

# recherche DROIT & JUSTICE

## Éditorial

Yann AGUILA

Conseiller d'Etat

Directeur de la Mission



# Sur l'art DE JUGER

« Il y avait des juges avant qu'il y eût des lois » a écrit Portalis.

Cette belle formule invite à la réflexion. En des temps reculés, sans doute le règlement des conflits était-il déjà confié à un tiers impartial et désintéressé. Dans de nombreuses sociétés, une autorité, quel que soit son nom – chef ou sorcier, prêtre ou juge – remplit cette fonction essentielle à la paix sociale : trancher les litiges, afin d'éviter le cercle infini de la vengeance décrit par René Girard. Sa décision « arrête » la discussion – d'où sans doute l'origine du mot « arrêt ».

Certes, aujourd'hui, la référence à la loi est devenue indispensable. Elle évite l'arbitraire du juge, qui rend des décisions plus objectives, prévisibles et contrôlables. Surtout, la loi étant issue d'assemblées élues par le peuple, elle répond à une exigence de démocratie, puisque les règles appliquées par le juge sont issues de la volonté populaire.

Pour autant, il ne faudrait pas oublier cette vérité que nous suggère Portalis : la première mission du juge, c'est de rendre une décision ; les règles de droit interviennent seulement au stade de la *justification* de sa décision. Elles sont des *raisons de décider*. D'ailleurs, d'autres systèmes de légitimation du jugement sont concevables : équité, considérations morales, bon sens, intime conviction...

En France, avant la Révolution, les arrêts n'étaient même pas motivés : « *Le XVIII<sup>e</sup> siècle était si bien accoutumé à des décisions de justice impératives et sans motifs qu'il tenait la chose pour naturelle<sup>1</sup>* ». Sur le plan historique, le jugement précède donc la loi.

Oublier cette vérité, c'est s'exposer au risque d'inverser la logique. Le juge n'est pas un organe « d'exécution » des lois, comme l'est par exemple l'administration lorsqu'elle prépare un décret d'application qui vient préciser et mettre en œuvre une loi. Le rapport du juge à la loi est d'une toute autre nature. Investi d'une mission de régulation des conflits, et saisi par les parties d'un litige, il recherche dans le droit les motifs d'une bonne décision.

Cette conception ancienne de l'office du juge rejoint des débats très contemporains. Les évolutions récentes de nos systèmes juridiques semblent en effet conforter la vision pénétrante de Portalis. Le juge n'est plus face à une pyramide de normes, simples et cohérentes, qu'il suffirait d'appliquer. La complexité accrue du droit, la pro-

lifération des lois et des décrets, le développement des règles internationales et communautaires placent de plus en plus souvent le juge au cœur du système juridique. Il se trouve confronté à un ensemble de normes, foisonnantes, enchevêtrées et parfois contradictoires, qu'il lui appartient de mettre en ordre, interpréter, coordonner, concilier. Cet exercice de *recherche du droit* applicable, préalable obligatoire à toute décision, représente aujourd'hui une part de plus en plus importante du travail du juge.

Dès lors, on assiste à une évolution de la perception qu'a le juge de son propre rôle, notamment vis-à-vis de la loi, qu'il peut écarter au profit du droit international.

Le juge n'est plus seulement le gardien du temple. Il en est aussi l'un des architectes. ■

1) Tony Sauvel « Les origines des commissaires du gouvernement », RDP 1949, p. 9





### Thierry Chopin

Directeur des études de la Fondation Robert Schuman<sup>1</sup> – enseigne à l'Institut d'études politiques de Paris (Sciences Po) et au Collège d'Europe à Bruges.

# L'Europe et le droit

Cinquante ans après la signature du traité de Rome, le droit demeure au fondement de l'Union européenne, dont il constitue un des plus puissants facteurs d'intégration. En particulier, la jurisprudence de la CJCE, en établissant le principe de la suprématie du droit communautaire sur le droit national à travers les deux concepts complémentaires de primauté et d'applicabilité directe, a produit des effets cruciaux sur la manière d'appréhender la nature des rapports entre le droit des Communautés, puis de l'Union, et le droit interne des Etats qui la composent. C'est cette centralité du facteur juridique qui faisait dire à Walter Hallstein, le premier Président de la

Commission européenne, que l'union en train de se constituer est une « communauté de droit ».

De surcroît, depuis le traité de Maastricht, la coopération judiciaire, en matière civile comme en matière pénale, constitue un nouvel objectif assigné à la

construction européenne. Cet objectif confirme de manière décisive la vocation politique du projet européen. La création d'un espace de droits et la garantie des libertés des citoyens constitue désormais l'horizon de l'action communautaire. Ce nouveau volet est, certes, encore embryonnaire mais la mise en place du mandat d'arrêt européen et les discussions actuelles relatives à la création d'un parquet européen marquent bien la volonté des Etats membres de doter l'Union européenne de moyens et d'outils communs, alors même que la justice est traditionnellement placée au cœur de la souveraineté de l'Etat.

Pour ces deux premières raisons, au moins, la recherche juridique ne peut pas faire l'économie de la dimension européenne.

Mais, des interrogations surgissent, qui peuvent constituer autant d'obstacles à l'émergence d'un modèle juridique européen, si des réponses ne leurs sont pas apportées : au-delà de la diversité des traditions juridiques (pays de droit romain et pays de Common Law) et judiciaires (par l'étatisation de la justice avec l'invention de la souveraineté puis par la nationalisation du droit), y a-t-il des caractéristiques spécifiques du droit communautaire qui dessineraient les contours d'un modèle juridique

commun? Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire? In fine, Y a-t-il un droit européen? De surcroît, quelles seront les modalités de conciliation des deux ordres juridiques communautaire et étatique?

Cette dernière interrogation, de nature constitutionnelle, conduit à ce qui constitue peut-être l'un des questionnements centraux des rapports entre Europe, droit et justice : la place du juge dans l'ordre politique et juridique européen, interrogation corrélative au renouvellement actuel du constitutionnalisme en Europe (conçu comme primat du droit sur les conflits de souveraineté) et de la diffusion dans l'espace européen des règles de l'état de droit, en particulier dans les parties centrale et orientale du continent. En témoigne l'importance faite à la logique des droits, qui a trouvé une traduction concrète dans la Charte européenne des droits fondamentaux et dans la volonté de l'Union européenne d'adhérer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Ces évolutions sont dignes d'intérêt, au moins à un double titre : elles s'accompagnent d'une réhabilitation heureuse de la figure du juge, jusqu'alors reléguée au second plan dans certaines cultures politiques nationales ; elles mettent en jeu la définition des principes juridiques communs aux pays qui composent l'Union européenne, ce qui conduit à des interrogations incontournables sur l'identité européenne, dans la mesure où le droit constitue un élément déterminant de la culture et de la civilisation européennes. ■



1) Pour en savoir plus sur la Fondation Robert Schuman : [www.robert-schuman.org](http://www.robert-schuman.org)

# Prescription, amnistie

## et grâce en France

DANET JEAN / GRUNVALD SYLVIE /  
HERZOG-EVANS MARTINE /  
LE GALL YVON

### Prescription, amnistie et grâce en France

Université de Nantes, mars 2006,  
447 pages + annexes.

Bien qu'elles puissent assez facilement - et d'une façon séduisante pour l'esprit - être réunies sous un même terme, « institutions de clémence » par exemple, traduisant la capacité de la Justice à renoncer à poursuivre certains faits ou à réduire ou gommer les effets des sanctions qu'elle pourrait prononcer ou qu'elle a déjà prononcées, la prescription, l'amnistie et la grâce, disent les auteurs, doivent, en droit, être étudiées séparément, afin que la volonté de simplifier n'engendre pas finalement la confusion. Plusieurs différences importantes les distinguent en effet les unes des autres, à commencer par les effets qu'elles produisent, ce qui implique que le régime juridique de chacune d'entre elles et les règles qui leur sont applicables soient étudiées de manière indépendante. Mais il faut noter aussi qu'elles correspondent, dans leur singularité, à des temps différents de la procédure : phase préparatoire pour la prescription, phase exécutoire pour l'amnistie et la grâce, phase post-sentencielle pour les techniques dites d'effacement ou pour le relèvement, ce qui a conduit à une réflexion sur leur fondement et leur utilité propre.

Même si certains obstacles se sont dressés sur la route des chercheurs, comme l'impossibilité d'accéder à certaines données (les dossiers individuels de grâce) ou le faible volume de certains contentieux (prescription de la peine), il leur a cependant été possible, par le moyen d'une lecture systématique de la doctrine, qu'elle soit le fait d'universitaires ou de praticiens, de la jurisprudence (désormais facilement accessible grâce à Légifrance) et de l'exploitation des documents de travail eux-mêmes (lois, décrets, arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation), de se livrer à un travail large et méthodique sur le champ.

On se réjouira d'abord de constater l'harmonieuse conjonction du droit et de l'histoire dans la

démarche, les auteurs pénalistes n'hésitant pas, autant que de besoin, à introduire une dimension diachronique dans leurs analyses particulières mais confiant à un historien du droit le soin de la fresque brochant, en manière d'introduction, l'évolution des attitudes observées en France en matière de prescription pénale jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle.

Le parti pris de distinguer les mesures les unes par rapport aux autres n'a pas fait obstacle à la mise à jour d'observations communes à l'ensemble des institutions étudiées. Il est ainsi apparu clairement que le droit positif s'orientait vers une régression de l'individualisation classique, sorte de « *sur mesure* » adapté à chaque justiciable, au profit d'une « individualisation par catégorie », sorte de « *prêt-à-porter* », pour reprendre la métaphore proposée par les auteurs, qui permet d'exclure des mesures d'oubli des groupes entiers de prévenus ou de condamnés. La conséquence de ce mouvement est que des techniques d'oubli gratuites et automatiques dominent aujourd'hui et que les bénéficiaires eux-mêmes se tournent vers elles car elles ne requièrent aucune intervention ni/ou aucun mérite de leur part. Les conclusions portant sur chacune des mesures en particulier soulignent la grande diversité et la complémentarité des fonction qu'elles remplissent :

**La prescription de l'action publique**, qui touche à

la relation entre la justice pénale et le temps, est une mesure qui doit, en permanence, trouver un équilibre entre des principes concurrents : droit à la sécurité pour chacun et droit au procès équitable pour les justiciables, droit des victimes à être reconnues et socialement traitées comme telles et droit de l'infracteur à être jugé et poursuivi dans un délai raisonnable, mise en œuvre de moyens techniques d'élucidation des infractions en constante évolution et nécessité de fixer des priorités à la police et à la justice...

**L'amnistie**, sous les différentes formes qu'elle peut revêtir (amnistie présidentielle, amnistie événementielle), et selon les mécanismes qu'elle utilise, renvoie à des réalités très diverses qui ne peuvent être traitées sous le même régime au risque de dévoyer l'institution.

**La grâce**, devenue principalement une mesure collective, ne trouve pratiquement plus de justification que comme moyen de gérer le pénitencier en désengorgeant les prisons, ce qui non seulement l'éloigne de sa finalité première mais la conduit à une sorte de « parasitage » de la politique pénale.

**Les techniques d'effacement**, enfin, se distinguent par le degré d'adhésion qu'elles exigent de la part du condamné. Apparaissent ainsi les mesures « gratuites », voire automatiques, liées au seul écoulement du temps et celles qui supposent la participation active du bénéficiaire sous la forme de gages de comportement ou d'insertion sociale. ■



FILLON CATHERINE (DIR) /  
BONINCHI MARC / LECOMPTÉ ARNAUD.

### **Devenir juge, pourquoi, comment ?**

Université de Lyon III, Université de Nantes et Université de Lille II  
Juillet 2006, 347 pages

Pourquoi être juge ? Comment le devient-on ? Quels sont les motifs qui peuvent bien décider un individu à s'engager dans la magistrature ? Peut-on parler d'une véritable vocation à propos de la carrière judiciaire ? Cette recherche, divisée en deux parties et menée par le Centre Européen pour l'Histoire de la Justice contemporaine (Lyon) sous la direction de Catherine Fillon, Marc Boninchi et Arnaud Lecompté, tente de répondre à ces questions à partir d'une étude historique et d'une analyse d'un corpus d'entretiens de magistrats. Les magistrats concernés par cette étude sont aussi bien les magistrats proprement dits que les membres du parquet, bref la « magistrature d'instance ». La justice de paix et la justice coloniale sont volontairement écartées.

La première partie se place sous le signe de la crise des vocations. Elle montre combien, entre 1830 et 1970, cette crise a été un aiguillon constant dans la réflexion et la conception des différents modes de recrutement et de formation préalable de la magistrature française. Deux dates fondamentales marquent cette histoire : 1908 voit l'instauration d'un examen professionnel d'entrée dans la magistrature ; en 1958 est fondé le Centre National d'Études Judiciaires. Pendant tout le XX<sup>e</sup> siècle, la question des modalités du recrutement est dominée par le principe de la nomination des juges par le pouvoir exécutif. Celui-ci ouvrait inévitablement la voie à une sélection fondée sur des recommandations. Malgré que les débats sur l'instauration d'un recrutement partiel ou total par voie de concours aient été initiés dès les années 1830, la France de la III<sup>e</sup> République a, en définitive, à la différence d'autres pays européens, refusé d'établir un tel mode de sélection. En réponse à la crise récurrente des vocations judiciaires, il faut attendre 1958 pour que l'examen professionnel créé en 1908 laisse la place à un concours ouvrant les portes au Centre National d'Études judiciaire (ancêtre de l'École Nationale de la Magistrature).

La seconde partie s'efforce de comprendre pourquoi certaines personnes décident, à un moment de leur histoire personnelle, d'appartenir au corps des magistrats. Son but n'est donc pas de déterminer les catégories d'individus qui seraient, socialement ou/et politiquement, prédisposés au métier de juge mais bien de comprendre cette bifurcation d'une trajectoire individuelle qui engage dans la magistrature. Pour répondre à ce problème, la recherche privilégie la méthode de l'entretien attentive aux « récits de vie » plutôt que l'enquête statistique. Les 61 entre-

tiens (dont 35 magistrats actuellement en poste dans diverses juridictions) révèlent la remarquable diversité des motivations au fondement même de la vocation judiciaire. Pour réduire le spectre des possibles, on peut néanmoins remarquer que cette attirance repose tantôt sur le désir de prendre part à une activité d'intérêt général (culture du service public) tantôt sur la volonté d'agir sur la scène judiciaire (attrait pour l'acte de juger). Ces deux aspects ne masquent cependant pas l'hétérogénéité des formes concrètes que peut prendre « la vocation » chez les acteurs interrogés. Au-delà de cette diversité des motivations, on peut toutefois distinguer trois traits communs aux diverses personnes rencontrées. Tout d'abord, les personnes qui se présentent au concours d'entrée dans la magistrature s'illustrent par une relative méconnaissance des réalités judiciaires. Ensuite, la vocation est motivée par l'image plutôt positive que les individus se font des fonctions judiciaires. Enfin, logique de corps oblige, le magistrat se doit de témoigner un certain attachement à l'ordre établi et aux institutions. L'enquête ainsi menée appelle incontestablement des travaux futurs sur les transformations contemporaines du métier de juge et les nécessaires réformes et adaptations que cette nouvelle donne judiciaire implique. ■ F.A.

ABDELLAOUI SID / BLATIER CATHERINE

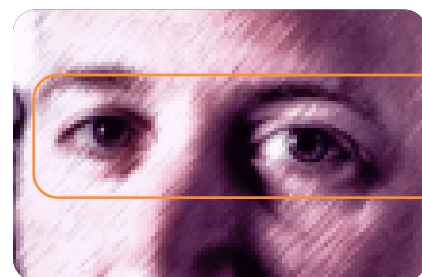
### **Les jeunes en détention** Laboratoire PRIS (Université de Rouen) et Laboratoire LPC (Université de Grenoble) Juillet 2006, 346 pages

La problématique que la recherche coordonnée par Mme Blatier et M. Abdellaoui s'est attachée à traiter est celle des rapports entre le temps judiciaire et le temps thérapeutique dans le cas des détentions de mineurs et de jeunes majeurs. Plus précisément il s'est agi de comprendre ce qui se passe en prison pour ces jeunes, tant au niveau de la construction/déconstruction de leur personnalité à travers l'image qu'ils ont d'eux-mêmes, que de leur socialisation à l'occasion des relations qu'ils entretiennent avec le personnel pénitentiaire et, plus largement, avec l'institution elle-même, enjeu évidemment solidaires l'un de l'autre mais dont l'étude en appelle à des méthodes distinctes.

L'emprisonnement présente le double objectif d'être à la fois une peine et un moyen de réinsertion ou, à tout le moins, une étape dans le processus de réinsertion sociale du délinquant. Encore faut-il que ce dernier interprète positivement la période de détention dont il est l'objet, ce qui ne va pas forcément de soi, l'épreuve carcérale se révélant souvent très traumatisante pour ceux qui la subissent. Ce travail s'est

donc attaché à connaître le vécu de la détention d'une population de jeunes incarcérés, au moyen de huit études coordonnées conduites au cours des années 2004 et 2005 dans une dizaine d'établissements différents au moyen, entre autres, de tests « psycho » souvent projectifs, de questionnaires et d'entretiens auprès d'une population de jeunes détenus et de membres du personnel de surveillance. En tout, 210 jeunes et 72 membres du personnel et de l'équipe socio-éducative ont participé à l'étude, ainsi, à fin de comparaison, que 127 jeunes (placés ou non en foyer socio-éducatif) non concernés par la détention.

L'objectif central du projet s'articulait autour d'un premier axe consistant à analyser et à comprendre le rapport à Soi en détention, les relations interpersonnelles, intergroupes et intragroupes. Le second axe visait, quant à lui, à analyser et à comprendre le type de fonctionnement et de pratiques appliquées au sein des quartiers pour mineurs et jeunes majeurs, l'impact des conditions d'incarcération sur le rapport à l'autorité et les conséquences que l'insertion d'une personne dans un tel contexte peut engendrer sur son devenir et ses perspectives post-carcérales. Une telle démarche reposant sur la combinaison d'une approche clinique et différentielle d'une part et d'une approche psychosociologique de l'autre a permis, en tenant compte de l'articulation entre approche générale et approche singulière, de tirer plusieurs conclusions sur le fonctionnement psychosocial des jeunes détenus. Il est en particulier souligné que la réduction du sentiment de pouvoir être acteur de leur situation présente ou à venir conduit de nombreux sujets à adopter des stratégies et des représentations qui se retrouvent à l'extérieur de la prison et dans d'autres contextes de menace identitaire. Mais on constate également que le besoin de faire face aux contraintes relationnelles et situationnelles conduit les jeunes détenus à mobiliser des stratégies sociocognitives en vue de maintenir ou de retrouver un sentiment de puissance sur les événements. Aussi différentes stratégies peuvent être mises à l'œuvre dans la perspective de restaurer une identité personnelle et sociale souvent mise à mal par le contexte de promiscuité et le poids de certaines logiques contraignantes et/ou déstabilisatrices. ■





L'équipe de l'Ihej : en haut, de gauche à droite : Harold Epineuse, Chargé de mission, Antoine Garapon, Secrétaire général, Joël Hubrecht, Chargé de mission; en bas : Amandine Giraud, Documentaliste-webmestre, Marie-Claude Miquel, Directrice administrative, Guénaël Vicentini, Chargé de mission.

# Qu'est ce que l'IHEJ ?

L'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ) est une association régie par la loi de 1901, subventionnée par le ministère de la Justice. Il a été créé en 1990. Son siège est à Paris dans les locaux de l'École nationale de la magistrature. Il a une présidence tournante, occupée tour à tour, tous les deux ans, par un des Premiers présidents des quatre grandes cours françaises ; le président actuel en est M. Philippe Seguin, Premier président de la cour des Comptes. M. Antoine Garapon en est le secrétaire général. L'institut des hautes études sur la justice a pour mission :

- De promouvoir une réflexion de qualité sur les évolutions du droit et de la justice dans les démocraties contemporaines, de nature à permettre aux professionnels de la justice de mieux saisir le sens de leurs missions respectives.
- De valoriser de manière originale et renouvelée la recherche sur la justice.
- De s'ouvrir à la dimension européenne et internationale, en faisant la part de notre culture juridique nationale.
- De créer un lieu d'échanges, qui contribue à améliorer l'image de toutes les formes de justice auprès des décideurs politiques, économique et sociaux.

Pour répondre à ces objectifs, l'IHEJ développe et anime un réseau de partenaires réunissant des praticiens, des universitaires et des chercheurs, sur le plan national, européen et international.

## Entretien avec Antoine Garapon

Secrétaire général de l'IHEJ

### Une anti-cathédrale

L'IHEJ a été créé par Michel Rocard, alors premier ministre, en 1990. Il voulait faire quelque chose pour l'année de la justice, à un moment où les juges se sentaient déprimés, mal aimés par leurs concitoyens. Dans son esprit, il ne fallait pas faire une institution supplémentaire. Il disait alors : « En France, on sait construire une cathédrale, mais on ne sait pas les détruire ». Il a donc mis en place une struc-

ture légère, de forme associative, qui consomme un budget assez faible – et doit d'ailleurs toujours rechercher des financements complémentaires.

### Multiculturalisme juridictionnel

L'IHEJ a cette particularité d'être administré alternativement par les présidents des cours suprêmes françaises, à savoir les présidents du Conseil d'État, du Conseil constitutionnel,

le premier président de la cour des Comptes et le premier président de la cour de Cassation, qui le met d'emblée dans une dimension interculturelle, chacune de ces juridictions ayant une culture propre : administrative, politique, financière ou judiciaire. Quand on observe ce qu'a fait l'IHEJ depuis sa création, on remarque qu'il s'est intéressé à tous les chantiers en gestation, si nouveaux qu'ils n'étaient pas encore couverts par des ...

disciplines juridiques ou sociologiques bien définies. Je veux parler, par exemple, de l'éthique du juge, du rapport à l'image, à la télévision et aux médias en général, de l'économie de la justice et de la question de sa qualité, des rapports entre le pouvoir politique et la justice, de la comparaison avec d'autres cultures juridiques, et, plus récemment, de la question de la globalisation judiciaire ou du terrorisme.

#### La nécessité du travail en réseau

Tous ces chantiers, ouverts par l'IHEJ, se poursuivent de manière tout à fait informelle. L'IHEJ reste tributaire d'une sorte de modestie fondatrice : l'institut s'est toujours refusé d'avoir une revue, de construire une institution intellectuelle au sens propre ; il se conçoit plutôt comme un animateur de réseaux, une agence de courtage entre une offre de biens intellectuels, d'un côté, et la demande professionnelle, de l'autre. Ce lieu improbable, incertain, entre la pratique et la réflexion, est un lieu d'observation extraordinaire. Il condamne certes, à une insécurité perpétuelle mais qui est stimulante.

#### Fin de l'intellectuel prophétique

Ce qui caractérise notre époque, c'est une accélération si forte des changements que les pratiques sont toujours en avance sur leur conceptualisation. Ce qui distingue le XXI<sup>e</sup> siècle de la deuxième partie du XX<sup>e</sup> siècle, celui des intellectuels prophé-

tiques, c'est la remise en cause perpétuelle des postulats. Alors que ceux-ci pouvaient sculpter l'avenir par leurs idéologies, c'est-à-dire le devancer, le préfigurer et le précipiter en même temps, aujourd'hui, l'intellectuel a souvent un concept de retard par rapport à ce qui se vit.

#### Décentremments

Le lieu intellectuel qu'est l'IHEJ oblige chacun à se déstabiliser, à se décentrer, pour suivre les évolutions. Décentrement du praticien, d'abord, qui doit accepter de se confronter à des concepts, et donc à une tradition de pensée qu'il ne connaît pas forcément ; c'est le chemin le plus facile, il nous est le plus commun. Décentrement plus difficile, ensuite, de l'intellectuel, qui doit accepter de moins savoir et de reconnaître que ses concepts peuvent vite tomber à côté, ne plus toucher le réel. C'est à ce double décentrement qu'invite l'IHEJ, et je crois qu'il a été incarné par la rencontre fondatrice à tous points de vue avec Paul Ricoeur. Celui-ci a prononcé la leçon inaugurale de l'IHEJ par un texte devenu très connu par la suite, intitulé *Le Juste, entre le légal et le bon*. Tout se joue dans la conjonction de coordination « entre ». Le juste se recherche entre le réel et le conceptuel. Paul Ricoeur a pleinement accepté ce décentrement, ce qui était d'autant plus admirable qu'il est intervenu à l'IHEJ alors qu'il était au sommet de sa gloire intellectuelle. Il accepté cette

confrontation avec des juges, des praticiens du droit, et les a invités à des conférences exigeantes.

#### Penser un monde liquide

C'est cette ambition de créer un lieu souple, non institutionnel, en dehors des grandes entreprises du savoir que sont l'université, le CNRS, les revues académiques, que cherche à se maintenir l'IHEJ. Le contexte de mondialisation, qui est une déstabilisation générale par le fait de la communication des cultures, réclame une telle structure. La tâche de l'IHEJ est de se poser comme interprète culturel, comme lieu où l'on peut se rencontrer et tenter de théoriser les tendances volatiles de notre modernité : fluidité de l'image, liquidité des flux judiciaires internationaux (droit circulant dans les interstices des frontières rigides du droit international et des disciplines juridiques), ubiquité du terrorisme qui déstabilise violemment l'ensemble des oppositions sur lesquelles est bâtie la théorie classique du droit (droit commun/crimes politiques, guerre/paix, ici/ailleurs, ami/ennemi, responsabilité). Immobiliser temporairement ces évolutions insaisissables dans des mots, forger ces concepts provisoires pour agir demain : tel me semble aujourd'hui le défi que lance la modernité aux juristes. C'est à cette aventure collective que l'IHEJ veut apporter sa modeste contribution. ■

Propos recueillis par la rédaction de la Mission de recherche Droit et Justice.

### Collection « Le Bien commun » aux Éditions Michalon, dirigée par Antoine Garapon et Laurence Engel.



Plus personne ne peut ignorer le droit. D'où la tâche essentielle d'assurer la pédagogie des acteurs de la vie démocratique – élus, magistrats, travailleurs sociaux, étudiants, enseignants – directement confrontés aux évolutions parfois déroutantes de notre monde. Les auteurs classiques ou contemporains, dont les œuvres ouvrent des perspectives parfois inédites sur le droit, peuvent-ils enrichir la morale de nos démocraties ? Peut-on expliquer la pensée d'un

auteur en quelques pages sans la dénaturer ?

Ce sont les défis que cette collection a voulu relever en présentant ces ouvrages. En ces temps troublés où la démocratie est traversée par le doute, la philosophie ne doit pas être réservée à quelques-uns ; elle est également recherche commune de la sagesse, c'est-à-dire notre bien commun.

### Derniers titres parus :

*Maât - L'Ordre juste du monde,*  
par Bernadette Menu

*Gide - L'Assignation à être,*  
par Sandra Travers de Faultrier

*Montaigne - Le Magistrat sans juridiction,*  
par François Rousset

*Judith Shklar - Le Libéralisme des opprimés,*  
par Paul Magnette.

### L'IHEJ a dernièrement lancé trois réseaux internationaux

● « **Terrorisme et démocratie** », avec la Cardozo Law School de la Yeshiva University, New York (États-Unis), qui réunit des juges, des juristes et des philosophes du monde entier.

● « **Justice et images** », avec l'Université di Bologna (Bologne, Italie), l'université Paris-VIII (France), l'University of Strath Clyde (Écosse) et l'University of Westminster (Angleterre).

● « **Décisions judiciaires globales** », avec le Centre Perleman de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, le Dipartimento di Organizzazione e Sistema Politico de l'Università di Bologna (Italie), l'UMR de droit comparé de l'université de

Paris 1 (France), La Faculteit der Rechtsgeleerdheid de l'Erasmus Universiteit (Pays-Bas), le Hague Institut for the Internationalization of Law (Pays-Bas).



L'IHEJ est également partie prenante dans le développement et l'animation d'un nouvel outil multimédia, Justiceblog, un lieu d'information et de débats sur la justice, accessible sur [www.justiceblog.org](http://www.justiceblog.org).

Le séminaire de philosophie du droit est l'événement phare de l'IHEJ depuis sa création. Chaque année, un thème, choisi pour son actualité ou son rapport avec les transformations que connaît la justice est travaillé par une multiplicité de spécialistes. Les conférences réunissent un public varié, composé de professionnels – magistrats, avocats, juristes –, d'universitaires – professeurs et doctorants – et d'un public plus large d'intéressés. Il a lieu à Paris, dans les locaux de l'École nationale de la magistrature ; des enregistrements vidéos sont disponibles quelques semaines après sur le site de l'IHEJ.

Les années précédentes, des thèmes comme « Vers un modèle européen du droit ? », « La justice pénale internationale, entre utopie et histoire », « Terrorisme, contre-terrorisme : le traité de guerre perpétuel » ou « Sécurité, sûreté, surveillance » ont été abordés.

Cette année, le séminaire abordera « Justice et cosmopolitisme ».

# Couples de même sexe, mariage et filiation :

## Quel rôle du droit dans le débat social ?



Irène Théry

directrice d'études à l'EHESS

La question de l'harmonisation des droits familiaux des couples hétéro et homosexuels a suscité en Europe beaucoup de débats, qui ont conduit à des réponses très diverses, comme l'a montré la recherche réalisée sous la direction de Patrick Festy (Cf. Lettre n° 23, page 4).

Ce dossier se propose d'examiner à travers le regard d'une sociologue et d'une juriste comment s'articulent les enjeux qui sont engagés dans cette affaire.

Les débats actuels sur l'homosexualité présument que l'objet de ceux-ci est désormais connu de tous. Ainsi, chacun a pu remarquer dans les journaux et les émissions de radio ou télévision les nombreuses déclinaisons du *pour/contre* : pour ou contre le mariage homosexuel ? pour ou contre l'homoparentalité ? Pourtant, ainsi formulés comme des questions en soi et isolées, ces pour/contre n'ont pas véritablement de signification juridique. Ils deviennent vite d'autant plus passionnels et idéologiques qu'ils n'indiquent pas quels enjeux se présentent au plan du droit dans l'hypothèse de futures réformes. L'une des caractéristiques majeures du droit est justement qu'une réforme n'y est jamais isolable ; elle vient s'inscrire dans le contexte de la législation existante pour la modifier. C'est seulement en la contextualisant qu'on fait apparaître la dimension spécifiquement juridique d'une question sociale. Ne revient-il pas aux spécialistes du droit de s'interroger tout particulièrement sur ce problème, dans le souci de débats de société plus sereins et plus constructifs ? C'est la question que la mémoire du débat sur le Pacs de 1998-99 devrait inciter à se poser.

Souvenons-nous. Les passions s'enflammèrent autour des propositions de contrat d'union civile (Cuc), de contrat d'union sociale (Cus), puis d'un pacte d'intérêt civil (Pic), pour aboutir enfin, au terme d'un an d'un débat parlementaire survolté et d'un débat médiatique manichéen, au vote de la loi sur le Pacte d'union civile et sociale et le concubinage. Le spectacle d'une France hors de ses gonds était très étonnant au plan sociologique. Il correspondait si peu aux évolutions de fond de notre société qu'indiquaient les enquêtes – un progrès régulier, année après année, de l'acceptation de l'ho-

mosexualité dans l'opinion – qu'il en paraissait presque factice. La comparaison avec les pays voisins accentuait cette impression. Exactement au même moment la Suisse et l'Allemagne, au terme de discussions normalement sereines, ont voté des contrats de partenariat accordant, aux couples de même sexe souhaitant instituer leur union, bien davantage de droits que le Pacs. D'autres pays, en particulier en Europe du Nord, avaient créé ces unions civiles près de dix ans plus tôt, la Grande-Bretagne se préparait à le faire. Enfin, le mariage de même sexe commençait à l'époque d'être discuté en Europe et il a depuis été légalisé en Hollande, Belgique et Espagne.

A moins de penser que la France serait largement plus homophobe et intolérante que la plupart des pays européens, ce qui n'est

**C'est seulement en la contextualisant qu'on fait apparaître la dimension spécifiquement juridique d'une question sociale.**

guère plausible, il est aisé de voir ce qui a ainsi fait monter les passions. Ces années furent marquées par notre incapacité collective à faire du droit une question partagée par tous, alors même que l'option de ne pas instituer un partenariat de même sexe (qui nous distinguait de la majorité des autres pays), démultipliait et complexifiait inévitablement les enjeux juridiques. Il était difficile de savoir si les propositions de loi successives concernaient les couples ou toutes les formes de dyades (couples, fratries, amis), si elles créaient une union civile ou un contrat privé, si elles se rapprochaient

plutôt du mariage ou plutôt du concubinage. Or, loin que s'engage avec le Pacs la clarification juridique attendue, le projet se heurta d'emblée à une obstruction sans proposition alternative, donnant à penser que ses opposants ne souhaitaient qu'une chose, empêcher toute avancée des droits des homosexuels. Monta alors un grand affrontement politique et médiatique, dans lequel tous les enjeux de droit furent repoussés au second plan ou laissés dans l'incertitude, y compris celui de savoir quel type de lien, en définitive, instituait le Pacs : lien de couple, lien d'amitié ? Cela paraît si étonnant qu'on l'a oublié aujourd'hui, mais il fallut, après vote de la loi, l'avis du Conseil constitutionnel pour trancher l'interprétation dans le sens d'un contrat juridique de couple... On pourrait donner beaucoup d'autres exemples du décalage entre enjeux de droit et débat public et médiatique sur le Pacs : institution privée ou publique ; changement ou non d'état civil ; droit ou non à l'acquisition de la nationalité française ; statut ou non d'héritier pour le partenaire survivant ; droit ou non de se marier avec une autre personne que le partenaire sans avoir préalablement rompu le Pacs ; procédure judiciaire ou non en cas de rupture ; régime des biens ; montant, étendue et délais d'attente des droits fiscaux et sociaux afférant au Pacs... toutes ces questions fondamentales, qui engageaient le sens même de la proposition de loi en discussion n'étaient quasiment pas connues du citoyen ordinaire. Un lycéen, au plus fort des passions de l'hiver 1998-99, résuma parfaitement la situation : « *Tout le monde est pour ou contre le pacs, mais personne ne sait ce qu'il y a dedans* ».

C'est ainsi que se nourrissent mutuellement une sorte de surchauffe des affrontements idéologiques et l'incertitude du droit, cepen-

dant que les questions juridiques n'arrivaient jamais jusqu'aux scènes publiques. Sans idéaliser la situation des autres pays, il semble que la possibilité pour tous les citoyens de se saisir des enjeux de droit, de les comprendre et de les discuter, y a été un facteur de plus grande sérénité des débats et de plus grands progrès des droits des couples de même sexe.

Aujourd'hui, l'état d'esprit général a beaucoup changé dans notre pays. Du temps a passé, les mentalités n'ont cessé d'évoluer, et tous les grands partis politiques ont désormais pris la mesure de l'importance d'une question de société qui engage notre vivre-ensemble démocratique. On sent bien que chacun souhaite avant tout un débat apaisé, responsable, productif. Mais nous y préparons-nous suffisamment ? Donnons-nous à nos concitoyens tous les moyens de s'approprier les enjeux juridiques ? Telles sont les questions qu'on ne peut éluder quand on s'interroge sur le rôle du droit à propos du mariage gay ou de la filiation homoparentale. Je prendrai ici l'exemple du mariage de même sexe.

On parle dans les médias de « mariage homosexuel ». Pourtant, nous savons que le droit ignore les catégories « homosexuel », « hétérosexuel », « bisexuel ». Au départ, elles furent forgées par la *scientia sexualis* du XIX<sup>ème</sup> siècle qui, comme le disait si justement et amèrement Michel Foucault, a « fait des homosexuels une espèce ». Le silence du droit est ici conforme à nos valeurs fondamentales d'égalité des personnes et de respect de la vie privée car il n'existe aucune définition objective de telles catégories. Libre à chacun de les réinterpréter désormais à sa façon, que ce soit en renversant le stigmate ou en refusant de telles classifications. Pourtant, certains « psy » et quelques fondamentalistes religieux prétendent aujourd'hui détenir une *vérité* en matière de causalité et de signification de l'orientation sexuelle des individus, et font monter les enchères en prédisant les effets « destructeurs » de l'homosexualité des parents sur leurs enfants, voire sur les générations futures. Ne serait-il pas favorable à un débat serein et éclairé de rappeler que le langage du droit ne connaît pas de couples « hétérosexuels » ou « homosexuels » mais seulement des couples « de sexe différent » et « de même sexe » ? Cela permet immédiatement de voir que l'enjeu juridique du débat sur le mariage ne concerne pas du tout les rapports – et a fortiori le psychisme – *sexuels*, mais bien les relations sociales *sexuées* : homme/femme ; femme/femme ; homme/homme.

Le mariage a connu beaucoup de changements dans l'histoire, mais il a toujours été défini en droit comme une relation de sexe différent, entre un époux et une épouse. La question juridique qui est posée est donc

celle d'un changement majeur de sa définition. Ce changement concerne tout le monde, puisqu'il engage la signification d'une des institutions les plus importantes de notre société. Il est donc tout à fait logique que nos concitoyens veuillent participer directement à un débat qui les concerne tous. « Pour » ou « contre », ils n'ont pourtant pas toujours à disposition les informations juridiques leur permettant de s'approprier l'ensemble des enjeux, au risque de creuser une inégalité entre les experts en droit et leurs concitoyens, très dommageable pour le débat démocratique. Au plan du droit civil, la question principale que soulève l'hypothèse d'un changement de la définition du mariage est que cette institution, jusqu'à présent, n'est pas seulement un lien de couple. Elle inclut une présomption de paternité, qui est en réalité une présomption d'engendrement puisqu'on peut la défaire, à certaines conditions, par des preuves génétiques. Cette règle participe de l'engagement matrimonial : pour un homme, épouser une femme est se déclarer par avance père des enfants qu'elle est susceptible de mettre au monde au cours du mariage. On comprend aisément le sens de cette reconnaissance paternelle anticipée dans le « oui » des noces, exprimant le fait que le couple s'engage à une communauté de vie en se mariant. Pour l'épouse comme pour l'époux elle inscrit l'engendrement comme fait biologique dans l'univers signifiant de la confiance et de la parole donnée, et c'est pourquoi une contestation de paternité ne va jamais de soi. Il serait donc fort utile de préciser comment, dans l'hypothèse d'un mariage de même sexe, serait traitée cette question. Le débat médiatique, qui se borne en général au couple, ne permet pas de voir que différentes voies seront ouvertes en matière de présomption de paternité :

- a) L'élargissement de la présomption de paternité aux couples de même sexe. Cette hypothèse paraît absurde, mais on doit noter que la loi canadienne sur l'union civile a introduit une « présomption de maternité » pour la compagne de la mère dans les couples féminins (sans créer cependant de présomption de paternité pour les couples masculins).
- b) La suppression de la présomption de paternité pour tous les mariages, qui introduirait un bouleversement important du mariage de sexe différent.
- c) Le maintien de la présomption de paternité existante pour les couples de sexe différent, sans création d'une « présomption de maternité ».

Ces alternatives montrent que le sens d'une redéfinition du mariage est un peu plus complexe qu'on ne croit. Si elles étaient discutées, chacun pourrait alors se faire une opinion plus à même d'anticiper tous les enjeux de droit et d'en débattre en connaissance de cause, avec plus de raison que de passion. Ce type de démarche de « partage du droit »

peut paraître un peu technique. Mais la privilégier permettrait d'apercevoir que l'on éclaire souvent mieux les choix de société par une réflexion commune sur les raisons et la logique du droit. En refusant la coupure entre les experts juristes et leurs concitoyens, elle favoriserait une appropriation vraiment collective d'une question qui concerne à la fois chacun et notre vivre-ensemble.

Une telle démarche serait sans doute particulièrement utile à propos de l'homoparentalité car le pour/contre médiatique est ici encore plus passionnel, parfois entièrement placé sous l'égide de supposés « savoirs » psychologiques sur l'homosexualité, et encore plus loin des problèmes juridiques. Or, sous ce terme d'homoparentalité, sont rassemblées en réalité des situations très diverses. L'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens (APGL) l'a fort bien montré, pour sa part, dans toutes ses publications. Il y a donc un grand travail à faire au plan juridique pour désenclaver cette question et en décliner les différents aspects en les replaçant dans le contexte de notre droit commun. Nombre de cas s'intègrent parfaitement dans le droit existant ; les problèmes rencontrés sont alors surtout socio-culturels, créant des situations d'insécurité pour les parents et les enfants. D'autres concernent des discriminations pour orientation sexuelle (pensons par exemple à certains pères divorcés dont les droits et devoirs ordinaires sont limités par décision judiciaire, ou aux adoptant(e)s célibataires depuis l'arrêt *Fretté contre France* de la CEDH). D'autres revendications concernent plutôt les relations de genre dans la filiation et interrogent les principes juridiques régissant les procréations médicalement assistées et l'éthique de la technologie reproductive en général, l'adoption ou les recompositions familiales en général, l'organisation d'ensemble de notre système de parenté. Le grand problème est qu'on ne voit pas encore assez que ces revendications sont avant tout un révélateur de grandes questions sociétales *communes à tous* (telles les pluriparentalités), qu'il faudrait se donner les moyens d'aborder au fond et de façon transversale, au lieu de les particulariser en montrant du doigt telle ou telle catégorie de nos concitoyens.

Plus les spécialistes pourront contribuer à un meilleur partage du droit, permettant à tous les citoyens de s'en approprier la logique et les enjeux, moins on sera tenté de mettre à part une « espèce » de famille en la désignant comme radicalement différente, et plus nous construirons un débat collectif à la hauteur des grands enjeux de société en cause. Un progrès de la vie sociale, qui exige une connaissance et une compréhension toujours plus approfondies des changements du droit et de la justice de la famille, situant résolument notre pays dans un contexte international en pleine mutation. ■



# La reconnaissance en France du mariage

## célébré valablement à l'étranger entre deux personnes de même sexe



**Caroline Mécarry**

Avocate au barreau de Paris  
Ancienne chargée d'enseignement  
aux Universités de Paris I et Paris XII

L'ouverture du mariage civil aux couples de personnes de même sexe aux Pays-Bas, en Belgique, au Canada et en Espagne conduit nécessairement le juriste à s'interroger notamment sur les questions suivantes :

- Le mariage célébré valablement entre deux personnes de même sexe dans l'un de ces États, peut-il être reconnu en France ?
- Le refus de reconnaître le mariage valablement célébré dans l'un des États communautaires peut-il être considéré comme une entrave au principe de libre circulation ?
- Le refus de reconnaître le mariage valablement célébré dans l'un des États communautaire peut-il être considéré comme une atteinte disproportionnée au droit de chacun de mener une vie privée et familiale ?
- Si l'un des conjoints n'est pas un ressortissant de l'Union, peut-il se voir délivrer un titre de séjour en qualité de conjoint d'un ressortissant communautaire ?
- Le refus d'accorder un titre de séjour comme conjoint d'un ressortissant communautaire constitue-t-il une entrave à la libre circulation du ressortissant communautaire ou à son droit de mener une vie privée et familiale ?

Autant de questions auxquelles, il convient de répondre car elles surgissent déjà dans le paysage juridique français. Nous nous bornerons ici - dans l'espace qui nous est imparti - à aborder la première de celles-ci.

### La reconnaissance de la validité du mariage en droit français

Le mariage célébré à l'étranger entre deux personnes de même sexe peut-il être reconnu sur le territoire français si les deux époux ressortissant communautaires y ont fixé leur résidence ?

La question est complexe pour le non juriste car elle nécessite de faire appel aux règles de conflit de lois françaises dont l'appréhension n'est pas simple. Le juge saisit de cette problématique - par exemple à l'occasion d'une question fiscale née au moment du règlement de la succession de l'un des époux - va devoir, dans un premier temps, qualifier juridiquement l'acte dont on lui demande l'application, pour déterminer quelles sont les règles de conflit de lois applicables. Peut-on qualifier cet acte de mariage où, à défaut, de Pacs ?

La qualification juridique de l'acte se fait, en France, toujours au regard du droit français. La difficulté en l'espèce est que le droit français, à ce jour, ne reconnaît pas le mariage entre personnes de même sexe. La seule union entre personnes de même sexe reconnue par le droit positif est le Pacs, qui sur le plan juridique produit des effets « inférieurs » à ceux produits par le mariage.

Le juge va-t-il accepter d'élargir la catégorie française du mariage pour y faire entrer l'institution étrangère du mariage entre personnes de même sexe ou bien

va-t-il choisir de rattacher ce mariage célébré à l'étranger à la catégorie Pacs ?

Si le juge accepte de rattacher l'union célébrée entre deux personnes de même sexe à la catégorie juridique mariage, il appliquera alors les règles de conflit de lois relatives au mariage. Dans le cas contraire, il appliquera les règles de conflit de loi applicables à la catégorie Pacs.

À ce jour, il n'existe aucune décision judiciaire permettant de dire à quelle catégorie juridique - mariage ou pacs - le juge va rattacher le mariage de deux personnes de même sexe célébré à l'étranger.

Cela étant, que le juge rattache l'union de deux personnes de même sexe au mariage ou au Pacs, la règle de conflit de loi renvoie dans les deux cas à la loi personnelle de chacun des époux, c'est-à-dire à la loi nationale de chacun des époux.

Ainsi pour le mariage, le juge vérifiera, selon la loi nationale, que les règles relatives à la capacité de contracter mariage ont été respectées. Pour le Pacs, le juge vérifiera que selon la loi nationale les règles relatives à la capacité à contracter un Pacs ont bien été respectées<sup>1</sup>.

De la même manière, les effets du mariage entre deux personnes de même sexe ne seront pas les mêmes, suivants que le juge rattachera l'acte à la catégorie mariage ou à la catégorie Pacs.

### 1. Le rattachement à la catégorie mariage

#### Les règles de forme

C'est la loi du lieu de célébration qui régit les règles de forme du mariage. Si les ...

règles de forme posées par la loi de l'État étranger ont été respectées, il ne devrait pas y avoir de difficulté particulières.

### Les règles de fond

Les conditions de fond du mariage sont soumises à la loi nationale des époux.

Lorsque les deux époux sont de la même nationalité, le juge se référera à la loi personnelle commune et le mariage sera valide si celle-ci ne l'interdit pas.

Lorsque les époux sont de nationalité différente, le juge fera une application distributive de la loi personnelle de chacun des époux<sup>2</sup>. Le mariage sera valide si aucune des lois personnelles ne l'interdit. En revanche si l'une des deux lois personnelles ne reconnaît pas le mariage entre deux personnes de même sexe, alors le juge français ne pourra pas reconnaître l'acte juridique comme un mariage.

### L'ordre public

Un mariage qui, au regard des règles qui viennent d'être rappelées, serait valide au regard des lois personnelles des époux, peut néanmoins être écarté et ne produire aucun effet juridique. Le juge peut invoquer à titre exceptionnel l'ordre public national pour refuser à cet acte juridique de produire des effets sur le territoire national.

### L'exception d'ordre public international

L'exception de l'ordre public peut être soulevée par le juge s'il estime que le mariage entre deux personnes de même sexe n'est pas admissible au regard de la loi française<sup>3</sup>.

L'ordre public permet la défense des principes qui constituent des fondements politiques, sociaux de la société française ou encore la protection de certaines politiques législatives. La politique législative française refuse à l'heure actuelle d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe. C'est en raison de cette situation que le Pacs a été adopté. Le juge, pour protéger ce choix législatif, pourrait invoquer l'ordre public et refuser de reconnaître le mariage entre deux personnes de même sexe.

### L'effet atténué de l'ordre public

Cela étant, les juridictions ont admis qu'une institution étrangère, incompatible avec l'ordre public français comme le mariage polygamique, pouvait produire des effets en France, dès lors que ce mariage contracté hors de France l'avait été conformément au statut personnel des époux<sup>4</sup>.

On peut penser, par un raisonnement

analogique, qu'un mariage célébré valablement entre deux personnes de même sexe, ne se verrait opposer qu'un ordre public atténué et pourrait, en conséquence, produire certains effets juridiques (sous réserves que le juge ait constaté, préalablement, la validité de ce mariage au regard des lois nationales).

## 2. Le rattachement à la catégorie Pacs

On a vu que le mariage célébré valablement à l'étranger entre deux personnes de même sexe pourrait être rattaché par le juge à la catégorie du Pacs.

Pour faire simple, on peut dire que le mariage civil offrant une plus large protection tant par les droits et devoirs qu'il impose que par les conditions de sa dissolution que le Pacs, le juge devrait pouvoir considérer, au minimum, que le mariage célébré valablement à l'étranger entre deux personnes de même sexe, doit être assimilé au Pacs et produire au minimum les mêmes effets<sup>5</sup>.

Cela étant la non reconnaissance en tant que tel d'un mariage célébré valablement entre deux personnes de même sexe, de surcroît ressortissantes de l'Union constitue manifestement une entrave à la liberté de circulation garantie par l'Union Européenne, voire une violation combinée de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme qui garantit à toute personne le droit à une vie privée et familiale normales et de l'article 14 qui prohibe les discriminations. Il ne fait pas de doute que d'ici peu, les juridictions communautaires seront saisies de questions préjudicielles tandis que la cour européenne pourrait être amenée à se prononcer sur la question de la violation combinée des articles 8 et 14 de la CEDH. Voilà de beaux débats juridiques en perspectives. ■

<sup>1</sup> Rappelons ici que ces capacités diffèrent, celle du mariage étant plus large que celle du Pacs.

<sup>2</sup> TGI de Paris 15 mars 1972, Rev. Crit. DIP 1973, 510 ; TGI de Paris, 7 avril 1981 ; Rev. Crit. DIP 1981, 510 ; Cass. Civ. 16 mars 1956 ; D 1958, 709 ; CA Paris 14 juin 1995, Rev. Crit. DIP 86 (I) janvier-mars 1997, Cass. Civ. 1ère 24 septembre 2002, Rev. Crit. DIP 2003, p. 271.

<sup>3</sup> Pour une opinion divergente voir article, C. Mecary, Vers l'ouverture du mariage civil et républicain aux couples de personnes de même sexe ?, AJ Famille, N°7-8/200 p 261.

<sup>4</sup> Cass. Civ. 1ère 17 février 1982 « Baaziz », Rev. Crit. DIP 1982, 275 ; CA Paris, 8 novembre 1983, JDI 1984, 881 ; CA Paris 14 juin 1995, Rev. Crit. DIP 86 (I) janvier-mars 1997.

<sup>5</sup> Le nouveau Guide du Pacs, Dalloz collection Delmas, Octobre 2006



En choisissant la France et l'Islande comme pays test de notre recherche qualitative sur l'enregistrement légal d'unions de même sexe<sup>6</sup>, nous cherchions à déterminer l'effet des offres juridiques sur le comportement des individus dans des contextes sociétaux différents.

La loi islandaise sur le partenariat confirmé (*Lög nr. 87/1987 um staðfesta samvist*) est de type différentialiste, puisqu'elle est calquée sur le mariage (en excluant toutefois certains attributs, essentiellement ceux de filiation); elle s'inscrit dans le droit de la famille et diffère considérablement de la forme de contrat de droit privé voulu dans le pacs, loi française de type universaliste, mais a minima. La logique qui se lit dans ces choix est de nature politique. Le choix différentialiste scandinave était motivé par l'urgence d'offrir un maximum de droits, selon la doctrine « séparés mais égaux » alors que le choix français est d'offrir un minimum de droits à tous les couples en créant une nouvelle discrimination puisque les couples de sexe différent se voient, avec le pacs, offrir une alternative au mariage, alors que les couples de même sexe n'ont accès qu'au pacs.

Selon nos premières analyses, ce n'était pas la différence de nature ou d'ampleur générée par les deux types de lois (la loi islandaise accordant de fait plus de droits) qui portait le plus de signification dans la comparaison mais l'écart par rapport au mariage, c'est-à-dire la discrimination à l'accès au mariage, que les enquêtés mobilisaient pour éclairer leur position personnelle vis-à-vis du passage à l'enregistrement. Ainsi, à partir de situations d'apparence dissemblable, la typologie des motifs abordés était, sinon identique, parallèle.

Cette référence ancrerait les réflexions dans le système conjugal national qui diffère également dans les deux pays. Dans ce système, s'insérerait également, en Islande, un concept juridique uniquement accessible aux couples de sexe dif-

Patrick Festy

Directeur de recherches

INED Institut National  
des Études Démographiques)

férent : la cohabitation non maritale (*óvígð sambuð*), qui génère des droits, principalement de type matériel, aux couples déclarant légalement leur vie commune au registre national (*ójóðskrá*). Deux aspects, symbolique et matériel, se détachaient dans les réflexions des enquêtés sur la différence de choix s'offrant entre couple de sexe différent et couple de même sexe, qui se trouvaient être très proches en France comme en Islande et s'inscrivaient dans une logique de contestation de la discrimination.

Un an après notre terrain, le 2 juin 2006, l'Islande a ouvert les droits à la filiation et à la cohabitation non maritale, deux des principales demandes des enquêtés islandais. Dans le cadre d'une étude à plus long terme sur les effets du droit sur les comportements d'enregistrement, on envisage d'analyser dans une autre série d'entretiens, les effets de ces modifications, car toutes les discriminations à l'égard de la filiation et celles de type matériel sont désormais levées. Il ne reste plus, dans la liste des discriminations mentionnées, que l'aspect symbolique de l'union, concrétisé dans le mariage et dans sa cérémonie religieuse, particulièrement signifiante puisque, si le mariage en Islande peut indifféremment s'enregistrer religieusement ou civilement, les Islandais ont, de fait, peu recours au mariage civil.

La loi du 2 juin 2006 modifiant le statut légal des homosexuels porte des amendements sur dix-huit lois islandaises concernant le statut de couple enregistré ou non. Il s'agit donc d'une loi qui s'inscrit plus dans une politique d'anti-discrimination de l'homosexualité qu'une simple réforme du droit de la famille. En effet, cette loi ne modifie pas uniquement la loi sur le partenariat confirmé (*staðfest samvist*), en alignant les conditions de nationalité sur celles des mariés, mais elle ouvre aux couples de même sexe la cohabitation non maritale. Dans le même esprit, la suppression du critère d'orientation sexuelle dans les lois telles

que celles sur le droit au bail, les assurances, les régimes de retraite ou dans le domaine des impôts (sur les revenus, sur les successions, etc.) rend ces lois désormais applicables à tous les couples, qu'ils aient ou non enregistré leur cohabitation ou leur partenariat.

La condition d'enregistrement, en cohabitation non maritale ou en partenariat confirmé, n'est requise que dans les lois impliquant la parentalité ou la filiation par adoption conjointe, désormais ouverte aux couples en partenariat ou en cohabitation non maritale si enregistrée depuis plus de cinq ans, dans la loi sur la procréation médicale assistée pour les couples de femmes, dans la loi sur les enfants ou sur les congés de naissance. La proposition de loi a été déposée le 25 novembre 2005. Le processus législatif a été simple et rapide. Le gouvernement islandais avait demandé la constitution d'une commission parlementaire pour étudier la situation des familles homosexuelles en Islande et les termes de la loi reprennent les conclusions principales du rapport remis en septembre 2004. Après avoir requis les avis des organismes concernés par les modifications de loi proposées, les débats parlementaires ont abouti rapidement à l'adoption de la loi.

L'Islande devient donc après la Suède en 2002, le deuxième pays nordique à abolir les discriminations affectant la filiation dans le droit de la famille et à avoir atteint l'objectif clairement défini dans les politiques sociales nordiques d'égalité de traitement entre les citoyens. Dans le domaine de la conjugalité, il reste un élément de discrimination, hautement symbolique : l'accès au mariage, associé à son enregistrement à l'église (des cérémonies religieuses sont déjà réalisées pour les couples qui le désirent par la plupart des congrégations religieuses protestantes).

Les lois nordiques sont harmonisées en raison d'accords juridiques passés dans le cadre du Norden, afin de faciliter la mobilité intra nordique des citoyens.

Chaque modification dans un pays génère son adaptation dans les autres. Deux pays du Norden ont entamé le chemin vers la suppression des dernières discriminations dans le droit de la famille.

Le 26 novembre 2003, Hans Ytterberg, ombudsman suédois contre les discriminations en raison de l'orientation sexuelle, a jugé discriminante la loi suédoise sur le mariage et a entamé le processus parlementaire pour introduire le concept de neutralité dans le genre des époux. En Islande, la députée Guðrún Ógmundsdóttir a déposé une proposition de loi visant à l'enregistrement des partenariats confirmés par l'Eglise.

Les décisions belge, espagnole et néerlandaise d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe sont un exemple qu'il est peu probable que la Suède, figure de proue de valeurs humaines d'égalité et de droit, ne prenne pas en compte dans sa décision.

La célébration par l'Eglise est d'un ressort différent, puisqu'un autre corps constitué intervient dans les décisions. A la différence de la Suède, l'Islande a une Eglise d'Etat, qui est donc étroitement liée au gouvernement dont elle reçoit les subsides. Les derniers travaux de l'Eglise luthérienne suédoise sur le sujet indiquent qu'il reste peu d'obstacles pour qu'elle accepte de marier les couples de même sexe. L'Eglise luthérienne islandaise, qui a demandé un moratoire pour étudier la célébration à l'église pourrait-elle continuer à discriminer avec la bénédiction de l'Etat et au mépris de la loi, alors que certains de ses pasteurs officient sans que leur geste ait de portée juridique? ■

<sup>6</sup> Digoix, Marie; Fassin, Eric; Festy, Patrick; Stefánsson, Kolbein & Waaldijk, Kees.- Les couples homosexuels et l'enregistrement de leur union : Rapprochement avec les couples hétérosexuels et recherche comparative internationale.- Paris : Ined, 2006, 358 p.



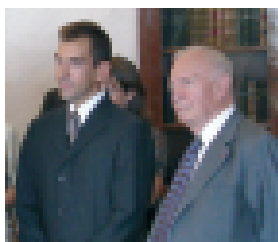
Renaud DENOIX de Saint-Marc  
et Guillaume TUSSEAU

## ÉVÉNEMENT



# Remise du prix Jean Carbonnier 2006

Le deuxième Prix Jean CARBONNIER de la recherche sur le droit et la justice a été remis le 13 septembre 2006 à M. Guillaume TUSSEAU pour sa thèse «*les normes d'habilitation*» par M. Marceau LONG, Président du jury et Vice-Président honoraire du Conseil d'Etat.



Marceau Long et  
Guillaume TUSSEAU

La cérémonie s'est déroulée dans les salons du Conseil d'Etat, en présence de M. Renaud DENOIX de SAINT MARC, Vice-Président, qui a exprimé sa satisfaction d'accueillir cette manifestation qui renforce les liens existant entre la Mission de recherche et le Conseil d'Etat. Félicitant M. TUSSEAU pour l'exceptionnelle qualité de son travail, il a noté

que la lecture de sa thèse lui avait révélé qu'au fond, «*le Conseil d'Etat produisait des normes d'habilitation, sans le savoir, comme M. Jourdain faisait de la prose*».

**Marceau Long : « Un concept original »**

En remettant son prix à Guillaume TUSSEAU, M. Marceau LONG a souligné que celui-ci avait construit un concept original, celui des **normes habilitantes**, autonomes par rapport aux normes impératives ou permissives, et repoussé les thèses réduisant ces énoncés normatifs à des prescriptions, des permissions, des règles constitutives. Pour le lauréat, l'objet des normes habilitantes est «*de déterminer des comportements et de mesurer*

*la conformité de ceux-ci au modèle énoncé. Elles donnent la possibilité d'agir en droit dans les conditions qu'elles posent et dont le respect fait la validité des actes par lesquels elles pourraient modifier le droit en produisant d'autres normes*». M. LONG a noté encore que c'était à très juste titre que G. TUSSEAU avait «*souligné l'importance d'auto-habilitations souvent méconnues. S'il apparaît un besoin non satisfait, a-t-il ajouté, il y aura toujours une entité privée ou publique pour s'en emparer et le satisfaire. Et il faut qu'un jour une autorité légitime d'habilitation intervienne*».

M. TUSSEAU, a conclu le président du jury, *ne prétend pas augmenter les connaissances en leur apportant des éléments inconnus. Tous les concepts rendent compte d'un même ensemble, chacun à sa manière. Une théorie est préférable à une autre si elle a un pouvoir d'explication supérieur et sa valeur dépend de son utilité.* ■

## Le prix Jean Carbonnier de la recherche sur le droit et la justice

Le prix Jean Carbonnier a été créé en 2005 à l'initiative de la Mission pour distinguer un des premiers travaux de recherche de son auteur portant sur le droit ou la justice, quelle que soit la discipline des sciences humaines et sociales concernée. Il est doté de 5 000 €, à quoi peut s'ajouter, le cas échéant, une subvention supplémentaire pour son édition.

Le jury du prix est en principe saisi par des personnalités qualifiées désignées par le directeur de la Mission mais une procédure de candidature spontanée est possible, sous réserve qu'elle soit soutenue par trois lettres de recommandations, l'une au moins, émanant d'une personnalité scientifique étrangère.

Une information complète sur le prix est disponible sur le site de la Mission.

# Les normes d'habilitation

Agrégé de droit public, Guillaume Tusseau est Professeur à l'Université de Rouen.

Il est notamment l'auteur des ouvrages *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel. Une approche de l'utilitarisme juridique* (Paris, L'Harmattan, coll. «Logiques juridiques», 2001, 320 p.) et *Les normes d'habilitation* (Paris, Dalloz, coll. «Nouvelle bibliothèque de thèses», Vol. 60, 2006, xviii + 813 p.), ainsi que d'articles relatifs à la théorie générale du droit, au droit administratif et au droit constitutionnel.



## Prix reçus par la thèse

Prix Paul Deschanel de la Chancellerie des Universités

Prix Jean Carbonnier de la recherche sur le droit et la justice

## Étudier autrement le droit positif

Les juristes entretiennent une conception paradoxale du droit. D'un côté, ils le conçoivent comme un phénomène coercitif, qui impose des obligations au moyen de sanctions. Mais d'un autre côté, dans leur pratique quotidienne, ils sont mis aux prises avec toute une série d'éléments, de constructions et de raisonnements qui ne coïncident pas avec le modèle de la règle de droit coercitive.

Ces éléments perturbateurs sont nombreux. Ainsi en va-t-il des compétences exclusives ou des compétences concurrentes dans le cadre des Etats fédéraux, des compétences implicites de l'Assemblée générale des Nations Unies, des droits subjectifs, de la capacité des associations ou des sociétés, du vice d'incompétence dans le cadre du contentieux administratif, ou encore des pouvoirs propres du chef de l'Etat sous la Ve République.

Personne ne nierait l'importance de ces éléments du point de vue du juriste, qu'il soit universitaire, avocat, juge ou même du point de vue du simple citoyen. Ils structurent des ordres juridiques, définissent la place des acteurs, conditionnent la validité des normes qu'ils produisent et déterminent le succès des recours qu'ils peuvent intenter. Personne n'en nierait le caractère juridique, et les juristes parlent sans difficulté de «règle de compétence», «règle attributive de pouvoir» ou de «norme d'habilitation». Pourtant, ils n'ont *a priori* rien à voir avec le modèle de la règle de droit définie comme une prescription assortie d'une sanction.

Ce paradoxe met en cause les outils conceptuels au moyen desquels les juristes appréhendent leur objet. Or, loin d'être imposés par une hypothétique nature des choses, ces outils résultent de choix. Ils sont construits par la théorie du droit pour les besoins des juristes. La question est, dès lors, celle de la

décision de construire ou non un concept spécifique de norme d'habilitation afin de rendre compte de ces éléments de la pratique juridique. La recherche conduit en conséquence à comparer les diverses thèses avancées en la matière par la théorie générale du droit contemporaine, et à en évaluer les mérites et les démérites. Reposant sur l'analyse logique et linguistique ainsi que sur la théorie de l'action rationnelle, ce travail parvient à un concept propre et inédit.

Une étude de théorie générale du droit, classiquement entendue, se serait arrêtée à ce point. Mais la recherche entreprise aurait alors encouru le reproche de demeurer cantonnée dans l'abstraction. Or la théorie du droit ne peut se contenter d'être un simple ornement. Elle doit se montrer véritablement utile à l'analyse du droit positif. Dans la mesure où les concepts juridiques résultent de choix, ils ne peuvent valoir que par l'intérêt qu'ils présentent du point de vue de la réalisation des tâches que s'assignent les juristes. Il fallait donc démontrer que le concept proposé

était opératoire et constituait une grille de lecture du droit supérieure à celles qui ont en général cours dans la doctrine. Les tests auxquels soumettre ce concept devaient rendre compte du droit posé, d'une part (c'est-à-dire des différents types de normes d'habilitation et de leurs relations), et de l'activité de production des normes, d'autre part (c'est-à-dire des raisonnements et discours qui accompagnent l'utilisation, l'attribution ou la revendication d'habilitations).

Le concept retenu présente trois séries d'avantages.

Tout d'abord, il permet d'étudier plus de droit positif que les concepts courants, puisqu'il est apparu possible de l'appliquer aussi bien au droit interne qu'au droit international et communautaire, au droit français qu'aux droits étrangers, au droit privé qu'au droit public, et à diverses subdivisions de chacun de ces droits. A l'heure de la «mondialisation», de l'interpénétration croissante des ordres juridiques et des diverses branches du droit, disposer d'un tel outil s'avère indispensable.

Ensuite, il permet de *mieux* étudier ce droit positif, en analysant plus finement et plus précisément les situations juridiques complexes (telles celle de «compétence liée» ou d'«autonomie de la volonté»), ou les argu-

mentations par lesquelles certains pouvoirs sont justifiés (tels que le parallélisme des compétences ou les compétences implicites).

Enfin, et peut-être surtout, en attirant l'attention sur les relations de pouvoir qui se nouent entre les acteurs juridiques à travers l'octroi et l'utilisation des habilitations, ce concept

permet d'étudier *autrement* le droit positif. Au moyen d'une approche stratégique, il est possible de suggérer de nouvelles problématiques ainsi que des explications inédites.

De manière plus générale, ce travail illustre le fruit d'une approche spécifique du droit : celle qui repose sur l'association des constructions théoriques et de l'analyse technique concrète du droit positif. ■

**La théorie du droit ne peut se contenter d'être un simple ornement. Elle doit se montrer véritablement utile à l'analyse du droit positif**

## Les nouvelles sorcières de Salem

ANTOINE GARAPON ET DENIS SALAS /  
PARIS, SEUIL, 2006, 166 PAGES  
12 €, ISBN : 2-020-90672-4



En 1692, dans le village de Salem (Massachusetts), vingt-cinq notables sont exécutés pour sorcellerie sur la foi du témoignage de fillettes qui se prétendent possédées. Quelques années

plus tard, les autorités reconnaissent leur erreur. Commence alors un long cycle de repentance et d'excuses. En dépit de tout ce qui les sépare, l'affaire des « sorcières de Salem » a de nombreux points communs avec celle qui fascina la France entière voici quelques mois : l'affaire d'Outreau. Dans les deux cas, les mécanismes de la panique morale jettent une lumière crue sur les croyances et les « grandes peurs » du temps. Antoine Garapon et Denis Salas, magistrats l'un et l'autre, dressent ici le portrait d'une époque travaillée par l'obsession de la pédophilie, la foi naïve dans la parole des enfants, une quête sans fin de sécurité, la défiance à l'égard des institutions, le culte des victimes et une culture inquisiteur sans cesse renaissante. ■

## Le nouveau code pénal dix ans après

DIDIER THOMAS (DIR.)  
PARIS, ED. A. PEDONE, 2005,  
214 PAGES,  
20 €, ISBN : 2-233-00479-5



Dès 1995, l'équipe de l'ERPC (Equipe de recherche sur la politique criminelle – Université de Montpellier) avait publié un travail de référence sur les textes de 1992 modifiant très profondément le

code pénal, se proposant d'en pénétrer le discours et d'en dévoiler les paradoxes et

les contradictions à la lumière de la science criminelle.

La même équipe, maintenant coordonnée par le professeur Didier Thomas mais fidèle à ses options théoriques et méthodologiques, s'attache aujourd'hui, avec le recul nécessaire à un tel objectif, à analyser les pratiques auxquelles le "nouveau code pénal" a donné cours et à établir si les espoirs suscités par les choix initiaux ont été confirmés ou si, au contraire, des orientations nouvelles ont infléchi l'équilibre réalisé par le législateur. ■

## Le code civil face à son destin

BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON ET  
SARA PATRIS-GODECHOT /  
PARIS, LA DOCUMENTATION FRANÇAISE,  
2006, 262 PAGES,  
26 €, ISBN : 2-110-06114-6



C'est à un regard tout à la fois historique et prospectif sur le code civil que les auteurs, professeurs à l'Université Paris II, invitent le lecteur de cet ouvrage publié dans la vague de la célébration du bicen-

tenaire du code. Il est historique comme l'indispensable analyse du passé à travers l'étude des principes qui ont sous-tendu la démarche intellectuelle des pères fondateurs du code et comme l'étude des modèles de « réception » de celui-ci, imposé par la conquête militaire (Belgique, Pays-bas, Pologne ...) ou adopté volontairement par adhésion à l'esprit qui l'inspire (Bolivie, Costa-Rica, Chili ...). Mais il se veut aussi prospectif, à travers l'examen des luttes entre les défenseurs du droit français et leurs adversaires, dont les stratégies dévoilent des enjeux qui ne sont pas qu'idéologiques. ■

## La cour de cassation

JEAN FRANÇOIS WEBER /  
COLLECTION LES ÉTUDES DE LA  
DOCUMENTATION FRANÇAISE  
PARIS, LA DOCUMENTATION FRANÇAISE,  
2006, 176 PAGES  
14 €, ISBN : COD1373717

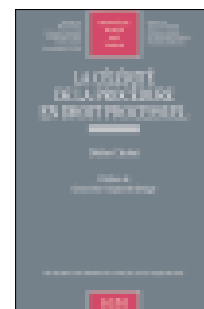


L'image d'une Cour de cassation conservatrice, au décorum suranné, a fait son temps. Jean-François Weber montre ici qu'à bien des égards, la Cour a radicalement changé et est, sur de nom-

breux points, dans la modernité. Mutation radicale des méthodes, modes de fonctionnement transformés, intégration rapide des nouvelles technologies de l'information et de la communication, transparence accrue, meilleur accueil du justiciable... la Cour de cassation s'est adaptée aux évolutions contemporaines et aux transformations de la justice. Son ambition reste cependant la même, constamment réaffirmée depuis deux siècles : juger précisément « à bon droit », ne pas juger des affaires, mais veiller résolument à la légalité des décisions rendues par d'autres juridictions et, donc, renforcer l'État de droit. ■

## La célérité de la procédure en droit processuel

DIDIER CHOLET /  
PARIS, LGDJ, 2006, 713 PAGES,  
56 €, ISBN : 2-27503053-0



Avec l'avènement de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme proclamant le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, la célérité de la procédure juridictionnelle

est devenue une notion juridique.

L'analyse révèle que la célérité ne peut être

assimilée à la recherche de la rapidité à tout prix. Des bornes sont nécessairement fixées pour éviter l'excès de lenteur comme l'excès de rapidité. Elle impose aussi certaines qualités à la procédure, impliquant le respect d'un modèle de procès fait de diligence de tous ses acteurs et d'adaptation à la diversité des affaires. ■

## Justice pénale, le tournant

JEAN DANET, /  
PARIS, GALLIMARD, FOLIO ACTUEL,  
393 PAGES,  
8,50 €, ISBN : 2-070-33000-1



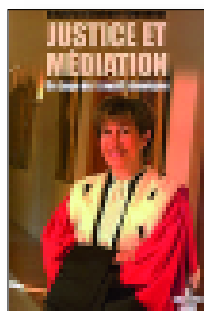
Les « affaires » (Outreau, Toulouse, disparues de l'Yonne) qui ont défrayé la chronique judiciaire ces dernières années ont souligné des dysfonctionnements de la justice et imposé dans l'opinion l'image d'une institution incompétente et figée. La justice a pourtant connu depuis dix ans un grand nombre de réformes « en profondeur » dont il convient d'analyser sereinement le sens et la portée.

Dans ce tourbillon de la réforme permanente, beaucoup de questions n'ont pas reçu de réponse véritable : le rôle des procureurs, l'avenir des juges d'instruction, les profils des juges professionnels et non professionnels, la carte judiciaire et le fonctionnement en réseau, qui pèsent sur la capacité de la justice pénale à se transformer vraiment.

La justice est-elle promise à devenir de plus en plus « sécuritaire », suivant ainsi l'air du temps ? Quelles sont ses capacités à satisfaire cette perspective ou à lui résister ? Bien au-delà des conjonctures politiques nationales et internationales et des formes actuelles de l'insécurité, ne rentre-t-elle pas de plain pied dans la société du contrôle ? ■

## Justice et médiation. Un juge du travail témoigne

BÉATRICE BLOHORN-BRENNEUR  
PARIS, LE CHERCHE MIDI  
(COLLECTION DOCUMENTS),  
2006, 204 PAGES 15 €  
ISBN : 2-7491-0511-0



A partir de 86 histoires vraies dont elle a eu personnellement à connaître depuis sa nomination, en 1995, à la chambre sociale de la cour d'appel de Grenoble, Béatrice Blohorn-Brenneur, qui juge en appel

les affaires de prud'hommes, montre à quel point la justice est parfois inadaptée aux contentieux de notre époque. Lorsqu'à la demande en justice se mêle en filigrane une plainte de nature psychologique, le cadre légal est souvent insuffisant pour mettre un terme au conflit. Comment supprimer les rancoeurs, redonner au plaideur la parole qui lui a été confisquée ? Lorsqu'une voie s'est ouverte par la médiation grâce à laquelle des hommes se reparlent, s'écoutent et construisent ensemble un accord durable convenant à tous, Béatrice Blohorn-Brenneur l'applique aussitôt, bouleversant les habitudes du monde judiciaire. ■

## Contre la peine de mort (1967-2006)

ROBERT BADINTER  
PARIS, FAYARD,  
COLL. LITTÉRATURE GÉNÉRALE,  
2006, 320 PAGES 20 €  
ISBN : 2-2136-052-6



Il y a exactement un quart de siècle, Robert Badinter, Garde des Sceaux, faisait abolir la peine de mort en respect d'un engagement pris alors que l'opinion française était

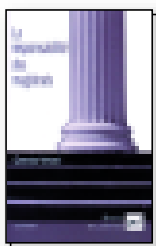
encore très majoritairement favorable à la peine capitale.

Ce fut son inlassable combat que de requérir la mort pour la peine de mort, d'abord en France tout au long de procès d'assises évoqués notamment dans l'Exécution puis dans l'Abolition ; ensuite dans le reste du monde, notamment aujourd'hui encore dans certains États américains et en Chine.

Ce livre, au fil des articles, des essais, des discours qu'il rassemble - dont la fameuse harangue aux députés de 1981 -, retrace les avancées de ce combat contre cette survivance des sociétés barbares. Il témoigne de l'inscription du nom de son auteur parmi tous ceux qui, au fil des siècles, avec Voltaire, Hugo, Jaurès et Camus, se sont dressés face aux bourreaux et à ceux qui les mandataient. ■



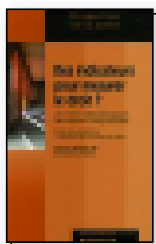
## Publications récentes



### La responsabilité des juges

Gwenola Kerbaol  
Paris, PUF, coll. Les  
Notes de la Mission,  
2006, 55 pages, 12 €

La question de la responsabilité des magistrats n'est pas nouvelle, mais elle se pose depuis quelques années avec une acuité particulière. Des affaires récentes comme celle d'Outreau mettent en lumière les conséquences des dysfonctionnements de la justice et conduisent à s'interroger sur le rôle des juges. Loin des positions polémiques, le présent ouvrage propose une analyse juridique des différents mécanismes de responsabilité auxquels sont soumis les magistrats de l'ordre judiciaire. Il constate la primauté de l'action disciplinaire sur les responsabilités civile et pénale. Il présente les justifications, mais aussi les limites du schéma adopté. Il offre au lecteur une cartographie des débats et des différents arguments habituellement avancés. Il invite à poursuivre la réflexion sur le terrain qui finalement en constitue l'enjeu : la légitimité de l'autorité judiciaire. ■



### Des indicateurs pour mesurer le droit ?

Paris, La  
Documentation  
française, 2006,  
155 pages, 21 €

La problématique de l'effet du droit sur le développement économique a pris une ampleur inégalée. Le débat a entraîné la création du programme international de recherche sur « l'attractivité économique du droit ».

Rassemblés dans cet ouvrage, les tout premiers travaux du programme proposent une analyse critique de la méthodologie des rapports *Doing business* diffusés par la Société financière internationale (groupe Banque mondiale) et, particulièrement, du classement mondial selon l'indicateur « facilité à faire des affaires » publié en 2005 et 2006.

La première partie de l'ouvrage, rédigée par B. du Marais, tire les conclusions d'un groupe de travail qui a rassemblé des praticiens et des universitaires, économistes et juristes de droit français mais aussi de « common law ». Leurs conclusions convergent sur le fait que les limites de la méthodologie des rapports *Doing business* empêchent de considérer l'indicateur « facilité à faire des affaires » comme une mesure fiable et explicative de l'effet économique du droit, ce que corroborent les tests économétriques présentés par D. Blanchet dans la deuxième partie. Dans la troisième partie, enfin, A. Dorbec explore, à l'aune du cas français, la faiblesse méthodologique d'un autre des indicateurs de *Doing business*, « l'obtention du crédit » (Getting Credit). ■

## Un million de connexions

Un million. C'est, pour être précis, dans la matinée du 28 septembre 2006, qu'a été atteint ce nombre symbolique de connexions au site de la Mission, ouvert au public en mai 2000.

D'abord simplement destiné à afficher l'existence de la jeune institution (« Il faut être sur le web ! »), le site est rapidement devenu un outil essentiel de la valorisation de son activité puis, une source d'information prisée par tous ceux qui s'intéressent à la recherche sur le droit et la justice. Il reçoit chaque mois près de 30 000 visites et le nombre des abonnés à sa Newsletter - actuellement 900 - ne cesse de croître. ■

## Colloque La preuve pénale

Sur la base des résultats des cinq recherches consacrées à l'administration de la preuve pénale en Europe, recherches ayant bénéficié du soutien de la Mission, de la Gendarmerie nationale et du ministère de l'Intérieur (voir le dossier de la Lettre n° 21 - Automne 2005 -) auxquels s'ajoutent les interventions de plusieurs spécialistes du domaine (magistrats, enseignants, chercheurs, experts...), l'Institut de criminologie de Paris II et la Mission de recherche ont organisé à la Sorbonne un colloque sur « la preuve pénale » le vendredi 10 novembre 2006 (9 h - 18 h), salle Louis Liard, 17, rue de la Sorbonne 75005 Paris.

Ce colloque a permis de soumettre la recherche de la vérité à l'épreuve du renouvellement des sources, de la révolution technologique et des pratiques professionnelles. ■

## Appels à projets

Parmi les projets, à moyen terme, de la Mission, deux appels d'offres sont prévus pour la fin de l'année 2006, dont les périmètres - et les intitulés - sont en voie de définition.

- **Le non recours à la justice.** Le thème devrait être entendu dans le sens de « déjudiciarisation », c'est à dire des mécanismes, ou simplement des motifs, juridiques ou non, institutionnels ou informels, économiques ou autres, qui font que certains faits ou litiges ne sont pas portés à la connaissance de la justice.

- **L'expertise judiciaire.** L'intérêt pourrait se porter sur les rapports juges-experts, parties-experts ainsi que sur le statut (sélection, désignation, contrôle, responsabilité) des experts, leur sociologie...

Toutes les informations relatives à ces deux appels d'offres seront disponibles sur le site de la Mission, vraisemblablement à partir du début de décembre. ■

### La Mission en quelques mots

La *Mission de recherche Droit et Justice*

est un groupement d'intérêt public (GIP) créé en 1994 par le Ministère de la Justice, le CNRS, l'ENM, le Conseil national des Barreaux et le Conseil supérieur du Notariat. Elle est chargée de soutenir la recherche dans le domaine du droit et de la justice et de diffuser les résultats de ces recherches : collections aux PUF et à la Documentation française, communication des rapports sur demande (mission@gip-recherche-justice.fr), synthèses des rapports disponibles sur le site (www.gip-recherche-justice.fr). Pour être tenu régulièrement informé des activités de la Mission, abonnez-vous gratuitement à notre *Newletters*, à partir du site. ■