

Petit deux du Grand B : experts et procédure

Experts et procédure : l'*amicus curiæ*¹

Jacques Arrighi de Casanova

Président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État

Guy Canivet

Ancien premier président de la Cour de cassation
Membre du Conseil constitutionnel

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur à Sciences Po
Directeur du *Journal of Regulation*

Guy Canivet

Mon propos portera sur la pratique de l'*amicus curiæ* devant le Conseil constitutionnel. Pour autant ce ne sera pas une présentation spécialisée du droit constitutionnel. L'évolution de cette pratique de l'*amicus curiæ* devant le juge constitutionnel français recoupe les figures classiques de l'institution.

Au premier sens, l'*amicus curiæ* est l'expert, au sens général et non judiciaire, celui qui fait autorité sur une question. C'est ainsi que l'a pratiqué la Cour d'appel de Paris en 1988², en écoutant le Bâtonnier sur un aspect de l'exercice de la profession d'avocat. Il en fut de même pour la Cour de cassation en 1991³, lorsqu'elle a entendu le professeur Bernard sur une question de bioé-

thique concernant les mères porteuses. C'est sous cette acception que le définit le *Vocabulaire juridique* du Professeur Cornu : « qualité de consultant extraordinaire et d'informateur bénévole en laquelle la juridiction saisie invite une personnalité à venir à l'audience afin de fournir, en présence de tous les intéressés, toutes les observations propres à éclairer le juge ».

Une autre vision de l'*amicus curiæ* est celle d'un consultant en droit comparé. C'est ainsi que l'a pratiqué la Cour de cassation en matière de droit comparé, et notamment sur la question de l'homicide de l'enfant à naître⁴. Plutôt que de laisser les parties produire des éléments épars et non vérifiés en droit comparé, la Cour a demandé à un laboratoire reconnu en ce domaine de procéder

¹ Le style oral des interventions a été conservé.

² Cass. Ass. Piér., 31 mai 1991, *Bull. A.P.*, n°4, p. 5.

à une étude comparative de la manière dont est traitée la question dans les grands systèmes juridiques. Le rapport versé aux débats portait l'indication de la méthode utilisée, des sources consultées, du nom du professeur responsable de la recherche et de ceux qui l'avaient assisté. Ainsi ce rapport a-t-il pu être discuté.

Il existe enfin une autre compréhension de l'*amicus curiæ*. C'est celui qui intervient de sa propre initiative dans un débat judiciaire pour défendre un point de vue. C'est ainsi que la Cour de cassation l'a pratiqué dans les arrêts rendus en Chambre mixte en 2004, à propos de l'assurance-vie⁵. Dans ces affaires, la Cour a invité les différentes catégories de professionnels intéressés à produire des mémoires, afin que la question de la nature juridique de l'assurance-vie puisse être examinée en connaissance de la position de chacun des groupes d'intérêts concernés : notaires, compagnies d'assurance, ministère des finances, etc.

Le Conseil constitutionnel a pratiqué ces trois figures de l'*amicus curiæ*. Il l'a fait en suivant une évolution passant de l'informel à la processualisation de l'institution dont je tenterai de rendre compte.

Le stade de l'informel correspond au contrôle opéré par le Conseil constitutionnel sur la loi non promulguée dans les conditions fixées par l'article 61 de la Constitution. Cet article prévoit les conditions dans lesquelles le Conseil doit statuer. Mais la Constitution ne fixe pas de procédure. Elle n'indique que le délai dans lequel le Conseil doit statuer. Quant à la loi organique qui détermine la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel⁶, elle prévoit seulement que l'affaire est examinée à l'audience sous le rapport d'un rapporteur⁷. C'est donc dans le cadre des pouvoirs d'instruction du rapporteur que s'est insérée la pratique de l'*amicus curiæ*.

Ceci s'est fait de manière informelle, car le rapporteur est assez libre de l'instruction qu'il conduit. Il reçoit la saisine, les travaux parlementaires et une note préparatoire établie par les services juridiques ; il entend le représentant du Premier ministre, c'est-à-dire le Secrétariat général du Gouvernement et il lui pose des questions, soulevées par la saisine ou d'office. On sait qu'en effet, le Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi d'une loi, peut l'examiner

dans son ensemble au-delà des griefs soulevés. Le secrétaire général du Gouvernement produit deux catégories de documents : les observations en réponse aux moyens soulevés par la saisine et une note technique sur les questions hors saisine posées par le rapporteur. À l'origine, ces documents n'étaient pas diffusés le Président Badinter a rendu publiques les observations contradictoires en les faisant notifier aux auteurs de la saisine et en les faisant publier au Journal Officiel en même temps que la décision. Ce n'est que récemment que la note elle-même a été rendue publique.

C'est dans cet espace que s'est insérée la consultation, par le rapporteur de personnes susceptibles d'éclairer sa position sur des questions de toute nature, juridique ou non. Ainsi sur certaines lois électorales, a-t-il pu consulter des spécialistes de mathématiques électorales, ou pour des affaires mettant en cause le droit de l'environnement des spécialistes scientifiques ou juridiques de ces questions. Ces consultations se sont beaucoup développées entre 2007 et 2009. Elles sont devenues plus rares.

En revanche, une autre figure de l'*amicus curiæ* s'est développée ; celle que le Doyen Vedel a appelé la « porte étroite ». C'est la pratique consistant, pour le Conseil, à recevoir et lire des lettres que chacun veut bien lui adresser lorsqu'il est saisi d'une question de constitutionnalité dans le cadre de la saisine *a priori*. Ce sont soit des lettres informelles ou des consultations juridiques parfois remarquables, ou encore des mémoires très argumentés produits par certaines personnes ayant intérêt à ce que la loi soit déclarée ou non contraire à la Constitution. Ce peuvent encore être des associations ou des grandes entreprises qui communiquent leur avis sur le texte soumis à examen, soit pour le défendre soit pour demander qu'il soit déclaré non conforme à la Constitution.

En ce cas encore, le Conseil n'a pas formalisé cette technique qui s'apparente plus ou moins à une intervention. Le rapporteur examine si les mémoires qui lui sont spontanément adressés présentent un intérêt. Si tel est le cas, il en décide le versement à la procédure et la communication au Premier Ministre et aux parties saisissantes.

⁵ Ch. mixte, 23 nov. 2004, n° 01-13592, 02-11352, 02-17507, 03-13673, publiés au *Bulletin*.

⁶ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le

Conseil constitutionnel.

⁷ Article 19 de l'ordonnance précitée.

À l'égard de ces mémoires spontanés, le Conseil garde une grande liberté. Outre le fait de décider de manière discrétionnaire s'il les verse ou non à la procédure, il ne s'estime en tout état de cause pas tenu de répondre aux griefs et moyens qu'il contiennent. Ce ne sont que des écrits qui contribuent à sa réflexion et dont il peut, le cas échéant, tirer des moyens soulevés d'office.

Néanmoins, le recours bien compris à la « porte étroite » n'est pas sans incidence sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel ; il a pu influencer ses décisions en provoquant des censures dans des affaires importantes. Il est très souvent utilisé en matière de lois de finances ou de lois de financement de la sécurité sociale pour inciter le Conseil à censurer des dispositions qui n'ont pas à s'y trouver ou encore dans le cadre de l'examen de lois ordinaires pour faire déclarer contraires à la Constitution des dispositions qui sont sans liens avec le texte soumis au parlement ou encore des articles procédant d'amendements adoptés en seconde lecture sur des parties de la loi déjà définitivement votée en première lecture. Toutes ces dispositions parasites constituent ce que nous appelons des « cavaliers législatifs ». On comprend que les mémoires spontanés adressés au Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi participent de la stratégie des lobbies catégoriels qui se manifestent soit pour faire introduire soit pour s'opposer à l'introduction de certaines dispositions plus ou moins en rapport avec la loi soumise au parlement.

Le recours de constitutionnalité prévu par l'article 61-1 de la Constitution qui s'inscrit dans un procès en cours, judiciaire ou administratif, a conduit à « juridictionnaliser » le débat de constitutionnalité. Il a donc été nécessaire de fixer des règles de procédure, en particulier celles qui sont relatives aux interventions d'*amicus curiae*, devant le Conseil constitutionnel. S'agissant de la QPC, l'ordonnance organique⁸ ne donne que peu de précision sur le déroulement de la procédure. Aussi, comme il y était invité par la loi organique, le Conseil a adopté un règlement de procédure⁹ fixant les règles applicables devant lui, notamment pour faire respecter le principe de la contradiction.

C'est par ce règlement que le Conseil constitutionnel a précisé les règles d'intervention de

l'*amicus curiae* et de traitement des mémoires dits « spontanés ».

En premier lieu, il a rendu contradictoire l'audition des spécialistes consultés par le Conseil. L'alinéa 1^{er} de l'article 6 prévoit que lorsque, pour les besoins de l'instruction, le Conseil décide de recourir à une audition, les parties et les autorités participant à la procédure sont invitées à y assister. Leur est ensuite impartie un délai pour présenter leurs observations.

En second lieu, s'agissant des mémoires spontanés, il est prévu que dans les trois semaines de la publication sur le site du Conseil de la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est renvoyée, une partie justifiant d'un intérêt spécial peut lui adresser des observations en intervention. Le Conseil vérifie alors que l'auteur du mémoire justifie d'un tel intérêt. En ce cas, il décide que l'ensemble des pièces de la procédure est adressé à l'intervenant et que les observations de celui-ci sont transmises aux parties et autorités concernées. Il leur est impartie un délai pour y répondre. En cas d'urgence, ce n'est pas le collège mais le président du Conseil constitutionnel qui prend cette décision. Ainsi ont été fixées, dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi, des règles de procédure encadrant ce qui dans le cadre du contrôle *a priori* était informellement pratiqué sous le nom de « porte étroite. »

Si le Conseil n'a, depuis 2010, procédé à aucune audition dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, en revanche, la pratique des mémoires spontanés s'est considérablement développée.

Les représentants des groupes d'intérêts, en particulier les syndicats et/ou les associations, professionnelles ou non, et même certaines personnes privées, n'ont pas hésité à utiliser cette faculté pour venir au soutien du requérant et demander l'abrogation de la loi ou à l'inverse pour s'y opposer. Ainsi le débat constitutionnel s'est trouvé considérablement enrichi et élargi.

Tout en admettant assez facilement ces interventions, le Conseil a dû en préciser les conditions au regard de la notion d'intérêt spécial. Ainsi a-t-il refusé de les admettre lorsque l'intérêt défendu était trop général. Tel est par exemple le

⁸ Ordonnance organique, articles 23-8 à 23-12.

⁹ Règlement intérieur du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil

constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

cas des organismes ou associations qui se donnent pour objet de défendre l'ensemble des droits fondamentaux. L'intérêt qu'elles poursuivent est alors plus général que spécial. L'admission de leur intervention leur donnerait la possibilité de s'introduire dans toutes les affaires renvoyées au Conseil constitutionnel.

Pour conclure, les interventions d'*amicus curiæ* sont naturelles dans un débat devant une juridiction constitutionnelle, car elle est saisie d'un débat objectif sur la constitutionnalité de la loi. Il est normal que tout groupe concerné par la question débattue ou toute personne qui y porte intérêt fasse valoir son point de vue.

Suivant l'exemple de la Cour suprême des Etats-Unis, le Conseil constitutionnel admet volontiers cette ouverture. Sur certaines questions, elle a largement fait avancer le débat constitutionnel. En témoigne la question de la garde à vue, dans laquelle sont intervenus les ordres d'avocats, ou en matière d'hospitalisation d'office, les associations représentant les personnes atteintes de troubles mentaux. C'est grâce à ces interventions que le débat constitutionnel prend toute sa dimension, tant sur le plan du fond que sur celui de l'audience dans l'opinion.

Marie-Anne Frison-Roche

Le premier point que j'aimerais souligner est l'ambiguïté de l'expression d'*amicus curiæ*. Il est vrai que plus une expression peut se prêter à divers sens, plus elle est plastique, plus elle peut avoir bonne fortune. Or, on verrait bien dans l'*amicus curiæ* comme un « principe commun de droit procédural », c'est-à-dire le cœur du cœur de la procédure, ce qui s'impose à toute procédure par une sorte d'effet de nature¹⁰. L'expression d'*amicus curiæ* relève d'un latin de cuisine. Or, comme lorsqu'on use d'un euphémisme, l'usage incongru du latin (souvenons-nous de l'invention de la *lex mercatoria*) relève souvent d'un tour de passe-passe, le latin faisant mieux glisser l'innovation. Ainsi, lorsque le juge décida de désigner un expert de droit, ce qu'une lecture traditionnelle des textes de procédure civile lui interdit de faire, il revêtit habilement ce personnage, qui peut dire son opinion sur le droit alors qu'il n'est pas le juge et sans lier pour autant celui-ci, du manteau de l'*amicus*

curiæ. Bonne stratégie, en effet que peut-on reprocher à un ami? Le Président Pierre Drai n'était jamais ni à court d'imagination, ni d'amis.

Mais, si l'on prend l'expression à la lettre, comment peut-on être « ami de la Cour »? Ainsi, comme cela fut dit, la Cour de cassation demanda à l'Association française des sociétés d'assurance d'exprimer son point de vue concernant l'assurance¹¹. Les associations professionnelles ne sont-elles pas avant tout les amis des professionnels ainsi regroupés en leur sein, alors que le conflit porté devant le juge exprime des intérêts contraires dont le juge est en charge de faire la balance. Peut-on être l'ami du plaideur mais aussi de son juge? Actuellement, tous les concepteurs de la vaste et envahissante théorie des « conflits d'intérêts », qui met au centre la situation, et qui constateraient que l'*amicus curiæ* est, de par sa situation, entre deux intérêts, apporteraient en conséquence une réponse négative. En outre, si l'*amicus curiæ* doit formuler un avis en droit, alors il est comme un « voleur de feu », prenant au juge son office même, ce qui est également inconcevable. Donc, c'est une porte qui claque par deux fois au nez de l'*amicus curiæ*. En effet, seul le ministère public pourrait se prétendre « ami de la Cour ». L'*amicus curiæ* peut-il se remettre d'un tel K. O.?

Mais l'on pourrait aussi concevoir que l'*amicus curiæ* ne capture le juge que si celui-ci ne sait pas prendre distance par rapport à son « ami ». C'est ce vocable même qui est duplice, une cape de carnaval pour masquer l'expertise de droit. L'*amicus curiæ* est un expert de la Cour, et non pas un ami, mais il faut alors assumer l'existence des experts de droit. Plus hypocritement, on pourrait admettre que le juge demande à quelqu'un son avis sur tel ou tel point de droit, mais cela ne peut se faire qu'entre amis, comme les juges le font depuis toujours, lors de leurs rencontres avec des personnes savantes. Tant que les copains ne sont pas des coquins, cela est admissible, mais il faut faire attention aux limites, dont la garde est parfois difficile surtout quand elles sont informelles.

L'*amicus curiæ* suppose donc que le juge tout à la fois admette qu'il ne connaît pas tout, pas même en matière juridique, ce qui justifie

¹⁰ S. Menétrey, *L'amicus curiæ, vers un principe commun de droit procédural ?*, préf. C. Kessedjian, Avant-propos S. Guillemard, col. « Nouvelle Bibliothèque

de Thèses », Dalloz, 2010.

¹¹ Ch. mixte 23 nov. 2004.

concrètement qu'il ait recours à un expert de droit, et qu'il soit suffisamment compétent techniquement pour faire la part de ce que dit l'*amicus curiae*, ce qui lui permet de tenir à distance l'expert, autre façon de désigner l'impartialité.

Cela signifie que pour admettre l'*amicus curiae*, il faut que le juge dise la vérité, à la fois sur sa puissance et sur son impuissance.

Sur sa puissance tout d'abord, le juge doit admettre, ce que tout le monde sait mais ce que l'on semble persister à ne pas vouloir dire en France, que le juge crée des règles de droit générales et abstraites ayant une portée elle-même générale et abstraite régissant tous les cas analogues futurs. On peut certes relire en boucle et en amphigrama l'article 5 du Code civil et rappeler à l'ordre l'enfant qui dirait cette vérité et mettre une mauvaise note à sa copie qui aurait ainsi dit que le roi est nu, mais la répétition selon laquelle le juge ne crée pas le droit ne fait qu'accroître la puissance de celui-ci, puisqu'un pouvoir dénié est plus ample qu'un pouvoir reconnu.

Ainsi, le juge qui admet que son jugement aura un effet général dans tous les cas futurs, ce que savent fort bien par exemple les banques (cf. le débat sur les dates de valeur) ou les compagnies d'assurance (cf. le débat sur la qualification de l'assurance-vie), reconnaissant ainsi sa puissance, demandera à l'association représentant les entreprises du secteur la mesure économique de l'impact d'une décision dans un sens ou dans l'autre. L'*amicus curiae* intervenant en analyse économique du droit a ainsi son sens, son intérêt et éclaire le juge, qui n'est pas capturé pour autant.

Mais il faut aussi que le juge reconnaisse son impuissance, c'est-à-dire admette qu'il ne connaît pas tout. Est-ce beaucoup demander? Certes, l'adage énonce *La Cour connaît le droit*. Mais il s'agit d'une règle qui régit l'organisation des procès et la répartition de la charge des faits et du droit entre les parties et le juge, et donne au juge « l'apanage du droit », pour reprendre notamment l'expression chère à Motulsky. À ce titre, parce que la Cour connaît le droit, le juge a toujours le pouvoir de relever d'office la règle de droit applicable et une partie qui formule une prétention n'a pas besoin d'évoquer une règle de droit, car cela n'est pas à sa charge.

Ainsi, l'adage n'implique qu'un pouvoir pour le juge mais ne dit en rien que le juge connaît tout le droit applicable. Il peut arriver que la complexité du droit applicable soit telle qu'il ait besoin d'une aide. Or, comme nous le savons, les expertises ne peuvent porter que sur des faits techniques. Dès lors, un juge qui a reconnu sa puissance mais qui est aussi modeste, aura recours à l'*amicus curiae*.

Il est vrai que cette double qualité est rare et peut-être est-ce une des raisons pour lesquelles l'*amicus curiae* ne semble guère avoir prospéré en France, alors que les juridictions internationales et de l'Union européenne, plus puissantes, plus sûres d'elles et donc plus modestes, y ont recours. On peut ainsi se référer à l'usage fait d'un tel personnage par l'arrêt du 18 octobre 2011 rendu par la Cour de justice de l'Union européenne¹², s'appuyant sur un expert pour l'éclairer sur les conséquences bioéthiques ou de santé publique de la brevetabilité des cellules-souches. Il ne fait en effet aucun doute pour la Cour que son arrêt aura un effet général, que la propriété intellectuelle structure la recherche et pourrait mettre en danger les êtres humains virtuellement présents dans les cellules-souches, l'appropriation de celles-ci, leur marchandisation, leur manipulation.

D'une façon plus générale, la propriété intellectuelle semble aujourd'hui perçue avant tout comme un instrument économique manié par les États dans des politiques industrielles, la science économique étant la science de l'innovation, mais cette affaire faisait s'affronter dans des termes généraux l'économie, l'éthique, le bien-être social, le juge en devenant l'arbitre. En l'espèce, un juge allemand était saisi d'un brevet déposé sur des cellules-souches, alors qu'une directive européenne interdit les brevets sur l'embryon humain : comme ce qui n'est pas interdit est permis, il était tenté de l'admettre, puisqu'une cellule-souche est différente d'un embryon. Mais le Tribunal allemand ne savait que décider, et pour choisir entre le raisonnement *a contrario* ou par analogie, il devait être éclairée sur les conséquences économiques de la brevetabilité, notamment au regard de l'innovation, de la recherche scientifique (arrêtée du fait du monopole, ou favorisée par l'incitation que constitue un brevet), et sur la dimension éthique,

¹² CJUE 18 oct. 2011, aff. C-34/10, Oliver Brüstle c/ Greenpeace eV.

supposant qu'on établisse ou non un lien entre la cellule-souche et un embryon, par analogie ou par virtualité (le temps faisant que l'une devient l'autre).

Le juge allemand posa une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, ce qui montrerait que le meilleur ami d'un juge est encore un autre juge... Finalement, lorsque les juges demandent des avis, par exemple aux régulateurs, on peut considérer qu'ils les traitent comme des *amici curiae*. La Cour de justice, quant à elle, avait fait appel à un expert qui a estimé qu'il était raisonnable pour des raisons bioéthiques de barrer la brevetabilité, ce qui fut juridiquement aisé par un raisonnement par analogie entre une cellule-souche et un embryon. Ceci a ravi les personnes sensibles à la bioéthique, et ulcéré les spécialistes de l'économie et de la science, mais ce sont trois systèmes normatifs qui n'ont pas les mêmes valeurs, comme l'avait établi la théorie de « l'économie de la grandeur »¹³ et comme le montre un cas comme celui-ci. On voit que l'*amicus curiae* conçoit, mais que c'est le juge, à distance de celui-ci, qui fait prévaloir un ordre normatif sur un autre, ici l'ordre de la bioéthique.

L'essentiel est donc dans la robustesse du juge face à l'*amicus curiae*, difficulté classique de l'expertise puisque le recours même au tiers révèle le manque d'information du juge, asymétrie du jugé qui le rend capturable. En droit, s'organisent les règles garantissant l'impartialité, et l'absence de corruption en est la forme élémentaire. En économie, s'est développée la « théorie de la capture » pour essayer de préserver ceux qui décident (le régulateur, ici le juge) du déplacement du pouvoir au bénéfice de celui qui n'a pas *de jure* le pouvoir mais qui a *de facto* l'information... et donc le pouvoir. Le cas de l'*amicus curiae* est plus difficile encore car ils sont « amis » et souvent il intervient dans la procédure gratuitement. L'esprit soupçonneux (les théories économiques sont par nature des « théories du soupçon ») se demande immédiatement pourquoi il intervient, si ce n'est pour déposer le juge de son pouvoir à son profit.

Pour y parer, on peut développer deux conceptions de l'*amicus curiae*.

La première renvoie au modèle que l'on pourrait dire « héroïque », celui de l'expert qui intervient en toute gratuité, venant gracieusement donner son savoir à la Cour. Ce serait un véritable ami, tellement animé de la lutte pour le droit qu'il viendrait pour aider la Cour. Les professeurs de droit, assidus lecteurs de Jhering, seraient si animés de cette volonté de lutter pour le droit, qu'ils viennent travailler et se déposséder de leur savoir, car ils ne connaissent pas la valeur économique de celui-ci ou n'y sont pas sensibles. C'est possible.

Le modèle nord-américain est plus cynique, c'est normal puisqu'il est toujours proche du modèle du marché et de son postulat selon lequel l'intérêt particulier guide l'action rationnelle de chacun, y compris celle de l'*amicus curiae*. Si l'on se réfère notamment au droit nord-américain, les experts y sont imprégnés du savoir de ceux qu'ils côtoient et qui les payent. Ce sont des experts de parties : soit d'une façon particulière, étant appelés par une partie au procès ; soit d'une façon générale, consultant habituellement, par exemple, pour des assureurs, et intervenant en l'occurrence sur un fait général concernant l'assurance.

Ils ont certes un biais, mais le système est construit sur la connaissance de ce biais, et le système d'une part profite de l'autre face de cette médaille à savoir la compétence technique retirée de la proximité avec les opérateurs, d'autre part met en place les garde-fous pour limiter les conséquences délétères de ces biais.

Ce garde-fou est procédural, le juge mettant face-à-face les experts et étant lui-même assez compétent pour faire la part des choses dans les discours construits par les parties au litige, les tierces-parties et les experts, sans que personne ne prétende vraiment être ami de l'un ou de l'autre, ou alors au sens ironique que Maupassant donna à son personnage de *Bel-Ami*.

Ainsi, le principe du contradictoire, principe majeur de toute procédure, même au pénal ou dans le contentieux administratif, à propos duquel il est possible que le Conseil constitutionnel impose bientôt que l'expertise pénale elle-même se conforme, permet, par l'affrontement des discours biaisés, au juge de se faire une opinion raisonnable sur les affirmations générales articulées par

¹³ L. Bostarsky et L. Thévenot, *De la justification : les économies de la grandeur*, Gallirard, 1991.

ses amis, quels que soient les intérêts qui mènent ceux-ci à lui chuchoter à l'oreille.

Cela est plus conforme au « droit procédural commun » que les conversations privées dont nous savons tous, depuis toujours, quelles se tiennent entre les juges et des savants sur des questions générales, techniques ou de droit.

Ainsi, c'est la contradiction qui, par nature, est l'amie du juge.

Jacques Arrighi de Casanova

À titre liminaire, je tiens à préciser que les quelques éléments, les témoignages que je vais vous livrer concernent essentiellement ce qui fait la spécificité du contentieux administratif, donc le contentieux de la légalité. C'est un contentieux objectif, par le biais du recours pour excès de pouvoir ou du contrôle de cassation opéré sur les décisions du juge de la légalité, à savoir des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. Je laisse donc de côté la sphère dans laquelle le juge administratif peut être conduit à faire appel à des experts en matière de marchés publics ou de responsabilité, par exemple pour se faire une idée sur les causes ou les conséquences d'un dommage. Je ne traiterai donc pas l'expertise classique.

J'aimerais dire essentiellement deux choses. La première est que dans la conception traditionnelle du contentieux administratif en général, et dans la pratique du Conseil d'État en particulier, qui sont marqués par une assez grande absence de formalisme, on a déjà, depuis longtemps, des pratiques qui ressemblent un peu à l'*amicus curiae*, et qui sont antérieures à l'apparition de la notion. Le second point que j'aborderai concerne un décret récent, qui a formalisé les choses sur ce point : le Conseil d'État a eu à faire application de ces instruments nouveaux et j'en mentionnerai deux exemples.

Concernant la conception traditionnelle en premier lieu, je mentionnerai deux exemples, qui sont assez différents. L'un touche à la procédure et au caractère contradictoire de l'instruction devant le juge ; l'autre relève plus de l'informel, et n'est pas versé au contradictoire, ce qui a pu amener un certain nombre de critiques.

Le premier point est le fait que, dans la technique de l'instruction des affaires, le juge administratif est libre de mener l'instruction à peu près comme il l'entend. Bien évidemment, s'il est saisi d'un recours pour excès de pouvoirs contre un

arrêté du maire accordant un permis de construire, il devra le communiquer aux défendeurs, donc au maire et au bénéficiaire du permis. À défaut, l'annulation s'exposerait à une tierce-opposition et il faudrait tout recommencer. De même, la défense et les arguments en réplique éventuels devront faire l'objet d'une communication.

Classiquement, ceci est transposé dans ce qui relève du contentieux de la légalité dont le Conseil d'État connaît en premier ressort, pour ce qui est du contentieux des actes réglementaires des ministres et des décrets, avec communication faite au Premier ministre auteur du décret, aux ministres rapporteurs, c'est-à-dire ceux qui ont préparé le décret.

Dans ces derniers contentieux, comme en matière de question prioritaire de constitutionnalité, il y a souvent des interventions. Un requérant va former un recours contre un décret, par exemple lorsqu'un professeur de droit attaque un décret sur le statut des professeurs ; puis des organisations professionnelles et syndicales vont venir à l'appui de la requête. Le Conseil d'État a une conception assez souple de l'intervention. C'est encore le cas du recours d'un étranger en matière de titre de séjour, les associations de défense intervenant pour faire valoir des considérations générales au soutien de ce qu'invoque le requérant. Dans ces cas, l'initiative vient toutefois des parties.

Ce qui est plus proche de l'*amicus curiae*, c'est lorsque l'initiative vient du juge. À en rester à l'exemple du permis de construire, il y a un voisin qui s'oppose au maire et au propriétaire du terrain bénéficiaire, par exemple à propos du plan local d'urbanisme de la commune, ou sur l'application de dispositions plus générales du code de l'urbanisme. On peut alors avoir le sentiment qu'il y a matière à débat sur la portée ou l'interprétation de dispositions nouvelles, et on peut se rendre compte que l'issue du litige dépend assez largement de la portée donnée aux réformes récentes. Pour cette raison, le juge peut être conduit à demander ses observations au ministre en charge de l'administration concernée. Ces observations sont communiquées aux parties, mentionnées dans la décision, et servent à éclairer le juge. C'est une pratique extrêmement fréquente, devant les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel, ou même devant le Conseil d'État.

Il s'agit donc d'un exemple de demande d'avis juridique sur une question que le juge pourrait trancher seul. Les auxiliaires de justice pourraient aller consulter eux-mêmes les travaux préparatoires, pour rechercher la volonté du législateur, mais il paraît intéressant de connaître et de soumettre aux parties le point de vue de l'auteur ou de l'inspirateur du texte en cause. C'est un exemple de quasi *amicus curiae*, qui existe depuis des temps immémoriaux, sans texte.

Une autre pratique existe depuis longtemps, et que j'ai moi-même beaucoup pratiquée, c'est celle des contacts informels. C'est par exemple ceux qui existent avec la Cour de cassation sur des questions d'intérêt commun. Ainsi, en matière d'assurance-vie, le Conseil d'État a été saisi d'un pourvoi en cassation qui portait sur la possibilité pour une juridiction d'aide sociale, dans le contentieux de la récupération des sommes versées à des héritiers ou des donataires, de qualifier certains contrats d'assurance-vie de donation. Et, à ce titre, il y a eu des rapports informels avec la Cour de cassation, qui ont donné lieu à une réunion organisée avec la Première Chambre civile qui avait alors une affaire analogue sous l'angle du droit civil, afin de bénéficier pleinement de l'avis des spécialistes et d'en tirer les conséquences adéquates. Il y a très souvent des contacts de ce genre, et ils ont été quasiment officialisés entre les formations de jugement du Conseil d'État traitant de droit public du travail et la Chambre sociale.

À côté de cela, il y a aussi les contacts personnels. Certains juges sont en effet des enseignants occasionnels à l'université, et vont déjeuner avec des professeurs de droit, ou discuter autour d'un verre. Ce peut aussi être une réunion plus large, où sont conviés des professeurs de droit spécialistes d'une matière pour en débattre. C'est un tout autre registre. Le fait de s'éclairer, de lire des articles de doctrine et des arrêts est une variante du travail personnel du juge. Or, seule l'instruction est soumise au débat contradictoire, et non le travail des magistrats, dans la tradition du contentieux administratif.

Mais on a pris conscience du fait que cette dernière pratique connaissait des limites, notamment dans certains cas où les professeurs consultés

amicalement ont estimé devoir produire un papier. Et on s'est dit qu'il serait judicieux de soumettre un tel écrit aux débats.

D'où le décret du 22 février 2010¹⁴, inséré au code de justice administrative, qui n'a pas l'air de dire grand chose. Notamment, il ne parle pas de la pratique des observations faites à un ministre intéressé par la législation dont il s'agit. Mais l'article R. 625-3 nouveau prévoit que « la formation chargée de l'instruction peut inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine. L'avis est consigné par écrit. Il est communiqué aux parties ». Et l'article de prévoir une variante orale, permettant au juge de demander à l'*amicus curiae* de venir donner son avis.

Ce texte récent a été expérimenté dans une affaire portée devant l'assemblée du contentieux, ayant donné lieu à un arrêt du 23 décembre 2011¹⁵. En l'espèce, il s'agissait de la question du remboursement des emprunts russes, à la suite d'un accord entre la République de Russie et la France. Un ressortissant étranger s'est présenté au guichet de la trésorerie pour en bénéficier, mais sa demande a été rejetée, car l'accord ne concernait que les Français.

Le ressortissant a donc formé un recours, en invoquant la contrariété de l'accord franco-russe à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel et à l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La question qui se posait était donc celle de la combinaison de deux accords internationaux contradictoires. Un tel sujet a toujours été évité par le jeu de l'interprétation conforme et il était intéressant de profiter du nouveau système d'*amicus curiae* pour résoudre la question une bonne fois pour toutes.

Il n'a pas été fait appel à un professeur de droit, mais à un ancien président de la Cour internationale de justice, qui se trouve être Conseiller d'État honoraire. Sa contribution a été utile, et je vous renvoie à son avis reproduit à la *Revue française de droit administratif*.

Le deuxième exemple est à mi-chemin de

¹⁴ Décret n° 2010-164 du 22 février 2010.

¹⁵ RFDA 2012, p. 19 : reproduction de l'avis de l'*amicus curiae*.

l'*amicus curiae* et de l'expertise. En effet, le même décret introduit un article R. 625-2, qui prévoit que « lorsqu'une question technique ne requiert pas d'investigations complexes [c'est-à-dire que ce n'est pas un expert qui devra examiner un patient pour savoir quel est son taux d'incapacité, ni aller sur place pour voir si un ouvrage est impropre à sa destination], la formation de jugement peut charger la personne qu'elle commet de lui fournir un avis sur les points qu'elle détermine ». Cet article renvoie aux dispositions sur l'expertise, et notamment à celles prévoyant les frais d'expertise. C'est une différence avec l'article sur l'*amicus curiae* qui ne comporte aucun renvoi, ce qui signifie qu'il est bienveillant, quoi qu'on puisse penser de ce bienveillant.

À propos de cet article, un arrêt du 28 mars dernier est intéressant, l'arrêt « Société Direct Energie et autres », rendu sur un recours pour excès de pouvoirs contre une décision préparée par la Commission de régulation sur l'énergie, et approuvée par le ministre compétent, sur les tarifs d'utilisation du réseau de transfert d'électricité. Dans cette affaire, pour la première fois, le Conseil d'État a commis un spécialiste en application de ces dispositions, en l'occurrence un commissaire aux comptes. Il s'agissait d'un point extrêmement technique sur les tarifs de transport d'électricité, qui est détaillé dans la décision, et qui a conduit les juges à recourir à cette disposition. En d'autres temps, ils auraient fait avec les moyens du bord.

Guy Canivet

J'aimerais ajouter deux observations. Indépendamment de toute considération dogmatique, la question est de savoir comment le juge forme sa conviction. La forme-t-il simplement à partir de l'instruction du dossier ? De la consultation de la presse juridique ? De la lecture ou de l'audition de tout autre média ? En outre, il existe des stratégies qui visent à convaincre le juge en appelant son attention sur certains arguments ou certains faits par des moyens de communication extra-judiciaires. Toute la question est de savoir comment et sur quoi faire jouer la contradiction.

Par ailleurs, lorsqu'une juridiction interroge un sachant, comment le choisit-elle, et pourquoi ?

Lorsqu'un juge décide de consulter le spécialiste d'une question, le juge a-t-il déjà, inconsciemment ou non, une idée de ce que celui-ci va dire. Il peut donc être intéressant pour les parties de pouvoir répondre à cet avis, en appelant son propre expert. Dans les affaires soumises à la Cour de cassation, le recours à l'*amicus curiae* a eu lieu dans le cadre d'un débat organisé. Ainsi, dans l'affaire sur l'assurance-vie, à partir du moment où certains groupes d'intérêt s'étaient manifestés par la production de mémoire, il était nécessaire de demander à chacune des parties, si d'autres intervenants devaient être sollicités, ce qu'elles ont finalement souhaité. Le débat initial qui posait seulement une question de rapport à une succession de primes d'assurance-vie, a ainsi pris une dimension d'une toute autre nature entre la logique juridique et économique de l'épargne et celle de l'assurance.

Marie-Anne Frison-Roche

J'aimerais revenir sur ce qu'a dit le Président Arrighi de Casanova, à propos de l'arrêt dont il vient de donner le contenu. En effet, il y a actuellement en France un débat économique très important sur le prix de l'énergie et sur son calcul par rapport au coût d'approvisionnement et au coût d'accès au réseau de transport. Or, il y a eu un gel des prix du gaz effectué par le Gouvernement, avec avis défavorable rendu par le régulateur, et le Conseil d'État est intervenu pour mettre fin au gel des tarifs par le Gouvernement¹⁶.

En Belgique, le régulateur est moins protégé par le juge, c'est pourquoi le régulateur doit affronter le Gouvernement belge, qui avait pareillement gelé les prix et tarifs du gaz, afin d'aider la population. Mais, quarante-huit heures après que la loi a été prise, les trois compagnies d'énergie détenant la totalité du marché ont augmenté le prix de l'électricité et du gaz de 5 %, malgré le gel. Le ministre a conseillé aux clients de saisir un juge, et le régulateur a ouvert un *chat* sur Internet, pour répondre à leurs questions. Je ne suis pas certaine que ce soit la meilleure façon d'organiser un débat contradictoire¹⁷...

La situation française est meilleure en ce qu'elle est moins abrupte parce que le Conseil d'État, notamment en raison de la qualité technique des

¹⁶ Sur l'ensemble de cette affaire, v. G. Delormes, The « Conseil d'État » (French Council of State) cancels the freezing of price of natural gas supplied to consumers, *The Journal of Regulation*, 2012, II-5.15.

¹⁷ Sur la situation belge, v. <http://www.thejournalofregulation.com/Le-11-septembre-2012-le-regulateur.html> et les décisions successives du régulateur énergétique belge.

conseils dont il s'entoure, dessine une sorte de méthodologie qui entoure le pouvoir du Gouvernement de fixer les tarifs, enjeu économique, social et industriel majeur.

Intervention de la salle

Il me semble que, devant le Conseil constitutionnel, il s'agit d'interventions : le Conseil n'appelle pas quelqu'un, un *amicus curiae*. Pour l'instant, ce ne sont que des interventions spontanées. L'*amicus curiae* est appelé par le juge.

Par ailleurs, j'aimerais que soit faite la différence entre les consultations de Professeurs de droit demandées par les avocats, lesquels les produisent aux conclusions et l'*amicus curiae*. Dans le second cas, il n'y a pas de raison d'être, le juge n'ayant pas à demander l'avis juridique de qui que ce soit, ni à reprendre les faits. Par conséquent, que peut être l'influence d'un *amicus curiae* devant la Cour de cassation ?

Guy Canivet

En premier lieu, l'intervention pour la défense d'intérêts catégoriels devant une cour constitutionnelle est bien l'une des formes de l'*amicus curiae*. Devant la Cour suprême des Etats-Unis, on appelle ces interventions spontanées *brief d'amicus curiae*. Evidemment ce concept procédural est différent de l'audition de la personne faisant autorité sur une question, juridique ou non, que la juridiction décide d'étendre pour éclairer son jugement.

Pour répondre à votre question, la démarche de la Cour de cassation en 1991 était d'éclairer l'interprétation de la loi de considérations éthiques. Lorsque plusieurs interprétations de la loi sont juridiquement possibles, il n'est pas interdit de se fonder sur d'autres déterminants pour rechercher la meilleure solution jurisprudentielle. Appeler le professeur Bernard pour donner un avis d'éthique médicale sur la question des mères porteuses ne me paraît pas hors de la mission de la Cour de cassation. Elle a voulu interpréter des dispositions légales susceptibles de plusieurs sens en prenant en considération la dimension éthique de la question.

Intervention de la salle

Permettez moi de vous dire qu'en 1991, le professeur Bernard n'a pas été appelé en tant que professeur de médecine, mais en tant que président du Comité consultatif national d'éthique. Or, ce Comité avait déjà rendu un avis pour dire qu'il condamnait les mères de substitution, donc il

n'avait rien à dire de plus. C'est pour cette raison que j'avais trouvé qu'en 1991, il était totalement aberrant que la Cour de cassation fasse un tel faux pas.

François Terré

De deux choses l'une. Soit le professeur Bernard était consulté en tant que moraliste, en tant qu'expert des faits, et en ce cas, ceci est parfaitement concevable. En revanche, si c'est pour donner une réponse en droit, très franchement, on n'en avait pas besoin, car on connaissait d'avance cet avis. Faire venir à la Cour de cassation quelqu'un dont l'avis en droit ne surprend personne, sans laisser la parole à d'autres personnes et respecter la contradiction, était totalement inutile. À quoi sert le Comité national d'éthique s'il donne des leçons de droit, alors qu'on lui demande des leçons de morale, et quand les leçons de droit correspondent déjà au droit positif ?

Guy Canivet

Vos contestations portent sur les modalités de la procédure d'*amicus curiae*. Quant à la notion d'avis juridique, comment la définir ? De ce point de vue est-ce solliciter un avis juridique que de solliciter l'intervention d'un laboratoire de droit pour obtenir une certification scientifique des arguments tirés des diverses décisions rendues dans les grands systèmes de droit sur la question universelle de l'homicide de l'enfant à naître ? La Cour de cassation aurait sans doute pu procéder elle-même à la recherche comparative, c'est ce que prétend le juge anglais : « je fais moi-même mes recherches en droit comparé » assure Lord Bingham. En ce qui me concerne, j'avoue être incapable de fournir une consultation crédible en droit comparé.

François Terré

Il existe des bases de données juridiques, en l'occurrence LexisNexis, qui peuvent, demain, vous donner une réponse sur n'importe quel sujet, donc vous pourriez leur demander. Je pense que, demain, il sera parfaitement possible de s'en contenter.

Guy Canivet

Faire du droit comparé, ce n'est pas lire une succession de décisions étrangères. Les bases de données peuvent donner les solutions de la loi allemande, de la loi américaine, de la loi anglaise, etc. Mais chacune de ces décisions doit être replacée dans son propre contexte juridique, ce

que seul un juriste formé à la technique comparatiste peut faire. La véritable recherche comparative est fonctionnelle. Elle consiste à savoir comment une question pratique est réglée dans un système de droit par des moyens juridiques qui peuvent être très différents et qui peuvent tenir tout à la fois du droit substantiel et du droit procédural. Il faut donc bien connaître le système de droit en question.

Intervention de la salle

Je pense que M. Arrighi de Casanova nous a donné la solution. Les magistrats demandent, de manière informelle, à des personnes compétentes qu'elles rencontrent. L'absence d'*amicus curiae* n'empêche pas le magistrat de sortir de son bureau. Il est normal qu'il essaye de se renseigner si les pièces versées au dossier sont insuffisantes, mais de manière personnelle, informelle.

Guy Canivet

Mais ceci ne présente pas beaucoup de garanties. Il m'est arrivé plusieurs fois d'être saisi de contentieux que je découvrais notamment lorsque je suis arrivé à la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Il est évident que je connaissais des professeurs que je pouvais informellement consulter. Mais les parties auraient sans doute été intéressées de savoir qui j'avais interrogé et quel avis m'avait été donné. L'informel présente sans doute des avantages, mais du point de vue du contradictoire, il manque de transparence. Il ne peut en tout cas être érigé en système.

Denis Mazeaud

Je ne sais plus dans quel texte j'avais lu cette phrase, mais je la trouve très juste: « le juge doit tout juger, sans pouvoir tout savoir ». Et je considère que le recours à l'*amicus curiae* illustre cette modestie de bon aloi.

Et interroger sur le droit ou autre chose... Tout est tellement mêlé! On ne peut pas avoir un droit totalement désincarné. Par conséquent, ça ne me choque pas, si véritablement il s'agit d'une discipline extrêmement technique, sur laquelle même un conseiller à la Cour de cassation ne connaît pas bien les concepts, qu'il y ait une expertise.

Par ailleurs, j'aimerais revenir sur ce qu'a dit le professeur Frison-Roche. À mon avis, l'*amicus curiae* peut très bien être bénévole, et c'est d'ailleurs ce qui garantira son indépendance. J'ai donné autant d'expertises gratuites au Ministère de la

Justice ou à des magistrats qu'au secteur privé. Le bénévolat n'est absolument pas inconcevable lorsqu'on est appelé en tant qu'expert.

Marie-Anne Frison-Roche

Sans même avoir à me référer aux travaux approfondis qui ont été faits pour alimenter en économie la « théorie de la capture », je soulignerai, sans que cela contredise ce que vient de dire Denis Mazeaud – j'y superpose cette observation: l'intérêt ne se limite pas à l'argent. Travailler gratuitement n'est pas le gage du caractère désintéressé de la personne, ni du caractère non-biaisé de son opinion. Ainsi, la sagesse du droit commercial était d'interdire le gratuit, règle reposant sur l'idée que le gratuit cache toujours un intérêt, le voile et donc le rend incontrôlable.

On semble avoir oublié cette règle. Les études économiques ne l'ont pas oubliée, ni le sens commun. Prenons un exemple: lorsque Maître Henri Leclerc, avocat pénal pour lequel nous avons tous le plus grand respect, devint l'avocat des parties civiles dans l'affaire *Omar Raddad*, on insista par la suite sur le fait que celui que les médias présentent désormais comme étant innocent (cf. notamment le film *Omar m'a tué*) avait été condamné, notamment parce qu'Henri Leclerc y avait un « intérêt ». Pourquoi? Parce qu'il était très ami de la famille de la victime. Ainsi, alors même qu'on admet la partialité de l'avocat, on n'admet pas ce biais. Donc, le critère n'est pas la gratuité. Les notions de « compromission », d'« indulgence », de club, etc., seront d'autant plus pertinentes que l'avis aura été donné gratuitement. Mais sans doute suis-je trop classique, dans ma méfiance traditionnelle pour la gratuité.

Quant au deuxième point, pardon d'être encore du plus grand classicisme: en procédure, « la forme est la sœur jumelle de la liberté » et il faut se méfier de l'informel. Cela est vrai sans doute d'une façon générale, dans nos sociétés faites de « cercles » et de « réseaux », ou l'on plaide par articles de journaux, etc. Nous vivons trop dans l'informel, Sciences Po étant un concentré de cette façon d'être, comme l'est la Fondation G. Vargas au Brésil ou Harvard aux États-Unis. On y retrouve l'avantage de la concentration de l'information qui engendre la pertinence des décisions et l'inconvénient de la capture du décideur, ce qui engendre la paralysie du pouvoir de décision. Pour

ma part, puisqu'il faut choisir entre les deux maux mis en balance, je préfère le pouvoir au grand jour, car il est contrôlable grâce à la contradiction que mécaniquement il provoque, avant ou après la décision, comme l'a montré l'affaire *Perruche*, par exemple. Cela est préférable à ces prés carrés de connaissance, ces « rentes informationnelles » partagées, lieux où se communiquent des informations sans publicité à l'extérieur, ce qui n'a que des effets pervers.

Enfin, sur le troisième point, comme l'a dit Denis Mazeaud, il faut considérer que le droit est, par nature, poreux par rapport au fait, de la même façon que le particulier contient par nature du général. Rien que nouveau, puisque la thèse de Gabriel Marty portant sur *La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation*, finit par conduire le grand auteur à conclure qu'est ou droit ou fait ce que la Cour a désigné comme étant « fait » ou étant « droit » (par exemple la faute). Ainsi, la distinction du fait et du droit est difficile à manier et revient à une question de politique jurisprudentielle de contrôle (je n'ose dire de « régulation »), voire est une question de procédure.

Cela tient au fait que le réel est reconstruit par le droit, comme cela fut souligné par exemple par les théories de la narrativité : le droit « raconte » les faits. Ainsi, les faits se présentent d'une certaine façon suivant l'ordre normatif qui les appréhende, ici le droit. Mais les ordres normatifs se disputent pour happer le fait. Ainsi, en droit économique, l'ordre normatif de la science économique « retraite » le fait comme le fait l'ordre normatif juridique.

Le juge, saisi d'un contentieux de droit économique dont la résolution aura une portée générale sur la structuration d'un secteur économique, ne peut pas ignorer cette réalité normative, me semble-t-il, même s'il n'est pas un « serviteur » de l'ordre économique comme des adversaires de l'analyse économique du droit le présente rapidement afin de nous intimider au cas où nous viendrait en France l'envie de rattraper notre retard en la matière.

Mais nous avons déjà évoqué à travers un exemple les enjeux de la propriété intellectuelle. On pourrait en trouver d'autres en droit financier, pour la résolution desquels les juges doivent être

informés du fonctionnement des marchés, des théories financières, des techniques comptables, etc. Les juges doivent avoir à tout le moins le pouvoir, si nous n'avons pas l'audace de leur dire que cela serait leur devoir, de demander à des sachants de les éclairer, par exemple en matière de sanction pour fausse information du marché financier, car on peut estimer que d'une part on juge mieux si l'on connaît les théories financières de l'information et que d'autre part on juge mieux si l'on sait l'impact qu'aura telle ou telle décision sur le fonctionnement des émetteurs, des investisseurs, des auditeurs, des régulateurs.

Certaines décisions sont belles en droit mais que leurs effets soient catastrophiques parce qu'elles engendrent de l'insécurité par exemple, est-ce raisonnable ? Cela peut l'être car la satisfaction économique n'est pas l'alpha et l'omega, mais la notion de « raisonnable », si l'on la reprend dans la force que lui donna Chaim Pereiman, la rattachant au juste et au juste, devrait conduire le juge à admettre qu'il ne sait pas tout et à organiser, non pas dans la pénombre des conversations gracieuses, un débat entre des opinions générales qui expriment des points de vue.

Question de la salle

Je me demandais, à l'instar de Madame Frison-Roche, s'il faudrait retenir la pratique américaine des experts des parties. N'est-ce pas la solution qui devrait être retenue ? Cette voie a-t-elle été explorée ? Plutôt que de s'adresser à quelqu'un, ne faudrait-il pas rouvrir les débats pour que les parties appellent des experts sur la question, ce qui serait plus conforme au principe du contradictoire ? Ceci permettrait d'éviter que les parties viennent discuter de l'impartialité de l'*amicus curiae*, avec un fort coût en contrepartie toutefois.

Jacques Arrighi de Casanova

Je pense qu'il faut distinguer l'office du juge de ce que font les parties. Le juge peut, et parfois doit, inviter les parties à débattre contradictoirement sur une question sur laquelle il entend avoir des réactions. Si les parties veulent accompagner leur mémoire d'une consultation, c'est leur affaire, et ce n'est pas au juge de faire plancher les experts ou des *amicii curiae* indirects là-dessus.

Je voulais ensuite faire une remarque sur ce qui a été dit. Je partage l'avis du professeur Frison-Roche, sur le caractère artificiel et les limites de la

distinction du fait et du droit. Pour le Conseil d'État, c'est encore plus net, car il a, en tant que juge de cassation, une appréhension plus souple de la notion de fait, pouvant le conduire dans certains à se prononcer sur les éléments de fait pris en compte par l'administration s'il le souhaite. Cette frontière ne doit donc pas être perçue de façon trop académique.

Enfin, le contradictoire c'est très bien, et il faut le respecter. Mais, s'il faut en avoir la religion, celle-ci ne doit pas être trop intégriste. Je prendrai simplement un exemple. Un professeur de droit avec lequel j'ai des rapports amicaux et que j'ai pu consulter quand j'étais président de sous-section m'a dit que si ce qu'il disait devait être consigné par écrit et soumis au débat contradictoire, il ne me parlerait pas aussi librement. C'est un peu caricatural, mais la transparence en général risque d'aboutir à une retenue, à de l'auto-censure, à museler la réflexion. Il faut donc ne pas être excessif et faire preuve de pragmatisme.

Question de la salle

N'est-il pas préférable de faire ce travail de recherche d'informations para-juridiques en interne, par le biais d'un service de documentation, plutôt qu'en faisant appel à l'extérieur ?

Et quant au champ de l'*amicus curiæ*, je pense qu'il faut préciser qu'il n'y a pas que le domaine économique qui est intéressé. Je pense notamment au droit de la famille, dans lequel il serait possible de faire appel à des données sociologiques, afin de connaître l'état des mœurs.

Marie-Anne Frison-Roche

Le *management* dans l'institution judiciaire est une perspective bienvenue et ne revient pas à brader la justice, malgré les affirmations de ceux qui associent trop rapidement LOLF et conception marchande. En *management*, par nature, faire payer quelqu'un d'autre que l'institution est une bonne idée et permettrait de « faire l'économie » de l'informel et du travail gratuit dont je persiste à trouver que les effets néfastes sont supérieurs aux effets bénéfiques. En effet, comme le budget de la justice est accaparé par le budget particulier de la pénitentiaire, les juridictions n'ont guère d'autres solutions que, soit de passer par des *amici curiæ* travaillant pour amitié pour les juges et par amour de la science, soit d'externaliser des fonctions, ce qui est une bonne mesure de gestion, l'*amicus*

curiæ présentant cet avantage lorsqu'il prend la forme procédurale de l'expert de partie ; mais lorsqu'il est expert de parties, il devient suspect parce que son opinion est biaisée – et quelle opinion ne l'est pas ? – ; le débat contradictoire s'impose alors.

Pour ma part, il est vrai que j'ai sans doute un « biais de faveur » pour le contradictoire, lui ayant consacré quelques années, et que je fais sans doute preuve de dogmatisme en revenant toujours à ce principe, mais il me paraît le cœur de la procédure, Motulsky le désignant comme consubstantielle à celle-ci. Certes, c'est faire preuve de dogmatisme que de verser ainsi dans un débat organisé et visible des opinions dont les biais sont dévoilés, plutôt que de tout laisser dans l'informel et le secret des conversations confiantes, je le reconnais volontiers, mais Alain Supiot a montré dans *L'esprit de Philadelphie* que le droit est là pour poser des Dogmes, justement contre celui du marché, dogme de l'ordre normatif économique, et le Contradictoire est le Dogme de la procédure. Nous avons la liberté de choisir nos dogmes.

Sur la question de la sociologie juridique, François Terré est mieux placé que moi pour en parler. Mais il est évident que, d'une façon générale, ce serait tout à fait bienvenu. En témoigne un arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui traite du conflit entre le « père légal » et le « père biologique ». C'était la première fois que je lisais ces expressions. Et la Cour décide que c'est à l'État de régler le conflit, car c'est une question éthique et biologique. Mais les enquêtes relèvent de la Chancellerie, qui n'a pas beaucoup plus d'argent que les autres institutions. Reste à savoir s'il y aurait des « amis de l'État », puisque des auteurs nous affirment par ailleurs que « Il faut aimer l'Etat », qui accepteraient de se dévouer. LexisNexis, peut-être ?

François Terré

Peut-être faudrait-il le leur demander ! Et si cela fait ressusciter la distinction entre le père juridique et le père naturel, c'est très bien !

Guy Canivet

Le moment est maintenant venu de clôturer le débat. L'intensité des échanges montre que le thème de cette table ronde était excellent, il conduit à interroger les déterminants rationnels ou irrationnels du jugement.