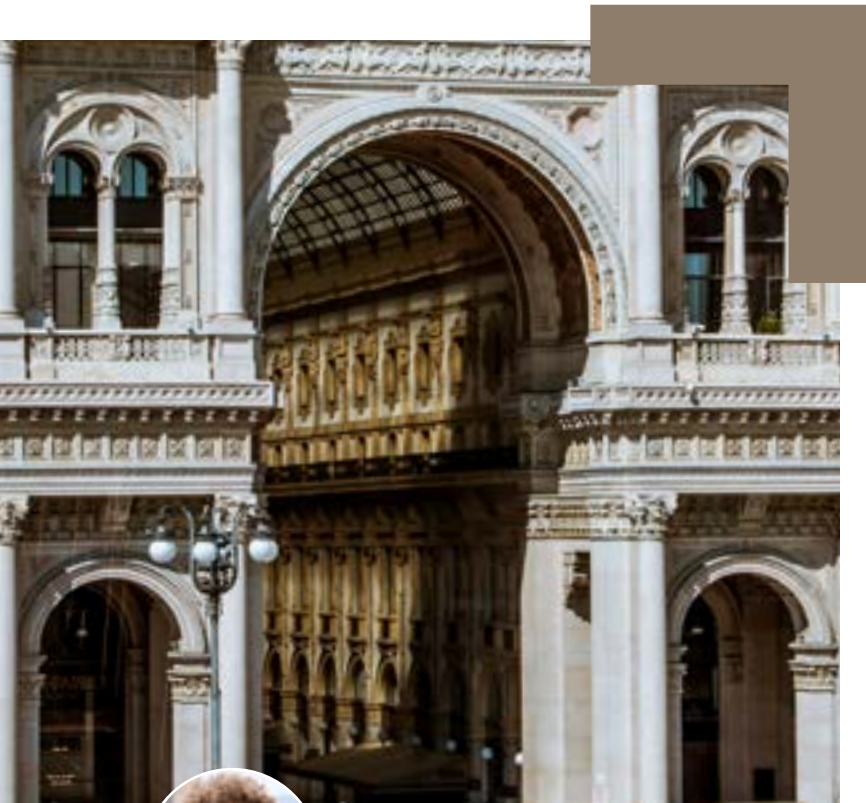
Nous sommes donc heureux de vous laisser découvrir ces articles de scientifiques en début de carrière.

(1) Madame FABREGOULE est Maître de conférences - HDR à l'Université Sorbonne Paris Nord.

(2) Monsieur MÈNURET est Maître de conférences à l'Université Sorbonne Paris Nord.

(3) Monsieur MONJAL est professeur agrégé de droit public à l'Université de Tours.

(4) N° 3 de la revue de Juin 2019.



« Du mot à la thèse » :

L'évolution du concept de « participation » dans le droit administratif italien. Comparaisons avec le droit français et ouvertures vers des problématiques plus modernes.

Sommaire

1. La participation et ses origines : de la participation dans la procédure juridictionnelle à la participation dans les procédures non contentieuses.
2. L'évolution de la participation : de la défense à la collaboration pour une meilleure prise en compte de l'intérêt public.
3. Les significations les plus modernes de la participation : l'activité normative des autorités administratives indépendantes et l'utilisation des nouvelles technologies.

Abstract

La présente contribution est relative à l'évolution du mot « participation » dans le droit administratif italien, et en partie aussi dans le droit français, spécifiquement par rapport à l'acception de « droit d'être entendue ». En revanche, la signification de « participation » par rapport à la transparence administrative n'est pas approfondie. Il sera montré le parcours qui a été suivi par l'institution de la participation dans le droit italien, qui a connu une évolution significative dans le temps. D'une première période où la participation était entendue dans une perspective uniquement défensive, on est passé à la dimension actuelle, qui se caractérise pour une conception plus complexe, qui donne importance aussi à la collaboration que les citoyens sont capables d'offrir aux sujets publics en relation avec la gestion de l'intérêt public. Enfin, deux autres fonctions plus récentes de la participation seront mises en

évidence : celle liée à la légitimation démocratique des autorités administratives indépendantes et celle liée à l'introduction des nouvelles technologies dans l'action administrative.

1. La participation et ses origines : de la participation dans la procédure juridictionnelle à la participation dans les procédures non contentieuses.

Pour mieux comprendre l'évolution de la signification juridique du mot « participation », il est nécessaire, avant du tout, d'introduire la signification que le mot « procédure » a dans le droit administratif italien (mais dans le droit français cette signification est presque pareil).

En effet, le concept de participation est strictement lié à celui de « procédure », parce que les contacts entre l'administration publique et les citoyens ont lieu à l'intérieur de la procédure administrative qui se termine avec l'édition de la décision. Cela explique pourquoi l'absence pendant longtemps d'une loi générale sur la procédure administrative en Italie a eu une forte influence sur l'affirmation d'un principe général de la participation des citoyens.

Effectivement, jusqu'en 1990, il n'y avait pas de loi en Italie sur la procédure administrative qui pouvait être appliquée à toutes les actions administratives⁽¹⁾.

Auparavant, le système juridique italien s'était caractérisé pour la présence de dispositions dispersées dans l'ordonnement juridique qui imposaient parfois à l'administration publique de mettre en œuvre une action qui impliquait aussi la participation des citoyens.

Dans ce contexte, la participation entendue comme confrontation entre le sujet privé et le sujet public avait donc un espace très limité et exceptionnel.

En fait, dans cette période, le mot « procédure » était utilisé notamment pour indiquer le processus juridictionnel, par lequel le sujet privé pouvait demander au juge une forme de contrôle sur un acte administratif qui avait été déjà adopté. En conséquence, dans ce premier temps, la signification qui été attribuée au mot « participation » était surtout (sauf certaines hypothèses isolées de participation dans les procédures décisionnelles) celle de rapport que le sujet privé instaurait avec l'administration publique dans un contexte contentieux.

Cette situation était la conséquence d'un système administratif encore fondé sur un droit d'origine jurisprudentielle, peu réglementé, et sur une conception du rapport entre citoyen et administration fortement déséquilibrée, où le sujet public avait le pouvoir d'agir sur la sphère juridique du privé et celui-ci était obligé d'en subir les effets, sans avoir la possibilité d'influer sur l'action publique. On peut dire que, à cette époque, le système juridique appliquait la conception de la participation propre de Kelsen : c'est-à-dire comme un facteur potentiellement négatif pour l'action publique, qui doit être conduite uniquement par des fonctionnaires qui sont soumis seulement à la loi⁽²⁾.

(1) À ce propos, voir F. SATTÀ, Partecipazione e contraddittorio nel procedimento amministrativo, dans Dir. amm., 2010, II, p. 299.

(2) On renvoie à B. G. MATTARELLA, L'evoluzione della disciplina del procedimento amministrativo in Francia, dans Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1995, III, pp. 729 ss.; D. U. GALETTA, Il procedimento amministrativo nella scienza del diritto amministrativo in Italia, dans Il Foro Amministrativo TAR, 2011, XI, pp. 3779 ss.

(3) Pour un meilleur approfondissement de la conception propre de Hans KELSEN à ce propos, on conseille de consulter P. MEZZANOTTE, Principio democratico e partecipazione alla decisione pubblica, dans federalismi.it, 2020, n. 32, pp. 138 ss.

En France on retrouve une situation presque pareil à celle italienne, parce que même dans ce système juridique, pendant longtemps il n'y a pas eu une loi générale sur la procédure administrative qui a conditionné fortement l'effective mise en œuvre d'un droit général de participation des citoyens. C'est seulement en 2015 que l'on a assisté à l'introduction d'une loi générale sur la procédure administrative (*le Code des relations entre le public et l'administration*⁽⁵⁾), qui a formalisé les garanties des administrés lié à la participation⁽⁶⁾.

Dans ce cadre de formalisation de la procédure administrative et de ses garanties, la loi n. 241 du 1990 représente un passage historique pour le droit administratif italien.

En fait, par cette loi il a été réalisé pour la première fois la codification d'un droit général sur la procédure administrative qui a introduit un découpage des étapes autour desquelles doit s'articuler l'action publique. Par conséquent, on a assisté à l'introduction d'un droit de participation pour les citoyens, qui sont admis à dialoguer avec l'administration justement au sein de ces étapes. En plus, la loi prévoit que chaque procédure administrative doit être gérée par un fonctionnaire de l'administration, qui représente la personne avec laquelle les citoyens peuvent interagir pour toutes les affaires et les questions relatives à la procédure⁽⁷⁾.

Il faut souligner que dans la première période, immédiatement postérieure à l'entrée en vigueur de cette loi, le droit de participation a été entendu dans une acception strictement défensive, c'est-à-dire comme un droit qui était pensé pour assurer aux citoyens une forme de contrôle sur l'action de l'administration, qui s'explique déjà dans la phase procédurale et, en particulier, comme une forme de protection des intérêts divergents. Cette conception est fortement proche du droit au



contradictoire qui est exprimé par l'article 41 de la CEDU⁽⁸⁾.

En fait, la participation est envisagée par la doctrine comme un droit qui anticipe le contrôle des situations et des intérêts privés⁽⁹⁾ et permet, ainsi, la diminution des recours devant les autorités juridictionnelles en poursuivant une finalité de réduction de la charge de travail des juges.

Cette lecture reconnaît un droit de participer à la procédure administrative uniquement aux sujets titulaires de situations concernées par le projet de l'administration. C'est-à-dire que ce droit d'intervention n'est pas ouvert à tous, mais uniquement aux sujets dont la situation juridique peut être concernée par l'exercice du pouvoir.

D'ailleurs, la participation, dans ce cadre, va décrire un nouveau rapport entre administration publique et citoyen : il ne s'agit plus d'un rapport fondé sur

(4) B. G. MATTARELLA "L'evoluzione della disciplina del procedimento amministrativo in Francia".

(5) Ce Code a été introduit en force de l'ordonnance n. 2015-1341 et de la directive n. 2015-1342.

(6) Un efficace approfondissement des thématiques liées à la question de la participation des sujets privés aux procédures menées par l'Administration Publique française on conseille la lecture de ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT ADMINISTRATIF, *Les procédures administratives*, coll. *Thèmes et commentaires*, Dalloz, Paris, 2015.

(7) Pour une analyse de la figure du responsable de la procédure administrative en Italie, on suggère de consulter M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge 241*, in *Dir. Amm.*, 2000, III, pp. 505 ss.

(8) Sur ce point, on renvoie à R. CALDERARO, *La partecipazione nel procedimento amministrativo tra potere e rispetto del diritto di difesa*, dans *Foro amministrativo*, 2015, V, 1312 pp. ss.

(9) Régarde F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, dans *Diritto Amm.*, 1996, I, pp. 11 ss.

une supériorité absolue de la personne publique sur la personne privée. Au contraire, celle-ci a la possibilité d'intervenir durant la procédure administrative et influencer sur l'exercice du pouvoir.

À l'inverse, la doctrine italienne est fortement convaincue que l'attribution de ce droit de participation n'implique pas une sorte de contribution du citoyen à l'exercice du pouvoir public⁽¹⁰⁾. Celui-ci n'est pas partagé entre administration publique et citoyen : seule celle-ci est dotée de la fonction de gestion des intérêts de la collectivité.

Dans cette dimension défensive, la force de la participation est nécessairement liée à la motivation de la décision finale.

Pourquoi ? Parce que si la participation permet au citoyen de défendre ses intérêts face à l'administration publique et d'influer, de cette façon, sur le contenu de la décision finale, on ne peut pas douter du fait que seule l'obligation de motiver les décisions puisse assurer l'effectivité de la participation. En fait, si l'administration n'était pas obligée de motiver ses décisions, il n'y aurait pas d'instruments pour vérifier si l'intervention du citoyen a effectivement produit quelque effet sur l'acte adopté. Au contraire, via la motivation, l'administration est tenue d'assumer une position spécifique par rapport aux commentaires et aux observations déposés par le citoyen au cours de la procédure⁽¹¹⁾. Cela permet de vérifier dans quelle mesure l'intervention du citoyen a affecté l'action publique.

En même temps, évidemment, une motivation qui explique dans quelle mesure l'administration a tenu compte des observations fournies par les citoyens permet à ces derniers de se défendre dans l'éventuel procès à venir devant le juge.

2. L'évolution de la participation : de la défense à la collaboration pour une meilleure prise en compte de l'intérêt public.

Le temps passant, toutefois, le mot « participation » a commencé à s'enrichir d'une nouvelle signification, qui n'est plus liée uniquement à la défense des intérêts des citoyens.

En effet, les travaux de la doctrine soulignent que le fait de reconnaître aux citoyens le droit de participer à la procédure publique détermine un effet positif aussi sur la qualité de l'action de l'administration. Cela résulte de la contribution des citoyens, qui fait connaître leur position à l'administration qui gère la procédure, et permet à celle-ci d'évaluer tous les intérêts présents dans la situation concrète. Cela permet à l'administration de disposer d'une quantité d'informations très élevée, qui augmente les possibilités d'adopter un acte qui assurera la meilleure gestion possible de l'intérêt public⁽¹²⁾.

Dans cette phase, donc, la participation assure deux fonctions principales : celle de la défense des intérêts propres du citoyen et celle de la meilleure représentation de la situation concrète par rapport à laquelle l'administration publique doit intervenir.

C'est justement la deuxième signification qui a progressivement

(10) ID, Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo. Dans cet article, l'Auteur remarque que parmi les fonctions de la participation ce n'est pas incluse celle-ci de la « contribution » à l'exercice du pouvoir publique. Ce pouvoir-là, en fait, constitue une prérogative exclusive des sujets publiques, qui n'est pas susceptible d'être partagée avec autre auteurs.

(11) J. BETAILLE, La motivation au service de la participation : l'émergence d'une obligation de répondre aux commentaires du public comme clé d'articulation entre la représentation et la participation, dans Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, 2019, XVII, pp. 31 ss.

convaincu l'État d'étendre ensuite l'institution de la participation aux procédures qui conduisent à l'édiction d'actes de caractère général.

Souvent ces actes sont adoptés pour gérer des situations très complexes, dans lesquelles on assiste à la confrontation entre beaucoup d'intérêts, qui rendent compliqué le rôle que l'administration est tenue d'assurer.

Dans un contexte de ce type, la contribution que les citoyens peuvent offrir est très précieuse, parce qu'elle permet d'élargir le panier d'informations dont l'administration peut disposer avant d'adopter sa décision.

Cela explique pourquoi l'introduction des mécanismes qui permettent la participation des citoyens dans les procédures destinées à l'édiction des actes de caractère général a récemment été prévue.

Il s'agit notamment du mécanisme de l'enquête publique et de celui du débat public, qui sont présents depuis longtemps en France, et qui trouvent place dans les procédures initiées pour la construction de grandes infrastructures ou de projets qui peuvent avoir un impact environnemental significatif⁽¹³⁾.

Essentiellement, il s'agit des mécanismes qui permettent aux citoyens d'être entendus par l'administration dans une procédure transparente et publique, qui constitue, évidemment, une première phase d'information, destinée à rendre les citoyens informés relativement au projet que l'administration pense réaliser.

Le but est, ainsi, de permettre à l'administration de profiter des contributions des citoyens pour la meilleure gestion de l'intérêt public. La fonction de la participation, dans ce cas, est davantage de collaboration.

Cela s'explique aussi, en premier lieu, parce que la légitimité à intervenir au cours de la procédure est reconnue à tous les citoyens qui se trouvent dans les territoires intéressés par l'intervention publique, sans que soit important le fait qu'ils risquent ou pas d'être personnellement concernés par la décision finale.

En second lieu, cette fonction illustre la raison pour laquelle la liaison entre participation et motivation de la décision est moins serrée. Le fait que la participation n'ait pas une signification défensive influe sur cette relation. La loi demande à l'administration de motiver sur les observations présentées par le public. Toutefois, elle n'est pas obligée de répondre à chaque observation. Au contraire il suffit de motiver sur chaque problématique de caractère substantiel qui est apparue dans la phase de la consultation⁽¹⁴⁾.

En plus, tant la doctrine italienne que celle française qui ont étudié cette institution, affirment que le rôle de la participation est en fait plus étendu que celui lié uniquement à l'amélioration de l'action administrative via l'élargissement de la connaissance.

En particulier, les auteurs ont parlé d'une fonction de

(12) On regarde de nouveau R. CALDERARO: *La partecipazione nel procedimento amministrativo tra potere e rispetto del diritto di difesa*, dans *Foro amministrativo*, 2015, V, 1312 ss.

(13) Sur la question pertinente à la participation aux procédures administratives à caractère générale en Italie, on conseille la lecture de E. FREDIANI, *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una "relazione" problematica*, dans *Diritto Amministrativo*, 2020, II, pp. 399 ss.; A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e legittimazione democratica*, dans *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, IV, pp. 1173 ss.

(14) À ce propos, C. TESTARD, *Pour une sanctuarisation du traitement contentieux de la participation du public*, dans *Droit Administratif*, 2020, VII, p. 21 ss. ; et J. BETAÏLLE, *La motivation au service de la participation : l'émergence d'une obligation de répondre aux commentaires du public comme clé d'articulation entre la représentation et la participation*, dans *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2019, XVII, pp. 31 ss.

« accountability », c'est-à-dire de légitimation démocratique de l'administration publique face aux citoyens dans un période qui est caractérisée par une forte méfiance de la population envers les institutions. La participation permet donc de prévenir les conflits et l'adhésion à la décision finale. On a parlé, aussi, d'un instrument qui permet la valorisation du rôle des citoyens et de leurs connaissances pour une meilleure gestion des affaires qui regardent la collectivité⁽¹⁵⁾.

3. Les significations les plus modernes de la participation : l'activité normative des autorités administratives indépendantes et l'utilisation des nouvelles technologies.

Il faut remarquer que la liaison avec les procédures ouvertes au public n'est pas l'unique nouvelle signification que le mot « participation » a eu ces dernières années dans le droit administratif italien.

En effet, on assiste aujourd'hui à une autre importante évolution de cette signification en relation avec l'activité des autorités administratives indépendantes (AAI).

Ces autorités sont dotées, tant dans le droit italien que dans le droit français, de plusieurs pouvoirs, qui comprennent aussi bien celui d'adopter des actes auxquels est reconnue une substance normative.

L'émanation de ce type d'actes pris par les AAI pose premièrement un problème lié à l'absence de légitimation démocratique de ces organismes, puisqu'il s'agit d'organismes administratifs qui, ne procédant pas de l'élection, ne sont pas même soumis au pouvoir d'orientation du Gouvernement et n'ont, par conséquence, aucune responsabilité politique.

Ce manque de légitimation démocratique, selon la jurisprudence, peut être compensé par le développement d'une procédure participative associant les sujets intéressés par l'adoption de l'acte de régulation. De cette façon, la participation du public à la procédure peut conférer une légitimation démocratique à l'action de ces entités.

Donc, de ce point de vue, le mot « participation » assume la valeur de « légitimation ».

Mais la discipline des AAI pose, surtout dans le droit italien, un autre problème qui a tourmenté et continue à harceler la doctrine.

En effet, il arrive souvent que le pouvoir réglementaire qui est attribué à l'autorité indépendante ne soit pas suffisamment défini par la loi dans son contenu. Cela signifie qu'il arrive que la loi attribue un pouvoir faisant référence uniquement aux finalités et aux buts qui doivent être poursuivies. Parfois, il arrive aussi que le pouvoir soit reconnu comme légitime seulement pour sa pertinence par rapport au secteur dont la régulation est demandée à l'autorité, même s'il n'existe pas une loi qui l'attribue spécifiquement. Cela pose un évident problème de compatibilité avec le principe de légalité, qui ordonne toute la matière du droit administrative⁽¹⁶⁾.

Pour faire face à cette situation et dépasser cette problématique, la jurisprudence italienne, dans le temps, a reconnu à la participation la valeur de moyen capable de compenser l'absence d'une couverture normative du pouvoir. C'est-à-dire que la légalité d'un point de vue substantiel peut être remplacée par une légalité d'un point de vue procédurale.

(15) À ce propos, on regarde U. ALLEGRETTI, Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia, dans U. ALLEGRETTI (curé par), Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa, Florence 2010.

A' ce propos-là, c'est emblématique une décision du Conseil d'Etat, dans laquelle il se prononce par ces mots : « Dans les secteurs régulés par les AAI, en absence d'un système complet et précis de règles de conduite avec obligations et interdictions fixés par la loi, la tombé de la valeur de la légalité substantielle doit être compensée par un renforcement de la légalité procédurale, en forme de garantie du contradictoire⁽¹⁷⁾».

On assiste, donc, à une évolution du rôle de la participation. La valeur de celle-ci va avoir une importance telle qu'on lui a reconnue la capacité de légitimer un pouvoir administratif qui ne se base pas sur la loi.

Pour terminer, quelques considérations à propos de l'utilisation des nouvelles technologies par l'administration au cours des procédures.

On se réfère, notamment, aux technologies d'intelligence artificielle, qui permettent d'arriver à une décision complètement automatisée, adoptée par une machine qui utilise pour cela une grande quantité d'informations.

Quels sont les problèmes posés par l'utilisation de ces instruments ?

En premier lieu, ces technologies posent une difficulté relative à la possibilité d'une totale absence d'un fonctionnaire au cours de la procédure. C'est-à-dire que l'on se demande si c'est possible que la procédure soit complètement automatisée, sans qu'il y ait l'intervention d'un sujet physique. Cela suscite des interrogations de grande importance à propos de la participation, parce que la présence d'une personne physique qui conduit la procédure et qui instaure un dialogue avec les sujets privés intéressés est fondamentale pour assurer un exercice effectif des pouvoirs que la loi leur reconnaît⁽¹⁸⁾.

En deuxième lieu, on se demande si la présence d'un sujet est nécessaire ou pas quand l'administration doit adopter une décision à caractère discrétionnaire, parce que dans ce cas la personne publique est tenue d'évaluer les différents intérêts en jeu. Intérêts qui sont représentés en propre via l'exercice des droits de participation. L'absence du fonctionnaire conduit à attribuer à une machine la tâche de procéder à l'équilibrage des différents intérêts en jeu. Il s'agit d'une perspective déconcertante, parce-que l'activité à caractère discrétionnaire doit résulter de la confrontation et il semble difficile de pouvoir la demander à une entité non



(16) En fait, dans le droit administratif italien le principe de légalité est conçu d'une façon très forte, sur la base de laquelle ce n'est pas concédé (sauf des hypothèse exceptionnelles) qu'un pouvoir administratif puisse exister sans être règlementé par la loi. Ça signifie que ce n'est pas suffisant que la norme attribue à l'Administration un certain pouvoir, mais c'est aussi nécessaire que ce pouvoir-là soit complètement défini par rapport aux conditions, aux éléments essentiels et aux effets. Pour un approfondissement sur ces aspects, voir B. SORDI, Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica, Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia - Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione, déroulé à Varenna - Villa Monastero il 20 - 22 settembre 2007, Edizione Giuffrè, Milan 2008.

(17) Voir Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2006, n. 7972, dans Giorn. dir. amm., 4/2007, 378 ss., qui est accompagné par une note de S. SCREPANTI, La partecipazione ai procedimenti regolati dalle Autorità indipendenti, dans Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2009, V, p. 913, auquel on renvoie aussi pour la multitude des références à la jurisprudence italienne à propose du rôle de la « légitimation démocratique » réalisée par la participation.

(18) Sur ces points, voir P. FORTE, Diritto amministrativo e data science: appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI), dans PA, persona e amministrazione, 2020, I, pp. 247 ss.

S
O
R
D
I
A
R
I
S



humaine de le faire seule.

En dernier lieu, beaucoup de ces technologies posent des difficultés en relation avec la possibilité de connaître effectivement la façon dont la machine est arrivée à prendre sa décision. C'est-à-dire que souvent il n'est pas possible de reconstruire le parcours que la machine a suivi et, donc, il n'est pas possible pour les citoyens de savoir quelles étapes ont précédé la décision finale. Il s'agit d'un problème de motivation qui influe sur l'effectivité de la participation. Cette minoration du rôle de la motivation crée aussi le danger d'une compromission d'une tutelle effective du sujet privé au niveau juridictionnelle.

En conclusion, la participation est un mot qui a une origine juridique très ancienne, mais qui n'arrête pas d'évoluer et de poser de nouvelles interrogations, liées aux nouvelles significations qu'on lui reconnaît.

Il ne reste qu'à attendre et observer les réponses qui seront données à ces questions et découvrir les nouvelles qui naîtront des significations que ce mot assumera dans les prochains temps. La seule certitude est la centralité de cette notion dans le droit administratif moderne, qui se fonde de plus en plus sur le rapprochement et le dialogue entre l'administration et le public.

(19) G. FASANO, *L'intelligenza artificiale nella cura dell'interesse generale*, dans *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, VI, pp. 715 ss.



Du mot à la thèse
L'évolution du concept de « participation »
dans le droit administratif italien.

par Nicola COLLEO



Ateliers Doctoraux

« Du mot à la thèse » :

« Autour du Vocabulaire du Droit »

L'homogénéité dans l'Espace économique européen

Emilie Delcher - Docteure en droit public

Enseignante-chercheuse contractuelle à l'Université de Tours - IRJI EA 7496

Évoquer l'Espace économique européen (EEE) peut sembler fort éloigné des préoccupations actuelles des européens comme de l'UE elle-même et de ses États-membres. Pourtant, l'accord EEE, entré en vigueur en 1994 et qui relie l'Union européenne et ses États-membres d'une part et l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein d'autre part, constitue une forme installée et pérenne d'alternative à l'adhésion à l'Union européenne⁽¹⁾. C'est autour du concept central d'homogénéité – qui constitue à la fois un objectif et un principe – que s'est construit cet Espace. L'homogénéité s'est ensuite appliquée à d'autres domaines, dans différents accords permettant à des États tiers de participer à certains pans de l'intégration européenne. C'est ainsi le cas des accords conclus avec la Suisse, l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège concernant leur participation à l'acquis « Schengen » ou au mécanisme de traitement des demandes d'asile dit « Dublin »⁽²⁾. De même, l'accord d'association conclu entre l'UE et l'Ukraine établit des mécanismes d'homogénéité, notamment dans les domaines du commerce électronique et des services⁽³⁾.

(1) Accord sur l'Espace économique européen, JO n° L. 1 du 3 janvier 1994, p. 3.

(2) Voir notamment l'Accord conclu par le Conseil de l'Union européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces deux États à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, JO n° L. 176 du 10 juillet 1999, p. 36 et l'Accord entre la Communauté européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre, en Islande ou en Norvège, JO n° L. 93 du 3 avril 2001, p. 40. Voir également l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre ou en Suisse, JO n° L. 53 du 27 février 2008, p. 3.

(3) Article 3 de l'annexe XVII de l'Accord d'Association entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et l'Ukraine, d'autre part. JO n° L. 161 du 29 mai 2014, p. 3.

constituants ne peuvent être distingués à l'œil nu⁽¹¹⁾. D'autre part, une équation physique est homogène si « ses deux termes ont la même dimension physique », donc les mêmes unités, de sorte qu'« une équation non homogène est nécessairement fautive »⁽¹²⁾.

Plus proche de notre discipline, l'homogénéité a été mobilisée en philosophie politique, en ce qu'elle peut être considérée comme une condition de la démocratie ou de la fédération (A). Elle se traduit juridiquement à travers la notion d'homogénéité constitutionnelle, qui conduit à limiter le pouvoir constituant des États (B).

A. L'homogénéité en philosophie politique

L'homogénéité peut apparaître en ce domaine comme une notion fort peu attrayante : Carl Schmitt dans sa *Théorie de la Constitution*, voit en effet dans l'homogénéité une condition de la démocratie. A l'instar du mot grec *homogenês*, qui signifie « de même race, de même sorte »⁽¹³⁾, Schmitt voit dans l'homogénéité l'appartenance à un « peuple précis » déterminée par des facteurs divers, tels que la race, la foi, les traditions communes qui se construit par distinction au regard du barbaros grec, l'étranger ou l'ennemi politique. Si d'autres auteurs, comme Hermann Heller, ont pu débarrasser l'homogénéité de cette distinction raciale à travers une vision sociale de cette notion⁽¹⁴⁾, c'est néanmoins au cœur des études sur le fédéralisme que l'homogénéité prend une véritable ampleur. Elle n'est alors pas un pré requis relatif au peuple, mais à l'union. Elle constitue une condition « extérieure au droit (...) et aux mécanismes institutionnels, mais qui en conditionne l'efficacité » selon Oliver Beaud⁽¹⁵⁾. Elle détermine la subsistance de la fédération et est indispensable pour conjurer le risque

de surgissement d'un conflit de souveraineté entre les États membres⁽¹⁶⁾. Montesquieu avait ainsi posé comme condition au succès d'une fédération le caractère républicain de chacune des constitutions de ses États membres⁽¹⁷⁾. Tocqueville quant à lui évoque en effet une « homogénéité dans la civilisation »⁽¹⁸⁾ qui se traduit aux États-Unis par « les mêmes intérêts à peu près, la même origine et la même langue, mais encore le même degré de civilisation ». Pour lui, un facteur fondamental réside dans l'identité de conception des notions de liberté et d'égalité dans le peuple, ainsi que plus globalement concernant les idées politiques, philosophiques, religieuses ou morales⁽¹⁹⁾.

(11) V° « homogène », Dictionnaire de l'Académie française, disponible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/> S'agissant de liquides homogènes, leur « composition uniforme ne permet pas [d'en] distinguer les constituants »

(12) Id.

(13) V° « homogène », Dictionnaire de l'Académie française, disponible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/> Le terme a ensuite été emprunté par le latin (*homogeneus*).

(14) Hermann HELLER, « Démocratie politique et homogénéité sociale (1928) », *Cités*, 2001/2, n° 6, p. 199-211.

(15) Olivier BEAUD, « la question de l'homogénéité dans une Fédération », *Lignes*, éditions Léo Scheer, 2004/1, n° 13, p. 110-129, spé. p. 114.

(16) Olivier BEAUD, « La Fédération entre l'État et l'Empire », in Annie ALLAIN, Maryline DUPONT, Michel HEARN, *Les Fédéralismes*, Presses universitaires du Septentrion, 1996, p. 33-58, spé. p. 52-53.

(17) MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, 1748, Garnier-Flammarion, 1979, tome I, Livre IX, Chap. II, p. 266-267. « Que la constitution fédérative doit être composée d'États de même nature et surtout d'États républicains » ; « L'esprit de la monarchie est la guerre et l'agrandissement : l'esprit de la république est la paix et la modération. Ces deux sortes de gouvernement ne peuvent que, d'une manière forcée subsister dans une république fédérative ».

(18) Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, tome 1, 1835, Folio Histoire, 1961, p. 258.

(19) Voir sur cette question, Thierry CHOPIN, précité, pt. 36.

Cette nécessité d'une importante homogénéité nationale met en avant ce que Tocqueville décrit comme « le grand paradoxe de la fédération » : elle repose sur le pluralisme politique qu'elle ne peut garantir que si cette homogénéité existe⁽²⁰⁾. C'est alors que l'on glisse de la philosophie politique au droit : l'homogénéité politique peut conduire à sa traduction sur le plan juridique par des clauses d'homogénéité constitutionnelle.

B. L'homogénéité constitutionnelle

Il s'agit ici de limiter le pouvoir constituant des États membres par la constitution de la Fédération elle-même. L'homogénéité se mue ainsi en norme juridique, à l'image par exemple de la constitution américaine qui contient une clause d'homogénéité républicaine, qui garantit la forme républicaine des États fédérés (article 4 section IV).

Alors qu'une certaine homogénéité de la civilisation apparaît un préalable à la Fédération, l'existence d'une certaine homogénéité économique, culturelle, sociale, susceptible de constituer le socle de valeurs communes, a semblé être également à la base de la construction européenne sans pour autant être formulée⁽²¹⁾. À la sortie de la guerre, Winston Churchill a mis en avant « l'héritage européen commun », fondé sur « la morale chrétienne », « la culture, les arts, la philosophie, les sciences du passé et du présent »⁽²²⁾. Si la question des droits de l'Homme avait d'abord été abandonnée à l'« autre Europe » du Conseil de l'Europe, la reconnaissance d'un socle commun est apparue nécessaire au fil des élargissements communautaires. Elle se matérialise aujourd'hui à l'article 49 du TUE, clause que l'on peut qualifier de clause d'homogénéité extérieure⁽²³⁾ en ce qu'elle affirme que tout État européen qui respecte les valeurs de l'UE et s'engage à les promouvoir peut demander à devenir membre de l'Union.



Le pendant interne de cette forme d'homogénéité est apparu à la suite de la mise en exergue du « dilemme de Copenhague » qui illustre le paradoxe entre l'intransigeance de l'Union quant aux respects des critères d'adhésion et son incapacité à en assurer le respect pour ses États-membres, a conduit au renforcement des valeurs de l'Union. Elles figurent aujourd'hui à l'article 2 TUE parmi lesquelles figurent le respect de la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'État de droit et les droits de l'Homme. Ces valeurs peuvent faire l'objet d'un contrôle, soit à travers la procédure – particulièrement efficace – de constat de manquement par la Cour de Justice, soit par le biais de la procédure – politique – prévue à l'article 7 du TUE et qui s'avère inopérante.

(20) Olivier BEAUD, « La Fédération entre l'État et l'Empire » précité, p. 55.

(21) Pour une approche historique des valeurs européennes, voir Gérard BOSSUAT, « Valeurs communautaires européennes, l'héritage et l'invention », in Laurence POTVIN-SOLIS, *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruylant, 2014, p. 29-45.

(22) Winston CHURCHILL, discours de Zurich du 19 septembre 1946. Voir Sylvie TORCOL, « Partager des valeurs communes, préalable à l'émergence d'un droit constitutionnel européen », *RUE* 2017, p. 389.

(23) La formule est empruntée à Giacomo DELLEDONNE précité, p. 94. Voir, sur l'exigence « d'homogénéité des partenaires », les critères « juridico-politique », « économique » et d'« homogénéité culturelle », Panayotis

À une homogénéité que l'on peut qualifier d'horizontale (qui suppose la compatibilité entre les ordres constitutionnels des États membres) s'ajoute ainsi une homogénéité verticale (qui implique la compatibilité des ordres nationaux à celui de l'UE)⁽²⁴⁾. Cette homogénéité « constitutionnelle » de l'Union n'en apparaît pas moins menacée par une « crise des valeurs »⁽²⁵⁾ qui se matérialise par la remise en cause de l'État de droit dans certains États de l'Est⁽²⁶⁾. En particulier, la Pologne et la Hongrie remettent notamment en cause l'indépendance de leur système judiciaire. L'homogénéité constitutionnelle (juridique) européenne apparaît ainsi menacée par la faiblesse de l'homogénéité démocratique des États de l'UE (politique, sociologique), qui pourrait être de nature à menacer le projet européen lui-même. Si cette homogénéité constitutionnelle, dans sa visée conservatrice, apparaît mise à mal à l'intérieur de l'UE, l'homogénéité juridique peut, dans une quête de dynamisme, permettre un mouvement de convergence entre l'Union et des États tiers. Elle apparaît ainsi comme un concept juridique favorisant l'intégration européenne.

II. L'homogénéité, un concept favorisant l'intégration européenne

L'homogénéité, bien que diversement mobilisée en droit positif, ne possède pas de définition établie. Il s'est avéré nécessaire de combler ce manque (A), par la proposition d'une série de critères susceptibles de forger un concept juridique propre (B).

A. La recherche d'un concept théorique

L'accord EEE a pour objectif de « favoriser un renforcement continu et équilibré des relations économiques et commerciales entre les parties contractantes », en vue de « créer un Espace

économique européen homogène ». Il s'agit en somme d'étendre le droit du marché intérieur de l'Union à ces États tiers à partir d'une méthode singulière qui ne repose ni sur une quête d'unité, ni sur la diversité, mais sur l'homogénéité. Toutefois, ni cet accord, ni les autres conventions postérieures inspirées de l'EEE comme l'accord visant à la création d'un espace aérien commun ne contiennent de définition du terme « homogénéité ». D'autres, qui en reprennent les mécanismes comme les accords étendant l'acquis de Schengen à l'Islande, la Norvège, la Suisse et le Liechtenstein, n'emploient même pas le terme. Il est ainsi apparu nécessaire de surmonter la nébulosité du droit positif pour tenter de dégager un concept théorique de l'homogénéité susceptible de faciliter la compréhension et la description du réel.

SOLDATOS, « Le régime juridique d'admission dans l'Union européenne à la lumière du principe de solidarité », in Chahira BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne*, Dalloz, juin 2011, p. 125-136, spé. p. 132-134.

[24] Giacomo DELLEDONNE précité, p. 88 et 96.

[25] Jean-Paul JACQUE, « Crise des valeurs de l'Union européenne ? », *droit-union-européenne.be*, 22 juin 2016, disponible ici : <http://www.droit-union-europeenne.be/416702987>

[26] Voir pour un examen détaillé, Michel WAELEBROECK et Peter OLIVER, « La crise de l'État de droit dans l'Union européenne : que faire ? », *Cahiers de droit européen*, 2017, n° 2, p. 299-342. La démocratie dite « illibérale » promue dans certains pays de l'Est peut être rapprochée de la conception de Carl Schmitt favorable à la primauté de la démocratie sur l'État de droit. Voir Olivier JOUANJAN, « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, n° 22, juillet 2019, p. 5-21.



À ce titre, l'homogénéité constitue un modèle qui serait intermédiaire entre l'adhésion d'un État à l'UE (l'unité) et la situation du tiers (la diversité). Cet intermédiaire résiderait dans la situation des non-adhérents ayant néanmoins un rapport, un partenariat⁽²⁷⁾, avec l'Union. Cette catégorie concerne donc des accords conclus par l'Union européenne qui présentent certaines spécificités qui justifient de les distinguer des autres. Le critère de classification⁽²⁸⁾ ne réside pas dans le contenu matériel de l'accord⁽²⁹⁾ concerné ou la base juridique de celui-ci en droit de l'Union⁽³⁰⁾, mais dans son contenu fonctionnel.

L'apport scientifique⁽³¹⁾, d'un tel concept, qui ne concerne qu'une partie des accords conclus par l'Union européenne, permet de distinguer certaines relations particulièrement intenses entre l'UE et des États non-membres. Cette intensité se manifeste à l'égard du fonctionnement de ces accords, qui traduit d'ailleurs une certaine prééminence, pour ne pas dire hégémonie, de l'Union européenne. Cette dernière voit son influence particulièrement étendue sur les États concernés, en ce que la caractéristique centrale de l'homogénéité réside dans le dynamisme de l'exportation (unilatérale) du droit de l'Union vers les partenaires.

Il est alors nécessaire de poser une définition de l'homogénéité, qui repose sur la recherche de résolution d'une tension entre une intégration matérielle avancée d'une part et la protection de l'autonomie de l'UE et de la souveraineté des États non-membres concernés d'autre part.

B. La proposition d'une définition de l'homogénéité

Deux caractéristiques essentielles de l'homogénéité peuvent être dégagées : la première peut être perçue comme un préalable indispensable, mais non suffisant et non exclusif à l'homogénéité : il s'agit du critère de la reprise de l'acquis qui

marque l'asymétrie de la relation. Si cette condition revêt une dimension statique, la seconde est quant à elle dynamique. Propre à l'homogénéité, elle suppose l'existence de mécanismes suffisamment contraignants destinés à assurer la durabilité et l'effectivité de cet alignement normatif.

La première condition, la reprise de l'acquis communautaire, marque une certaine asymétrie dans la relation établie entre l'Union et l'État tiers concerné. L'homogénéité s'inscrit en effet dans un contexte spécifique, dans le cadre des relations extérieures de l'UE. Plus précisément, elle se déploie lorsque l'Union conclut un accord d'intégration avec un voisin européen.

(27) Le terme est employé par Cécile Rapoport, qu'elle définit comme « une relation durable et équilibrée, fondée sur des valeurs ou des principes partagés, et tendant à la réalisation d'un projet commun ». Voir Cécile RAPOPORT, Les partenariats entre l'Union européenne et les États tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structure juridique de l'espace européen, thèse, Bruylant, 2011, p. 45.

(28) Sur ce point, voir Charles EISENMANN, « Essai d'une classification théorique des formes politiques » précité, spé. p. 9.

(29) Il pourrait ainsi s'agir de création d'une union douanière, d'une zone de libre-échange ou de coopération judiciaire et policière.

(30) Sa qualification par le droit de l'Union n'importe guère : il peut s'agir d'un accord d'association dénommé comme tel ou non. Voir sur ce sujet Niki ALOUPI, Catherine FLAESCH-MOUGIN, Christine KADDOUS, Cécile RAPOPORT, Les accords internationaux de l'Union européenne, Commentaire J. MÉGRET, 2019, 3è édition, Éditions de l'Université de Bruxelles, spé. p. 215-218.

(31) Pour reprendre les termes, respectivement, de Charles EISENMANN et de Sébastien ROLAND. Voir Charles EISENMANN, « Essai d'une classification théorique des formes politiques » précité, p. 10-12 et Sébastien ROLAND « Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne » précité, p. 253. Il est alors fait référence à l'exemple cité par Michel TROPER, selon lequel une classification des constitutions selon qu'elles comprennent un nombre pair ou impair d'articles serait tout à fait admissible et logique, mais ne présenterait aucun intérêt pour la connaissance du droit. Voir Michel TROPER, Pour une théorie générale de l'État, PUF, 1994. Voir en particulier le Chapitre XVI « Les classifications en droit constitutionnel », p. 251-262.

Ces accords supposent la reprise par les États concernés d'une partie de l'acquis communautaire dans leur ordre juridique interne. Ainsi, si l'homogénéité se justifie par le maintien de l'égalité formelle des États – qui se caractérise par la volonté des non-membres de préserver leur droits souverains – elle traduit en pratique une inégalité de fait qui se manifeste par une asymétrie : elle suppose une projection de ses normes par l'Union, un « arrimage »⁽³²⁾ à cette dernière⁽³³⁾. Elle participe ainsi d'une projection par l'Union de ses valeurs, de ses normes, à des États tiers.

En tous les cas, ces accords procèdent à une « homogénéisation juridique », qui permet à la fois une convergence des droits entre l'UE et son partenaire ainsi qu'une certaine mise en cohérence des partenariats conclus par l'Union. L'homogénéisation juridique est alors un « mouvement de convergence, par le rapprochement, l'harmonisation, et l'unification des droits applicables à deux systèmes juridiques en relation de partenariat »⁽³⁴⁾. L'homogénéité pourrait alors être distinguée de l'homogénéisation, en ce que la première pourrait apparaître comme la finalité de la première, comme son résultat. Il n'en reste pas moins que l'homogénéité, comme objectif, finalité d'un accord de partenariat, suppose également un mouvement, un processus⁽³⁵⁾ d'alignement juridique continu. Ce processus se matérialise par l'élaboration de mécanismes visant à garantir ce mouvement perpétuel.

Marc Maresceau relève en effet que la « question fondamentale » inhérente aux accords d'intégration conclus par l'Union est « celle de savoir comment la conformité à l'acquis de l'Union peut être garantie, y compris à l'évolution de l'acquis après la signature de l'accord ». Or, il s'agit bien souvent du « maillon faible de l'accord d'intégration »⁽³⁶⁾, que les clauses d'homogénéité tendent à pallier. À ce titre, la reprise initiale d'une partie de

l'acquis communautaire constitue une condition préalable indispensable à l'homogénéité, mais est loin d'être suffisante.

La spécificité de l'homogénéité réside dans la prise en compte du facteur temporel, de la dimension évolutive, du droit de l'UE reproduit dans l'accord d'association. Il s'agit d'assurer, autant que possible, un développement et une application conjointes et parallèles du droit dans les ordres juridiques de l'UE et du ou des États parties à l'accord d'intégration, dans les domaines couverts par celui-ci⁽³⁷⁾. Pour être réalisée, cette finalité s'accompagne de mécanismes qui sont de deux ordres : d'alignement normatif sur le droit dérivé de l'Union au fur et à mesure de son adoption d'abord, d'application et d'interprétation uniformes ensuite.

(32) Le terme est emprunté à Cécile RAPOPORT, Les partenariats entre l'Union européenne et les États tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structure juridique de l'espace européen, thèse, Bruylant, 2011, p. 63. Elle évoque, dans la définition qu'elle propose des partenariats entre l'UE et les États tiers européens, une « coopération équilibrée à défaut d'être égalitaire » (voir p. 41).

(33) Christine GUILLARD évoque la « position dominante de la Communauté et de ses États membres au sein de l'Espace économique européen ». Voir L'intégration différenciée dans l'Union européenne, Bruylant, thèse, 2006, p. 75. Voir également Marc MARESCEAU, « Les accords d'intégration dans les relations de proximité de l'Union européenne », précité spé. p. 190.

(34) Cécile RAPOPORT, Les partenariats entre l'Union européenne et les États tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structure juridique de l'espace européen, précitée, spé. p. 69.

(35) Voir Claude BLUMANN, « Objectifs et principes en droit communautaire », in Catherine FLAESCH-MOUGIN, Le droit de l'Union européenne en principes - Liber Amicorum en l'honneur de Jean RAUX, Éditions Apogée, 2006, p. 39-67, spé. p. 39 : l'objectif « évoque un mouvement, un processus ».

(36) Id.

(37) Voir Nils FENGER, « Limits to a dynamic and homogeneous European Economic Area », in Niels FENGER, Bo VESTERDOF et Karsten HAGEL-SØRENSEN (dir.), Festschrift til Claus Gulmann, p. 132-154, spé. p. 137.



En premier lieu, les mécanismes d'alignement normatifs sont nécessaires pour éviter les divergences normatives qui apparaîtraient entre le droit de l'UE et celui de l'accord au fil de l'adoption de nouveaux actes de droit dérivé par l'Union. L'homogénéité normative suppose ainsi l'introduction de mécanismes permettant l'adaptation de l'accord, tout en tenant compte à la fois de l'absence de transferts de pouvoirs législatifs par les États non-membres de l'UE à celle-ci ainsi que de l'autonomie de l'Union européenne. En pratique, cela se traduit par l'adoption par un organe conjoint (comité mixte) de décisions modifiant les annexes de l'accord, dans les domaines couverts par son champ d'application matériel. Pour être véritablement qualifiée de mécanisme d'homogénéité, cette adoption semble devoir revêtir un certain degré de contrainte et non demeurer soumise à la bonne volonté de l'État non-membre. La contrepartie à cette adaptabilité réside dans la participation des États tiers à l'élaboration des décisions communautaires (decision shaping), sans toutefois bénéficier d'un pouvoir de décisionnel (decision making), en vertu de l'autonomie de l'Union.

En second lieu, l'homogénéité, pour être effective, suppose

aussi des mécanismes permettant d'aligner l'application et l'interprétation de l'accord d'intégration lui-même⁽³⁸⁾ dans l'ensemble des États parties (qu'ils soient membres de l'Union ou non), mais également sur le droit de l'Union lui-même. Sont ainsi prévus des mécanismes permettant un parallélisme d'application et d'interprétation par chacun des partenaires, par leurs instances respectives. En effet, l'identité de rédaction (même évolutive) de normes substantiellement identiques qui s'appliquent dans deux ordres juridiques distincts ne peut suffire à garantir l'homogénéité dans la pratique. Affirmer le contraire, reviendrait à considérer que le juge – de l'Union comme de l'État non-membre, n'effectue qu'un travail exégétique⁽³⁹⁾ lorsqu'il applique ces normes à des situations individuelles. Si le rôle du juge est bien plus profond et complexe⁽⁴⁰⁾, on sait de surcroît que les méthodes de la Cour de Justice sont particulièrement dynamiques, en ce qu'elle privilégie notamment les méthodes systémique et téléologique⁽⁴¹⁾. Les clauses d'homogénéité judiciaire visent ainsi à pallier le risque d'apparition de divergences jurisprudentielles susceptibles de surgir dès l'entrée en vigueur des normes reproduites. L'interprétation uniforme de ces dispositions au regard de la jurisprudence de

(38) L'accord fait partie du droit de l'Union en qualité d'accord international conclu par l'Union. Mais il s'agit bien d'appliquer et d'interpréter cet accord d'une manière identique à l'application et l'interprétation des normes de droit de l'Union qu'il reproduit.

(39) Et qui reviendrait à considérer que « la puissance de juger est en quelque sorte nulle », selon la formule de Montesquieu.

(40) Il suffit, pour s'en convaincre, de confronter les théories réalistes (défendue en France par Michel Troper en particulier) et rhétorico-herméneutique. Voir pour une présentation synthétique, Charles LEBEN, « L'argumentation des juristes et ses contraintes chez Perelman et les auteurs du courant rhétorico-herméneutique », *Droits*, 2001/2, n° 54, p. 49 à 80.

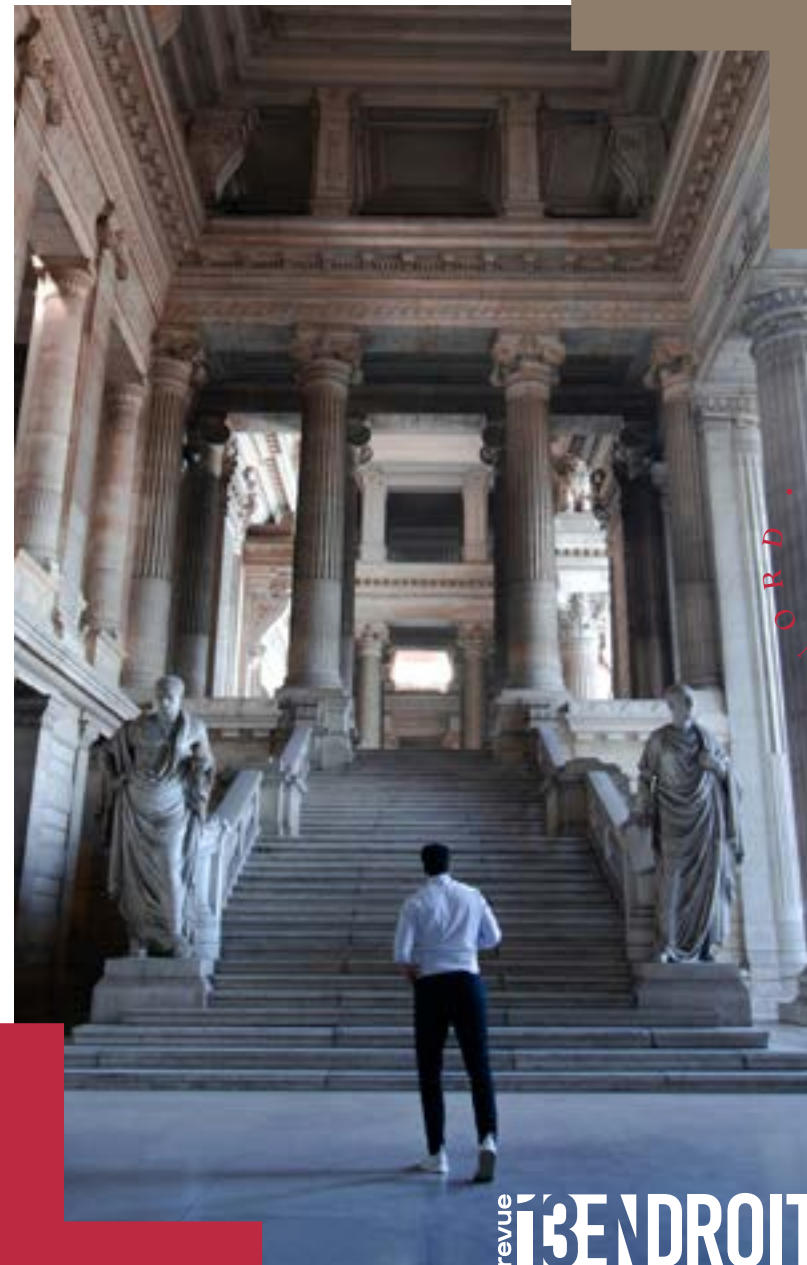
(41) Sur cette question voir par exemple Voir Koen LENAERTS et José A. GUTIERREZ-FONS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, 2020.

la Cour de Justice vise ainsi à maintenir une certaine cohérence jurisprudentielle. Un obstacle lié à l'équilibre entre respect des souverainetés nationales et effectivité de l'homogénéité réside alors dans la possibilité d'envisager une telle obligation d'interprétation conforme à l'égard de la jurisprudence de la Cour de Justice postérieure à la date de signature de l'accord d'intégration concerné. Dans le cadre de l'EEE, les juges ont réussi à maintenir l'homogénéité en dépassant des obstacles normatifs insurmontables.

Pour conclure, l'homogénéité est fondée sur une quête d'équilibre entre la souveraineté nationale et l'autonomie de l'UE d'une part, et la recherche d'une intégration matérielle d'autre part. Elle constitue comme une modalité de partenariat entre l'UE et un ou plusieurs États tiers, caractérisée par une relation asymétrique qui suppose à la fois la reprise dynamique de l'acquis dans des domaines prédéterminés, ainsi qu'une interprétation uniforme des dispositions concernées.



Du mot à la thèse
« Autour du Vocabulaire du Droit »
par Emilie DELCHER





N O R D . S O R B O N N E P A R I S

Actualité ou inactualité du régime mixte ?

par Edern DE BARROS

Introduction

Dans le cadre de l'atelier « Les évolutions du vocabulaire du droit » co-organisé par l'Université de Tours et de Sorbonne Paris Nord, nous avons réinterrogé l'actualité ou l'inactualité de la notion de « régime mixte » au cœur de notre travail de thèse⁽¹⁾. En effet, le régime mixte semble faire partie de ces notions révolues qui appartiennent exclusivement à l'histoire du droit sans être opératives pour l'analyse du droit public contemporain.

Le principe de la séparation des pouvoirs, consacré à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, est la clef de voûte du droit constitutionnel contemporain, alors même qu'il ne reste jamais parfaitement concrétisé comme l'a mis en évidence Michel Troper⁽²⁾. Le principe est toujours invoqué comme une garantie contre l'abus de l'autorité, tandis qu'on y attache des pratiques très variables. La séparation des pouvoirs serait la première concrétisation juridique du constitutionnalisme moderne qui articule ensemble les principes antagonistes de liberté et d'autorité, dans une pratique limitée du pouvoir, par l'organisation politique de l'État. À l'autorité est associée la notion de souveraineté, qui depuis Bodin et la sortie de la féodalité désigne « la puissance absolue et perpétuelle d'une République ». Mais elle peut verser dans le despotisme lorsque le souverain met sa volonté à la place des lois, c'est-à-dire lorsqu'il gouverne de façon arbitraire et violente. À la liberté est associé le principe de la séparation des pouvoirs de la souveraineté (le pouvoir législatif,

(1) E. DE BARROS, *Le régime mixte chez Condillac et Mably: éléments du républicanisme libéral dans le XVIIIe siècle français*, Thèse de l'Université Sorbonne Paris Nord, nov. 2021.

(2) M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973.

le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire) chez Montesquieu inspiré des Anglais, entre différents organes constitutionnels de l'État, qui dans leur collaboration neutralisent leur tendance au despotisme, pour garantir l'empire des lois sur la société.

Mais l'exigence de tempérance du pouvoir politique ne date pas des modernes. Elle se trouve déjà formulée par les Anciens sous l'idéal du « régime mixte » qui se distingue des formes pures de gouvernements caractérisées par la concentration des pouvoirs dans les mains d'un monarque, d'une aristocratie ou du peuple. Le régime mixte, comme théorie de la meilleure forme du gouvernement, est un mélange équilibré de démocratie, d'aristocratie et de monarchie pour détruire les vices de chacune des formes simples par un mécanisme de limitation des pouvoirs tout en profitant de leurs vertus respectives. La prépondérance monarchique, qui caractérise l'époque moderne, consacre cependant le principe de la souveraineté qui accompagne la construction de l'État au sortir de la féodalité, et avec elle la distinction entre monarchie absolue et despotisme. La Révolution française, en consacrant la culture démocratique de la volonté générale, qui fait de l'État un garant du droit naturel en société, opère le transfert de la souveraineté du roi vers la nation, tout en supprimant les Parlements d'Ancien Régime, et participe à son tour à la marginalisation du régime mixte. Suspecté de freiner le pouvoir démocratique, la théorie du régime mixte laisse place à une théorie de la séparation des pouvoirs qui s'intéresse à la relation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif en prenant pour modèle la séparation dite « rigide » dans le système des États-unis et la séparation dite « souple » dans le régime parlementaire des Anglais.

Dès lors, tous les régimes de 1791 jusqu'à la Ve république vont être analysés au prisme du dualisme entre ces deux idéaux-



types par les constitutionnalistes contemporains, en particulier depuis les travaux d'Adhémar Esmein à la fin du XIXe siècle. Le « régime mixte » revêt alors une signification différente pour désigner depuis Maurice Duverger le système hybride de notre constitution actuelle dite « semi-présidentielle » entre le « régime présidentiel » et le « régime parlementaire ». Le Conseil constitutionnel parle ainsi d'une « conception française de la séparation des pouvoirs » (23 janv. 1987, 86-224 DC ; 28 juill. 1989, 89-281 DC). Or comme le souligne Marc Lahmer, « à son origine il n'existait pas une conception française de la séparation des pouvoirs compte tenu de l'indétermination structurelle dont cette notion était empreinte. »⁽³⁾. La séparation des pouvoirs telle qu'elle était pensée aux XVIIe ou au XVIIIe siècle n'a plus grand chose à voir avec la manière actuelle de l'envisager comme en témoigne l'oubli de la théorie du régime mixte des Anciens au profit d'une signification nouvelle. Le pouvoir reste imprégné de bodinisme qui traduit peut-être « l'impossible culture des contre-pouvoirs en France qui devrait pourtant animer le principe de la séparation des pouvoirs »⁽⁴⁾.

Pour quelles raisons le droit public contemporain a-t-il délaissé la notion de régime mixte pour analyser les régimes politiques ?

(3) M. LAHMER, « Séparation et balance des pouvoirs », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Puf, 2003, p. 1411.

(4) S. MOUTON, « La séparation des pouvoirs ? Du concept politique aux concrétisations juridiques », *Revue française de droit constitutionnel*, 2019/4, n° 120, p. 835.

Nous verrons comment le concept moderne de souveraineté conduit à une première fragilisation de la théorie républicaine ancienne du régime mixte au moment de l'absolutisme monarchique, même si elle reste pour un grand nombre d'auteurs un outil d'analyse pertinent (I). Si la Révolution semble d'abord s'inscrire dans l'héritage de la théorie du régime mixte, le transfert de la souveraineté du roi vers la nation impose les nouveaux paradigmes du « régime présidentiel » états-uniens et du « régime parlementaire » anglais comme grille de lecture de la relation entre l'organe monarchique et l'organe national après la disparition des Parlements d'Ancien Régime (II).

I. Le régime mixte ancien chez les modernes

La sortie de la féodalité et la construction de l'État moderne marque l'avènement du concept de souveraineté au détriment de l'idée de régime mixte (A). Cependant, plusieurs théoriciens continuent de mobiliser le régime mixte pour analyser la monarchie qualifiée de « mixte », de « modérée » ou de « limitée » (B).

A. Le régime mixte à l'épreuve de la souveraineté royale

L'idée de modération du pouvoir est vieille comme le monde comme l'identifiait déjà Pierre Clastre dans *La société contre l'État* (1974). « Elle ressemble, note Aurelian Craiutu, à un archipel perdu, que doivent redécouvrir les historiens et les philosophes politiques »⁽⁵⁾. Le régime mixte n'a rien d'une

« simple utopie »⁽⁶⁾ pour reprendre la réflexion d'Henri Morel, même s'il on pourra reconnaître avec François Quastana « les mystères de la mixité constitutionnelle »⁽⁷⁾. Ce système, déjà en germe dans cet « âge d'or » ou « paradis perdu »⁽⁸⁾ de la démocratie tempérée, est redécouvert dans la réflexion républicaine dès l'Antiquité. C'est du mélange bien réel des trois espèces de gouvernement que résulte la tempérance des pouvoirs au profit de l'empire des lois, comme à Sparte ou à Rome, qui conservent les vertus en freinant la licence.

Hérodote en son temps distinguait les trois formes pures de gouvernement pour évaluer leurs avantages et leurs inconvénients : le gouvernement populaire (πλήθος ἀρχον), celui du petit nombre des meilleurs hommes (ανδρῶν των ἀρίστων), et la monarchie incarnée par la figure du Grand-Roi perse. Cependant, le monde grec n'est pas sans ignorer le « désordre insensé de Ninive » (Héraclite), plus encore après la lutte héroïque des Spartiates contre les armées mercenaires de Darius puis de Xerxès au moment des guerres médiques. Au contre-modèle de la monarchie pure des Perses, Platon oppose le modèle spartiate qui représente la réalisation la plus parfaite du régime mixte, c'est-à-dire un « mélange proportionné de ce qu'il fallait » comme il l'écrit dans *Des lois* : deux rois héréditaires bornés aux

(5) A. CRAIUTU, « Une vertu politique : la modération », *Commentaire*, n° 148, 2014/4, p. 393.

(6) H. MOREL, « Le régime mixte ou l'idéologie du meilleur régime politique », in M. GANZIN (dir.), *L'influence de l'Antiquité sur la pensée politique européenne (XVIe-XXe siècles)*, Aix-en-Provence, Puam, 1996, p. 112.

(7) F., « Repenser le régime mixte après Bodin : Vincent Cabot et la théorie de la distribution des droits de souveraineté », in *Lectures du régime mixte*, Puam, Collection d'histoire des idées et des institutions politiques, 2010, p. 92.

(8) Id.

pouvoirs religieux et militaire, une Gêrousia aristocratique qui dispose de la fonction exécutive et judiciaire, et une assemblée démocratique de citoyens qui élit les magistrats et vote les décisions de la Gêrousia. Les Grecs ne devaient-ils pas d'ailleurs leur salut à l'héroïsme des Lacédémoniens avant l'avènement des monarchies hellénistiques qui marquent la décadence des régimes mixtes et annoncent la domination du monde grec par la Macédoine puis par Rome ? Aristote, précepteur d'Alexandre, réserve ainsi le terme *Politeia* (πολιτεία) – qu'on traduit tantôt par « constitution » pour conserver l'idée grecque du règne des lois, ou encore par « république » sur le modèle de la *Res publica* romaine – pour désigner le régime mixte, qui trouve l'équilibre entre monarchie, aristocratie et démocratie. *Politeia* s'oppose par conséquent aux gouvernements déviants (παρεκβάσεις) : la tyrannie (τυραννίς), l'oligarchie (λιγαρχία), et même la démocratie licencieuse (δημοκρατία). En ce sens, la *Politeia* consiste in fine dans le régime vertueux du *demos*, car tempéré par des contre-pouvoirs.

Les Romains à leur tour s'emparent de la notion de régime mixte héritée des Grecs en y ajoutant l'idée de constitution mixte de la société partagée entre patriciens et plébéiens dont le conflit produit une saine émulation républicaine. Polybe, à cheval entre les deux mondes, recherche une explication constitutionnelle au succès des Romains par opposition à la démocratie déviante des Grecs vaincus, l'ochlocratie (χλοκρατία) des Athéniens surtout qui livre les lois à la volonté de la foule tumultueuse (χλος) depuis Périclès. « Trois éléments détenaient le pouvoir dans cette constitution » dont la synergie permet de conserver les vertus de chacune des formes pures tout en détruisant leurs vices respectifs pour produire un équilibre et une stabilité analogue à celui des Lacédémoniens. Cicéron, par suite, montre qu'il en

résulte « un juste équilibre des droits, des obligations et des fonctions » : deux consuls héritiers du monarque qui disposent de la *potestas*, le Sénat aristocratique qui a l'*autoritas*, et les comices où réside la *libertas*. Or la fin de la République vacillante coïncide avec le déséquilibre du système au profit d'une prépondérance de l'un des éléments : l'excès de *libertas* sous les Gracques, avant l'excès de *potestas* des proconsuls dans le contexte des guerres civiles. Comme l'écrit Henri Morel, « l'avènement du Principat- ou monarchie impériale – le seul régime capable d'assurer la mutation de la cité à l'état allait effectivement reléguer pour longtemps aux oubliettes de l'Histoire le régime mixte. »⁽⁹⁾

Le début du « Moyen-Âge », qui résulte des invasions barbares, n'est cependant pas l'époque de l'État. François Hotman voyait par exemple une grande analogie entre la *polis* grecque et les royaumes germaniques analysés sous l'angle d'une « constitution mixte ». Clovis n'est pas monarque absolu. Il est certes un chef de guerre semblant disposer de la *potestas* des Romains. Cependant dans les circonstances civiles, comme à l'occasion du partage du butin dans l'historiette du vase de Soissons⁽¹⁰⁾, il n'est que l'administrateur de la volonté de la

(9) H. MOREL, « Le régime mixte ou l'idéologie du meilleur régime politique », art. cit., p. 101.

(10) E. DE BARROS, « "L'historiette" du vase de Soissons : le tacitisme en débat au siècle des Lumières », *Revue 13 en Droit*, n°6, déc. 2020, p. 20-27.



troupe assemblée dans le champ de mars pour voter les lois. Charlemagne, nonobstant la *translatio imperii*, apparaît à son tour comme le restaurateur du régime mixte après l'anarchie sous les Mérovingiens parce qu'il aurait partagé son autorité avec la nation réunie dans le champ de mai et l'aristocratie dans le champ d'automne. Mais à nouveau, l'anarchie des fiefs, à la suite du règne monarchisant de Louis Ier le Pieux, détruit tout à la fois la puissance législative de la nation, et avec elle la puissance monarchique des derniers Carolingiens, avant une recomposition du pouvoir dans les mains des rois Capétiens.

La construction des États monarchiques en Europe participe alors à la marginalisation du paradigme du régime mixte, en particulier en France où la théorie de la souveraineté accompagne la naissance de l'absolutisme jusqu'à la Révolution. La société est divisée en trois ordres, mais l'exercice du gouvernement est concentré dans les mains du roi qui partage son autorité lorsqu'il consent prendre conseil : il accepte ou non les remontrances des parlements, il convoque ou non les états généraux. La redécouverte du droit romain à la fin du XI^e siècle participe cependant au parallèle des Romains et des Français, au détriment du parallèle des Germains et des Français via Tacite notamment. L'analogie entre le droit romano-impérial et le droit monarchique français est faite, transportant la notion d'*imperium* vers la figure du roi. Il faut attendre la Saint-Barthélémy pour que la notion d'« État » s'impose, comme le remarque le Duplessis-Mornay en 1576 dans sa *Remontrance aux États pour la paix*, congédiant la notion de régime mixte telle qu'elle était pensée en relation avec la Cité antique ou la *Res publica christiana*. Les juristes les plus anciens n'hésitaient pas déjà à vivifier le « mythe »⁽¹¹⁾ romaniste en

donnant la qualité d'empereur au roi de France comme Jean Boutillier dans sa *Somme rurale* pour justifier le « crime de sacrilège » depuis la supposition d'une « majesté impériale » : « Est roy et empereur en son royaume, et qui y puet faire loi et edict à son plaisir »⁽¹²⁾, en écho au « Quod principi placuit legis habet vigorem » d'Ulpien. Mais c'est Jean Bodin, dans *Les six livres de la République*, qui va associer la notion de « *Res Publica* » avec celle d'État souverain participant ainsi à la rupture du droit public français avec la notion de régime mixte ancien. Loin de se faire l'apologiste de la tyrannie, Bodin est représentatif d'une « tradition républicaine sincère »⁽¹³⁾ conçue cependant dans le rejet de la mixité des puissances. L'ouvrage, écrit en plein effervescence des thèses monarchomaques qui exaltaient le droit de résistance et le tyrannicide, définissait la souveraineté comme une et indivisible. Si la République peut être monarchique, aristocratique ou populaire, elle ne peut être le mélange des trois sans basculer dans l'impuissance de l'État et donc dans l'anarchie. Or puisque le danger principal est moins l'arbitraire que l'impuissance de garantir la paix, l'État qui emporte sa préférence est celui d'un monarque absolu, c'est-à-dire délié des lois sans cependant jouir d'une puissance infinie qui serait supérieure aux lois de Dieu et de la nature.

(11) A. RIGAUDIÈRE, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, 1993, 67, p. 6.

(12) J. BOUTILLIER, *Somme rural ou le grand coustumier general de practique civil et canon*, revu et annoté par Louis CHARONDAS LE CARON, Paris, Chez Barthelemy Macé, 1603, liv. I, p. 171, 194, 236.

(13) J. DE SAINT VICTOR, T. BRANTHOME, *Histoire de la république en France*, Paris, Economica, 2018, p. 92.

Le triomphe du discours de la « raison d'État »⁽¹⁴⁾ impulsé par Botero, Boccalini ou Zuccolo en Italie, qui s'impose dans le droit public français avec le ministère et les écrits de Richelieu, coïncide avec la figure émergente du Léviathan. Tandis que l'Angleterre est marquée durablement par une révolution digne des régimes mixtes de l'Antiquité, la France connaît le règne du roi absolu par excellence, Louis XIV, qui se confronte à une révolte prisonnière de la théorie organiciste du pouvoir : la Fronde. Au contraire de la situation en Angleterre, le parlement française n'a pas de volonté propre qui puisse être antagoniste à celle du roi et ne cherche pas à en acquérir dans l'affirmation franche d'une théorie du régime mixte. Le parlement, dépositaire des lois, serait le *continuum* qui aurait résisté à l'anarchie des fiefs entre les Carolingiens et les Capétiens, c'est-à-dire le gardien de cette « *respublica perfecta* [...] dirigée par un gouvernement fondé sur la suprématie formelle et symbolique de la souveraineté monarchique et sur la suprématie réelle de la *jurisdictio* »⁽¹⁵⁾ : un État « de droit » sans la démocratie. Les physiocrates eux-mêmes, partisans du « despotisme légal » contre l'idée de république, s'inscrivent dans l'héritage du « constitutionnalisme juridictionnel »⁽¹⁶⁾ dont parle Jacques Krynen, réinvesti par la théorie économiste de l'ordre naturel au profit de l'intérêt des propriétaires. Ainsi le

parlement ne jouit, tout au long des XVIIe et XVIIIe siècles, que d'une « résistance molle »⁽¹⁷⁾ pour reprendre la formule de Mably, puisque ses magistrats reconnaissent la souveraineté législative du roi, cédant face au despotisme nonobstant leur droit de remontrance. Les tentatives de résistances n'avaient-elles pas participé au renforcement de la puissance royale comme à l'occasion de la réforme Maupeou ?

B. Les tenants de la « monarchie mixte »

Le régime mixte des Anciens n'est pas une idée morte après les Carolingiens. Elle ressurgit au moment de la Renaissance pour tenter de saisir le système politique des républiques de Venise, de Gênes ou encore de Florence qui rappellent tantôt Athènes ou Sparte. Le Quattrocento italien serait le berceau d'un « humanisme civique », pour l'école de Cambridge, défini comme la défense de la *vita activa* qui glorifie une conception républicaine de la liberté comme non domination, bien différente de l'individualisme libéral moderne qui triomphe en Europe avec l'appareil d'État monarchique souverain. Machiavel en particulier s'empare de la lecture polybienne du régime mixte pour institutionnaliser le conflit

(14) R. DESCENDRE, « Sur l'effacement du modèle de la constitution mixte dans les discours italiens de la raison d'État : Botero, Boccalini et Zuccolo », in M. GAILLE-NIKODIMOV, *Le gouvernement mixte*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 71-94.

(15) F. DI DONATO, « Constitutionnalisme et idéologie de robe. L'évolution de la théorie juridico-politique de Murard et Le Paige à Chanlaire et Mably », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 52e année, n°4, 1997, p. 828.

(16) J. KRYNEN, *L'État de justice, France (XIIIe-XXe siècle)*, I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, op. cit., p. 265.

(17) MABLY, *Observations sur l'histoire de France*, Paris, Desbrières, 1794, t. V, liv. VII, Chap. III, p. 199.

entre le peuple et les grands de manière à conserver la cité par la balance des intérêts pour assurer la liberté et la sûreté de tous. Mais les vertus antiques dans la pauvreté semblent se conserver davantage dans les républiques des Suisses et de quelques-unes d'Allemagne qui sont encore préservées des mœurs commerçantes des Français, des Espagnols ou des Italiens « le quali tutte insieme sono la corruttela del mondo »⁽¹⁸⁾. Pocock dans *Le moment machiavélien* soutient que cette tradition véhiculée par Machiavel aurait migré Outre-atlantique en contournant la France via les Provinces-Unies et l'Angleterre puritaine qui auraient participé à la diffusion d'une lecture néo-machiavélienne influençant les auteurs du *Fédéraliste* comme Madison, Jay ou Hamilton.



Pour autant, le « républicanisme classique » n'ignore pas la France comme pourrait le laisser croire la thèse de « l'exclusivisme républicain » anti-monarchique de la Révolution du 10 août 1792 : la République conçue comme antithèse de la monarchie. Plusieurs observateurs des institutions analysaient l'État monarchique à partir de la théorie du régime mixte pour incliner vers l'idéal républicain : la « monarchie mixte », « modérée ou tempérée » permet de repenser la théorie de

l'État souverain sans rester prisonnier du modèle de la cité antique. Brian Tierney en particulier, dans le *Développement de la pensée constitutionnelle*, a montré l'importance de la théorie de la constitution mixte en France depuis le XIII^e siècle et l'œuvre de Saint Thomas d'Aquin. La célèbre formule apocryphe « Omnis potestas a Deo sed per populum » devient le slogan des défenseurs des États généraux comme Philippe Pot en 1484 ou Hotman dans *Franco-Gallia*. En 1355-1356, la France avait en effet connu une « monarchie républicaine » pour reprendre la formule de J. B. Collins après la révolution des États généraux qui avaient strictement limité la puissance royale avec les ordonnances du 28 décembre 1355 et du 3 mars 1357 dans le contexte de la guerre de Cent Ans. Même si la révolution se traduit par un échec, elle enracine dans la culture politique les maximes républicaines du droit romain qui font concurrence à celles des légistes royaux : *Quod Omnes Tangit* et *Voluntas populi*, consensus communi. Dumoulin, dans son *Commentaire de l'édit des petites dates* de 1552, rappelle qu'à la différence de la « simple et absolue monarchie » qui nécessairement bascule dans la tyrannie, le Royaume de France est « monarchie avec un assaisonnement et température d'Aristocratie et Démocratie des Estats et ordres »⁽¹⁹⁾. Mais la thèse du régime mixte pour décrire la monarchie suscite l'hostilité des tenants de l'absolutisme jusqu'à la Révolution. « Ce gouvernement, répond deux siècles plus tard Réal de Curban, a toujours été purement monarchique, sans aucun mélange d'aristocratie ni de démocratie »⁽²⁰⁾.

(18) *Discorsi di Niccolò Machiavelli*, Londra, s. n., 1747, cap. LV, Libro I, p. 89.

(19) C. DU MOULIN, *Commentaires analytiques sur l'édit des petites dates*, Paris, s. n., 1681, t. III, 418.

(20) G. DE REAL DE CURBAN, *La science du gouvernement*, Amsterdam, Chez Arkstée & Merkus, 1764, t. VIII, p. 68.



La théorie du régime mixte continue cependant de rencontrer un franc succès au XVIII^e siècle pour lutter contre les dérives d'une monarchie absolue qui a renoncé depuis le début du XVII^e siècle à l'institution médiévale des États généraux. Le second *Traité du gouvernement civil* de Locke joue alors un rôle majeur en France dans la promotion d'une théorie républicaine qui resitue l'État comme instrument de la société civile au service de la réalisation du droit naturel en société. Montesquieu, représentant du « libéralisme républicain »⁽²¹⁾, participe au succès des « gouvernements mixtes de l'Europe et des pouvoirs balancés »⁽²²⁾ pour reprendre l'expression de Linguet, en particulier lorsqu'il décrit la constitution des Anglais dérivée du gouvernement gothique. Il défend l'idée de monarchies tempérées en repensant le régime mixte pour l'adapter à l'exigence de liberté de la *Commercial Society*. Les nouveaux régimes de modération doivent n'être ni républicains, ni despotiques mais monarchiques et « modérés » sur le modèle de l'Angleterre à l'origine de l'idée

de « balance » des pouvoirs. Ce système de « régime mixte » est développé à la suite de Rapin de Thoyras dans son célèbre chapitre 6 du livre XI consacré à la séparation des pouvoirs chez les Anglais : le pouvoir exécutif appartient à un roi qui est cependant co-législateur puisqu'il dispose du droit de veto sur le parlement pour l'empêcher d'être despotique ; le pouvoir législatif appartient au parlement bicaméral dont les nobles de la chambre des lords représentent l'élément aristocratique et le peuples des Communes l'élément démocratique hérité du « Witenagemot »⁽²³⁾. « Il y a là quelques pages, commente Adhémar Esmein, qui ont exercé l'influence la plus profonde sur le droit constitutionnel de l'Occident. »⁽²⁴⁾.

II. LE REGIME MIXTE CONGÉDIÉ PAR LA DOCTRINE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS

La Révolution française marque une évolution majeure du concept de régime mixte mise à l'épreuve du transfert de la souveraineté du roi vers la nation, et fragilisé par l'affirmation du principe de séparation des pouvoirs sur le modèle anglais et états-uniens (A). En outre, la tentative de domestication du pouvoir judiciaire participe à la marginalisation du régime mixte (B).

[21] J. DE SAINT VICTOR, T. BRANTHOME, *Histoire de la république en France*, Paris, Economica, 2018, p. 133.

[22] S.-N.-H. LINGUET, *Du plus heureux gouvernement*, Londres, s. n., 1774, t. I, p. 81.

[23] P. DE RAPIN DE THOYRAS, *Dissertation sur l'origine du Gouvernement d'Angleterre*, La Haye, s. n., 1749, p. 52.

[24] A. ESMEIN, *Éléments du droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1914, p. 66

A. Le nouveau paradigme du régime mixte dans la classification dualiste

La typologie dualiste des régimes distingués selon le degré de séparation des pouvoirs en « souples » ou en « rigides » n'a aucune réalité dans le langage des acteurs de la Révolution française. On la doit surtout à Adhémar Esmein, professeur de droit constitutionnel à Paris depuis 1891, dans ses *Éléments de droit constitutionnel* publiés en 1896. L'invention de cette typologie, qui est maintenant un lieu commun de la doctrine constitutionnelle française, est au départ indissociable du projet « d'incruster, au sens littéral, la IIIe République en France »⁽²⁵⁾ comme le remarque Julien Boudon.

Esmein qualifie d'« État simple » la forme de l'État lorsque la souveraineté « conserve sa pleine unité »⁽²⁶⁾ dont le titulaire peut être unique dans la monarchie pure ou collectif dans la république. C'est une « république démocratique » si le souverain collectif est la nation, et c'est une « république aristocratique ou oligarchique » s'il s'agit d'une classe. À ces modèles purs il oppose les « États mixtes » dans lesquels « la souveraineté ne réside pas tout entière dans un sujet unique, individuel ou collectif » mais au contraire est partagée entre plusieurs sujets distincts qui la possèdent en « indivis, de telle sorte que, pour accomplir certains actes de souveraineté, leur volonté concordante sera nécessaire. »⁽²⁷⁾ Or comme le remarque Léon Duguit, « si comme la majorité des auteurs on admet le principe de la puissance politique une et indivisible appartenant à un sujet de droit, on se trouve en présence d'un problème insoluble, le problème des gouvernements mixtes. »⁽²⁸⁾ Le régime mixte est remis en cause par le principe constitutionnel de la souveraineté nationale qui congédie la division de la société en plusieurs ordres (art. 3 de la DDHC), tout en établissant par ailleurs le principe du partage de

l'exercice de la souveraineté (art. 16) en application du principe de la séparation des pouvoirs. Si la nation est libre d'établir le gouvernement qu'elle souhaite, elle ne peut raisonnablement pas établir le despotisme mais doit s'assurer que l'exercice de la souveraineté soit partagé pour être légal. Ainsi pour Esmein, l'article 16 est conciliable avec l'article 3 parce qu'il concerne seulement « la souveraineté mise en œuvre »⁽²⁹⁾, laquelle appartient certes à la nation mais qui délègue son exercice via le « gouvernement représentatif ».

Il s'agit incidemment de congédier les régimes dits de confusion des pouvoirs comme les monarchies absolues mais aussi ce qu'on a coutume d'appeler les « régimes d'assemblée » qui font office de « concept-repoussoir » ou de « contre-modèle »⁽³⁰⁾ en réduisant le gouvernement à n'être que le commis de l'Assemblée, c'est-à-dire un simple agent d'exécution de la volonté nationale. En ce sens, la typologie dualiste repose sur la promotion de la balance des pouvoirs contre le modèle de la spécialisation stricte inhérent à la hiérarchie des fonctions comme chez Mably qualifié de précurseur des « théories communistes »⁽³¹⁾. Esmein reproche

[25] J. BOUDON, « Le mauvais usage des spectres. La séparation rigide des pouvoirs », *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/2, n° 78, p. 248.

[26] A. ESMEIN, *Éléments du droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 4.

[27] *Ibid.*, p. 5.

[28] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing et Cie, 1911, p. 397.

[29] A. ESMEIN, *Éléments du droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 19.

[30] A. LE PILLOUER, « La notion de "régime d'assemblée" et les origines de la classification des régimes politiques », *Revue française de droit constitutionnel*, 2004/2, n° 58, p. 328 et p. 331.

[31] A. ESMEIN, *Éléments du droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 1111.

à ce dernier d'assimiler « complètement à la souveraineté »⁽³²⁾ le pouvoir législatif des états généraux, avec pour conséquence de borner le pouvoir du gouvernement à la stricte exécution des lois de la nation. Tel est le cas en particulier du projet de la Montagne, à commencer par Robespierre à qui Esmein reproche également son « respect exagéré de la séparation des pouvoirs »⁽³³⁾ qui tend à subordonner le pouvoir exécutif au pouvoir législatif. Le principe de la hiérarchie des fonctions est lié à celui du mandat impératif qui met dans un rapport de subordination à la fois le parlement à l'égard du peuple, mais aussi le gouvernement à l'égard du parlement au contraire du « gouvernement représentatif » auquel seul est attaché le principe de la séparation des pouvoirs véritable. Car paradoxalement, la séparation absolue tendrait en réalité à la confusion des pouvoirs de sorte que les régimes d'assemblée seraient tout aussi despotiques que les pures monarchies. « Le gouvernement direct, écrit-il significativement, est le génie même de la monarchie pure. »⁽³⁴⁾

Esmein souligne alors un point majeur dans la genèse de la théorie contemporaine de la séparation des pouvoirs qui focalise l'attention constitutionnelle sur la question du gouvernement « légal », conséquence de la justification naturelle de son empiétement sur le législatif. La question de la légalité du gouvernement – corollaire de la reconnaissance de son pouvoir normatif - ne se pose pas s'il n'est que le commis du pouvoir législatif de la nation. Or la subordination du pouvoir exécutif à l'égard du pouvoir législatif n'est pas conciliable avec le gouvernement légal dans le réel dans la mesure où le pouvoir législatif s'exerce de façon « intermittente », tandis que le pouvoir exécutif est « nécessaire en permanence »⁽³⁵⁾. La constitution de 1791 n'avait d'ailleurs pas totalement détruit la puissance législative du monarque en conservant le veto

suspensif. « Avec le principe de la souveraineté inaliénable, une et indivisible de la nation, écrit Léon Duguit, on ne peut faire la théorie juridique de la monarchie limitée qu'en faisant de la monarchie, suivant l'expression du XVIIIe siècle, une simple commission toujours révocable à la volonté du peuple. Or, évidemment, une pareille conception juridique n'est pas conforme à la réalité des faits »⁽³⁶⁾. Au contraire, le régime de l'an II avait basculé dans le despotisme selon Esmein, tandis que l'ordre serait revenu par la prépondérance des organes du gouvernement sous le Consulat, l'Empire puis le retour à la monarchie constitutionnelle. Il apparaît donc naturel selon Esmein que l'État soit incarné par le gouvernement du fait de sa permanence, au contraire de l'intermittence du pouvoir législatif. Par conséquent, le droit constitutionnel est étranger au principe de la hiérarchisation du pouvoir exécutif à l'égard du législatif, puisqu'il est assimilé au régime de la confusion des pouvoirs, donc au despotisme. Au contraire, le travail du constitutionnaliste est de rechercher les moyens de garantir la légalité du gouvernement dans sa relation « souple » ou « rigide » avec le pouvoir législatif comme l'écrit Esmein :

"Le droit de faire ces actes et le pouvoir discrétionnaire qu'ils impliquent reviennent naturellement à l'autorité permanente, c'est-à-dire au pouvoir exécutif, et là où ce pouvoir n'est pas le souverain lui-même, mais un représentant du souverain, la meilleure garantie possible contre les abus de cet arbitraire consiste à organiser efficacement la responsabilité générale du pouvoir exécutif."⁽³⁷⁾

(32) *Ibid.*, p. 461. (33) *Ibid.*, p. 467. (34) *Ibid.*, p. 25. (35) *Ibid.*, p. 23.

(36) L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing et Cie, 1911, p. 399.

(37) A. ESMEIN, *Éléments du droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 24.

Dès que gouvernement n'est pas borné au strict pouvoir exécutif, il convient alors de penser la séparation des pouvoirs comme principe d'« aménagement des structures et fonctions gouvernantes »⁽³⁸⁾ pour reprendre le langage d'un manuel. Le modèle de la balance des pouvoirs, puisé dans l'expérience anglaise et états-uniennes, va inspirer Esmein à la suite de plusieurs travaux antérieurs. Il souligne en effet « la haute sagesse politique de la race anglo-saxonne »⁽³⁹⁾ par opposition à l'instabilité constitutionnelle française consécutive au principe de la souveraineté nationale, surtout après la disparition du veto royal. Tandis qu'en Angleterre le parlement acquiert le droit de contrôler le cabinet ministériel, aux États-Unis au contraire le Président conserve le droit de veto mais nomme ses ministres de façon discrétionnaire, de sorte que son cabinet n'est pas responsable devant les chambres. « Il était alors aisé, remarque Richard Moulin, d'établir un antagonisme entre les deux types de pratiques »⁽⁴⁰⁾. En 1867, l'Anglais Walter Bagehot utilisait les termes « presidential system » et « presidential government » pour désigner le régime des États-Unis fondé sur la séparation des pouvoirs, par opposition avec celui de la Grande-Bretagne qu'il appelait « parliamentary government » et qu'il assimilait à la confusion des pouvoirs.

Il s'agit donc pour Esmein de redéfinir au contraire les régimes anglais et états-uniens comme deux applications différentes, l'un souple et l'autre rigide, du principe de la séparation des pouvoirs, de façon à démontrer que la IIIe république elle aussi est étrangère au régime liberticide de concentration des pouvoirs propre aux régimes « conventionnels » ou d'« assemblée ». C'est ainsi que le régime parlementaire « atténue la séparation des pouvoirs, mais la maintient cependant »⁽⁴¹⁾ parce qu'il existe des mécanismes de limitation du pouvoir législatif du parlement bicaméral dans sa relation avec l'exécutif. Dès lors, c'est cette terminologie binaire qui s'impose dans l'analyse constitutionnelle, faisant par la même oublier la notion de régime mixte :

La séparation des pouvoirs, écrit Maurice Duverger, revêt deux formes principales dans les démocraties occidentales, suivant les modes de relations entre le parlement et le gouvernement : le régime parlementaire et le régime présidentiel. Les auteurs classiques français qualifiaient le premier de séparation souple ou atténuée des pouvoirs, ou encore de collaboration des pouvoirs. Il qualifiaient le second de séparation rigide, ou tranchée, des pouvoirs ⁽⁴²⁾.



(38) P. PACTET, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 21e édition, Paris, Armand Colin, 2002, p. 111.

(39) A. ESMEIN, *Éléments du droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 482.

(40) R. MOULIN, *Le présidentielisme et la classification des régimes politiques*, Paris, LGDJ, 1978, p. 71.

(41) A. ESMEIN, *Éléments du droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 483.

(42) M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Puf, 1971, t. I, p. 181-182

Le concept de « régime mixte » revêt depuis une signification toute nouvelle sans rapport avec le concept des Anciens. La Ve république, qui manifeste le passage du pouvoir réel des chambres législatives vers les organes gouvernementaux, apparaît comme un système hybride entre la séparation souple et la séparation rigide, en particulier depuis la réforme constitutionnelle de 1962 qui établit deux légitimations démocratiques concurrentes avec l'élection au suffrage universel du président de la République et de l'Assemblée nationale. La réforme introduit « un élément de régime présidentiel dans le système parlementaire antérieur⁽⁴³⁾ », ce que Duverger qualifie de régime « mixte » ou régime « semi-présidentiel ».

B. La domestication du pouvoir judiciaire et l'effacement du régime mixte

L'effacement du régime mixte sous la Révolution trouve encore l'une de ses causes dans l'hostilité des révolutionnaires à l'égard de l'indépendance du pouvoir judiciaire, incarnée par les parlements d'Ancien Régime suspendus en 1790. Le spectre du « gouvernement des juges »⁽⁴⁴⁾ dont parle Michel Troper marque l'effacement de l'élément aristocratique, avant le renversement de la monarchie, et donc de la théorie du régime mixte. « La disparition de la monarchie et de l'aristocratie, le triomphe de la démocratie, remarque Henri Morel, allait la condamner à un oubli définitif, semblait-il, d'où n'allait évidemment pas la faire sortir le césarisme napoléonien. »⁽⁴⁵⁾ À la suite de la nuit du 4 août, l'Assemblée nationale

supprime la vénalité des offices et proclame la gratuité de la justice. La mise en vacance des parlements est décrétée le 3 novembre 1790 pendant que furent votés trois grandes lois des 16-24 août 1790 sur l'organisation des tribunaux, des 16-29 septembre 1791 sur la police de sûreté, la procédure criminelle et l'établissement des jurés, et des 25 septembre-6 octobre 1791 instituant un code pénal. Les réformes marquent le triomphe du légicentrisme, de la déprofessionnalisation de la magistrature et de la déjudiciarisation de la société. « Si la Révolution sépare les pouvoirs, remarque Jacques Krynen, ce n'est pas afin qu'ils s'équilibrent, c'est essentiellement pour assurer le règne de la loi. »⁽⁴⁶⁾ Ainsi, le pouvoir judiciaire se trouve assigné à la fonction de pure exécution des lois dans un état de subordination fonctionnelle au pouvoir législatif par crainte qu'il n'empiète sur lui. « Les tribunaux, peut-on lire à l'article 10 du titre II de la loi des 16-24 août, ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif. » Les juges doivent être « les organes impassibles de la loi » (Merlin de Douai), de sorte que les jugements seront « l'acte matériel d'application de la loi » (Cazalès), c'est-à-dire « un syllogisme dont la majeure est le fait, la mineure la loi et le jugement la conséquence » (Duport).

[43] *Ibid.*, p. 236.

[44] M. TROPER, « Le bon usage des spectres - Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », *In La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, Puf, 2001, p. 231.

[45] H. MOREL, « Le régime mixte ou l'idéologie du meilleur régime politique », in M. GANZIN (dir.), *L'influence de l'Antiquité sur la pensée politique européenne (XVIe -XXe siècles)*, Aix-en-Provence, Puam, 1996, p. 109.

[46] J. KRYNEN, *L'état de justice en France, XIIIe-XXe. t. II. L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012, p. 33

Lorsque la loi est muette, le juge ne peut la compléter par sa jurisprudence comme le faisaient les parlementaires d'Ancien Régime à l'occasion des arrêts de règlement. L'article 12 précise qu'ils doivent au contraire s'adresser « au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle ». Ainsi le référé législatif doit permettre d'éradiquer toute *jurisdictio* pour confiner le judiciaire au pouvoir exécutif. Dans la même logique, la création du Tribunal de cassation par la loi du 27 novembre-1er décembre 1790 est conçu comme une « sentinelle établie pour le maintien des lois » (Prieur). Sa fonction est d'annuler toute procédure et tout jugement qui leur serait contraire, sans lui-même se substituer au pouvoir législatif en les interprétant sur le fond.

La reconstitution d'un « ordre judiciaire » sous le Consulat et l'Empire, qui met fin à l'expérience d'une justice citoyenne, ne rétablit pourtant pas l'indépendance d'une aristocratie judiciaire dans l'esprit du régime mixte. Le judiciaire reste plus que jamais soumis au pouvoir politique qui bascule dans la monarchie. Alors que les magistrats d'Ancien Régime étaient propriétaires de leur charge, puis les juges élus pendant la Révolution, Napoléon établit dans les tribunaux des juges de métier, c'est-à-dire une magistrature d'État professionnelle et fonctionnarisée qui est soigneusement reliée et soumise par degrés au pouvoir. Napoléon brise ainsi l'idéal démocratique d'une justice exercée par les citoyens élus au suffrage populaire pour l'exécution fidèle des lois qui marquait une rupture majeure avec la tradition du prêtre de justice d'Ancien Régime. La faculté de juger est ôtée aux citoyens et confiée à des juges nommés à vie par le pouvoir qui établit ainsi l'« enrégimentement de la justice »⁽⁴⁷⁾ alors entièrement dévouée aux intérêts de l'État, et non pas de la nation. L'« ordre judiciaire » napoléonien, au service du Code civil, n'a donc plus

d'analogie avec l'*ordo juridicus* comme en témoigne l'effort pour éviter de le qualifier de « pouvoir judiciaire ».

Conclusion

La notion de régime mixte reste cependant pertinente pour analyser les régimes contemporains, nonobstant son inactualité. Saint Just montrait que la Constitution de 1791 conservait un élément aristocratique dans l'Assemblée nationale élue au suffrage censitaire via le mandat représentatif, en remplacement des parlements d'Ancien Régime qui revendiquaient en leur temps la représentation de la nation. « La France (de la Révolution) a coalisé la démocratie, l'aristocratie, la monarchie, la première forme l'état-civil, la seconde puissance législative, et la troisième exécutrice »⁽⁴⁸⁾. Par ailleurs, la séparation des pouvoirs dites "dualistes", caractérisée par les deux modèles des « régimes présidentiels » et des « régimes parlementaires », est mise à mal par l'émergence d'un contre-pouvoir juridictionnel après sa longue domestication dans tout le XIXe siècle. Le renforcement du pouvoir gouvernemental au XXe siècle a conduit à la montée en puissance de la justice constitutionnelle qui marque la consécration d'une conception tripartite des pouvoirs sur le modèle « néo-madisonien » des

[47] *Ibid.*, p. 58.

[48] L.-A.-L. SAINT JUST, *Esprit de la Révolution et de la Constitution de France*, Paris, Chez Beuvain, 1791, p. 22.

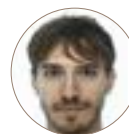
États-unis. La culture du contrôle de constitutionnalité, qui rappelle à bien des égards celle des parlements d'Ancien Régime, semble ainsi questionner la construction moderne du principe de la séparation des pouvoirs.

La notion de régime mixte rejaille sur le devant de la scène, car elle n'apparaît plus obsolète pour l'analyse des systèmes politiques contemporains. Michel Troper continue de mobiliser la notion pour analyser la Ve République lorsqu'il la qualifie de « gouvernement mixte » pour désigner le « gouvernement des juges »⁽⁴⁹⁾, quand Marcel Gauchet en appelle à refonder une « démocratie mixte, le régime mixte des Modernes »⁽⁵⁰⁾. Est-il d'ailleurs encore pertinent de parler de souveraineté des nations à l'heure de l'Union européenne (UE)? L'UE elle-même, souvent qualifiée de modèle *sui generis*, semble échapper à la question simpliste « qui dirige ? ». La souveraineté paraît davantage partagée entre un élément monarchique incarné par le Conseil des ministres et la Commission, un élément démocratique en déficit de légitimité dans le Parlement européen, et un élément aristocratique dans les cours de justice européenne qui autorise plusieurs auteurs à qualifier l'UE de « gouvernement de régime mixte »⁽⁵¹⁾ dans le sillage du droit constitutionnel états-unien. Mais une telle démarche n'est pas que descriptive. Elle permet d'attribuer à une institution en déficit de légitimité démocratique la sagesse du régime mixte.

[49] M. TROPER, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges? », in S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2001.

[50] M. GAUCHET, « Crise dans la démocratie », *La revue lacanienne*, 2008/2, p. 67.

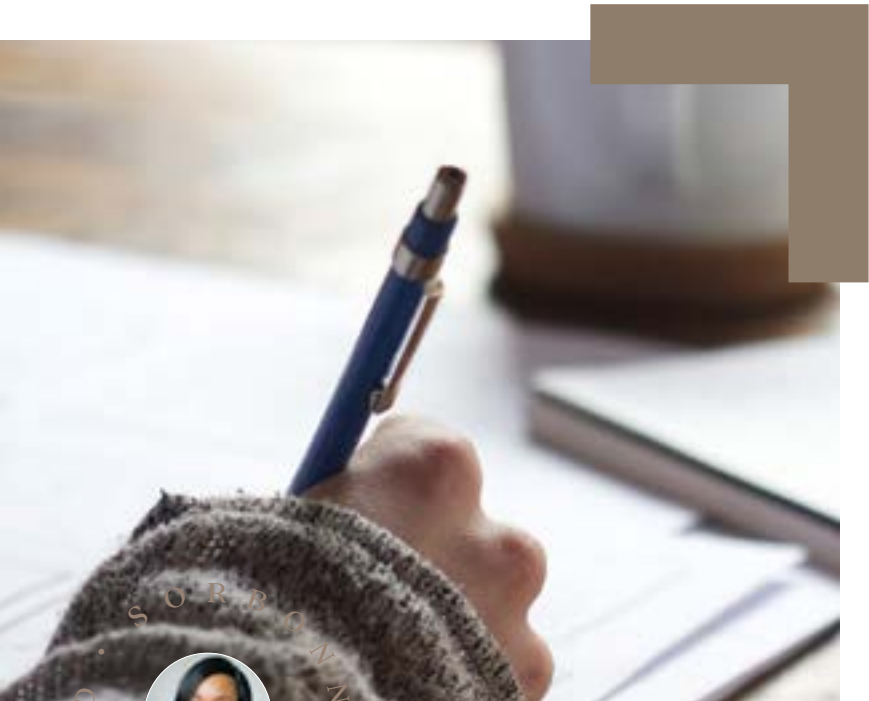
[51] C. J. BICKERTON, « Une Europe néo-madisonienne ? Pouvoir limité et légitimité démocratique », *Revue française de science politique*, 2010/6, vol. 6, p. 1088-1089



Actualité ou inactualité du régime mixte ?

par Edern DE BARROS





ORDONNANCE
PARIS

LA MULTIPLICITÉ CONCEPTUELLE ET FONCTIONNELLE DU DIALOGUE DES JUGES

par Stéphanie HIOL

« Mais de quel dialogue parle-t-on au juste ? »⁽¹⁾.

Le dialogue des juges « est devenu une manière de penser les rapports inter-juridictionnels »⁽²⁾. C'est précisément le cas pour celui qu'entretient la Cour de justice avec les juridictions nationales. En effet, la doctrine a très souvent recours à cette expression pour tenter d'appréhender et d'expliquer la manière dont ces juridictions définissent les processus articulatoires des systèmes juridiques auxquels elles appartiennent⁽³⁾. Pourtant, la lecture des différents emplois du dialogue des juges conduit à faire un constat frappant : tous ceux qui y ont recours ne font pas nécessairement référence à la même réalité substantielle. Précisément, le dialogue des juges, alors qu'il bénéficie d'une identité formelle, en ce sens que la même expression (ou ses variants) est employée par tous, est entouré d'une multiplicité conceptuelle et fonctionnelle. En effet, « les conceptions paraissent sans limites. Les fonctions ne le sont pas moins »⁽⁴⁾. La place qu'il occupe aujourd'hui dans l'analyse des rapports inter-juridictionnels, en particulier au sein de la construction européenne, rend nécessaire que soit menée une étude sur cette multiplicité conceptuelle et fonctionnelle qui l'entoure. C'est ce à quoi s'emploieront les lignes qui vont suivre.

[01] MONJAL (P.-Y.), « Dialogue », in *Abécédaire de droit de l'Union européenne en l'honneur de Catherine FLAESCH-MOUGIN*, Presses universitaires de Rennes, Collection « Droits européens », 2017, p. 151.

[02] MONJAL (P.-Y.), « Dialogue », in *Abécédaire de droit de l'Union européenne en l'honneur de Catherine FLAESCH-MOUGIN*, Presses universitaires de Rennes, *Opt. Cit.*, p. 147.

[03] Pour une position contraire, voir MONJAL (P.-Y.), « Présentation », in MONJAL (P.-Y.), JAN (P.), GESLOT (C.) (dir.), *La concurrence des juges en Europe, Le dialogue des juges en question(s)*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Éditions Clément Juglar, 2018, p. 13.

[04] FARDET (C.), « Le dialogue des juges existe-t-il ? », in MONJAL (P.-Y.), JAN (P.), GESLOT (C.) (dir.), *La concurrence des juges en Europe, Le dialogue des juges en question(s)*, *Opt. Cit.*, p. 38.

La réflexion qui sera ici proposée porte donc sur la multiplicité conceptuelle et fonctionnelle du dialogue des juges. Le champ d'analyse choisi pour le faire est celui du rapport entre la Cour de justice et les juridictions nationales. Ce choix se justifie par trois raisons. La première est d'ordre historique. C'est dans le cadre des rapports entre ces juridictions que l'expression dialogue des juges s'est imposée. Celle-ci était, en effet, employée à l'origine dans le cadre de la procédure préjudicielle qui se déroule entre la Cour de justice et les juridictions nationales. Il a alors semblé naturel qu'une réflexion sur la multiplicité conceptuelle et fonctionnelle du dialogue des juges soit menée dans le cadre qui en a constitué le point de départ. La deuxième raison est d'ordre pratique. Le périmètre de ce travail, nécessairement limité, ne permet pas d'en réaliser un qui soit exhaustif. Il ne serait pas possible, en effet, de prétendre pouvoir analyser le dialogue des juges tel qu'il est employé dans l'ensemble des rapports inter-juridictionnels qui existent. C'est donc un souci de réalisme qui a imposé de limiter le champ de l'étude à ce qui relève de l'ordre du possible, c'est-à-dire aux rapports entre la Cour de justice et les juridictions nationales. La troisième raison est que ces rapports constituent, en réalité, un cadre largement suffisant pour mener l'étude ici envisagée. Ils sont, en effet, à même de fournir les éléments nécessaires pour que soit appréhendée la multiplicité conceptuelle et fonctionnelle du dialogue des juges, tant l'expression y est très utilisée. Pour le faire, il sera d'abord montré comment cette multiplicité est née et s'est développée à mesure que l'usage de l'expression se multipliait. Il sera précisément montré qu'elle n'a pas été immédiate et qu'elle n'existait même pas lorsque l'expression n'était que faiblement utilisée. C'est donc la multiplication du recours au dialogue des juges qui a conduit à celle de ses

conceptions et de ses fonctions. Il sera ensuite montré qu'une telle multiplicité peut et doit être contrôlée. Actuellement, sa nature est subjective car la variabilité actuelle des conceptions et fonctions du dialogue des juges, qu'elle traduit, repose sur celle de leurs auteurs. La situation n'est pas satisfaisante car elle signifie que ces derniers discutent autour d'un objet qui est formellement identique mais substantiellement différent. Dans ces conditions, les oppositions doctrinales sont inévitables. Le contrôle de cette multiplicité, qui sera proposé dans la présente étude, permettra alors d'en modifier la nature de manière à la rendre plus objective et de rapprocher les parties au débat doctrinal.

Par conséquent, il sera, dans un premier temps, présenté l'évolution de la multiplicité conceptuelle et fonctionnelle du dialogue des juges (I) et, dans un second, un moyen permettant de contrôler cette multiplicité dont les effets sont actuellement négatifs pour la doctrine (II).

I- L'ÉVOLUTION DE LA MULTIPLICITÉ CONCEPTUELLE ET FONCTIONNELLE DU DIALOGUE DES JUGES

Les conceptions et fonctions du dialogue des juges n'ont pas toujours été aussi multiples que ce qu'elles sont aujourd'hui. Leur multiplication s'est progressivement réalisée à mesure que le recours à l'expression se multipliait. Au départ, en effet, l'expression avait été employée dans le seul cadre de la procédure préjudicielle qui se déroule entre la Cour de justice et les juridictions nationales. Ce rattachement lui conférait une conception et une fonction uniques (A). Celles-ci se sont multipliées au fil des années de sorte qu'aujourd'hui,

le dialogue des juges renvoient désormais à des conceptions diverses et est employé à des fins multiples (B).

A- La situation initiale :

L'unicité des conceptions et fonctions du dialogue des juges

En 1974, Mme Nicole QUESTIAUX avait recours au dialogue pour parler du rapport qu'entretient la Cour de justice avec les juridictions nationales dans le cadre de la procédure préjudicielle prévue, à l'époque, à l'article 177 du Traité de Rome (devenu article 234 CE, ensuite article 267 TFUE). Elle disait précisément que « la Cour a tout fait pour que la procédure se déroule comme un dialogue confiant de juridiction à juridiction (soulignement personnel) »⁽⁵⁾. Le dialogue se voyait ainsi rattaché à la procédure préjudicielle. Ce rattachement aurait pu conduire à considérer que c'était le dialogue des juges qui était assimilé à la procédure préjudicielle. Et si tel avait été le cas, il aurait été possible de considérer que le sens du dialogue des juges était celui du renvoi préjudiciel, c'est-à-dire « une forme de coopération, étroite et originale entre le juge national et le juge de l'Union »⁽⁶⁾. Le dialogue des juges, alors assimilé au renvoi préjudiciel, serait une « procédure par laquelle une juridiction nationale pose à la Cour de justice une question portant sur l'interprétation ou l'appréciation de validité d'une norme de l'Union, applicable au litige dont elle est saisie »⁽⁷⁾. Dans ces conditions, son but serait « de garantir une application du droit de l'Union qui soit uniforme quel que soit l'État membre concerné, et d'éviter ainsi les interprétations divergentes ou aléatoires d'un État à l'autre selon les traditions

juridiques propres »⁽⁸⁾. Mais, retenir un tel mouvement d'assimilation et, partant, une telle conception et fonction du dialogue des juges, reviendrait à ignorer et à dénaturer le contexte dans lequel il avait été employé par Mme QUESTIAUX, ou plus exactement, les raisons pour lesquelles il l'avait été. Celle-ci avait, en effet, poursuivi son propos en indiquant que « la question était d'importance, parce que dès qu'un litige est porté devant une juridiction internationale il s'y introduit immédiatement d'autres acteurs ou observateurs, ne serait-ce que les autres États intéressés au traité (soulignement personnel) »⁽⁹⁾. Il apparaît que le dialogue avait été utilisé par elle pour traiter des acteurs dans la procédure préjudicielle. Son recours se justifiait précisément par une volonté d'exclure de la procédure ceux qui ne seraient pas les juridictions nationales. Ainsi employé, le dialogue des juges ne jouait pas de rôle particulier dans l'articulation des systèmes juridiques nationaux avec celui de l'Union européenne. Sa fonction était simplement d'indiquer ceux qui sont parties à la procédure

(5) QUESTIAUX (N.), « La collaboration du juge administratif avec un juge international (Quelques remarques sur l'application par le Conseil d'État de l'article 177 du Traité de Rome) » in *Mélanges en l'honneur de M. STASSINOPOULOS, Problèmes de droit public contemporain*, LGDJ, RDP, 1974, p. 388.

(6) BOUTAYEB (B.), *Droit institutionnel de l'Union européenne, Institutions, ordre juridique, contentieux*, LGDJ, 6^e édition, 2020, p. 719.

(7) BLUMANN (C.) et DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne, LexisNexis*, 7^e édition, p. 845.

(8) BOUTAYEB (B.), *Droit institutionnel de l'Union européenne, Institutions, ordre juridique, contentieux*, *Opt. Cit.*

(9) QUESTIAUX (N.), « La collaboration du juge administratif avec un juge international (Quelques remarques sur l'application par le Conseil d'État de l'article 177 du Traité de Rome) » in *Mélanges en l'honneur de M. STASSINOPOULOS, Problèmes de droit public contemporain*, LGDJ, RDP, 1974, p. 388.

préjudicielle et d'exclure de cette dernière ceux qui ne le sont pas. C'est donc dire que c'était davantage la procédure préjudicielle qui était assimilée à un « dialogue confiant de juridiction à juridiction » et qui puisait ses éléments substantiels de ce dernier. Ce n'était pas le « dialogue confiant de juridiction à juridiction » qui se définissait par la réalité substantielle du renvoi préjudiciel. Cela conduit à soutenir l'idée selon laquelle à l'origine, le dialogue des juges ne constituait qu'un outil d'exclusion, dans la procédure préjudicielle, des parties autres que les juges. Cette idée est confirmée par l'emploi qu'en a fait le juge Robert LECOURT en 1976.

À cette date, celui-ci affirmait que la procédure préjudicielle constitue « un instrument de dialogue entre juridictions nationales et la Cour »⁽¹⁰⁾. Si le rattachement du dialogue à la procédure préjudicielle aurait pu conduire à se contenter de définir le premier par la substance de la seconde, le contexte dans lequel est intervenu cet emploi empêchait de le faire. En effet, le juge LECOURT avait au préalable soulevé une question : celle de savoir si la procédure préjudicielle constitue « une procédure à l'initiative des parties ou un simple instrument de dialogue entre juridictions nationales et la Cour (soulignement personnel) »⁽¹¹⁾. Il est remarquable que le dialogue entre juridictions avait ici été opposée à « une procédure à l'initiative des parties ». Il en résulte que la fonction du dialogue des juges était la même que celle qui était présente dans les écrits de Mme QUESTIAUX. Elle était celle qui consistait à exclure de l'initiative du renvoi préjudiciel les acteurs autres que les juges. Ainsi, et contrairement à l'idée que s'en font les auteurs aujourd'hui, sa fonction ne consistait pas à régler les difficultés liées à l'articulation des systèmes juridiques nationaux avec celui de l'Union européenne. Il convient de

relever, à ce stade de l'analyse, que c'est cette même fonction que la Cour de justice reconnaît au dialogue des juges dans ses arrêts. Ce qui signifie qu'elle n'a pas, du dialogue des juges, une conception identique à celle qu'en donne la doctrine et qu'elle ne lui reconnaît pas la fonction qui lui est reconnue par celle-ci.

La Cour a précisément recours au variant « dialogue de juge à juge ». Cela a notamment été le cas dans une ordonnance de 2017. Elle y avait affirmé que « le renvoi préjudiciel repose sur un dialogue de juge à juge, dont le déclenchement dépend entièrement de l'appréciation que fait la juridiction nationale de la pertinence et de la nécessité dudit renvoi »⁽¹²⁾. Le recours au dialogue de juge à juge se justifie ici par une volonté de préciser l'acteur à l'initiative de la procédure préjudicielle. Celui-ci étant, pour la Cour, la juridiction nationale. Elle en a fait, plus récemment, un usage similaire, dans une décision du 2 mars 2021. Au point 90, elle indiquait qu'« il importe de rappeler que la clef de voûte du système juridictionnel institué par les traités est constitué par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à cette disposition qui {a instauré} un dialogue de juge à juge entre la Cour et les juridictions des États membres (soulignement personnel) »⁽¹³⁾. Apparaissait au point 91 le but du recours à l'expression dialogue de juge à juge : « l'article 267 TFUE confère à cet égard aux juridictions nationales la

(10) LECOURT (R.), *L'Europe des juges*, Réimpression de l'ouvrage publié aux ÉDITIONS BRUYLANT en 1976, Bruylant Bruxelles, 2008, p. 266.

(11) *Ibid.*

(12) CJUE, Ordonnance du 13/07/2017, *Ccc Event Management c/ Cour de justice de l'Union européenne*, aff. C-261/17 P, pt. 16.

(13) CJUE, 02 mars 2021, *A. B. e. a. C/ Krajowa Rada Sadownictwa*, aff. C-824/18, pt. 90.

faculté la plus étendue de saisir celle-ci si elles considèrent qu'une affaire pendante devant elles soulève des questions exigeant une interprétation ou une appréciation en validité des dispositions du droit de l'Union nécessaires au règlement du litige qui leur est soumis »⁽¹⁴⁾. Le recours au dialogue était alors, une fois de plus, justifié par une volonté d'exclure de l'initiative de la procédure préjudicielle des intervenants autres que les juridictions.

Au départ, et c'est ainsi que la Cour de justice l'envisage souvent, le dialogue des juges ne servait qu'à indiquer - ou rappeler - la nature des acteurs dans la procédure préjudicielle. Sa fonction est cependant bien plus élargie aujourd'hui, ainsi que sa conception. Le dialogue des juges renvoie désormais à diverses réalités conceptuelles.

B- La situation actuelle :

La multiplicité des conceptions et fonctions du dialogue des juges

La multiplication des conceptions et des fonctions du dialogue des juges a débuté avec les conclusions du commissaire Bruno GENEVOIS sur l'affaire Cohn-Bendit de 1978. Il y avait invité le Conseil d'État à dialoguer avec la Cour de justice en affirmant qu' : « à l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit y avoir ni Gouvernement des juges,

ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges »⁽¹⁵⁾. Il convient de rappeler que l'affaire pour laquelle ces conclusions avaient été rendues portait sur la question de l'effet direct des directives communautaires (devenues directives de droit de l'Union européenne) en droit interne. Quatre ans plus tôt, dans sa décision Van Duyn⁽¹⁶⁾, la Cour de justice s'était prononcée en faveur de l'effet direct des directives en droit interne, allant ainsi à l'encontre de la lettre des traités⁽¹⁷⁾. C'est donc dans un contexte où le Conseil d'État risquait de provoquer une divergence jurisprudentielle que le commissaire du gouvernement l'invitait à nouer un dialogue des juges avec la Cour. Le dialogue proposé en 1978 était constitué de deux éléments alternatifs : Soit, le Conseil d'État devait saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel pour tenter de la conduire à revoir sa position antérieure sur la question de l'effet direct des directives. Soit, il devait réceptionner la solution déjà retenue par la Cour dans la décision Van Duyn. Le dialogue des juges changeait ainsi de substance conceptuelle et fonctionnelle. Celle-ci devenait bien différente de celle qui avait été la sienne avant ces conclusions. Le dialogue des juges devenait d'abord le moyen par lequel une juridiction nationale conduirait la Cour de justice à revoir sa jurisprudence, sans qu'il ne soit porté atteinte à la cohérence d'ensemble du droit, c'est-à-dire à l'autorité des arrêts de la Cour de justice. **Il excluait ainsi que**

(14) CJUE, 02 mars 2021, A. B. e. a. C/ Krajowa Rada SĄDOWNICTWA, aff. C-824/18, pt. 91.

(15) Concl. Sur CE, Ass. 22 déc. 1978, Ministère de l'Intérieur c/ COHN-BENDIT, RTDeur. 1979, p. 168.

(16) CJCE, 4 déc. 1974, Yvonne VAN DUYN c/ Home Office, aff. 41/74, Rec 1337.

(17) L'article 189 CEE (devenu article 249 TCE, ensuite article 288 TFUE) disposait que le règlement est directement applicable dans tous ses États membres. Tandis que la directive « lie tout État membre destinataire quant aux résultats à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

soit exercée sur la Cour une influence provenant de l'expression d'une divergence de nature jurisprudentielle. Le Président GENEVOIS a d'ailleurs semblé le confirmer quelques années plus tard, à l'occasion d'un retour sur les expressions qui avaient été utilisées par lui en 1978. Pour lui, « la lecture faite par le Conseil d'État de l'article 189 du traité de Rome n'était pas sans reposer sur de solides justifications. La directive se différencie du règlement en ce qu'elle assigne aux États un objectif en leur laissant le choix des moyens pour y parvenir »⁽¹⁸⁾. Mais, il estimait « qu'elle ne devait pas conduire pour autant à la dissidence en raison de la compétence dévolue à la Cour de justice en matière d'interprétation et d'appréciation de validité du droit communautaire (devenu droit de l'Union) »⁽¹⁹⁾. La divergence jurisprudentielle, prise comme moyen d'influence de la jurisprudence de la Cour, était ainsi exclue. Le dialogue des juges devenait ensuite *le moyen par lequel une juridiction nationale réceptionne les arrêts rendus par la Cour, sans nécessairement chercher à en modifier le sens. C'est alors ainsi que se trouvaient désormais multipliées les conceptions et fonctions du dialogue des juges. D'un simple instrument permettant de préciser les acteurs de la procédure préjudicielle, celui-ci occupait désormais une place importante dans la construction et l'effectivité, sur le plan interne, de la jurisprudence de la Cour de justice. Par le dialogue, le juge national pouvait, sans heurt, tenter d'influencer, voire de modifier, la jurisprudence de la Cour en lui adressant une question préjudicielle. Par ce même dialogue, cette jurisprudence devenait effective sur le plan interne, en raison d'une réception jurisprudentielle consentie par le juge national. Depuis lors, les conceptions et ses fonctions du dialogue des juges n'ont cessé de se multiplier.*

Si en 1978, le dialogue des juges excluait l'hypothèse

qu'une juridiction nationale puisse exprimer une divergence jurisprudentielle, tel n'est plus le cas aujourd'hui. Le Professeur François BRUNET l'a fait remarquer lorsqu'il a relevé qu'« il serait aisé de citer par exemples des conclusions de rapporteurs publics au Conseil d'État invoquant le « dialogue des juges » dans deux buts radicalement opposés: pour clore la controverse grâce à une convergence, ou (certes plus rarement) pour initier une controverse par une divergence (soulignement personnel)»⁽²⁰⁾. Pour illustrer le dialogue des juges réalisé en cas de divergence jurisprudentielle, le Professeur BRUNET avait évoqué les conclusions de M. DACOSTA qui justifiait une interprétation autonome de l'arrêt Leone de la Cour de justice. Celui-ci avait, en effet, estimé que l'enjeu en l'espèce - « la possibilité d'un réel débat démocratique sur les moyens de mettre en œuvre pour lutter contre les discrimination » - méritait « que s'instaure {...} un véritable dialogue des juges »⁽²¹⁾. Dès lors, la divergence jurisprudentielle constitue désormais l'une des manifestations du dialogue des juges. Ainsi est-il plus largement conçu aujourd'hui. Il est appréhendé comme étant « l'échange qui unit nécessairement, pour la mise en œuvre du droit européen, les juridictions nationales aux juridictions européennes, dans l'exercice de leur mission »⁽²²⁾. Il est, en effet, admis que « le cadre européen est particulièrement

(18) GENEVOIS (B.), « Retour sur le dialogue des juges », in BONNET (B.) (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 1812.

(19) GENEVOIS (B.), « Retour sur le dialogue des juges », in BONNET (B.) (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 1813.

(20) BRUNET (F.), « Pour une doctrine des controverses jurisprudentielles », in *La concurrence des juges en Europe, Le dialogue des juges en question(s)*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Éditions Clément Juglar, 2018, p. 53.

(21) DACOSTA (B.), *concl. Sur CE, Ass., 27 mars 2015, M. QUINTANEL, n° 372426, RFDA, 2015, p.*



adapté à des réflexions sur le concept de « dialogue des juges » car le système des rapports de compétences entre les juridictions nationales et les juridictions européennes repose justement sur l'idée de coopération entre ces juridictions et ne comporte ni hiérarchie au profit des juridictions européennes, ni mécanisme imposant un alignement automatique des jurisprudences nationales sur les jurisprudences européennes (soulignement personnel)⁽²³⁾. C'est qui permet aujourd'hui de parler de « l'autre versant du concept de dialogue et son principal intérêt, celui d'évoquer l'idée d'opposition, de conflits possibles (soulignement personnel) »⁽²⁴⁾, car « (...) dans l'idée de dialogue il y a celle de rencontre ou de confrontation (soulignement personnel)⁽²⁵⁾. Il a, par ailleurs, été soutenu que des arrêts divergents rendus par les juges nationaux, relevant alors du dialogue des juges, si le raisonnement ci-dessus présenté est suivi, constitueraient un moyen pour ceux-ci d'empêcher la Cour d'abuser de sa position dominante. C'est ainsi que pour le Professeur François HERVOUËT, « il ne faudrait pas conclure trop rapidement que s'il n'y a pas abus de position dominante, cela tient uniquement à une modération spontanée de la Cour. Ce serait une interprétation optimiste si l'on se souvient que toute institution a tendance à abuser de ses pouvoirs (...). {Le} contre-pouvoir se trouve dans les juridictions

nationales, notamment supérieures et il se joint à une raison pratique qui peut aussi expliquer le non-accomplissement de l'abus »⁽²⁶⁾. Les conceptions et fonctions du dialogue des juges se multiplient ainsi sans cesse. Cela n'est pas sans poser de difficultés importantes pour la doctrine qui en a fait un sujet de discussions doctrinales. D'où la nécessité de tenter d'en contrôler la multiplicité afin de les réduire.

(22) POTVIN-SOLIS (L.), « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Actes de la journée d'études organisée le 10 février 2003 à la Faculté de droit, économie et administration de l'Université de Metz*, Bruylant, 2004, p. 22-23.

(23) POTVIN-SOLIS (L.), « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Actes de la journée d'études organisée le 10 février 2003 à la Faculté de droit, économie et administration de l'Université de Metz*, Bruylant, 2004, p. 23.

(24) POTVIN-SOLIS (L.), « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Actes de la journée d'études organisée le 10 février 2003 à la Faculté de droit, économie et administration de l'Université de Metz*, Opt.cit., p. 24.

(25) Ibid.

(26) HERVOUËT (F.), « La Cour de justice de l'Union européenne abuse-t-elle d'une position dominante ? », in MONJAL (P.-Y.), JAN (P.), GESLOT (C.), (dir.), *La concurrence des juges en Europe, Le dialogue des juges en question(s), Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015*, Opt. Cit., p. 435.

II- LE CONTRÔLE DE LA MULTIPLICITÉ CONCEPTUELLE ET FONCTIONNELLE DU DIALOGUE DES JUGES

Ainsi qu'il a été démontré, le dialogue des juges est aujourd'hui entouré d'une multiplicité conceptuelle et fonctionnelle. En ce sens, il renvoie à des réalités substantielles différentes, de sorte que les auteurs discutent d'un objet formellement identique, mais substantiellement différent. Cette situation est insatisfaisante en raison des difficultés qu'elle pose. Il faut les présenter (A) et tenter de les réduire en contrôlant cette multiplicité. Un tel contrôle peut être réalisé par l'élaboration et l'application d'une méthode définitionnelle du dialogue des juges (B).

A- Un contrôle justifié

Telle qu'elle existe aujourd'hui, la multiplicité conceptuelle et fonctionnelle du dialogue des juges pose trois difficultés. Il apparaît d'abord qu'elle est subjective car elle découle de la pluralité des auteurs qui en parlent. Les conceptions et fonctions proposées n'étant que le résultat de l'idée qu'ils s'en font, puisque leur prolifération provient en grande partie de celle des auteurs qui y ont recours. Ensuite, elle contribue nécessairement à en obscurcir le sens tant il est vrai que « les expressions ultérieures du dialogue des juges ont contribué à édulcorer son utilisation et à en embrouiller le sens »⁽²⁷⁾. Aujourd'hui, « son imprécision la fait apparaître comme une clef qui ouvre toutes les serrures »⁽²⁸⁾. Il est, en effet, actuellement impossible de dire, avec précision, ce que recouvre précisément la notion de dialogue des juges. Enfin, la multiplicité conceptuelle et fonctionnelle actuelle du dialogue

des juges en fait un facteur d'oppositions doctrinales et ne lui permet pas de constituer un objet scientifique pertinent. Il en est ainsi car elle renvoie au sens que lui attribuent les différents auteurs qui analysent les rapports inter-juridictionnels. Son identité formelle n'annule pas la diversité de son approche substantielle. Or, ainsi que l'a relevé le Professeur Borris BARRAUD, au sujet de discussions doctrinales menées autour du développement du rôle du droit dans la société ou de l'effacement du droit à l'ère contemporaine, « la variabilité du sens (...) n'est peut-être guère plus satisfaisante que l'absence de sens (...). Comment débattre (...) si les parties prenantes à la discussion ne placent pas les mêmes objets dans la catégorie du droit et du non-droit ? ». Dans ces conditions, les oppositions doctrinales sont inévitables. Les parties à la discussion adopteront nécessairement des positions divergentes dès lors qu'elles ne font pas toutes référence à la même substance conceptuelle et fonctionnelle du dialogue des juges. Il est possible de présenter un débat doctrinal où la divergence de vue, au sujet de la question relative à la possibilité pour les juridictions de mener un dialogue dans le cadre de la procédure préjudicielle, est justifiée, non pas par une lecture singulière du droit positif qui l'organise, mais, par des conceptions différentes du dialogue des juges.

D'un côté, le Président Bruno GENEVOIS considère que « le dialogue des juges consiste en la prise en compte par une juridiction non seulement de sa propre jurisprudence, mais aussi, selon des procédures formalisées ou non, de

(27) LÉPOUTRE (N.), *Le dialogue entre le juge administratif français et la Cour de justice de l'Union européenne par le mécanisme préjudiciel*, Thèse présentée sur www.theses.fr, p. 37.

(28) BRUNET (P.), *Les juges européens au pays des valeurs*, 2009, http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20090608_brunet.pdf.

la jurisprudence d'autres juridictions (au plan national, transnational ou supranational) dans le but d'assurer la cohérence d'ensemble du droit (soulignement de l'auteur) »⁽²⁹⁾. Ces conceptions et fonctions ainsi reconnues au dialogue des juges le conduisent à soutenir que « la procédure de renvoi préjudiciel en interprétation du droit communautaire (devenu droit de l'Union européenne) ou en appréciation de validité, qui remonte à l'article 177 du traité de Rome (devenu article 234 CE, ensuite article 267 TFUE), peut, dans certaines hypothèses être un mode de dialogue entre le juge national et la Cour de justice (soulignement personnel) »⁽³⁰⁾. Il en ressort que, pour le Président GENEVOIS, le dialogue des juges est possible dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel. Pour le démontrer, il a fait référence au contenu de la décision de renvoi du Conseil d'État, *Association France Nature Environnement*⁽³¹⁾, « qui était libellé de telle sorte qu'il incite la Cour de justice à admettre que des considérations impérieuses liées à la protection de l'environnement peuvent conduire le juge national à maintenir temporairement en vigueur certains effets d'un acte national annulé pour contrariété au droit de l'Union, sans être tenu d'en saisir au préalable le juge communautaire (devenu juge de l'Union européenne) comme paraît l'impliquer la jurisprudence de la Cour (soulignement personnel) »⁽³²⁾. La conception du dialogue des juges qui a été retenue par le président GENEVOIS lui permet ainsi d'affirmer la possibilité pour les juges de dialoguer dans le cadre de la procédure préjudicielle. Mais, celle retenue par le Professeur Pierre BERLIOZ le conduit à défendre une thèse contraire : celle de l'impossibilité pour les juges de dialoguer dans le cadre de cette procédure.

Le Professeur BERLIOZ définit, non pas le dialogue des juges, mais le dialogue. La définition qu'il retient de ce dernier, ainsi que la nature de la thèse qu'il défend révèlent cependant

la conception du dialogue des juges qui est la sienne. Celui-ci rappelle qu'« un dialogue est une discussion, un échange réciproque de connaissances et d'informations entre deux personnes, qui suppose l'écoute attentive de chacun, pour la recherche d'une solution conjointe »⁽³³⁾. Partant de là, il considère que « la nature même de la procédure exclut toute manifestation d'un désaccord entre le juge national auteur du renvoi et la Cour de Justice »⁽³⁴⁾. La référence faite ici à l'impossibilité pour un désaccord d'exister dans la procédure préjudicielle révèle que le Professeur BERLIOZ conçoit le dialogue des juges comme étant un espace de liberté entre ces derniers et que celui-ci devrait leur permettre d'y exprimer librement leurs vues et de manifester des désaccords, tant pour ce qui est du déclenchement de la procédure que des réponses apportées par la Cour. Or, selon l'auteur, « dans la

(29) GENEVOIS (B.), « Dialogue des juges ou confrontation sous-jacente ? », in MONJAL (P.-Y.), JAN (P.), GESLOT (C.), (dir.), *La concurrence des juges en Europe, Le dialogue des juges en question(s)*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Opt. Cit., p. 20.

(30) GENEVOIS (B.), « Dialogue des juges ou confrontation sous-jacente ? », in MONJAL (P.-Y.), JAN (P.), GESLOT (C.), (dir.), *La concurrence des juges en Europe, Le dialogue des juges en question(s)*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Opt. Cit., p. 25.

(31) Req. N°360 212, RTD eur. 2015, 856, note E. MULLER.

(32) GENEVOIS (B.), « Dialogue des juges ou confrontation sous-jacente ? », in MONJAL (P.-Y.), JAN (P.), GESLOT (C.), (dir.), *La concurrence des juges en Europe, Le dialogue des juges en question(s)*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Opt. Cit., p. 25.

(33) BERLIOZ (P.), « Cour de Justice de l'Union européenne : du dialogue à la cassation ? », in BOURDON (J.) (dir.), *Concurrence des contrôles et rivalité des juges*, Mare et Martin, 2012, p. 88.

(34) Ibid.

mesure où la Cour statue sur renvoi préjudiciel, elle n'apprécie pas la pertinence d'une solution que l'on contesterait devant elle, mais répond à une question que la juridiction nationale a l'obligation de poser »⁽³⁵⁾. De plus, « le juge national ne peut manifester sa réserve à l'égard de la solution rendue, puisqu'il a l'obligation de la mettre en œuvre, sur le point de droit qui lui est soumis comme dans des instances ultérieures, sauf à poser à nouveau la question en espérant que la Cour change d'avis »⁽³⁶⁾. Ainsi, pour le Professeur BERLIOZ, « peut-on alors dire qu'il y a dialogue quand l'échange consiste, pour l'un, à devoir poser une question et, pour l'autre, à lui fournir une réponse ? Tel est bien le schéma : une question obligatoire, une réponse imposée »⁽³⁷⁾. Il estime alors que « plus que le fruit d'un dialogue entre les juridictions, la réponse apportée à la question posée par la juridiction nationale apparaît donc comme une production unilatérale de la Cour de Justice, qui dispose de toute façon du dernier mot en raison de la force obligatoire de ses arrêts »⁽³⁸⁾. Il apparaît ainsi que c'est l'absence de liberté des juridictions nationales, en amont et en aval de la procédure préjudicielle, qui conduit le Professeur BERLIOZ à affirmer que le dialogue est impossible dans le cadre de la procédure préjudicielle. Mais, une telle prise de position vient de ce qu'il ne conçoit pas un dialogue des juges sans cette liberté. Ce que paraît concevoir le Président GENEVOIS qui soutient la thèse contraire. Il en résulte que la multiplicité conceptuelle

et fonctionnelle du dialogue des juges favorise les oppositions doctrinales. Il demeure cependant possible de la contrôler de manière à en réduire ses conséquences négatives dans le débat doctrinal.

B- Un contrôle réalisable

La multiplicité conceptuelle et fonctionnelle actuelle du dialogue des juges doit être contrôlée. L'objectif d'un tel contrôle est d'essayer de la modifier tant du point de vue de sa nature, qui est subjective, que de ses effets, c'est-à-dire de sa capacité à opposer la doctrine. Pour le faire, une méthode d'encadrement substantiel du dialogue des juges est proposée. Elle est constituée de différentes étapes dont l'objectif est de parvenir au résultat ci-dessus présenté.

La première étape de la méthode définitionnelle proposée est celle du rattachement systématique du dialogue des juges à définir à un type de rapports inter-juridictionnels : celui dans lequel il doit être envisagé. Cela signifie que, plutôt que de rechercher le sens isolé du dialogue des juges, il serait plutôt recherché celui du dialogue des juges appliqué à un type de rapports précis entre juridictions. Cette première étape suppose de renoncer à une recherche isolée du sens du dialogue des juges qui renvoie d'ailleurs à une prétention : elle conduit à laisser croire qu'un sens isolé du dialogue des juges puisse être employé pour l'analyse de n'importe quel type de rapports entre juridictions. Ce dont nous ne sommes pas convaincus, car il y a nécessairement autant de substances conceptuelles

(35) Ibid.

(36) Ibid.

(37) Ibid.

*(38) BERLIOZ (P.), « Cour de Justice de l'Union européenne : du dialogue à la cassation ? », in BOURDON (J.) (dir.), Concurrence des contrôles et rivalité des juges, *Opt. Cit.*, p. 99.*

et fonctionnelles du dialogue des juges que de types de rapports entre juridictions dans lesquels il peut être envisagé. L'application de cette première étape modifie la nature de la multiplicité conceptuelle et fonctionnelle du dialogue des juges. Alors que celle-ci se justifiait, subjectivement, par le nombre d'auteurs ayant recours à l'expression, elle se justifiera désormais, plus objectivement, par le nombre de type de rapports inter-juridictionnels qui existent. Cette première étape semble avoir été amorcée par le Professeur Pierre-Yves MONJAL dans des écrits consacrés à la question du dialogue entre la Cour de justice et le Conseil d'État français. Celui-ci y avait présenté différentes significations du terme dialogue, mais n'avait pas fait suivre celles-ci d'une définition du dialogue des juges. Il avait simplement indiqué que « ce rapide détour par le(s) sens du dialogue, peut, pour le moins, servir de clef de compréhension de sa signification profonde et guider le juriste sur le sens et/ou la portée de son emploi dans la perception des rapports inter-juridictionnels »⁽³⁹⁾. Il est donc possible d'y voir un renoncement à une définition isolée du dialogue des juges. Cela paraît tellement probable qu'il a par la suite affirmé que « cette notion n'a aucun sens en soi (soulignement personnel) »⁽⁴⁰⁾. Cela implique que le sens du dialogue des juges ne peut pas être recherché en lui-même. Il ne peut l'être que dans des éléments qui lui sont extérieurs. La méthode définitionnelle ici proposée suggère que ces éléments soient constitués par les types de rapports inter-juridictionnels dans lesquels le dialogue des juges doit être envisagé.

La deuxième étape de cette méthode consiste à modifier la question par laquelle la substance du dialogue des juges doit être recherchée. Plutôt que d'en interroger directement l'être, il est ici proposé d'en interroger la raison d'être.

Il s'agira précisément de rechercher les objectifs poursuivis par le dialogue des juges, la raison d'être de ce type de rapport en lieu et place d'un autre, tel, notamment, un rapport de supériorité hiérarchique - d'un point de vue organique -. Nous pensons que cette étape est en même de permettre de mieux comprendre les éléments constitutifs de ce dialogue et d'en réduire la subjectivité.

La troisième et dernière étape de la méthode définitionnelle proposée consiste à déterminer le cadre dans lequel des réponses peuvent être apportées à la question relative à la raison d'être du dialogue des juges, dans un type de rapports inter-juridictionnels précis, ainsi que la manière de les recueillir. La difficulté, à ce stade, n'est pas moindre car il est connu que le dialogue des juges n'a aucune existence formelle dans les textes juridiques. En ce sens, il n'en existe aucune trace, ni dans ceux de l'Union européenne, ni au niveau national. Il faut donc déterminer le cadre dans lesquels ces réponses pourraient être trouvées. La détermination de celui-ci ne peut se faire que s'il est considéré que le dialogue des juges est « une très belle expression inventée et employée par la doctrine (soulignement personnel) »⁽⁴¹⁾. L'origine et la nature doctrinales du dialogue des juges imposent alors d'analyser les écrits de celle-ci pour tenter d'y trouver des éléments permettant d'expliquer les raisons d'être du dialogue des juges, dans un type de rapport inter-juridictionnel précis. Mais, cela a été démontré, les conceptions et fonctions doctrinales du dialogue des juges sont diverses. Il est donc

(39) MONJAL (P.-Y.), « Dialogue », in Abécédaire de droit de l'Union européenne en l'honneur de Catherine FLAESCH-MOUGIN, Opt. Cit., 2017, p. 150.

(40) Ibid.

aussi nécessaire de déterminer la manière dont ces données seront recueillies. La méthode définitionnelle ici proposée s'est, pour cela, inspirée des travaux du Professeur Borris BARRAUD portant sur la définition du concept « droit ». Confronté à une pluralité de définitions doctrinales, comme il en existe pour le dialogue des juges, celui-ci avait opté pour l'application d'une méthode syncrétique qui consiste à considérer que chacune des propositions doctrinales constitue, non pas, la vérité, mais une partie seulement de la vérité au sujet de la notion ou du concept à définir. Le professeur BARRAUD indiquait que :

« Avec la théorie syncrétique, la définition du droit passe de statut de vérité subjective et personnelle à celui de vérité objective et collective. Il ne s'agit plus de proposer ou de choisir cette définition, mais de l'observer, de la recueillir dans l'ensemble de la littérature et des discours où le nom « droit » et son adjectif « juridique » apparaissent. Une vérité élémentaire de l'épistémologie générale est que le point de vue crée l'objet et que, par conséquent, il y a autant d'objets différents que de points de vue différents. Or le point de vue syncrétique permettrait d'inclure et de réunir tous les points de vue et donc tous les objets. Le pari pris en ces lignes est que le syncrétisme juridique serait capable de rendre justice de l'entière réalité de la notion »⁽⁴²⁾.

Voilà donc, ainsi présentée, la méthode définitionnelle que nous proposons pour tenter de définir le dialogue des juges et d'en contrôler la multiplicité conceptuelle et fonctionnelle afin de réduire les difficultés qu'elle pose pour le débat doctrinal. Il y a donc maintenant lieu de l'appliquer.



C'est la définition du dialogue des juges, appliqué au rapport précis entre la Cour de justice et les juridictions nationales de dernier ressort qui sera ici recherchée. L'application de la méthode syncrétique à toutes les propositions doctrinales y afférentes permet de constater que ce dialogue poursuit un double objectif : la référence croissante à la possibilité pour les juges nationaux d'exprimer leurs vues, même divergentes, permet de penser que celui-ci chercherait à leur permettre de participer librement à l'élaboration des solutions retenues par la Cour de justice. Celle de la convergence jurisprudentielle conduit à considérer qu'il rechercherait une cohérence d'ensemble du droit. Il en résulte que le dialogue entre la Cour de justice et les juridictions nationales de dernier ressort renverrait à un type de rapport inter-juridictionnel dans lequel se trouvent préservées, dans le même temps, la participation libre des juridictions nationales de dernier ressort à l'élaboration des solutions retenues par la Cour de justice et la cohérence d'ensemble du droit.

En définitive, le dialogue des juges est actuellement entouré d'une multiplicité conceptuelle et fonctionnelle dont les conséquences pour le débat doctrinal sont négatives, mais qui peut être contrôlée par l'élaboration et l'application d'une méthode définitionnelle appropriée.

(41) BLUMANN (C.), « L'inutile dialogue des juges », in MONJAL (P.-Y.), JAN (P.) et GESLOT (C.), *La concurrence des juges en Europe, Le dialogue des juges en question(s), Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Opt. Cit.*, p. 63.

(42) BARRAUD (B.), *Qu'est-ce que le droit ? Théorie syncrétique et échelle de juridicité*, L'Harmattan, 2017, p. 17.



**La multiplicité conceptuelle
et fonctionnelle du dialogue des juges**
par Stéphanie HIOL



S O R B O N N E
P A R I S

rubrique
café



Entretien

*avec Catherine Fabregoule, MCF à l'USPN,
Jean-Jacques Menuret, MCF à l'USPN
et Pierre-Yves Monjal, PR à l'Université de Tours.*

Comment sont nés les ateliers doctoraux intitulés « Du mot à la thèse, regards sur les évolutions du vocabulaire du droit », dont les contributions qui en sont issues sont publiées dans le présent numéro de la revue 13 en Droit ?

Alors que la pandémie de Covid19 démarrait et juste avant la fermeture de notre Université et le confinement, nous avons organisé en mars 2020 à la MSH Paris Nord un colloque sur « Les évolution du vocabulaire du droit », dont les actes ont ensuite été publiés par Lexisnexis.

L'idée de départ avait été le constat que le vocabulaire du droit, comme tout vocabulaire, évolue au gré des mutations et des enjeux de la société et sous l'influence des nombreux facteurs environnants qui se sont multipliés ces dernières années : mondialisations, crises, défis environnementaux et

technologiques ou besoins sociétaux. Au-delà, ces évolutions peuvent être révélatrices de glissements méthodologiques entre disciplines, matières ou personnes, où résulter parfois d'effets de modes. D'autres manifestations encore reflètent de véritables changements de paradigmes.

A partir de ce terreau, est née l'idée de proposer de prolonger notre thème de réflexion stimulant en proposant aux doctorants d'y contribuer. En effet, nous nous sommes rappelés que la période de la thèse pouvait être marquée par des moments difficiles et notamment un certain isolement, que l'Université n'aidait guère à rompre.

Nous avons alors eu l'idée de proposer aux doctorants (ou jeunes docteurs) en droit (publicistes, privatistes et historiens) et sciences politiques de l'Université Sorbonne Paris Nord, en association avec ceux de l'Université de Tours, deux ateliers participatifs intitulés : « Du mot à la thèse, regards sur les évolutions du vocabulaire du droit ».

Quand ont eu lieu ces ateliers et quelle a été leur finalité ?

Ces deux ateliers se sont tenus les 7 février et 7 mars 2022 en mode hybride et ont réuni à chaque fois une quinzaine de participants, en la présence de plusieurs enseignants-chercheurs qui dirigent ou encadrent des thèses.

Sans faire double-emploi avec des réunions de l'école doctorale ou avec les directeurs de thèses, il s'est agi de réunir les doctorants autour, d'abord, d'exposés oraux (d'une vingtaine de minutes environ) sur des mots choisis librement par les intervenants qui se sont portés volontaires, qu'ils ont rencontrés au cours de leur travail de thèse, puis d'une discussion avec les enseignants-chercheurs présents et les autres doctorants

autour des réflexions suscitées par ces exposés.

Ces ateliers ont ainsi permis de mettre en évidence des attractions réciproques entre vocabulaires, de mieux comprendre parfois le sens de la création des mots ou de leurs réinterprétations, ou encore les effets et les causes de la réception d'un nouveau langage et leurs effets juridiques. Ils ont également contribué, pour les intervenants, à une réflexion qui, sans être coupée de leur travail de thèse, a pris quelques distances avec celle-ci, donnant ainsi un peu d'air à ce travail de longue haleine.

Enfin, au-delà du seul projet scientifique, nous avons voulu encourager un esprit de groupe, d'échange et de coopération. Et ces ateliers ont encore permis de valoriser les travaux des intervenants, d'une part, par l'obtention d'ECTS pour ces derniers comme pour les simples participants et, d'autre part, par la publication aujourd'hui de ces réflexions dans la revue 13 en Droit de l'Université Sorbonne Paris Nord, ce dont nous sommes particulièrement heureux.

Ces ateliers seront-ils reconduits dans l'avenir ? Avec quels participants ?

La démarche volontaire de participation à ces ateliers les a rendus très agréables : ils ne génèrent ainsi aucune pression, ni aucune compétition entre les doctorants. Ils donnent lieu à des moments d'échange en toute liberté. A peine les doctorants peuvent-ils ressentir un peu de stress au moment de leur intervention orale, mais nous nous sommes aperçus qu'ils étaient déjà très rodés à l'exercice et qu'ils s'exprimaient avec une belle aisance et une parfaite maîtrise de leur sujet.

Dans ces conditions, nous sommes prêts à organiser de nouveaux ateliers sur la même thématique, si les doctorants

manifestent de leur côté leur intérêt et donc leur volonté d'y participer.



*avec Catherine Fabregoule, MCF à l'USPN,
Jean-Jacques Menuret, MCF à l'USPN
et Pierre-Yves Monjal, PR à l'Université de Tours.*

REVUE DES DROITS DE L'ÉCONOMIE



UNIVERSITÉ
SORBONNE
PARIS NORD

REVUE

LE BENDROIT

Revue de la Faculté de Droit, Sciences politiques et sociales



UFR DSPS

Droit, Sciences Politiques et Sociales

UNIVERSITÉ SORBONNE PARIS NORD - SEINE-SAINT-DENIS

CAMPUS
CONDORCET
1050 - 93000 LA GARENNE

A^SPC
Alliance Sorbonne
Paris Cité