



MISSION DE RECHERCHE
Droit & Justice



Numéro du rapport : 18.24

Janvier 2021

Rapport final de recherche

CAUSES SUPRÊMES ?

LES MOBILISATIONS POLITIQUES DU DROIT DEVANT LES HAUTES COURS

Sous la direction de : Liora Israël, Directrice d'études de l'EHESS

Ont également contribué à ce rapport de recherche :

- Corentin Durand (Université Paris 1-Panthéon Sorbonne),
- Guillaume Le Lay (Université Grenoble Alpes),
- Sabrina Pastorelli (CNRS),
- Diane Roman (Université Paris 1-Panthéon Sorbonne)

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une mission réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n° 218-08-07-10). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle est subordonnée à l'accord de la Mission.

Sommaire

Introduction	8
Acteurs·trices	11
Stratégies	16
Causes	23
Présentation de l'enquête.....	26
A - Choix et caractérisation des volets thématiques	26
B - Présentation de la démarche empirique globale	27
I. Discriminations - Liora Israël.....	32
Introduction	33
Cas n°1 – Une QPC relative à une PMA	33
A - Un cas susceptible de donner lieu à une QPC : une courte généalogie	35
B - La transmission de la QPC : l'intervention de l'avocate aux Conseils.....	38
C - L'échec de la QPC : le Conseil d'État, filtre ou censeur ?	42
Le point de vue de la doctrine	45
CourEDH, 5e sect., 16 janv. 2018, n° 22612/15, Charron et Merle-Montet c. France, décision d'irrecevabilité ; Conseil d'État, 28 septembre 2018, n° 421899	45
Cas n°2 – Un dossier de discrimination dans le domaine du travail porté devant la Cour de cassation	49
A - Présenter la possibilité d'un recours en cassation: un rendez-vous entre l'avocat à la Cour et son client	51

B - Un passage de relais : l'avocat aux Conseils.....	56
C - Aborder un dossier « à hauteur de cassation ».....	59
Conclusion	63
Le point de vue de la doctrine	65
Discrimination au travail fondé sur la nationalité (inégalité de traitement vs discrimination)	65
Cas n°3 – Cas d'école : un recours devant le Conseil d'État.....	66
A - Une réunion.....	67
B - Conseil d'État, 14 novembre, 15h30, Salle du Tribunal des conflits	72
C - L'audience comme épreuve	76
Le point de vue de la doctrine	79
Conseil d'Etat, référé, 19 novembre 2013, Sauvons l'université, GISTI, Maison des potes-Maison de l'égalité, n° 372834, 372881, 373164 ; 16 juillet 2014, Association sauvons l'université et autres, n° 372835, 372882, 373024	79
<i>II. La cause des personnes détenues devant les Hautes cours - Corentin Durand</i>	<i>80</i>
Cas n°4 – Contrôler le pouvoir disciplinaire.....	83
A - Un contentieux stabilisé sans perspective de revirement ?	84
B - L'affaire de M. B. : du cause lawyering au débat doctrinal ?	87
Le point de vue de la doctrine -	98
Conseil d'État, 1 ^{er} juin 2015, n° 380449 :	98
Cas n° 5 – La cause des personnes détenues devant le Conseil constitutionnel.....	102
A - Incertitudes juridictionnelles et reconfigurations d'acteurs	104
B - Un dialogue des juges orchestré par les parties.....	111
C - Créer des recours pour faire avancer la cause ?	115
Le point de vue de la doctrine	119
Conseil constitutionnel, décision n° 2019-791 QPC du 21 juin 2019, SFOIP.....	119
Cas n 6 – Comment contester les conditions matérielles de détention ? Le cas du centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly	121
A - Quel juge pour entendre la cause des conditions matérielles de détention ?	122
B - Le Conseil d'État sous le regard de la Cour européenne des droits de l'homme, une stratégie « gagnant-gagnant » au centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly.....	131
Épilogue. Les répercussions d'un arrêt quasi-pilote.....	141
Le point de vue de la doctrine	144

Conseil d'État, ord., 4 avril 2019, n° 428747	144
Conclusion.....	148
III. La cause des libertés numériques devant les Hautes cours - Guillaume Le Lay	
150	
Introduction	151
Cas n° 7 - Le contrôle des données de renseignements : un contentieux important peu politisé	156
A - Une procédure « pas si contentieuse »	159
B - Une contestation impulsée par un particulier	165
C - Des moyens en défense d'une personnalité	167
Conclusion	170
Le point de vue de la doctrine.....	173
Conseil d'État, formation spécialisée, 7 mars 2018, n° 396552 (Contentieux de l'accès aux fichiers de renseignements et de la demande de suppression de données)	173
Cas n°8 – Une cause orchestrée par un acteur associatif	177
A - Une stratégie de montée en puissance orientée par une volonté d'écriture de la loi	182
B - La revendication associative d'un monopole sur la traduction juridique de sa cause	185
C - Une action contentieuse conçue comme le support d'une stratégie de participation cumulative au débat public	190
Conclusion	192
Le point de vue de la doctrine.....	194
Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-648 QPC du 4 août 2017 [recueil des données de connexion en matière de lutte contre-terrorisme]	194
Cas n° 9 – La double censure de délit de consultation habituelle d'un site terroriste : entre engagement d'un avocat à la Cour et politisation associative.....	195
A - La QPC comme support d'une critique juridique et politique	203
B - Une stratégie juridique entre organisation du dialogue des juges et opposition des pouvoir	208
C - Une configuration d'acteurs atypique	218
Conclusion	228
Le point de vue de la doctrine.....	230

Conseil constitutionnel, décision n° 2016-611 QPC du 10 févr. 2017, et n° 2017-682-QPC du 15 décembre 2017 (délit de consultation habituelle des sites terroristes)	230
Conclusion	235
IV. Causes médicales - Sabrina Pastorelli	236
Introduction	237
Cas n°10 : Le contentieux des vaccinations obligatoires	237
A - La QPC du 20 mars 2015 : À qui appartiennent les enfants ?.....	240
B - La reconnaissance du faisceau d'indices entre CJUE, Cour de Cassation et Conseil État : un dissensus persistant	245
C - La cause des vaccins : les associations et la nébuleuse « nature et bien-être » devant le Conseil d'État	249
Conclusion	253
Le point de vue de la doctrine	254
Conseil Constitutionnel, décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, Epoux L	254
Cas n°11. Les droits des personnes intersexuées	256
A - La mobilisation sur le terrain juridique et judiciaire : les acteurs et les stratégies..	256
B - La reconnaissance de la mention « sexe neutre ».....	260
C - Devant la Cour de cassation: mutilation juridique et mutilation génitale.....	263
Conclusion :	267
Le point de vue de la doctrine	268
Civ. 1, 4 mai 2017, n° 16-17.189	268
Cas n°12 : L'affaire Vincent Lambert. Quand un cas individuel devient une cause	271
A - Procédures collégiales et arrêts des traitements : allers-retours	272
B - Le chemin vers la QPC	278
C - Procédure collégiale et arrêt des traitements : une défaite ou une victoire ? (QPC du 2 juin 2017)	280
D - Ultime rebondissement : l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation dans l'affaire Vincent Lambert	283
Conclusion	289
Le point de vue de la doctrine - Diane Roman	291
Conseil d'Etat, ord., 14 février 2014, n° 375081 et 24 juin 2014, n° 375081.....	291
Conclusion	293

Conclusion 295

I - Acteurs, actrices 298

II - Stratégies. 301

III - Causes 303

BIBLIOGRAPHIE 304

Introduction¹

¹ L'introduction a été rédigée par Corentin Durand et Liora Israël

« Le Conseil d'État valide l'usage des lanceurs de balles de défense », « La Cour de cassation reconnaît la filiation d'un enfant né de GPA à l'étranger », « L'huile de palme exclue des biocarburants par le Conseil constitutionnel »². La presse se fait régulièrement l'écho des décisions des Hautes cours françaises et de leurs conséquences pour des débats sociaux et politiques majeurs. Ces juridictions sont en effet une arène privilégiée de l'articulation entre le droit et le changement social dans la mesure où leurs décisions créent des précédents auxquels toutes les cours inférieures doivent déférer. Il n'existe pas en France de cour suprême unique, comparable à la cour suprême des États-Unis, mais plusieurs juridictions qui ont pour rôle de trancher en dernier ressort des questions de droit. En effet, le Conseil d'État et la Cour de cassation statuent en cassation sur des questions de droit relatives respectivement à l'ordre administratif et à l'ordre judiciaire. En outre, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008³, les justiciables peuvent également demander au juge judiciaire ou administratif la transmission d'une « question prioritaire de constitutionalité » (QPC) au Conseil constitutionnel.

La formulation grammaticale de ces titres de presse dit encore autre chose. Elle présente ces juridictions comme des acteurs, placés en position de trancher seuls d'importantes questions de principe. On retrouve d'ailleurs la même construction dans la plupart des analyses de doctrine, lesquelles manquent rarement de personnaliser les juridictions, leur attribuant des intentionnalités, parfois même des intentions, indépendamment des membres qui les composent et des acteurs qui les saisissent. Ces mécanismes sont constitutifs d'une « grammaire du neutre »⁴ qui prévaut habituellement dans les commentaires de doctrine.

La littérature scientifique francophone a pour l'instant trop peu fait pour complexifier cette narration. Les Hautes cours françaises ont certes donné lieu à des travaux importants,

² *Le Monde*, lundi 4 février 2019, p. 9 ; *Libération (site web)*, vendredi 4 octobre 2019 ; *Libération (site web)*, vendredi 11 octobre 2019.

³ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, NOR : JUSX0807076L.

⁴ Thomas Perroud et al. (eds.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019, p. 21. Pour une analyse du langage juridique, notamment dans la doctrine, voir également Pierre Bourdieu, « La force du droit: Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, vol. 64, n° 1, p. 3-19.

consacrés tant au Conseil d'État⁵ qu'au Conseil constitutionnel⁶. Ces recherches ont cependant exclusivement documenté le fonctionnement interne de ces juridictions. Elles ont ainsi contribué à renforcer, en creux, l'idée d'une autonomie du droit et de ses institutions⁷. À propos du Conseil d'État, Bruno Latour note bien que « lorsque la première requête arrive au Palais-Royal, elle a déjà subi une longue histoire qui échappe pour la plus grande partie aussi bien à l'ethnologue qu'aux conseillers »⁸. Cependant, il indique n'avoir pas eu le temps de documenter cette histoire, par exemple en enquêtant sur les cabinets d'avocat·e·s⁹. Le travail de Dominique Schnapper sur le Conseil constitutionnel s'achève quant à lui au moment où va se mettre en place la « question prioritaire de constitutionalité ». Elle n'a donc pas eu l'occasion de documenter la place des requérant·e·s, des avocat·e·s et des intervenant·e·s dans le processus décisionnel du juge constitutionnel. Enfin, la rareté des travaux empirique sur la Cour de cassation vient compléter le constat d'un manque scientifique, celui de la description de la pluralité des acteurs·trices qui participent à l'activité normative des Hautes cours, en particulier dans les affaires initiées dans le cadre de mouvements sociaux, ou en relation avec des personnes ou des groupes engagés en faveur de causes.

Ce rapport a ainsi pour objectif de rendre compte de la place des avocat·e·s, des plaignant·e·s ou encore des associations engagées dans le développement du contentieux devant les Hautes cours françaises, en portant plus particulièrement attention à la manière dont des « causes »¹⁰ sont portées devant ces juridictions. Il propose ainsi une analyse interactionnelle de leurs décisions, attentive à la pluralité des stratégies qui les façonnent. Ce faisant, cette recherche apporte une contribution originale à plusieurs champs de la sociologie : sociologie des mouvements sociaux, sociologie des professions et, bien sûr, sociologie du droit et de la justice. Elle s'attache pour cela tout d'abord à décrire la diversité des configurations d'acteurs·trices – particuliers, professionnel·le·s du droit, acteurs·trices militant·e·s, etc. – qui portent des revendications devant les Hautes cours. Une attention particulière est alors portée aux avocat·e·s aux Conseils, qui disposent d'un monopole devant le Conseil d'État et la Cour

⁵ Bruno Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004, 320 p.

⁶ Dominique Schnapper, *Une sociologue au conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard (coll. « NRF essais »), 2010, 452 p.

⁷ Voir plus largement la lecture critique de Liora Israël, « Conseils de sociologues. Bruno Latour et Dominique Schnapper face au droit », *Genèses*, 1 septembre 2012, n° 87, n° 2, p. 136-152.

⁸ Bruno Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004, p. 86.

⁹ *Ibid.*, p. 21.

¹⁰ Sur le caractère heuristique de la notion de cause pour analyser des mobilisations, voir par exemple Annie Collovald et Brigitte Gaïti, « Des causes qui “parlent”... », *Politix*, n°16, 1991, pp. 7-22

de cassation. Ces mobilisations se déroulent par ailleurs en interaction avec une pluralité de juridictions. Rendre compte de ce dialogue avec les juges suppose notamment de décrire les stratégies des mouvements sociaux, des organisations militantes, ou parfois seulement d'avocat·e·s engagé·e·s, pour choisir la voie contentieuse la plus prometteuse, mais aussi pour placer en tension, parfois même en concurrence, différentes juridictions nationales et supranationales. Enfin, renouant avec une question classique de la sociologie des usages politiques du droit et de la justice, il s'agit de comprendre ce que la juridicisation des causes fait aux mobilisations sociales¹¹. La recherche s'attache en particulier aux processus de cadrage, éventuellement en tension, qui constituent à la fois le cœur des dynamiques des mouvements sociaux et du travail juridique.

Acteurs·trices

Le développement de jurisprudences relatives à des revendications sociales a traditionnellement été rapporté à l'activisme de juges des Hautes cours. La période correspondant à la présidence de la Cour suprême des États-Unis par le juge Earl Warren (1949-1963) a ainsi longtemps symbolisé, par la simple référence au nom de « Cour Warren », une jurisprudence progressive sur des sujets cruciaux comme la ségrégation raciale ou les droits des femmes. Cette conception semble cependant faire abstraction du fait que l'action d'une juridiction est largement dépendante des litiges dont elle est saisie¹². Comme l'a noté Charles Epp à propos de la jurisprudence de plusieurs cours suprêmes, « un contentieux étendu et soutenu est en effet crucial à une révolution des droits »¹³. Le rôle des Hautes cours dans l'arbitrage des questions au cœur de mobilisations sociales ne peut en effet se comprendre indépendamment des stratégies d'acteurs divers pour porter ces causes devant elles – que celles-ci aient d'ailleurs la possibilité de sélectionner les cas qu'elles jugent les plus importants (comme dans le cas états-unien), ou non (comme dans le cas français).

Si la question du rôle des requérant·e·s ne doit ainsi pas être négligée, la prise en compte des coûts financiers, temporels ou techniques pour accéder aux Hautes cours conduit à ne pas

¹¹ Voir notamment le dossier de la revue *Politix* « La cause du droit », dirigé par Brigitte Gaïti et Liora Israël, *Politix* n°62, 2003.

¹² Jonathan Graubart, *Legalizing Transnational Activism: The Struggle to Gain Social Change from NAFTA's Citizen-Petitions*. University Park, PA, The Pennsylvania State University Press, 2008, 184 p.

¹³ Charles R. Epp, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, University of Chicago Press, 1998, p. 18.

les considérer comme des acteurs·trices désincarné·e·s. En réalité, seules les grandes entreprises ou les particuliers très fortunés sont en mesure d'assumer de tels coûts, d'autant plus que les chances de succès dépendent dans une large mesure de la capacité à répéter les saisines dans le temps¹⁴. Or les personnes ou les associations dont on retrouve les noms, parfois les seules initiales, dans les décisions qui ont fait date dans l'histoire de diverses mobilisations sociales et politiques que l'on peut associer à des causes ne font qu'exceptionnellement partie de ces « dominant·e·s »¹⁵. Les études de Charles Epp ont souligné l'importance de « structures de soutien » pour comprendre les mobilisations politiques du droit de « dominés ». Ces structures se composent en particulier « d'avocats et d'organisations engagés pour la défense des droits, ainsi que de sources de financements »¹⁶.

La notion de structure de soutien invite à penser la diversité des configurations d'acteurs·trices qui participent à la construction de procédures juridiques soulevant des questions politiques et sociales. Cette diversité correspond non seulement au type d'acteurs·trices engagé·e·s (groupes de soutien, associations de défense des droits, avocat·e·s militant·e·s, syndicats), mais aussi à la manière dont ceux-ci et celles-ci interviennent par rapport à la procédure (participation formelle, représentation des intérêts du ou de la requérant·e, appui stratégique, financement, tierce intervention, soutien affiché sans participation, etc.). L'analyse sociologique des configurations d'acteurs·trices doit rendre compte finement de la division du travail entre les participant·e·s. On s'attachera ainsi à décrire qui prend en charge la politisation de la procédure, qui détient l'initiative stratégique, qui rédige les différentes écritures, qui supporte le coût financier de la procédure ou encore qui intervient dans les médias. Les éventuelles tensions entre ces protagonistes, en termes de formes de politisation, de temporalités, d'objectifs poursuivis ou de répertoire d'action, feront l'objet

¹⁴ Marc Galanter, « « Pourquoi c'est toujours les mêmes qui s'en sortent bien ? » : réflexions sur les limites de la transformation par le droit », *Droit et société*, traduit par Liliane Umubyeyi et Liora Israël, *Droit et Société*, n° 85, 2013, p. 575-640.

¹⁵ Selon la traduction proposée par Liliane Umubyeyi et Liora Israël au couple « *haves* »/« *have-nots* » utilisée par Marc Galanter. Les traductrices de ce texte classique soulignent que, « malgré la connotation bourdieusienne qui n'est pas présente dans le texte de Marc Galanter, cette opposition est celle qui selon nous correspond le mieux à la fois à la multiplicité des ressources dont parle M. Galanter et dont disposent ou ne disposent pas ces acteurs, au caractère relativement courant du terme (par comparaison avec « nantis » par exemple), et à la symétrie présente dans ce couple de notions. » (Marc Galanter, « "Pourquoi c'est toujours les mêmes qui s'en sortent bien ?" : réflexions sur les limites de la transformation par le droit », traduction réalisée par Liliane Umubyeyi et Liora Israël, *Droit et société*, vol. 85, no. 3, 2013, p. 560).

¹⁶ Charles R. Epp, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, University of Chicago Press, 1998, p. 18.

d'une attention particulière. Par ailleurs, la notion de structure de soutien permet de mesurer les transformations que le contentieux devant les Hautes cours opère sur les mouvements sociaux eux-mêmes. L'appropriation d'un répertoire d'action contentieuse s'accompagne fréquemment de la montée en puissance de juristes au sein des organisations militantes et de l'enrôlement de professionnel·le·s du droit dans les structures de soutien¹⁷.

Une importante littérature scientifique s'est développée depuis les années 1990 sur l'activité de ces *cause lawyers*, c'est-à-dire de ces « juristes [qui] contribuent à la construction et la défense de causes politiques dans les arènes publiques et judiciaires »¹⁸. Une attention spécifique portée au contentieux devant les Hautes cours permet d'enrichir considérablement ces analyses. Dans certains pays comme l'Inde¹⁹, des avocat·e·s spécialisé·e·s ont le monopole de la représentation des justiciables devant les Cours supérieures. Or ce sont précisément ces avocat·e·s qui selon Jayanth Krishnan sont les plus susceptibles de porter des causes politiques, environnementales ou sociales. En France, le monopole des avocat·e·s aux Conseil d'État et à la Cour de cassation (dits avocats aux Conseils) n'est pas tout à fait absolu²⁰, même s'il n'a cessé de progresser²¹, et il n'existe pas devant le Conseil constitutionnel. Cependant, cette profession réglementée occupe une place centrale dans le contentieux devant les Hautes cours, y compris devant le Conseil constitutionnel. L'existence d'un barreau autonome, spécialisé dans la technique de cassation tant devant l'ordre judiciaire qu'administratif, complexifie la compréhension du travail des *cause lawyers*.

En effet, les avocat·e·s aux Conseils n'interviennent le plus souvent que devant les Hautes cours (ils ont l'interdiction de le faire devant les tribunaux judiciaires, mais pas devant les cours administratives), c'est-à-dire une fois qu'un ou plusieurs avocat·e·s à la Cour ont porté

¹⁷ Stuart A. Scheingold, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1974, 277 p ; Michael W. McCann, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, 358 p.

¹⁸ Liora Israël, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », *Droit et société*, 2001, vol. 49, n° 3, p. 794. Voir également Austin Sarat et Stuart Scheingold, *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 571 p.

¹⁹ Jayanth Krishnan, « Cause lawyering et transgression dans un pays en développement : le cas de l'Inde », *Droit et société*, 2003, n°55, n° 3, p. 629-655.

²⁰ Certains domaines du droit échappent à l'obligation de représentation par un avocat aux Conseils devant la Cour de cassation (notamment, sous certaines conditions, en matière pénale) et le Conseil d'État (en matière de pensions). De plus, les recours pour excès de pouvoir sont dispensés de l'intervention obligatoire des avocats aux Conseils.

²¹ Ainsi s'agissant du recours en matière de droit du travail, au sujet duquel l'obligation de recourir à un avocat aux Conseils pour déposer un pourvoi devant la Cour de cassation ne date que de 2006.

l'affaire devant les juridictions inférieures. Ce sont souvent eux ou elles qui choisissent et correspondent avec les avocat·e·s aux Conseils, au nom de l'intérêt de leur(s) client·e·(s), le plus souvent en lien avec une relation antérieure de correspondant·e. La relation de représentation – au cœur de l'avocature – se complexifie : qui est pratiquement le client ou la cliente de l'avocat·e aux Conseils : l'avocat·e à la Cour ou le/la justiciable ? Une autre facette de cette interrogation porte sur la division pratique du travail entre ces deux professionnel·le·s du droit. Le site de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation indique que le monopole des avocat·e·s aux Conseils permet de bénéficier du « regard de spécialistes, neuf et indépendant, sur le litige »²². Cependant, ce travail est nécessairement dépendant des stratégies contentieuses adoptées en amont. Dans quelle mesure le travail de l'avocat·e aux Conseils s'inscrit-il dans la continuité du combat de l'avocat·e à la Cour contre la partie adverse ou inaugure-t-il un contentieux spécifique contre la décision juridique attaquée ? L'analyse prêterait ici une attention particulière à la répartition du travail juridique – définition de la stratégie, identification des arguments, rédaction des écritures, devant le Conseil constitutionnel ou en recours pour excès de pouvoir participations aux audiences – entre les avocat·e·s à la Cour et aux Conseils. Cette attention doit également porter sur le travail juridique d'autres acteurs·trices de la structure de support, notamment les juristes associatifs. Au sein même des cabinets d'avocats aux Conseils, on s'intéressera à la division du travail entre le ou la titulaire de la charge et ses collaborateurs·trices.

La profession d'avocat aux Conseils introduit dans la littérature sur le *cause lawyering* une conception nouvelle de la hiérarchie entre juristes dans la mesure où, pour reprendre une devise professionnelle héritée du XVIIIe siècle, « à eux seuls, il est permis de regarder le soleil »²³. Comme l'écrivent Austin Sarat et Stuart Scheingold, pionniers des recherches sur le *cause lawyering*, « dans la plupart des pays, la profession [d'avocat] se présente elle-même comme servant également et concurremment l'intérêt public et l'intérêt de ses clients, sans reconnaître qu'il existe une tension entre ces deux conceptions de la responsabilité professionnelle. »²⁴ Cette tension, au cœur de l'engagement de professionnel·le·s du droit pour des causes, est exacerbée par la place singulière des avocat·e·s aux Conseils dans la production

²² « Compétences et missions des avocats aux Conseils » (<http://www.ordre-avocats-cassation.fr/les-avocats-aux-conseils/competences-et-missions-des-avocats-aux-conseils>, consulté le 16 décembre 2019).

²³ Gilles-J. Guglielmi. Origine et fondement de l'Ordre, dans Pascale Gonod (dir.). *Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2001, p. 5-20. L'auteur souligne le jeu de mot, qu'il considère évident, avec le surnom de Roi-Soleil.

²⁴ Austin Sarat et Stuart Scheingold, *Cause Lawyering*, *op. cit.*, p. 4.

normative. Disposant du statut d'officier ministériel, ils et elles ont la double mission de défendre les intérêts de leur client·e et de contribuer à la sécurité juridique des deux ordres de juridictions. Comment s'articulent ces deux objectifs ? Condamnent-ils les avocats aux Conseils à souscrire au « mythe des droits », c'est-à-dire à la croyance legaliste d'une efficacité directe du droit et du contentieux sur le changement social²⁵, plutôt qu'à un usage distancié et instrumental, intégrant le droit au sein du jeu des relations de pouvoir et des différents modes d'action politique²⁶ ? Par ailleurs, le nombre règlementé des avocat·e·s aux Conseils, aujourd'hui limité à soixante-quatre charges comptant d'un à trois avocats aux conseils, en font des interlocuteurs réguliers des magistrat·e·s des Hautes cours. Comme l'a montré Patricia Woods à propos de la Cour suprême israélienne, cette situation est susceptible de favoriser des formes d'interconnaissance entre avocat.e.s et juges d'élite, souvent passés par les mêmes institutions et s'inscrivant dans les mêmes milieux sociaux²⁷. Comment cette proximité sociale s'articule-t-elle avec la posture, plus ou moins revendiquée, d'avocat·e·s engagé·e·s dans la défense de causes ?

Un des enjeux de notre analyse consiste à suivre, s'agissant de ce contentieux particulier, la piste ouverte par Lilian Mathieu lorsqu'il propose d'analyser l'« espace des mouvements sociaux », c'est-à-dire « un univers de pratique et de sens relativement autonome à l'intérieur du monde social, et au sein duquel les mobilisations sont unies par des relations d'indépendance »²⁸. Comme l'a souligné Doug McAdam, les innovations en termes de répertoire d'action militante sont rapidement dupliquées par d'autres mobilisations lorsqu'elles semblent porter leurs fruits²⁹. Dans le cas français, le contentieux engagé par le GISTI (groupe d'information et de soutien des immigrés) en faveur des droits des étrangers a notamment servi de référence à de nombreuses mobilisations³⁰. L'investissement du répertoire contentieux par

²⁵ Stuart A. Scheingold, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1974, p. 5.

²⁶ *Ibid.*, p. 85.

²⁷ Patricia Woods, « Normes juridiques et changement politique en Israël », *Droit et société*, 2003, vol. 55, n° 3, p. 605-626.

²⁸ Lilian Mathieu, « L'espace des mouvements sociaux », *Politix*, 2007, n° 77, n° 1, p. 133.

²⁹ Doug McAdam, « Tactical Innovation and the Pace of Insurgency », *American Sociological Review*, 1983, vol. 48, no 6, p. 735-754.

³⁰ Liora Israël, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix*, 2003, vol. 16, n° 62. Sur le recours au Conseil d'État dans les mobilisations environnementales, voir notamment Christelle Gramaglia, « Passions et savoirs contrariés comme préalables à la constitution d'une cause environnementale », *Revue d'anthropologie des connaissances*, 2009, Vol. 3, n° 3, p. 406-431.

les mouvements sociaux peut en effet se comprendre en portant attention aux transferts de compétence d'une mobilisation à une autre, aux trajectoires transversales d'acteurs·trices spécialisés, et au travail d'un nombre limité d'avocat·e·s aux Conseils qui interviennent souvent dans une pluralité de causes.

De tels transferts peuvent également s'observer lorsque des mobilisations antagonistes ont recours au prétoire, comme dans le cas du droit à l'avortement aux États-Unis³¹. L'analyse doit alors prêter attention aux interactions, non seulement avec des mouvements sociaux proches, mais aussi avec les acteurs·trices défendant des positions contraires. On peut en effet emprunter à la sociologie pragmatique de la critique l'opposition entre « scandale », où la dénonciation publique d'une situation comme inacceptable se déploie de manière univoque dans l'espace des mobilisations sociales, et « affaire », où la dénonciation est symétrisée par des mobilisations en conflit³². Les scandales sanitaires correspondent au premier cas, par contraste par exemple avec la question du mariage des couples de même sexe. Cela ne veut cependant pas dire que les mouvements qui empruntent à la forme du « scandale » forment leur stratégie sans opposition. L'absence de mobilisation sociale d'ampleur contre la sécurité sanitaire, ou contre les discriminations, ne fait pas obstacle à ce que les acteurs·trices visé·e·s par les stratégies contentieuses – en premier lieu l'État – se défendent en tentant de peser sur la définition de la portée des droits mis en exergue. Effet retour, le recours accru de mouvements sociaux au répertoire juridique a également eu pour conséquence un développement des compétences contentieuses des grandes entreprises, de l'État et de ses administrations. Ainsi, au-delà de la structure de soutien théorisée par Charles Epp, les configurations d'acteurs·trices incluent l'ensemble des parties qui prennent en charge ou participent indirectement à la définition de stratégies contentieuses en faveur d'une cause.

Stratégies

En quoi consiste le travail juridique pris en charge par les requérants et leurs structures de soutien ? Un second axe de cette recherche entend analyser les stratégies mises en œuvre

³¹ Suzanne Staggenborg, *The Pro-Choice Movement: Organization and Activism in the Abortion Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1991, 246 p.

³² Nicolas Offenstadt et al., *Affaires, scandales et grandes causes : De Socrate à Pinochet*, Paris, Stock, 2007, 457 p ; Damien de Blic et Cyril Lemieux, « Le scandale comme épreuve. Éléments de sociologie pragmatique », *Politix*, 2005, vol. 71, n° 3, p. 9-38.

tant face aux Hautes cours que pour parvenir devant elles. Sauf exceptions, porter un contentieux devant ces juridictions nécessite en effet de passer par des cours dites « inférieures », auxquelles s'ajoutent parfois des procédures infra-juridictionnelles obligatoires³³. Les stratégies des acteurs·trices militant·e·s ne se déploient cependant pas toujours de manière exclusive au sein d'un même ordre de juridiction. Elles peuvent saisir plusieurs Hautes cours, nationales ou supranationales, de manière alternative, successive ou conjointe.

Juridiction suprême de l'ordre judiciaire, la Cour de cassation ne peut être saisie que de recours visant des décisions rendues par des cours d'appel et, plus rarement, par d'autres tribunaux judiciaires statuant en premier et dernier ressort, c'est-à-dire sans possibilité d'appel. Il en va de même pour le Conseil d'État qui, depuis la création des cours d'administratives d'appel par la loi du 31 décembre 1987, intervient en principe en tant que juge de la cassation. Il se prononce alors sur un pourvoi qui vise la décision d'une cour administrative d'appel, statuant elle-même sur le jugement d'un tribunal de première instance, ou la décision d'un autre tribunal administratif qui s'est prononcé en premier et dernier ressort. Enfin, dans certaines hypothèses, le Conseil d'État est lui-même le juge de premier et dernier ressort – par exemple pour un recours visant un décret ou un acte réglementaire, une circulaire ou une instruction de portée générale d'un ministre ou d'une autorité à compétence nationale – ou le juge d'appel – par exemple dans le cas d'un référé-liberté. Le Conseil d'État et la Cour de cassation exercent par ailleurs un rôle de filtre dans la procédure des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC). La question elle-même peut être posée devant toute juridiction de l'ordre judiciaire – sauf cours d'assises – ou de l'ordre administratif, en première instance, en appel ou en cassation. Si la juridiction juge la question recevable, elle la transmet soit à la Cour de cassation soit à la Conseil d'État, qui décide de sa transmission au Conseil constitutionnel par une appréciation du sérieux de l'objection soulevée.

Ainsi, sauf exception, la saisie d'une Haute cour suppose une procédure complexe, le plus souvent inscrites sur plusieurs années, entre différents niveaux de juridiction. Ceux-ci ne

³³ C'est notamment le cas, en matière administrative des recours hiérarchiques préalables obligatoires (Christian Pujalte et Édouard de Lamaze, « Les recours administratifs facultatifs ou obligatoires » dans *L'avocat et les juridictions administratives*, Paris, Presses Universitaires de France, 2014, p. 61-70). En matière judiciaire, certains litiges relatifs à des sommes d'argent peu importantes doivent également obligatoirement faire l'objet d'une conciliation ou d'une médiation avant d'être présentés à un juge.

forment cependant que la partie supérieure de ce qui a été étudié, depuis le début des années 1980, sous le nom de « pyramide des disputes »³⁴. La base de cette pyramide est constituée par l'ensemble des situations, difficiles à délimiter précisément, qui pourraient donner lieu à un grief. Certains d'entre eux sont formulés par les individus dans le langage du droit et peuvent, éventuellement, donner lieu à une action en justice³⁵. Cet « entonnoir » inversé limite ainsi les affaires qui entrent dans le système judiciaire³⁶. En matière pénale, les tribunaux de première instance – y compris les cours d'assises – ont rendu 759 491 décisions en 2018, quand les cours d'appel – y compris les cours d'assises d'appel – en ont rendu 106 100, et la Cour de cassation seulement 7 669. La matière civile et commerciale connaît le même phénomène d'entonnoir, avec 2 020 534 décisions rendues par les juridictions de première instance, pour 237 457 pour les cours d'appel et 21 493 pour la Cour de cassation. Du côté du Conseil d'État, la juridiction suprême a rendu 9 583 décisions en 2018, quand les cours administratives d'appel en rendaient 32 854, et les tribunaux administratifs 209 618. Enfin, le Conseil constitutionnel a rendu 64 décisions suites à des questions prioritaires de constitutionnalité en 2018, et 37 en 2019.

Rendre compte de la manière dont des affaires sont portées devant les Hautes cours suppose donc de décrire tout d'abord les stratégies déployées pour gravir la pyramide des disputes jusqu'aux Hautes cours, mais aussi pour sélectionner les affaires qui seront portées jusqu'à elles quand d'autres ne dépasseront pas les juridictions inférieures. Ces stratégies peuvent être contraintes – lorsqu'elles résultent en premier lieu d'une succession de décisions négatives, ou planifiées – lorsque les décisions négatives des cours inférieures ont été anticipées dans le but de soumettre une question de principe à une Haute cour. L'enquête prête pour le savoir une attention particulière aux négociations stratégiques aux différentes étapes de la procédure. Faut-il faire appel ? Faut-il introduire un pourvoi en cassation ? Ces décisions impliquent une évaluation des coûts mais aussi des chances des succès et des conséquences possibles de la relance du contentieux devant une nouvelle juridiction. L'analyse des chances de succès est notamment au cœur de la consultation, qui constitue le préalable théoriquement

³⁴ William L.F. Felstiner, Richard L. Abel et Austin Sarat, « The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming . . . », *Law & Society Review*, 1 janvier 1980, vol. 15, 3/4, p. 631-654. Miller RE, Sarat A. 1980. Grievances, claims, and disputes: assessing the adversary culture. *Law Soc. Rev.* 15:525–66

³⁵ Patricia Ewick et Susan S. Silbey, *The Common Place of Law - Stories from Everyday Life*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.

³⁶ Erhard Blankenburg, « La mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non-recours à la Justice », *Droit et Société*, 1994, vol. 28, n° 1, p. 691-703.

obligatoire à l'acceptation d'un dossier par un·e avocat·e aux Conseils. La déontologie de la profession impose un devoir d'information et de conseil destiné à limiter les pourvois qui n'ont pas de chance de prospérer : nous verrons que ce n'est pas si simple s'agissant de cas associés à des causes.

Le déplacement de contentieux « vers le haut » suppose en outre une transformation des arguments juridiques développés. L'appel demande le réexamen d'éléments de fait ou de droit que la juridiction de première instance aurait mal évalués ou pas pris en compte. Par contraste, le pourvoi en cassation ne vise en principe pas le fond du litige mais exclusivement la légalité de la décision contestée. De même, les questions prioritaires de constitutionnalité sont en principe détachées des éléments de fait à propos desquelles elles ont été soulevées : seule la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés garantis par la Constitution est examinée par le Conseil constitutionnel. Comment les acteurs·trices militants ou associatifs font-ils ou font-elles dans ce contexte évoluer leurs stratégies contentieuses à mesure que sont gravés les échelons de la pyramide des disputes ?

Si heuristique soit-elle, la métaphore de la pyramide ne permet pas de rendre compte de l'entièreté du travail stratégique contentieux. Comme l'ont montré Catherine R. Albiston, Lauren B. Edelman et Joy Milligan, son principal défaut est de présupposer la linéarité du processus de résolution des différends au sein de l'arène juridique³⁷. Les autrices proposent alors une nouvelle métaphore, celle d'un « arbre des disputes » dont les multiples branches symboliseraient la pluralité des modes de résolution, tant légaux qu'extra-légaux, que les acteurs peuvent emprunter alternativement, successivement ou conjointement. De fait, le chemin qui mène les requérant·e·s et leurs soutiens devant les Hautes cours est rarement une ligne droite. Les stratégies déployées articulent non seulement les niveaux de juridictions – pour les « gravir », mais aussi parfois pour faire « redescendre » une question – en intégrant les différents ressorts géographiques des tribunaux – en quête de jurisprudences plus favorables –, les ordres de juridictions – en cumulant par exemple la responsabilité pénale d'un individu et la responsabilité de son administration – ou encore les recours devant des cours nationales et supranationales – en particulier le Cour européenne des droits de l'homme (voir Encadré 1). Plus que des contraintes absolues ou des données, l'autorité de la chose jugée, la *summa divisio*

³⁷ Catherine R. Albiston, Lauren B. Edelman et Joy Milligan, « The Dispute Tree and the Legal Forest », *Annual Review of Law and Social Science*, 3 novembre 2014, vol. 10, n° 1, p. 105-131.

entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire, ou la condition d'épuisement des voies de recours interne pour saisir la justice européenne, apparaissent comme des ressources ou des constructions que les requérant·e·s sont parfois en mesure d'exploiter pour faire croître de nouvelles branches sur l'arbre des disputes, et multiplier les chances de succès.

Comme le disent classiquement les juristes, le contentieux devant le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel alimente ce qu'il est convenu d'appeler « le dialogue des juges » depuis les conclusions rendues par Bruno Genevois à propos d'un arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 22 décembre 1978³⁸. « Le concept de "dialogue des juges" », écrit Julie Allard, « désigne l'échange d'arguments, d'interprétations et de solutions juridiques entre magistrats, notamment dans le délibéré, à travers la jurisprudence ou par le biais de la coopération entre juridictions »³⁹. Le rôle des Hautes cours dans ce processus a été largement souligné⁴⁰. L'une des fonctions principales prêtées à la Cour de cassation et au Conseil d'État est en effet de présider au dialogue des juges au sein de leur ordre de juridiction respectif. Juridictions suprêmes, elles doivent s'assurer que la loi est appliquée de la même manière sur tout le territoire. De plus, le dialogue des juges viserait à instaurer une certaine cohérence entre les ordres de juridiction qui dépendent d'elles. Plus récemment, le rôle de filtre dévolu à la Cour de cassation et au Conseil d'État en matière constitutionnelle a donné lieu à une importante littérature sur cette forme particulière de dialogue des juges. Pierre de Montalivet explique ainsi que « la QPC constitue le terrain probablement le plus privilégié de tous pour développer ce dialogue des juges, tant les juridictions concernées sont nombreuses : le Conseil constitutionnel, les cours suprêmes de chaque ordre (Cour de cassation et Conseil d'État) et les juridictions ordinaires du fond, auxquelles se sont ajoutés les juges européens, Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme »⁴¹.

Cependant, tout comme la doctrine qui commente les décisions des Hautes cours, celle qui analyse le « dialogue des juges » le situe le plus souvent à un niveau strictement

³⁸ Cité par Pierre de Montalivet, « QPC et "dialogue des juges" », *Revue française de droit constitutionnel*, 2018, vol. 116, n° 4, p. 919.

³⁹ Julie Allard, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », in *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, 2007, p. 77.

⁴⁰ Voir notamment Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit : Tome 2, le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006.

⁴¹ P. de Montalivet, « QPC et "dialogue des juges" », art cit. Voir également, Xavier Domino, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *AJDA*, 2011, p. 1136 ; Denys Simon, Anne Rigaux, « La priorité de la QPC : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010, p. 63.

institutionnel, parfois même strictement textuel. Julie Allard écrit ainsi que « le dialogue [des juges] symbolise donc la relation que peuvent entretenir les juges de différentes juridictions, parfois de différentes nations, et en particulier le fait que les juges se citent entre eux dans leurs décisions. »⁴² Cette conception occulte le rôle joué par les stratégies des justiciables et de leurs soutiens pour orchestrer ces échanges, pour placer en situation de dialogue, et parfois en concurrence des niveaux ou des ordres de juridictions. Là encore, la compétence conjointe des avocat·e·s aux Conseils devant le Conseil d'État et la Cour de cassation, ainsi que leur fréquentes interventions devant le Conseil constitutionnel, en font des acteurs·trices privilégié·e·s – et pourtant méconnu·e·s – de la pratique concrète du « dialogues des juges », qui apparaît notamment dans les références croisées aux différents ordres juridictionnels présents notamment dans leurs écritures.

Une attention particulière sera aussi accordée tout au long de ce travail au rôle des cours et des textes supranationaux dans les stratégies devant les Hautes cours. Quand fait-on le choix de s'appuyer sur une disposition de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme pour soutenir l'illégalité ou l'inconstitutionnalité d'une disposition ? Il apparaît également qu'un nombre croissant de procédures portées par des acteurs·trices militant·e·s devant des juridictions nationales sont pensées avant tout comme un préalable pour accéder à Strasbourg. Dans certains cas, même, les acteurs·trices du contentieux cherchent à s'affranchir de ces procédures liminaires en s'adressant directement au juge européen (voir notamment les cas n°1 et n°9).

Méthodologiquement, cet axe de recherche nous portera à analyser non seulement les récits que les personnes interrogées font de leurs stratégies, les espaces ou les traces des négociations sur celles-ci, mais aussi, lorsqu'elles ont pu être consultées, l'évolution des écritures déposées devant les différents niveaux de juridiction.

⁴² Julie Allard et Arnaud Van Waeyenberge, « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2008, vol. 61, n° 2, p. 109-129.

Encadré 1 - Une séance du Conseil constitutionnel (22 mai 2018) et ses suites

Témoin de ces jeux complexes, la tentative des associations requérantes dans le contentieux constitutionnel relatif aux délais de recours contre une obligation de quitter le territoire français exercé par une personne détenue : lors de l'audience d'une première question prioritaire de constitutionnalité, le 22 mai 2018, une membre du Conseil constitutionnel, Nicole Maestracci, s'enquiert oralement du « taux de recours des OQTF notifiées en détention ». Elle est en cela rejointe par le président du Conseil, Laurent Fabius, qui demande à connaître « le nombre des recours en détention, en rétention et leur sort ». Le représentant du gouvernement s'engage alors à « interroger les services ». « Ce serait utile », souligne Laurent Fabius. La décision du Conseil, rendue le 1^{er} juin 2018, ne fait cependant aucune mention de la transmission de cette information. Les associations requérantes, qui ont déposé une nouvelle QPC sur le même sujet, décident alors de critiquer en creux l'impuissance des juges constitutionnels en matière d'instruction s'adressant à un tribunal administratif pour obtenir les informations demandées.

Ici, le dialogue inhérent à la procédure de QPC entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel se double d'une mise en concurrence, orchestrée par les parties, des pouvoirs d'instruction d'une juridiction de première instance de l'ordre administratif et du Conseil constitutionnel.

Causes

La spécificité des contentieux étudiés est d'articuler la défense d'un cas juridique et celle d'une cause politique⁴³, tension au cœur de l'activité des *cause lawyers*⁴⁴. Comme l'a montré Elisabeth Claverie, la défense d'une cause suppose en effet « une définition nouvelle qui lie autrement *universel et particulier* » : l'affaire devenant une « forme d'exemplification de la "cause" »⁴⁵. Il faut alors ouvrir empiriquement la question de la relation entre cas et cause ; celle-ci ne prenant pas nécessairement la forme chronologique d'une « montée en généralité »⁴⁶, depuis un cas particulier vers un intérêt général. Il arrive également qu'à partir d'une question de principe qui les intéresse, des acteur·trice·s militant·e·s recherchent, voire suscitent, une affaire susceptible de la soumettre à une juridiction.

La tension entre cas et cause apparaît tout d'abord au niveau du travail de *cadrage* qu'il suppose respectivement. Sous la plume de David Snow et Robert Benford, la notion de « cadres » recouvre un travail sur la nature et les causes du problème (diagnostic) et sur la solution adaptée pour y répondre (pronostic). Les cadres « attribuent du sens, interprètent des événements et des conditions pertinentes, de façon à mobiliser des adhérents et des participants potentiels, à obtenir le soutien des auditoires et à favoriser la démobilisation des adversaires »⁴⁷. Ces opérations sont au cœur tant de l'activité juridique de construction des cas⁴⁸ que de l'activité politique de construction des causes, mais rarement de manière congruente. La sociologie du droit et des mobilisations sociales s'est ainsi intéressée à la manière dont des questions politiques sont *traduites* dans l'arène juridique⁴⁹ et, inversement, dont les décisions des tribunaux donnent lieu à des cadrages concurrents dans le débat public⁵⁰. Ces questions

⁴³ Brigitte Gaïti et Liora Israël, « Sur l'engagement du droit dans la construction des causes », *Politix. Revue des sciences sociales du politique*, 2003, vol. 16, n° 62, p. 17-30.

⁴⁴ A. Sarat et S. Scheingold, *Cause Lawyering*, *op. cit.* ; L. Israël, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », art cit.

⁴⁵ Elisabeth Claverie, « Procès, affaire, cause. Voltaire et l'innovation critique », *Politix. Revue des sciences sociales du politique*, 1994, vol. 7, n° 26, p. 76-85.

⁴⁶ Luc Boltanski, « La dénonciation », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1984, vol. 51, n° 1, p. 3-40.

⁴⁷ David A. Snow et Robert D. Benford, « Ideology, Frame Resonance and Participant Mobilization », *International Social Movement Research*, 1988, vol. 1, p. 198.

⁴⁸ W.L.F. Felstiner, R.L. Abel et A. Sarat, « The Emergence and Transformation of Disputes », art cit.

⁴⁹ S.A. Scheingold, *The Politics of Rights*, *op. cit.* ; Heather Schoenfeld, « Mass Incarceration and the Paradox of Prison Conditions Litigation », *Law & Society Review*, 1 septembre 2010, vol. 44, n° 3-4, p. 731-768.

⁵⁰ Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago, University Of Chicago Press, 1991.

classiques prennent, relativement aux Hautes cours, une importance particulière. La tension ne réside pas en effet dans la montée en généralité, depuis des circonstances singulières vers des questions de principe. Juges de la règle de droit, les décisions du Conseil d'État, de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel se situent par définition au niveau des principes normatifs, mais il s'agit de principes juridiques souvent formulés de manière particulièrement technique. Il ne s'agit par exemple plus de savoir si la situation de cet homme, renvoyé vers son pays d'origine en dépit d'un climat politique instable, peut servir la cause des étrangers en France, mais bien d'évaluer la contribution que peut apporter une discussion sur l'existence d'un délai raisonnable pour introduire un recours contre la décision qui l'oblige à quitter le territoire.

Les enquêtes que nous avons menées s'attellent à décrire les tensions entre les stratégies dans les arènes juridiques et publiques. Elles ont nécessité pour cela une attention aux temporalités, aux lieux et aux acteurs·trices du « procès de publicisation »⁵¹ des causes. Temporalités d'abord, pour saisir comment les stratégies de publicisation s'articulent au temps des procédures. La publicisation d'une affaire est-elle prévue en amont de son examen par un juge, de manière à faire pression sur l'institution ? Est-elle cantonnée à l'après-jugement, pour ne pas risquer d'indisposer les juges et par là-même de nuire au succès de la cause ? Espaces ensuite, car on aurait tort de statuer *a priori* sur des lieux où se déploient les stratégies de publicisation des causes. En particulier, l'enquête montre que, même devant les Hautes cours, l'espace même de l'audience peut, selon les stratégies des avocat·e·s et des parties, être intégré à une stratégie de publicisation, avec l'invitation d'observateurs·trices et de journalistes. Cette manière de faire, réputée mal vue par des juridictions devant lesquelles les réelles audiences sont rares⁵², souligne la diversité des stratégies médiatiques en matière de contentieux. Enfin, il faudra interroger celles et ceux qui travaillent à l'articulation entre cas et cause devant les Hautes cours. Assiste-t-on à une division du travail de celles et ceux qui portent la cause dans les arènes publiques (associations, avocat·e·s à la Cour par exemple) et des professionnel·le·s qui investissent exclusivement les sphères discrètes du contentieux constitutionnel ou de la cassation ? Une attention particulière portera sur la répartition du travail de publicisation entre

⁵¹ Daniel Cefaï, « La construction des problèmes publics. Définitions de situations dans des arènes publiques », *Réseaux*, 1996, vol. 14, n° 75, p. 43-66.

⁵² Le plus souvent, l'avocat aux Conseils dépose son dossier devant le CE (lors de l'audience où le rapporteur lit son rapport) en déclarant s'en remettre à ses écritures. A la Cour de cassation, comme on le verra, les audiences n'ont lieu - à l'instigation de la Cour et plus rarement à la demande de l'avocat - que dans des cas relativement rares qui posent des questions d'ordre général ou collectif.

les avocat·e·s aux Conseils et les avocat·e·s à la Cour, et aux rémunérations (ou aux pertes) symboliques qu'il est susceptible de générer.

Le double horizon du cas et de la cause invite plus largement à repenser la définition des victoires et des défaites sur le terrain juridique. Une décision juridictionnelle positive – par exemple l'obtention d'une cassation ou de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative – peut tout d'abord ne pas porter sur la question de principe que les requérants espéraient voir trancher, voire y apporter une réponse défavorable en se saisissant d'un autre moyen. C'est surtout sur le terrain des effets indirects et concrets des décisions que sont problématisés les effets des décisions des Hautes cours. Ce débat a notamment occupé une place importante dans la littérature américaine, autour de la discussion des effets concrets des grandes décisions progressistes de la Cour suprême des États-Unis relatives notamment à la ségrégation raciale (*Brown v. Board*, 1954), à la procédure pénale (*Mapp v. Ohio*, 1961 ; *Miranda v. Arizona*, 1966), ou au droit à l'avortement (*Roe v. Wade*, 1973). En 1991, Gerald Rosenberg a publié un livre à charge contre l'« espoir trompeur » de voir la Cour suprême favoriser le changement social⁵³. À l'aide d'indicateurs quantitatifs, Rosenberg montre que ces victoires judiciaires ont peu ou rien changé aux réalités qu'elles prétendaient transformer. Pire, la situation s'est parfois aggravée. Ainsi, au sujet de la célèbre décision *Brown v. Board of Education*, qui marquait la fin de la ségrégation dans les écoles publiques et au-delà, Rosenberg note que « dix ans plus tard, pratiquement rien n'a changé pour les étudiants afro-américains qui vivent dans les onze anciens états confédérés qui imposaient juridiquement la ségrégation raciale dans les écoles »⁵⁴. Pire, les combats contentieux aboutiraient à détourner de précieuses ressources d'autres formes d'action politique, enfermant les mouvements sociaux dans la temporalité et le cadrage des procédures judiciaires, au détriment des causes qu'ils prétendent défendre. Les tribunaux y sont ainsi décrits comme des « papiers tue-mouches » (*flypaper*), qui les attirent pour provoquer leur perte. Les critiques portées par Gerald Rosenberg ont fait l'objet à leur tour de nombreuses critiques, lui reprochant notamment d'avoir cédé à la facilité d'une formulation en termes de « fossé » entre les résultats mesurés et les « espoirs » exprimés par les acteurs des combats judiciaires⁵⁵, d'avoir adopté une approche strictement centrée sur les tribunaux (*court-centered*)

⁵³ G.N. Rosenberg, *The Hollow Hope*, *op. cit.*

⁵⁴ Gerald N. Rosenberg, « Substituting Symbol for Substance: What Did Brown Really Accomplish? », *PS: Political Science and Politics*, 2004, vol. 37, n° 2, p. 205.

⁵⁵ Malcolm Feeley, « Hollow Hopes, Flypaper, and Metaphors », *Law & Social Inquiry*, 1 octobre 1992, p. 745.

par opposition à une analyse davantage orientée vers la dynamique des mouvements sociaux (*movement-oriented*)⁵⁶, ou encore d’avoir manqué de rigueur dans l’évaluation quantitative de ses hypothèses⁵⁷. Ces controverses soulignent néanmoins des questions au cœur de cette étude, à savoir la compréhension de la manière dont les acteurs·trices des contentieux anticipent non seulement les chances de succès de leurs actions en justice, mais plus largement leurs conséquences directes et indirectes sur les causes dont ils se réclament. Une défaite devant une Haute cour peut ainsi servir de tremplin pour porter une question de principe dans l’arène médiatique, voire pour inviter le Parlement à s’en saisir. Une victoire peut accaparer des ressources, démobiliser la structure de soutien ou encore être traduite dans les pratiques administratives d’une manière qui la vide de ses effets. Ces évaluations alimentent des discussions internes aux acteurs·trices militants sur la place du contentieux dans les stratégies pour faire avancer leurs combats. En France, une association particulièrement familière du Conseil d’État, le GISTI, a également posé par l’intermédiaire de sa présidente de l’époque cette question des « fausses victoires » et des « vraies défaites »⁵⁸.

Présentation de l’enquête

A - Choix et caractérisation des volets thématiques

Afin d’aborder ces questions de manière rigoureuse, la stratégie de recherche adoptée se focalise sur quatre causes, à la fois assez larges pour susciter du contentieux au niveau de ces différentes juridictions, mais aussi assez précises pour identifier les affaires pouvant en relever dans l’enchevêtrement des cas si nombreux que ces juridictions ont à traiter.

Le premier thème étudié (par Liora Israël) est celui de la discrimination. L’intérêt et la complexité de la cause « discriminations » ou plutôt « lutte contre les discriminations » tient à la diversité des domaines du droit dans lesquels peut s’inscrire une telle mobilisation, en particulier en droit pénal, droit du travail ou encore droit administratif. Ce champ de la lutte contre les discriminations est particulièrement vaste – voire même indéterminé – au regard des

⁵⁶ M.W. McCann, *Rights at work*, *op. cit.*

⁵⁷ Jeb E. Barnes et Thomas F. Burke, *How Policy Shapes Politics: Rights, Courts, Litigation, and the Struggle Over Injury Compensation*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2015, 272 p.

⁵⁸ Nathalie Ferré, « Victoires volées », in (sous l’égide du GISTI), *Défendre la cause des étrangers en justice*, Paris, Dalloz-GISTI, 2009, pp. 227-238

vingt-cinq critères de discrimination prohibés dans la loi. Cette variété invite à contraster à travers les cas la manière dont se structurent différemment les contentieux selon les critères en jeu, que cela corresponde plutôt au type de charge de la preuve attendu, aux espaces sociaux concernés, ou aux formes de militantisme associés à chaque cause.

Le second thème étudié (par Corentin Durand) concerne les conditions de détention. Dans la continuité de son travail de thèse consacré aux formes de communication entre prisonniers et autorités pénitentiaires, il s'est intéressé au déploiement en plein essor de stratégies contentieuses visant à critiquer et améliorer les conditions de vie en prison, en particulier à l'instigation d'une organisation militante, l'Observatoire Internationale des Prisons (OIP).

Le troisième thème investigué (par Guillaume le Lay) concerne les libertés en ligne, dans la continuité là-aussi d'une enquête antérieure sur les mobilisations du droit par les militants de l'internet libre. Là aussi largement structurées (mais pas seulement) autour d'une organisation dominante, la Quadrature du net, les libertés en ligne constituent une cause de plus en plus investie devant les hautes juridictions, selon des modalités diversifiées.

Le quatrième thème, développé (par Sabrina Pastorelli), concerne les questions de santé. Trois contentieux larges portant sur les questions de fin de vie, d'intersexuation et de vaccinations obligatoires ont été choisis. Ils montrent tous trois les difficultés de la puissance publique à construire des politiques de santé publique sur des questions émergentes et souvent clivantes, et le rôle central dévolu au juge en l'absence de choix politique fort.

En face de ces investigations empiriques, Diane Roman a rédigé une synthèse de la doctrine relative à ces cas, qui permet de révéler par contraste ce qu'apporte le changement de méthode et de perspective dans l'analyse d'un contentieux.

B - Présentation de la démarche empirique globale

Fondée sur des intuitions et des connaissances préalables de ces terrains liées à des recherches antérieures, le choix des cas s'est progressivement affiné au cours de la recherche, orienté par la perspective choisie dès le départ consistant à identifier pour chaque cause (au sens large) trois cas correspondant respectivement aux « cours suprêmes » que sont en France le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation. Toutefois, on le verra la distinction stricte des contentieux n'a pas été complète, non seulement parce que les causes circulent souvent par plusieurs canaux, mais aussi dans la mesure où une de ces procédures (la

QPC) suppose préalablement de passer le « filtre » du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. (La soumission d'une QPC a pu donc, selon les cas, être considérée comme « cas » de QPC, de recours devant le Conseil d'État ou devant la Cour de cassation.)

En outre, la volonté de comparaison inter-institutionnelle a conduit à mettre en évidence les formes de concentration de certaines causes dans certaines arènes, pour des raisons tout à la fois procédurales et sociales sur lesquelles nous reviendrons, et ne doit donc pas conduire à postuler une répartition homogène des cas à l'intérieur des différents canaux existants.

La démarche empirique choisie, au-delà de ce traitement parallèle de cas, a consisté à reconstituer autant que possible ceux qui en ont été les acteurs·trices (en particulier avocat·e·s à la Cour, avocat·e·s aux Conseils, membres d'associations..), de collecter grâce à elles et eux des matériaux liés au contentieux concerné (requêtes, mémoires, décisions, documents de travail, mails...), et d'observer dans une perspective ethnographique différents moments du processus analysé (rencontre avec le client, réunions de travail, audiences...). Selon les cas, l'accès à ces sources et à ces matériaux a été très variable, en fonction de l'éventuelle connaissance préalable de certains protagonistes, de leur disponibilité, de l'actualité du contentieux ou encore de la visibilité médiatique de celui-ci. Ces différences, liées à la fois aux expériences personnelles des membres de l'équipe et aux conditions singulières de chacune de ces petites enquêtes (et notamment au degré d'avancement des cas étudiés, pour certains encore en cours et pour d'autres achevés depuis plusieurs années), induisent des formes de discontinuité, des « styles » d'écriture et d'analyse relativement variables d'un cas à l'autre malgré les discussions communes qui ont jalonné l'enquête. Plutôt que de « lisser » artificiellement ces différences, et alors que les circonstances sanitaires liées à la pandémie de Covid19 ont contraint nos derniers échanges à rester largement virtuels, nous avons préféré laisser apparentes ces différences d'écriture, encadrées par une introduction et une conclusion générales rédigées par Corentin Durand et Liora Israël permettant de mettre en exergue les principaux enjeux d'une part, et les différents résultats de l'autre, de cette enquête singulière. Singulière, l'enquête l'a été par manque de travaux de référence permettant de situer la démarche ou les résultats. Elle reste insatisfaisante sans doute dans la mise en évidence d'un écart épistémologique fort entre approche juridique et approche sociologique des cas, écart symbolisé par la juxtaposition de ces regards à laquelle nous n'avons pas réussi à substituer une approche réellement pluri- ou inter-disciplinaire. Elle est intéressante néanmoins dans la mesure

où elle a aussi conduit à mettre en évidence « par contraste » combien « l'intérêt » même d'un cas s'évaluait différemment : d'un point de vue sociologique, on le verra, une « petite » affaire peut se révéler aussi importante qu'un cas rendant possible un retournement de jurisprudence, et méthodologiquement il peut se révéler plus riche de « suivre » une affaire sans connaître son dénouement, comme cela a été le cas à plusieurs reprises, dans une approche de sciences sociales, là où les juristes partiront toujours d'une décision pour reconstituer à rebours (et souvent de manière quelque peu théorique) son cheminement et surtout ses enjeux au regard de la jurisprudence existante et plus généralement de l'état du droit sur la question.

Il serait faux toutefois d'opposer radicalement approche de sciences sociales et approche juridique académique, et ce pour au moins deux raisons. Comme on le verra dans l'enquête, les logiques sociales que nous avons identifiées sont largement connues des acteurs·trices, et en particulier des praticien·ne·s qui portent les dossiers devant les juridictions étudiées. En outre, les professeur·e·s de droit, qui dans leurs écrits semblent aborder les décisions comme des purs discours, ne sont pas toujours ignorants de ces mécanismes. Un certain nombre d'entre eux ou elles travaillent pour des cabinets d'avocats aux Conseils, qui peuvent déléguer le traitement de tel ou tel dossier à ce type de collaborateurs·trices spécialisé·e·s. Si, de cette manière indirecte et peu visible, la pratique innerve davantage l'analyse doctrinale qu'on ne le pense généralement, celle-ci constitue aussi une source de connaissance et une ressource pour les avocat·e·s des parties ou juges, et parfois aux militant·e·s les plus juristes, qui se réfèrent largement aux instruments de recherche des grands éditeurs juridiques pour renforcer et étayer leur approche des dossiers. L'entrée par les cas, en suivant un dossier même si c'est d'une manière différente que dans la perspective de Bruno Latour largement indifférente aux travail des avocat·e·s⁵⁹, invite donc à reconstituer des réseaux d'acteurs et d'actrices, des formes d'interdépendance et de relations croisées qui se nouent autour de chaque cas.

Le droit académique, la doctrine mise en évidence en référence à chaque cas par Diane Roman doit donc aussi être pris en compte comme une ressource et un enjeu à l'intérieur même des affaires, un savoir sans cesse mobilisé par les acteurs·trices, même s'il est selon les cas contextualisé et mis en rapport avec d'autres contraintes et exigences en situation, relatives à la fois aux types de relation avec le/la client·e, à l'insertion du cas dans une stratégie globale ou

⁵⁹ Bruno Latour, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, Éd. la Découverte, 2004, 319 p.

non, à sa visibilité médiatique qui est à la fois construite par certains (par exemple un avocat qui avertit la presse de l'enjeu d'un contentieux), et davantage une contrainte pour d'autres (comme les autorités judiciaires qui doivent par exemple prévoir une plus grande salle ou éventuellement de juger en chambres réunies pour les affaires dont l'importance n'est pas seulement de nature juridique mais aussi symbolique).

Notre orientation du côté du suivi des cas, par contraste avec d'autres approches de sciences sociales centrées sur les juridictions comme celles de Bruno Latour et Dominique Schnapper, nous a peu souvent conduit·e·s à croiser les conseillers et conseillères ou les juges chargé·e·s de trancher les affaires prises en compte. Observé·e·s lors de certaines séquences ethnographiques, ou étudié·e·s à travers leurs écrits lorsque des décisions étaient disponibles, les acteurs·trices décisionnaires des cours (et leurs équipes) ne sont finalement pas au centre de cette étude centrée sur les causes suprêmes, et non sur les cours suprêmes : ces dernières constituent avant tout dans l'enquête un point d'aboutissement (dans la mesure où elles sont censées, comme le disent les juristes, dire le dernier mot), une orientation – puisque tous les cas n'y arrivent pas, comme dans le cas des QPC non transmises étudiées –, voire un simple point de passage (par exemple lorsqu'une juridiction d'ordre supérieur, comme la CEDH, est visée).

La question des stratégies d'anonymisation a été complexe : nous avons choisi dans la plupart des cas d'anonymiser les personnes (plaignant·e·s, avocat·e·s, juges) mais pas les organisations, même si nous avons conscience du fait que la médiatisation de nombre de ces affaires et la visibilité de leurs acteurs – qui plus est dans des cercles aussi restreints et marqués l'interconnaissance – rend ces anonymisations en partie vaines. Nous y avons en partie renoncé lorsque l'affaire était par trop associée au nom d'un plaignant (comme dans l'affaire Lambert), l'importance du contexte médiatique étant essentielle à prendre en compte y compris pour saisir l'enchaînement des séquences proprement juridiques. À l'inverse, nous avons veillé à rendre l'anonymisation stricte notamment dans le cas des personnes détenues, en recourant à des noms de lieux fictifs pour les centres de détention étudiés.

Fondée sur des matériaux parfois hétéroclites révélateurs de la pluralité des démarches de collecte mises en œuvre, sur des terrains plus ou moins familiers, tout autant que de la diversité des échelles auxquelles se déploient les affaires qui ont été choisies pour illustrer la

manière dont des causes sont portées devant (ou en direction) des cours suprêmes, cette recherche ne se veut pas exhaustive, et entend seulement contribuer à une mise en évidence de la nature et de la complexité proprement sociales de processus dont l'analyse a juste ici été laissée trop exclusivement aux juristes. Substituer une approche qui part des acteurs·trices à une analyse focalisée sur la décision, restituer l'arborescence des possibles là où la saisie par la fin réifie le chemin adopté contribue à mettre en évidence le caractère hétérogène et contingent, mais aussi construit et constamment réinterprété par les participant·e·s, de la transformation de petits contentieux en causes suprêmes. C'est en tout cas le parti pris adopté dans les pages qui suivent, dont le caractère fragmentaire est aussi le reflet du caractère moins assuré qu'il n'y paraît de la force du droit, y compris dans ses arènes les plus prestigieuses.

I. Discriminations⁶⁰

⁶⁰ Cette partie a été rédigée par Liora Israël.

Introduction

Le trois cas choisis relèvent délibérément de domaines du droit très différents, qui renvoient à des dimensions du problème de la discrimination apparemment très éloignés : le premier cas concerne la discrimination opérée à l'égard des couples de même sexe relativement à l'accès aux méthodes de procréation médicalement assistée, le second la discrimination dans le monde du travail s'agissant d'un ancien ouvrier du secteur métallurgique d'origine maghrébine, le troisième la discrimination en fonction de la nationalité dans un contentieux relatif à l'inscription aux concours permettant d'accéder aux fonctions d'enseignant dans le secondaire privé sous contrat. Révélateurs de la diversité des motifs imputables de discrimination tout autant que des domaines du droit impactés, ces cas ont été identifiés et investigués dans la continuité d'enquêtes préalables menées notamment dans le cadre d'un projet Émergences financé par la Ville de Paris intitulé « Droit, mobilisations, discriminations » (2012-2016). La familiarité déjà ancienne avec plusieurs acteurs de ce champ, qu'il s'agisse d'avocats, d'universitaires ou de responsables associatifs, ont permis d'avoir accès à des dimensions de la construction des causes que nous avons dites « suprêmes » encore mal connues : la préparation des stratégies, les relations entre avocat·e·s à la Cour et avocat·e·s aux Conseils, les rendez-vous entre un.e avocat.e et son client ou sa cliente au cours desquels est explicitée la procédure, préconisée une stratégie. Davantage qu'à la mise en exergue des enjeux juridiques – très largement éclatés – des cas relevant de la discrimination en droit soumis aux cours suprêmes, ces trois études ont ainsi principalement pour objet ou pour intérêt de mettre en évidence ce qui se joue à l'ombre du droit, dans les relations sociales complexes à partir desquelles s'élaborent des cas puis, parfois, des causes.

Cas n°1 – Une QPC relative à une PMA

Ce titre volontairement sibyllin vise à mettre en exergue combien le monde des acronymes dont la langue française est familière s'est encore enrichi avec la question prioritaire de constitutionnalité, dont l'acronyme devenu commun peut se combiner avec d'autres, en l'occurrence celui qui désigne la procréation médicalement assistée. Cette dernière initialement développée pour les couples hétérosexuels infertiles, est progressivement devenue un enjeu social plus vaste, qu'il s'agisse de remettre en cause le « privilège » en droit des couples mariés

et hétérosexuels (qui rend théoriquement impossible l'accès aux femmes seules ou en couple de même sexe), ou le « privilège » de fait qui correspond à la possibilité pour celles qui en ont les moyens de suivre cette procédure à l'étranger, en particulier en Espagne ou en Belgique.

Cette spécificité nationale, par comparaison avec d'autres pays frontaliers, encore en vigueur lorsque l'enquête a été menée, est en voie de résorption avec le vote récent permettant l'accès des couples de femmes à la PMA dans le cadre de la loi bioéthique adoptée le 29 Juillet 2020 en deuxième lecture à l'Assemblée nationale, après de très longues péripéties.

Dans le contexte qui préexistait à cette réforme, quelques rares avocat·e·s ont pu s'engager dans des contentieux relatifs à la remise en cause de cette restriction, parmi d'autres questions à l'intersection des questions de parenté et (pour partie) des droits LGBTI, qu'il s'agisse de la GPA (gestation pour autrui), plus visible sur le front judiciaire notamment du fait de l'affaire Mennesson⁶¹, avec la question de la transcription dans l'état civil des enfants ainsi conçus à l'étranger, ou encore des conséquences en termes d'exercice des droits parentaux de la loi sur le mariage pour tous (puisque celle-ci ne contient pas de présomption de parentalité, ce qui rend par exemple toujours nécessaire une adoption de l'enfant par le ou la conjoint·e pour obtenir un exercice partagé de l'autorité parentale).

Dans ce domaine en constante évolution, différentes stratégies contentieuses ont pu être menées, à l'articulation de la recherche de solutions protectrices pour ces familles, et de la volonté de la part de certain·e·s avocat·e·s, parfois en lien avec des organisations militantes, de faire advenir autant que possible par la voie contentieuse les solutions que le politique ne parvenait pas à prendre. L'avocate à la Cour qui a déposé la QPC à laquelle je vais m'intéresser – qui donnera aussi l'occasion de traiter du rôle de filtre du Conseil d'État – en avait d'ailleurs déjà déposé plusieurs auparavant, sa première tentative datant de novembre 2010, soit quelques mois seulement après que la procédure ouvrant la possibilité d'introduire des QPC soit entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010. Il s'agissait alors d'une affaire d'insultes en raison de l'orientation sexuelle dans laquelle elle représentait une association luttant contre l'homophobie. Cette QPC n'avait pas été transmise par le tribunal, à tort selon l'avocate. Quelques mois plus tard, elle intervint pour SOS Homophobie dans une QPC cette fois-ci transmise au Conseil

⁶¹ Du nom de ce couple dont le long contentieux pour que la mère d'intention de deux filles nées par GPA en 2000 aux États-Unis apparaisse bien sur l'extrait de naissance de ses filles aboutit finalement à une décision favorable de la Cour de Cassation le 4 octobre 2019.

constitutionnel, relative à l'interdiction du mariage pour les couples de même sexe (décision n°2010-92 QPC du 28 janvier 2011).

Familière des stratégies contentieuses complexes, cette avocate à la Cour travaille en lien avec une avocate aux Conseils lorsqu'elles supposent un passage devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. À propos d'une autre affaire, elle décrit leur relation de travail comme relevant de la transmission de consignes davantage que d'un travail commun : « Je lui ai demandé de reprendre les moyens que j'avais développés devant la cour d'appel de Rennes et devant le TGI [tribunal de grande instance] », déclare-t-elle. Cette avocate à la Cour a ainsi initié plusieurs recours devant la Cour de cassation, quatre sont en cours lors de notre entretien en novembre 2018, mais aussi des recours devant la Cour européenne des droits de l'homme, en l'occurrence au nombre de trois. L'usage fréquent de stratégies contentieuses complexes impliquant les plus hautes juridictions est en quelque sorte intégré à ses routines de travail, elle m'indique ainsi, toujours dans le même entretien : « dès les premières écritures devant le TGI j'y pense. En même temps je leur dis pas tout de suite [aux clients] pour ne pas leur faire peur. » La peur, associée dans le cas de client·e·s à l'anticipation de procédures longues, n'est ainsi pas partagée par l'avocate qui – pressentant les obstacles juridiques répétés rencontrés par ses demandes – est à même d'envisager face à un cas particulier quel type d'avancée il pourrait être à même de produire, éventuellement, à un stade ultérieur. La conception très prétorienne du droit qui se dégage est nourrie d'expériences préalables et ne signifie pas, loin de là, que la voie judiciaire soit perçue comme la seule possible, tant ces actions en justice sont accompagnées par des publications visant à toucher le grand public (comme la co-rédaction d'un ouvrage dans une collection à très large diffusion sur la PMA et la GPA) et la participation à des activités de lobbying visant à obtenir des modifications d'ordre législatif, ou encore la réalisation de formations à destination des avocats ou des magistrats afin de les sensibiliser à ces enjeux.

A - Un cas susceptible de donner lieu à une QPC : une courte généalogie

Si en entretien l'avocate invoque bien la possibilité envisagée de manière précoce qu'une affaire puisse ultérieurement donner lieu à un contentieux de niveau plus élevé, cela tient à sa connaissance des réticences ou des obstacles juridiques, à un moment donné, selon le type d'affaires, qui conduisent les tribunaux à répondre de manière relativement uniforme à certaines

demandes (malgré des variations locales parfois importantes⁶²), ouvrant la voie à des appels ou des pourvois susceptibles de faire bouger le droit ou du moins d'attirer l'attention sur des situations jugées problématiques.

Le cas choisi pour être analysé dans le cadre de cette étude est particulièrement significatif : il trouve son origine, comme presque toujours⁶³, dans un problème d'ordre individuel soumis par un·e ou des client·e·s, à partir duquel vont être arbitrées des manières d'agir. Pour citer l'avocate : « À la base, il y a un couple de femmes qui vient me voir parce qu'elles ont fait une demande de PMA au CHU de Toulouse. Elles l'ont fait parce qu'elles considéraient qu'elles étaient dans les clous de la loi, mariées, une d'entre elles a un problème d'infertilité. Le 15 décembre 2014 le CHU de Toulouse a refusé leur demande. Elles sont venues me voir à peu près à ce moment-là ». La présentation de ce cas est particulièrement intéressante, dans la mesure où une forme de stratégie a déjà été mise en place avant même l'intervention de l'avocate : en effet, la mention « elles considéraient qu'elles étaient dans les clous de la loi » semble indiquer que le couple de femmes en question avait perçu, avant même de consulter un·e spécialiste du droit, la double singularité de leur position qui pouvait changer les choses en matière de PMA : là où l'accès à cette méthode était réservé aux couples mariés touchés par des problèmes d'infertilité, ce couple de femmes possédait la double caractéristique non seulement d'être marié, comme le permet depuis 2013 la loi, mais également d'être touché par un problème d'infertilité (pour l'une d'entre elles). Le cas pouvait ainsi apparaître, structurellement en quelque sorte, comme susceptible de mettre en évidence, par contraste, que le seul élément de différenciation avec un autre couple se voyant reconnaître le droit d'accès à la PMA avec donneur restait le fait qu'il s'agissait d'un couple de même sexe, ainsi discriminé.

Nous ne savons pas exactement dans quelle mesure le couple en question avait identifié de ce point de vue la spécificité de son cas, si des conseils médicaux ou juridiques leur avaient été apportés par des tiers, ou encore si une forme d'autodidaxie juridique que l'on peut voir

⁶² Dans une interview récente donnée au journal *Le Parisien*, elle affirme, phrase reprise dans le titre de l'article « Il y a, au tribunal de Versailles, un problème de respect du droit », s'agissant de cas du refus qu'elle juge quasi systématique, dans ce tribunal, de prononcer des adoptions dans le cas d'enfants nés de PMA dans le cadre d'un couple homosexuel.

⁶³ Dans certains cas, pour des raisons stratégiques des avocats peuvent être amenés à construire un contentieux stratégique y compris en cherchant à sélectionner en amont les « bons » plaignants. L'exemple récent du procès (au civil, en appel, puis du recours en cassation) ayant abouti à la condamnation de l'État pour faute lourde du fait de la sélection « au faciès » opérée lors des contrôles d'identité menés par la police en est un bon exemple (arrêts du 9 novembre 2016 de la Cour de cassation Ci., 9 novembre 2016, n°1244).

associée à des situations d'engagement les avait conduites à identifier leur cas comme spécifique et à même de tenter de dépasser la norme hétérosexuelle co-substantielle à l'accessibilité aux procédures de procréation médicalement assistées (PMA). Dans un des articles disponible en ligne relatif à leur affaire, il est ainsi indiqué qu'« elles avaient refusé de contourner la législation française en se rendant à l'étranger »⁶⁴, semblant ainsi s'inscrire dans une position de légalisme paradoxal visant à faire changer la loi plutôt que de la contourner – au prix d'un renoncement personnel au moins temporaire.

Lorsqu'elle explique quelle était la situation de ses clientes lorsque celles-ci la contactent, après ce premier refus de l'hôpital, l'avocate n'insiste pas sur ce « elles considéraient qu'elles étaient dans les clous de la loi », évoqué en passant, et se centre sur la stratégie qu'elle va rapidement mettre en place. Précisant à propos de l'état d'esprit de ses clientes au moment du premier contact avec l'avocat : « elles sont en attaque », l'avocate détaille les différentes étapes procédurales ensuite mises en place. Anticipant le fait que le « TA [tribunal administratif] ça va prendre un an, on n'aura pas gain de cause parce que la loi dit "couples hétéros infertiles" », l'avocate leur propose de saisir directement la Cour européenne des droits de l'homme, en suivant l'exemple d'une femme portant la burqa qui avait, avec succès, argué de la prévisibilité du rejet au niveau des instances nationales (affaire SAS c France 1^{er} Juillet 2014). En l'occurrence le recours est déposé devant la CEDH le 7 mai 2015, et « il ne va pas bouger du tout, pendant un an et demi je ne vais pas avoir de nouvelles » se souvient l'avocate. Enfin, la CEDH indique qu'elle transmet le dossier au gouvernement français pour observations, observations présentées courant printemps 2017 et auxquelles elle-même va répondre le 16 août 2017. La Cour va jusqu'à accepter trois interventions pour et trois contre, semblant se mettre en position d'observatrice. Et pourtant lorsque la décision tombe, la Cour dit : « vous auriez dû saisir la juridiction interne », se souvient l'avocate. En effet, dans sa décision du 16 Janvier 2018 rendue par sa cinquième section, la CEDH considère que « les requérantes n'ont pas épuisé les voies recours interne au sens de l'article 35§1 de la Convention », et rejette la requête à ce titre. La Cour précise que dans l'affaire SAS, contrairement à celle-ci, il n'y avait pas eu de décision contre laquelle faire appel, en outre il n'était pas selon elle possible d'inférer de la position du Conseil constitutionnel sur la loi relative aux couples de mêmes sexes du 17 mai 2013, « même si les chances de succès [en] étaient éventuellement réduites », que le recours en annulation pour excès de pouvoir de la décision du CHU de Toulouse du 15 décembre fondé

⁶⁴ <http://paternet.fr/2018/02/08/affaire-charron-et-merle-montet-contre-france/>, consulté le 14 mai 2019.

sur les articles 8 et 14 de la Convention aurait été « de toute évidence voué à l'échec », ainsi que le mentionnait le recours devant la CEDH⁶⁵.

Retour, donc, à la case départ, si ce n'est que, comme le précise l'avocate, entre temps, le Conseil d'État a accepté d'écouter un cas non totalement similaire, mais relatif lui aussi à un écart à l'égard des prescriptions relatives à l'accès à la PMA, au sujet de la possibilité d'une insémination *post mortem* de l'épouse d'un homme décédé. Cette évolution la conduit à préconiser à ses clientes de faire une nouvelle demande à l'hôpital (« pour que cela ne soit pas quatre ans après »), afin de pouvoir tenter un recours en annulation de cette décision. Deux recours s'ensuivent, l'un en annulation, puis contre la décision d'incompétence rendue par le tribunal administratif le 23 avril 2018. Derrière ces requêtes, l'objectif est déjà autre : « je sais déjà que l'objectif est de déposer une QPC » relate-t-elle, au niveau du premier filtre, celui du tribunal administratif donc. Même si la partie adverse conteste notamment le recours contre une seconde décision de l'hôpital qui n'est que « confirmative » de la première, la demande de QPC est jugée assez sérieuse par le TA pour être transmise au Conseil d'État.

B - La transmission de la QPC : l'intervention de l'avocate aux Conseils.

Le « filtre » du Conseil d'État rendant inévitable de transmettre le dossier à un avocat aux Conseils, l'avocate à la Cour se tourne vers celle qui porte tous ses dossiers devant le Conseil d'État et la Cour de Cassation. Cette avocate aux Conseils, membre de l'Ordre depuis 1986, a l'habitude de ce travail en commun : comme elle l'indique de façon imagée en entretien, « ça fait vingt ans qu'on se connaît, elle sait ce qu'elle veut et elle sait ce que je ne veux pas »⁶⁶. Ces dossiers relatifs aux droits des couples de même sexe qu'elle est amenée à porter du fait du travail avec cette correspondante (pour reprendre le terme qu'utilisent mutuellement avocat·e·s à la Cour et aux Conseils lorsqu'un dossier est transmis des un·e·s aux autres), ont pour elle un intérêt tout particulier : « ils posent tous des questions de principe. Quand j'ai plaidé le mariage pour tous devant la Cour de Cassation, je savais très bien que j'allais perdre, mais je suis allée à la barre. J'estimais qu'il fallait donner à cette affaire-là une audience importante. Ce n'était pas encore sur la place publique ». Ce type de contentieux bénéficie donc d'une appréciation

⁶⁵ Décision C et M-M c France, p. 10.

⁶⁶ Entretien réalisé le 20 novembre 2019

particulière : valorisé parce qu'il pose des questions de principe, il peut être – et doit être d'après l'avocate – porté devant la Cour de cassation, considérée comme un accès vers l'espace public, alors même qu'un échec est anticipé. Si elle peut apparaître relativement classique du point de vue d'un usage militant du droit, il faut apprécier combien s'avère doublement provocatrice cette conception portée au niveau d'une Cour suprême (française).

Tout d'abord, l'avocat aux Conseils est censé émettre un avis négatif s'il anticipe que le recours est voué à l'échec : comme cela est indiqué sur le site de l'Ordre des Avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, « Si l'avocat aux conseils émet un avis négatif, il évite à son client de s'engager, notamment sur le plan financier, dans un recours voué à l'échec. Cette pratique systématique de la consultation sur les chances de succès des pourvois sert également l'intérêt général. Elle aide à la sélection des pourvois et à la régulation du contentieux devant les juridictions suprêmes »⁶⁷. Or, on l'a vu, s'agissant de ce dossier l'avocate à la Cour demande l'intervention de sa consœur aux Conseils sans même lui demander d'apprécier les chances de succès. Et cette dernière accepte, comme elle le fait par principe pour tous les dossiers venant de cette avocate (même quand elle anticipe un échec, par exemple pour le dossier du mariage des couples de même sexe). Par ailleurs, les clientes n'interviennent pas dans la discussion – l'avocate aux Conseils, comme c'est la plupart du temps le cas, ne les rencontrera jamais.

Le deuxième point singulier concerne le fait d'utiliser le recours devant le Conseil d'État ou la Cour de Cassation, dans ce type d'affaires, comme un mode de publicisation passant notamment par une intervention orale à l'audience. Cette option est pourtant particulièrement peu recommandée devant la Cour de Cassation, comme le dit l'avocate elle-même, puisque ces juges sont connus pour détester cela : « ils ont horreur qu'on plaide à la Cour de Cassation, ils estiment que ça leur fait perdre leur temps ». Sans être nécessairement aussi réticent, le Conseil d'État n'encourage pas non plus les envolées verbales, et rares sont les audiences où l'on fait davantage que de s'en remettre à ses observations, comme le soulignait Bruno Latour. Pourtant, alors qu'elle considère que « neuf fois sur dix, quand le client ou le correspondant demande une audience », elle les décourage en disant que cela va les desservir, s'agissant de ces affaires particulières « à principe » la situation est évaluée différemment, car « il y a quand même des problèmes nouveaux, je ne pense pas que cela puisse desservir ».

⁶⁷ Site de l'Ordre des Avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, rubrique « compétences et missions des avocats aux conseils », <http://www.ordre-avocats-cassation.fr/les-avocats-aux-conseils/competences-et-missions-des-avocats-aux-conseils>, consulté le 6 décembre 2019.

Si ces dossiers relatifs à la discrimination des couples de même sexe font ainsi l'objet d'un regard particulier de la part de l'avocate aux conseils, il n'en reste pas moins que leur traitement se fait pour elle selon les modalités habituelles de travail. S'agissant de la transmission de la QPC devant le Conseil d'État, celle-ci a été rédigée par l'avocate à la Cour seule, au niveau du tribunal administratif de Toulouse. Symétriquement, l'avocate aux Conseils indique aussi qu'elle savait que si la QPC était transmise, l'avocate à la Cour y serait allée : contrairement à d'autres, elle ne charge l'avocate aux Conseils avec qui elle travaille que des seuls actes qu'elle ne peut légalement accomplir elle-même.

C'est donc après le premier filtre du tribunal administratif, que l'avocate aux Conseils se voit saisie du dossier, même si elle se souvient avoir échangé oralement avec l'avocate à la Cour sur la question des délais de recours, puisqu'une deuxième décision avait été sollicitée après l'échec de la tentative de saisine de la CEDH. Une fois le dossier transmis, elle prépare donc des écritures. Relisant celles-ci en entretien, elle souligne toutefois, à propos d'extraits d'un article du *Figaro* (intitulé « Les Français favorables à la PMA “pour toutes” ») présents dans le mémoire : « là c'était la demande de [l'avocate à la Cour], moi toute seule je l'aurais pas fait, ça servait à rien tout simplement ». À voix haute, elle reprend devant moi la lecture de son mémoire en soulignant qu'elle ferait autrement aujourd'hui, qu'elle avait fait référence principalement à la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui était sans doute fragile pour apprécier la constitutionnalité d'une loi. Elle insiste surtout sur la qualité du travail réalisé par l'avocat aux Conseils qui se trouvait face à elle en défense de l'hôpital : « c'était bien fait, j'étais très gênée d'ailleurs. Je ne crois pas avoir fait de réplique ». Les observations transmises par la ministre des Solidarités et de la Santé allaient d'ailleurs dans le même sens. En l'occurrence, chaque partie a cadré très différemment l'opposition ou au contraire le soutien à la transmission de la QPC. Du côté de la défense du CHU, les moyens soulevés concernaient, outre la critique de la transmission d'une QPC sans que la recevabilité du recours ait été tranchée par le TA, le défaut de caractère sérieux de la question, dans la mesure où ce couple de femmes se trouvait, comme l'avait souligné le Conseil constitutionnel⁶⁸ « au regard de la

⁶⁸ Décision n°2013-669 du 17 mai 2013 « Loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe »

procréation dans une situation différente de celle des couples de même sexe »⁶⁹. Se voyant ainsi opposée une décision issue d'un contentieux auquel elle avait également pris part, l'avocate aux Conseils s'appuyait quant à elle, sur différents avis d'autorités indépendantes en faveur de l'ouverture de la PMA aux couples de femmes, et soutenait l'hypothèse d'une inégalité de traitement constituant « une atteinte discriminatoire au respect de la vie privée et familiale des exposantes », en se référant non seulement à des décisions de la CEDH mais également à la loi de 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe ayant ouvert la possibilité de l'adoption, y compris « alors même que l'enfant a été conçu par une AMP pratiquée à l'étranger »⁷⁰.

La lecture du dossier, en partie commentée par l'avocate aux Conseils, permet ainsi de comprendre comment s'apprécie, s'évalue et évolue le dossier tout au long de sa prise en charge. Dans ce cas, le fait qu'elle avait peu de chance de gagner n'avait pas été considéré comme une variable significative pour l'avocate aux Conseils, qui réaffirme aujourd'hui : « Moi à partir du moment où ça me paraît de la discrimination, j'y crois. En tant que juriste, je sais que mes moyens sont limités, mais je m'investis personnellement », ajoutant même : « je n'ai pas demandé un sou » !

Le passage par l'avocate aux Conseils, exigé par la transmission au Conseil d'État de la demande de QPC, s'est donc joué selon un double régime. Le premier régime est celui, particulier, de la relation de longue date associant, sur des dossiers relatifs aux couples de même sexe et à leurs droits, l'avocate à la Cour et l'avocate aux Conseils. Cette collaboration régulière est associée, pour l'avocate aux Conseils, à une triple inflexion : l'intégration aux mémoires d'éléments qu'elle n'aurait pas choisi de faire figurer, la prise de risque associée au fait de prendre en charge un dossier qui a peu de chances de gagner et autour duquel sera faite une certaine publicité, et enfin l'investissement personnel – allant jusqu'au fait de se faire peu ou pas payer – dans le dossier. Toutefois, les réflexes professionnels habituels ne sont pas pour autant bouleversés : le client (ou en l'occurrence les clientes) demeure une abstraction puisqu'il n'y a pas d'échange, les arguments soulevés de part et d'autre sont évalués en fonction de leur valeur juridique – sans préjuger d'ailleurs d'un engagement personnel de l'avocat aux Conseils

⁶⁹ « Observations en défense à question prioritaire de constitutionnalité », pour le CHU de Toulouse (transmises par l'avocate aux Conseils)

⁷⁰ « Observations en demande à question prioritaire de constitutionnalité », pour JC et EM (transmises par l'avocate aux Conseils)

de la partie adverse –, la décision du Conseil d'État de ne pas transmettre est moins contestée sur le plan du droit (même si l'avocate aux Conseils considère que « le Conseil d'État aurait pu décider l'inverse ») que sur celui de l'histoire : « la PMA on y est, je pense que dans six ans la GPA encadrée – je suis pour – on y arrivera ».

C - L'échec de la QPC : le Conseil d'État, filtre ou censeur ?

La non-transmission de cette QPC par le Conseil d'État est encore considérée aujourd'hui comme une erreur par l'avocate à la Cour, qui affirme : « le Conseil d'État a outrepassé son pouvoir [en rejetant], ce n'est pas à lui de faire ça ». Elle souligne que, selon elle, cette décision relève d'une erreur d'appréciation, comparable à celle qui a valu à la France de se faire rappeler à l'ordre par la Cour de Justice de l'Union européenne, selon la formule utilisée par l'AJDA (*Actualité Juridique du Droit Administratif*), dans une affaire fiscale complexe dans laquelle la Cour reprochait au Conseil d'État d'avoir « omis de lui poser une question préjudicielle »⁷¹ (en l'occurrence il aurait fallu selon elle la transmettre sans préjuger du résultat). Dans un article du *Monde* relatif à la décision de non-transmission dans l'affaire qui nous intéresse, l'avocate va plus loin en déclarant : « le Conseil d'État a outrepassé ses droits et s'est érigé en censeur », ce que nuance dans le même article Serge Slama, professeur de droit public, en indiquant que si la décision de refus de transmission de la QPC par le Conseil d'État « n'est pas exempte de critiques car il y a un enjeu de principe à porter ces débats de principe au plus haut », la décision rendue est selon lui cohérente avec la position qu'aurait adoptée le Conseil constitutionnel au regard de la jurisprudence⁷².

La question du filtre souhaité par le législateur afin de limiter le nombre de questions transmises au Conseil constitutionnel prend en effet une tournure très politique dans ce type de cas, dans la mesure où la perte d'un possible recours supplémentaire n'est pas seulement le signe de l'inéluctabilité de la décision, ou de la difficulté à jouer encore de la procédure pour gagner du temps (ce que peuvent rechercher certain·e·s client·e·s comme dans de nombreuses affaires de droit pénal des affaires ou de corruption⁷³). C'est la fermeture de la possibilité d'une

⁷¹ « La Cour de Justice de l'Union européenne rappelle à l'ordre le Conseil d'État – Cour de justice de l'Union européenne 4 octobre 2018 » – *AJDA* 2018, p. 1933.

⁷² Article en ligne *Le Monde* avec AFP publié le 3 octobre 2018, « Exclure les lesbiennes de la PMA n'est pas discriminatoire, selon le Conseil d'État ».

⁷³ Sur ce point, voir les travaux en cours de Maxime Agator sur le traitement judiciaire de la corruption.

discussion au niveau constitutionnel d'une législation jugée en l'occurrence discriminatoire qui se voit ainsi empêchée, c'est la légitimité conférée par cette enceinte supérieure qui se voit refusée par le « filtre » du Conseil d'État ainsi chargé, en triant les questions juridiquement pertinentes, d'ordonner normativement celles qui ont le droit ou non d'être discutées.

S'il peut ainsi apparaître relever du débat public et non de l'arène individuelle, ce questionnement a pourtant aussi dans ce type de cas des incidences personnelles : l'avocate à la Cour souligne que ses clientes ont été « déçues », et que, même si elles n'étaient pas présentes s'agissant d'une procédure écrite, « ce sont des choses qui sont parfois difficiles à expliquer au client ». La proximité avec les clientes attestée par les échanges au sujet de l'évolution du dossier et de la décision ne signifie pourtant pas qu'elles aient été étroitement associées à la préparation du dossier à ce niveau. L'avocate précise en effet : « Je ne leur ai pas donné le mémoire parce que j'ai une manière de travailler, je ne veux pas que cela circule sur internet. Il s'agit bien de trouver une articulation entre un texte de loi jamais contesté devant le Conseil constitutionnel et un principe garanti d'un point de vue constitutionnel ».

Ce cas de non transmission, par définition peu intéressant selon les critères des juristes qui s'agissant des QPC vont généralement s'intéresser aux décisions prises et non à celles qui n'ont pu l'être, ouvre sur plusieurs ordres de questionnements intéressants.

Le premier concerne l'ordonnancement des recours. À travers l'exemple de cette saisie de la CEDH avant l'épuisement des recours droit français, et même si celle-ci se termine par un rappel de cet ordonnancement par la Cour, on peut saisir combien les stratégies peuvent chercher à questionner ou à remettre en cause l'ordonnancement du droit pour faire avancer une cause (et un dossier), grâce à un appui constant sur l'évolution de la jurisprudence et ses inflexions.

Le second concerne l'orientation en finalité des actions dans l'analyse des stratégies relatives à des cas remontant vers les plus hautes juridictions. Si le point de départ de cette procédure est bien la requête de deux clientes, la persistance de leurs demandes souligne bien une volonté conjointe avec l'avocate d'obtenir une décision du point de vue du droit (par contraste avec la possibilité matérielle de résoudre le problème concret en procédant à une PMA à l'étranger, dans un contexte où la longue durée de la procédure amenuise de fait progressivement la possibilité de mener à bien une grossesse dans de bonnes conditions, les

requérantes étant nées en 1982 et 1986, celle arguant d'un problème d'infertilité et donc demandeuse de la PMA étant la plus âgée). L'orientation vers l'obtention d'une décision faisant autorité au niveau national, voire international via une décision de la CEDH, apparaît donc comme un objectif recherché tant par les clientes que par l'avocate, comme cela apparaît dans le témoignage de cette dernière. Toutefois cette orientation partagée ne signifie pas que tout est mis en commun, comme l'illustre la non-transmission du mémoire à ses clientes, afin de garder le contrôle d'une manière de « faire du droit » susceptible d'être tentée à nouveau à l'occasion d'un nouveau contentieux, et qui perdrait en quelque sorte de son pouvoir tranchant s'il était divulgué. La stratégie contentieuse est donc portée de manière très personnelle par l'avocate à la Cour, qui informe ses clientes d'un côté, et de l'autre semble transmettre les orientations à défendre à sa correspondante avocate aux Conseils. Il y a donc une volonté manifeste, visible également dans le fait que médiatiquement elle incarne seule cette procédure, d'apparaître comme l'avocate de la cause.

Le troisième niveau pertinent d'analyse mis en évidence par cette lecture de l'affaire concerne la possibilité de lire les décisions successives en les reliant les unes aux autres dans leur contribution à la structuration du cas avant son arrivée devant le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État ou la Cour de Cassation. Il serait intéressant de mettre en évidence ce que « retient » ou non l'avocat·e en fonction de la première décision rendue dans la préparation de l'appel, comment après l'appel ou au niveau de la préparation de la QPC se rejoue la présentation du problème en fonction de la nouvelle Cour à laquelle sera soumise l'affaire ? Cette remarque invite à approfondir une méthodologie d'analyse textuelle plus élaborée, par exemple dans une recherche ultérieure.

Le point de vue de la doctrine

CourEDH, 5e sect., 16 janv. 2018, n° 22612/15, Charron et Merle-Montet c. France, décision d'irrecevabilité ; Conseil d'État, 28 septembre 2018, n° 421899

Diane Roman

Le traitement judiciaire de ce contentieux a suscité différents commentaires doctrinaux, qui mettent pour l'essentiel l'accent sur le « dialogue des juges » qui résulterait de la combinaison entre la décision d'irrecevabilité prononcée par la Cour européenne (CEDH, 5e sect., 16 janv. 2018, n° 22612/15, Charron et Merle-Montet c. France) et le refus de transmettre une QPC opposée aux requérantes par le Conseil d'État (CE, 28 septembre 2018, req. n° 421899)

Bien qu'elle s'analyse en une (simple) décision d'irrecevabilité pour défaut d'épuisement des voies de recours interne, la décision de la Cour européenne a retenu l'attention de la doctrine, qui a vu dans cette décision une invitation faite par les juges européens à leurs homologues nationaux d'approfondir le contrôle de proportionnalité des atteintes à la Convention européenne. C'est notamment la position de Jean-Pierre Marguénaud, professeur de droit privé à l'université de Limoges, qui relève que la décision d'irrecevabilité pour défaut d'épuisement des voies de recours internes n'allait pas de soi, au regard de solutions précédentes ayant admis une telle recevabilité lorsque les recours internes n'étaient qu'hypothétiques, compte tenu de précédentes décisions de conformité à la constitution. Selon l'auteur « on ne peut donc pas tout à fait écarter l'hypothèse suivant laquelle la Cour instrumentaliserait la condition d'épuisement des voies de recours internes selon qu'elle estime avoir des choses importantes à dire plutôt sur le fond ou plutôt sur la recevabilité »⁷⁴. En l'occurrence, la Cour européenne met peu l'accent sur le rôle du Conseil constitutionnel mais insiste au contraire sur le rôle des juges dits « ordinaires », à savoir le juge administratif ou judiciaire. En effet, vu de Strasbourg, l'épuisement des voies de recours n'exige pas tellement

⁷⁴ Jean-Pierre Marguénaud, « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », *RTD civ.* 2018. 349.

une saisine du Conseil constitutionnel : comme le souligne la Cour européenne dans sa décision, « le contrôle de conformité d'une mesure individuelle à la Convention effectué par le "juge ordinaire" est distinct du contrôle de conformité de la loi à la Constitution effectué par le Conseil constitutionnel : une mesure prise en application d'une loi dont la conformité aux dispositions constitutionnelles protectrices des droits fondamentaux est établie peut être jugée incompatible avec ces mêmes droits tels qu'ils se trouvent garantis par la Convention à raison par exemple de son caractère disproportionné dans les circonstances de la cause » (§ 28). En revanche, la décision d'irrecevabilité prononcée en 2018 serait ainsi à comprendre comme un appel aux juges judiciaires à effectuer un contrôle de proportionnalité *in concreto* de l'atteinte aux droits fondamentaux (en l'occurrence, le droit au respect de la vie privée). En ce sens, Hugues Fulchiron, professeur de droit privé à l'université de Lyon, insiste sur « l'importance d'une décision qui, à certains égards, pourrait servir de base à un rééquilibrage des missions entre la CEDH et le juge national. Par ricochet, elle valorise le contrôle de proportionnalité tel qu'il se construit en interne »⁷⁵. Selon le même auteur, par la décision Charron et Merle-Montet, « se dessine ainsi un rééquilibrage des rôles respectifs de la Cour et des juges nationaux ».

Le refus de transmettre une QPC prononcé par le Conseil d'État appelle des commentaires comparables de la doctrine, qui souligne combien la décision était prévisible, à la fois sur le fond et sur la procédure, au regard des interactions entre Conseil d'État et Conseil constitutionnel.

Sur le fond, l'affirmation de ce que le refus d'admettre le bénéfice d'une assistance médicale à la procréation au profit d'un couple lesbien n'est pas contraire au principe d'égalité est analysé comme conforme à la jurisprudence tant européenne (CEDH, 15 mars 2012, n° 25951/07, Gas et Dubois c. France) que constitutionnelle (Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC). Les auteurs soulignent ainsi le caractère « prévisible » de la solution retenue par le Conseil d'État, l'adjectif revenant sous la plume de Jean-René Binet, professeur de droit à l'université de Rennes⁷⁶ ou de Thomas Escach-Dubourg, doctorant contractuel à l'université de Toulouse Capitole⁷⁷. Les auteurs écartent de leur raisonnement toute éventualité d'une

⁷⁵ Hugues Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *Rec. Dalloz* 2018. 649.

⁷⁶ Jean-René Binet., « Le droit français de la PMA ne viole pas le principe d'égalité, note sous CE, 28 sept. 2018, n° 421899 », *Dr. fam.* 2018, n° 12, comm. 295.

⁷⁷ Thomas Escach-Dubourg, « Pas encore d'AMP pour toutes ! », *AJDA* 2019. 533.

discrimination fondée sur l'orientation sexuelle : « À rebours du discours ambiant selon lequel l'article L. 2141-2 du CSP [Code de la santé publique] réservant l'AMP aux seuls couples hétérosexuels infertiles crée une inégalité à l'égard des couples homosexuels, le Conseil d'État vient réaffirmer on ne peut plus clairement que la discrimination invoquée n'existe pas »⁷⁸ ; ou encore, selon les mots de Thomas Escach-Dubourg, la décision du Conseil d'État ne vient pas valider « une solution homophobe, c'est-à-dire qui semble opérer une discrimination selon l'orientation sexuelle » ; en effet, selon le commentateur, la logique de la loi n'est pas d'ouvrir un droit à une assistance médicale à la procréation « de convenance » mais de remédier à une infertilité pathologique : puisqu'il n'y a pas de « droit à l'AMP », il ne peut y avoir discrimination... En revanche, un doute pointe sur la réception par le juge administratif de l'invitation faite par le juge européen à effectuer un contrôle de proportionnalité *in concreto* : comme le note Thomas Escach-Dubourg, « la logique concrète n'a pas encore totalement pénétré le champ de la constitutionnalité. L'arrêt en est une parfaite illustration. Il suffit de voir le contrôle opéré par le Conseil d'État dans cette affaire, les circonstances de l'espèce n'ont aucun effet. Il se contente d'apprécier *in globo* une disposition législative par rapport à des dispositions constitutionnelles – conformément à ce que faisait le juge constitutionnel avant lui dans des affaires relatives à l'AMP ». Jean-René Binet semble s'inscrire dans la même veine, lorsqu'il relève que « [l]a motivation [du Conseil d'État] est aussi prévisible que lapidaire ».

Quant à l'aspect procédural, là encore les commentaires sont concordants : la doctrine juge très prévisible le refus de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité dont le Conseil d'État était saisi. Anne Gilson-Maes le souligne : « Dès le début de cette affaire, il était certainement permis de douter de la transmission de la QPC au Conseil constitutionnel. Les requérantes ne s'y étaient d'ailleurs pas trompées en préférant, dans un premier temps, emprunter la voie européenne »⁷⁹. Toutefois, ce refus de transmettre pose question, au regard de la maîtrise du destin des QPC par les juges suprêmes, institués en organes de filtrage. En déclarant que la question soumise n'était pas nouvelle et ce fait ne présentait pas un caractère sérieux justifiant un renvoi au Conseil constitutionnel, le Conseil d'État revêt, selon Thomas Escach-Dubourg, « les atours d'un authentique juge de la constitutionnalité des lois »,

⁷⁸ Anne Gilson-Maes, « Libéralisation de l'assistance médicale à la procréation : l'argument de l'égalité ne tient pas », *RJPF* 2018-12/31, § 22.

⁷⁹ *Id.*, § 6.

appréciant « minutieusement les objectifs poursuivis par le législateur ainsi que le contenu du principe d'égalité ». Alors même que « tel n'est pas son rôle *prima facie* », le juge glisse de l'examen de la recevabilité (conditionnée au caractère sérieux du doute d'inconstitutionnalité) au contrôle de fond de la constitutionnalité. Et l'auteur d'y voir un moyen pour le juge administratif de défendre sa position face au Conseil constitutionnel. Sur ce point, la décision de 2018 n'est pas inédite : le Conseil d'État et la Cour de cassation usent souvent de la « théorie de la Constitution claire » pour justifier des refus de transmission de QPC⁸⁰. Mais elle révèle particulièrement le souci du Conseil d'État de garder une maîtrise de sa *jurisdictio*, concurrencée par le rôle dévolu à la Cour européenne des droits de l'Homme et celui désormais du Conseil constitutionnel.

⁸⁰ A. Roblot-Troizier, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », Dossier : Le Conseil constitutionnel : trois ans de QPC, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, juin 2013, en ligne.

Cas n°2 – Un dossier de discrimination dans le domaine du travail porté devant la Cour de cassation

Le contact dans l'identification de cette affaire est également passé par un avocat à la Cour, spécialisé dans les questions de discrimination, et dont je suis certains des dossiers depuis plusieurs années. On se situe donc, comme dans le cas précédent, dans une situation où la cause est portée publiquement par un avocat, qui est connu pour avoir défendu des personnes ou des groupes se considérant comme victimes de discrimination (en particulier ethno-raciale), et est présent dans l'espace médiatique sur ces questions. Comme dans le cas précédent également, le dossier considéré concerne un cas individuel (et non la défense d'une association ou d'un syndicat par exemple) : le récent retraité qui se tourne vers l'avocat dans cette affaire relevant du droit du travail n'apparaît pas spécialement engagé, même s'il affiche une grande détermination à voir reconnaître la discrimination dont il assure avoir été victime. Après une décision en première instance devant les prud'hommes dans laquelle l'inégalité de traitement a été reconnue, il a en effet souhaité changer d'avocat afin que soit plaidée comme il le souhaitait la discrimination en appel, niveau auquel il a perdu puisque ni la discrimination ni même l'égalité de traitement n'ont été reconnues. C'est donc désemparé que ce jeune retraité de nationalité tunisienne retrouve son avocat, quelques jours après la décision d'appel rendue par la Cour.

Les caractéristiques intéressantes de ce cas d'un point de vue méthodologique sont multiples. Tout d'abord, il s'agit d'un contentieux *en train* de se porter devant la Cour de cassation, dont plusieurs étapes successives ont pu être observées pendant l'enquête (rendez-vous entre l'avocat et son client après la décision d'appel, transmission à un avocat aux Conseils, préparation du mémoire par l'avocat aux Conseils, transmission d'un mémoire en réponse par l'avocat aux Conseils de la partie adverse, jusqu'à la décision finale). Ce qui est donné à voir n'est donc pas, rétrospectivement, les différentes étapes ayant conduit à telle ou telle décision, mais bien le contentieux « en train de se faire ». Il a notamment été possible d'observer, pendant deux heures, le rendez-vous entre l'avocat, son client et la fille de celui-ci, rendez-vous suivant la décision défavorable en appel ouvrant sur la possibilité d'un éventuel pourvoi en cassation. Ce très long entretien sur lequel portera une partie de l'analyse permet de mettre en exergue la difficile compréhension des enjeux de la cassation pour un particulier, évidemment non familier de ce type de droit et de cette institution. Cette difficulté est renforcée par la prise de conscience par le justiciable que cela correspond aussi à un changement

obligatoire d'avocat, puisqu'il faut s'en remettre pour cette nouvelle étape à un avocat aux Conseils.

Suite à cet échange et à la décision du client de se pourvoir effectivement en cassation quelques jours plus tard, le dossier a été transmis au cabinet d'avocat aux Conseils correspondant habituel de cet avocat à la Cour. Placée en copie de leurs échanges, il m'a été possible de prendre connaissance à la fois de l'avancée du dossier, du mémoire produit et des interactions sur ce cas entre avocat à la Cour et avocat aux Conseils. Elles apparaissent caractérisées à la fois par une habitude réciproque de travailler ensemble, apparente dans les formules de politesse, tout en étant marquées par une certaine distance puisque le travail sur le dossier ne donne lieu à aucune rencontre physique (ni entre l'avocat à la Cour et l'avocat aux Conseils, ni entre l'avocat aux Conseils et son « nouveau » client). Par contraste avec le cas précédent, l'avocat aux Conseils semble davantage maître du choix de ses moyens au regard du dossier qui lui est transmis⁸¹. Le passage au niveau de la Cassation correspond donc à une forme d'abstraction et de dématérialisation des relations, dont on peut supposer au regard de la relation très incarnée entre l'avocat à la Cour et son client, manifeste lors de leur long entretien, qu'elle est peut-être problématique pour ce dernier.

Le mémoire ampliatif produit par la partie en demande ayant été rédigé, a été réalisé un long entretien avec l'avocat aux Conseils sur sa méthode de travail, de manière générale et s'agissant de ce dossier de façon particulière. Il venait alors de recevoir le mémoire transmis par la partie adverse, qu'il a rapidement évoqué et qui m'a également été transmis. Il est particulièrement intéressant, et me semble-t-il inédit, d'insérer ainsi une recherche dans le cours des interactions et des échanges, qui permettent de restituer dans leur épaisseur sociale les différents moments du travail juridique, afin de tenter de faire apparaître comment le langage juridique redistribue et réaffecte faits, intentions et interprétations de manière à construire des interprétations successives dans le cadre d'un contentieux qui se poursuit à plusieurs niveaux (première instance, appel, cassation). Le jeu de réponses entre parties qui structure la procédure écrite est particulièrement à même de faire apparaître ces logiques.

Ce cas singulier, malgré sa fragilité et l'ignorance au cours de l'enquête de ce qu'il deviendra, a permis d'appréhender en tant que chercheuse l'incertitude forte dans laquelle sont

⁸¹ Mais il est vrai qu'il s'agit d'un pourvoi en cassation et non d'une QPC, les enjeux techniques ne sont donc pas les mêmes, d'autant plus que si la QPC avait été transmise l'avocate à la Cour aurait été la plaider elle-même

placés les acteurs du processus judiciaire, à distance du regard rétrospectif présidé par l'analyse à partir des décisions, qui prévaut généralement dans l'analyse de tels phénomènes juridiques.

A - Présenter la possibilité d'un recours en cassation : un rendez-vous entre l'avocat à la Cour et son client

Âgé de 50 ans, présenté dans plusieurs articles comme un avocat engagé héraut des luttes contre les discriminations, Me Curry⁸² a été formé à « l'école » de Tiennot Grumbach, ce grand avocat en droit du travail, ancien militant maoïste établi en usine, qui a sensibilisé une génération de jeunes avocats non seulement à la défense des salariés, mais aussi plus récemment à la cause de la lutte contre les discriminations. Un jalon important de cette histoire récente a été la lutte historique et mémorielle à la fois menée pour la reconnaissance du caractère discriminatoire des licenciements opérés en 1948 et 1952 contre des mineurs grévistes (obtenant une victoire devant la cour d'appel de Versailles en 2011, annulée par la Cour de cassation mais compensée par une reconnaissance officielle et une indemnisation souhaitées par Christiane Taubira en 2016)⁸³. Co-fondateur de la commission « Discriminations » du Syndicat des Avocats de France (SAF), créée en 2005 à l'occasion du congrès du Syndicat suivant immédiatement les émeutes nées à Clichy-sous-Bois après la mort de Zyed Benna et Bouna Traoré, Me Curry s'est plus particulièrement spécialisé au sein de ce groupe sur les questions de discrimination ethno-raciale, lui-même ayant un père tunisien. Il a notamment obtenu une victoire importante, avec un autre confrère, dans une affaire reconnaissant la faute lourde de l'État en matière de contrôle d'identité (contrôle au faciès). Toutefois, ce sont aussi sur d'autres types de discrimination, anti-syndicales ou hommes-femmes, qu'il travaille avec les membres de cette commission du SAF, notamment en portant ensemble les premières actions de groupe lancées à l'automne 2019 sur ces questions. Par rapport à ces contentieux collectifs, portés par plusieurs avocat·e·s, en lien avec des syndicats ou des associations puissantes, le cas analysé ci-dessous se distingue par son caractère individuel et son côté peu spectaculaire.

C'est vraisemblablement du fait de sa renommée médiatique sur ces questions que M. Hamimi s'est tourné vers Me Curry. En effet, son premier recours, au niveau du conseil des prud'hommes, a été porté par un autre avocat, lui aussi bien connu dans le domaine du droit du

⁸² Le cas a été anonymisé.

⁸³ Voir le film *L'honneur des gueules noires*, de Jean-Luc Raynaud (2013)

travail. Chose plus étonnante au regard de la suite de l'affaire, ce premier recours a été couronné de succès : en effet, le conseil des prud'hommes a reconnu par un jugement du mois de décembre 2015 que M. Hamimi « avait été victime d'une inégalité de traitement, et condamné [l'entreprise Orouge] à verser à M. Hamimi la somme de 8000 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice financier »⁸⁴. C'est donc sorti victorieux du conseil des prud'hommes que M. Hamimi s'est tourné vers Me Curry, porteur d'une requête singulière : il souhaitait faire appel de la décision, considérant qu'il avait été victime de discrimination et non d'une inégalité de traitement, et souhaitait pour cela changer d'avocat puisque celui qui l'avait défendu en première instance avait refusé de mobiliser cette qualification. Ce choix – faire appel d'une décision apparemment favorable – constitue l'une des nombreuses occasions, dans cette recherche, de rouvrir la discussion sur ce que signifie « gagner » ou « perdre » en justice. Monsieur Hamimi avait apparemment gagné, puisque son ancien employeur était condamné à compenser l'inégalité de traitement reconnue par le conseil des prud'hommes. Toutefois, son ancien employeur faisant appel, lui aussi décida de contester la première décision, qui lui apparaissait insatisfaisante dans la mesure où, selon lui, c'est d'une discrimination dont il avait été victime, soit, comme il le dira quelques mois plus tard à son second avocat, au sujet du premier : « l'égalité de traitement, c'est son truc, pas le mien, je voulais la discrimination ». Là où un autre avocat aurait peut-être cherché à raisonner M. Hamimi, en soulignant que la discrimination était rarement reconnue en appel devant la chambre sociale⁸⁵, Me Curry accepta de porter son dossier.

Toutefois, le succès ne fut pas au rendez-vous de cette seconde confrontation avec la justice. Dans un arrêt rendu à l'automne 2018, la cour d'appel de Paris infirma le jugement du conseil des prud'hommes et débouta M. Hamimi de l'ensemble de ses demandes. Cette décision fut pour lui une catastrophe : la tonalité de l'entretien de près de deux heures que lui accorda quelques jours plus tard son avocat était celle de l'émotion la plus vive, de l'incompréhension, de la déception profonde.

⁸⁴ Extrait de la décision du Conseil des prud'hommes d'une commune de banlieue parisienne, rendue le 14 décembre 2015.

⁸⁵ Voir le rapport dirigé par Evelyne Serverin et Frédéric Guiomard, *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité. Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extraits de la base Jurica (2007-2010)*, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, décembre 2013.

Neuf jours après la transmission de cet arrêt, M. Hamimi se trouvait en effet dans le cabinet de son avocat en présence de sa fille, Myriam, dont la familiarité avec Me Curry permettait de comprendre qu'elle accompagnait systématiquement son père dans ses rendez-vous judiciaires. Ce rôle, au-delà de la proximité visible dans les interactions entre le père et sa fille (la seconde consolant ou reprenant à plusieurs reprises le premier lors de l'entretien) avait sans doute aussi à faire avec la profession de Myriam. Je « travaille dans les RH. Je connais les magouilles », avait même précisé au cours de l'entretien cette jeune femme brune d'environ 35 ans. Sans doute, au regard de son engagement auprès de son père, avait-elle été d'ailleurs celle qui l'avait conduit auprès de Me Curry.

Dans sa sécheresse, la décision rappelait les demandes du plaignant et les opposait aux réponses de l'employeur, qui avait justifié les « différences de carrière entre M. Hamimi et les autres salariés [...] par des différences de diplôme ou de compétence ». Ayant explicité à l'aide d'éléments relatifs à leur progression de carrière respective les « raisons objectives expliquant le décalage subi par M. Hamimi dans le déroulement de sa carrière », « l'employeur démontre ainsi que les faits matériellement établis par M. Hamimi sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Les demandes relatives à la discrimination doivent par conséquent être rejetées », poursuivaient les juges d'appel (trois femmes), avant de procéder de façon similaire au sujet de l'inégalité de traitement pourtant reconnue en première instance. Cette décision constituait une source d'angoisse et de désespoir pour M. Hamimi. Sa tristesse apparut dès ses premières paroles face à l'avocat, teintées d'une grande émotion : « Excusez-moi si... Je vais pas me permettre de vous critiquer, je vous remercie de l'effort que vous avez fait, mais c'est comme ça. C'est comme quelqu'un qui tombe du 20^{ème} étage. C'est de la discrimination. Je juge ça comme un match de boxe avec Foreman et moi je suis le poids plume. C'est ce qu'elles ont fait là, ces femmes, les juges. Elles ont quelque chose de rocailleux dans le cœur. C'est parce que je suis tunisien. Elles ont quelque chose sur le cœur [...] c'est flagrant ». Face à la tristesse du vieil homme, l'avocat mit en œuvre différentes ressources : tenter de le rassurer, en filant la métaphore de la boxe : « Est-ce qu'on prend un K.O., ou est-ce qu'on se dit : on se bat ! », demanda-t-il, en précisant préférer Mohammed Ali à George Foreman (il est vrai que c'est le premier qui gagna le combat lors de leur mythique rencontre de 1974). Après cette remise sur pied, c'est l'explicitation de la manière de se battre qu'il convenait maintenant d'adopter qui fit l'objet de l'essentiel de la discussion, ou plus encore de la présentation de Me Curry. Il rappela les éléments de l'affaire, en particulier le fait que M.

Hamimi avait été insatisfait de la décision précédente « parce qu’il manquait un mot » (celui de discrimination), interrompu fréquemment par ce dernier, relatant sa vie professionnelle marquée selon lui par l’injustice et le mépris. Progressivement, l’avocat entreprit de lui expliquer que la prochaine possibilité était le passage devant la Cour de cassation, qualifiée également de « Cour Suprême ». « Vous pouvez gagner ! » dit l’avocat, repris par Myriam qui répète « pouvez ? » comme si cela n’était pas suffisant. « Vous pouvez gagner, reprit l’avocat, pour vous, pour vos enfants, pour d’autres gens. Si vous gagnez il y aura une décision Hamimi ! ».

Afin de convaincre son client, l’avocat développait ainsi une rhétorique articulée d’une part à l’expérience vécue par celui-ci (acceptant sa désillusion, lui reconnaissant le droit d’avoir du ressentiment), et d’autre part à la possibilité d’une victoire future, à la fois personnelle, mais aussi pour sa famille et pour un public plus large. La tension entre le personnel et le général était manifestée par cette formule : « Si vous gagnez il y aura une décision Hamimi », signifiant que la reconnaissance de ses droits pouvait valoir une entrée dans le Droit. Ainsi parée de la capacité de transformer un nom de famille en titre d’une décision, la Cour de cassation était ensuite décrite dans ses modalités d’accès, poursuivait Me Curry : « Si vous voulez continuer le combat, on prend le meilleur avocat à la Cour de cassation de Paris », ce à quoi répondit, incrédule, M. Hamimi : « c’est pas vous ? ». « C’est moi avec lui », répondit l’avocat, « c’est quelqu’un qui a une conscience, je pense que c’est quelqu’un de bien », précisant toutefois : « C’est plus cher que Me Curry, je m’engage à ce que ça reste raisonnable (..) en général ils se calent sur mes honoraires, c’est un mois de salaire ». La procédure de cassation elle-même était abordée sur le mode du pari, invitant à le tenter toutefois : « Alors là on va faire des probabilités. Il y a 30% de cassation, il y a un dossier sur trois qui est cassé, ce qui est beaucoup. Les juges sont un peu comme à la cour d’appel, ils vont regarder les motifs qui vont leur permettre de ne pas entrer dans le dossier, c’est un juge qui ne s’intéresse pas aux faits – il va regarder si le droit n’a pas été appliqué ». Soulignant que le mécanisme d’aménagement de la preuve en matière de discrimination tout comme le refus de la cour d’appel de mettre en place des mesures d’instruction supplémentaires (pour demander des pièces justificatives à l’entreprise), pouvaient intéresser la Cour, l’avocat n’hésitait pas à entrer progressivement dans des considérations plus techniques, s’attirant de la part de son client des appréciations vocales (« il est déterminé », s’exclama M. Hamimi à destination de sa fille), davantage que des commentaires sur le fond de la stratégie juridique. Ce bref sursaut d’espoir (« j’ai pas besoin de réfléchir, ça donne de l’espoir ! » dit M. Hamimi) fut néanmoins rapidement tempéré par une

demande de précision de Myriam – qui visiblement était dotée de certaines compétences juridiques : « Demande si ça revient en appel ? ». Me Curry enchaîna en indiquant qu’effectivement, il avait omis de le préciser, « Si la Cour de cassation casse, elle va dire : la décision retourne à la cour d’appel, mais avec d’autres guides ». À cette évocation, M. Hamimi apparut à nouveau effondré. Son client passant de l’abattement à l’exaltation, l’avocat naviguait entre la consolation et l’explicitation plus technique des possibles prochaines étapes judiciaires (« Je reviens vers vous une fois qu’on est d’accord. Ils vont faire la déclaration de pourvoi en cassation ensuite il va faire un mémoire dans les quatre mois, Orouge aura quatre mois pour répondre. Il y aura un juge rapporteur qui va donner une indication sur comment on voit le dossier. Il faut qu’il dise à la chambre sociale moi je pense qu’il y a un problème et qu’il faut casser la décision »). L’avocat circulait entre les registres, avec une certaine virtuosité attentive aux effets suscités dans son public. À l’aide de l’évocation d’un autre dossier porté avec le même cabinet d’avocats aux Conseils relatif à une affaire de discrimination à l’embauche, dont il disait qu’il était « moins bon » que le sien, Me Curry revalorisait par contraste le dossier de M. Hamimi.

Alors que la discussion semblait close, Myriam disant à son père : « Papa on y va ? Tu dors mieux ce soir ? », Me Curry repartit sur une analyse plus incarnée de ce qui s’était passé, et de ce qui pouvait encore se passer devant la Cour. Soulignant que des pans entiers du dossier avaient été négligés, notamment ceux qui mettaient en évidence que seuls les travailleurs maghrébins de l’entreprise n’avaient pas eu d’évaluation des risques pour la santé lié au maniement de matériaux nucléaires, Me Curry rapprochait cette situation de l’histoire des chibanis finalement indemnisés pour le traitement discriminatoire de la SNCF à leur rencontre⁸⁶ : « Les chibanis par exemple un cheminot finissait sa carrière à 50 ans et celles des chibanis terminait à 64 ans, à 64 ans on peut pas entendre les trains, et on peut se faire écraser. Ça les juges l’ont entendu, ça les a exposés à la maladie ou à la mort. Là le juge n’en parle pas [pour vous] ». Citant une autre décision, qu’il avait obtenue, l’avocat poursuivait : « 15 jours plus tard la Cour de Cassation sur les contrôles au faciès condamne l’État, d’autant plus que sur les 40 ans de vie professionnelle les éléments on peut les appréhender. Soit M. Hamimi est traité

⁸⁶ Vincent-Arnaud Chappe et Narguessa Keyhani, « La fabrique d’un collectif judiciaire. La mobilisation des cheminots marocains contre les discriminations à la SNCF », *Revue française de science politique*, 2018, Vol. 68, n° 1, p. 7-29.

aussi mal que les autres, soit il a raison. Ce qui, je pensais, pouvait jouer au moins c'est que l'avocat était assez méprisant, il disait « pauvre M. Hamimi, pauvre M. Hamimi » ». Combinant la mise en perspective jurisprudentielle et l'évaluation négative de la prestation de son confrère en défense, l'avocat pointait aussi les injustices relatives non seulement à la carrière de son client, mais aussi au traitement judiciaire de sa requête. Me Curry reprenait les éléments du dossier, suscitant ainsi les interventions de M. Hamimi qui précisait par exemple : « Moi j'ai subi le mépris pendant 29 ans avec le même chef ». Commentant la décision d'appel, l'avocat se remémorait également les circonstances de l'audience : l'attitude de son confrère, l'attitude des juges (la fille précisant : « le juge elle avait l'air blasé quand vous lui avez demandé [des documents] il y avait quelque chose, je pressentais »), et son propre trouble :

« C'est que ces juges-là (on échange beaucoup entre avocats), c'est que ces juges-là sont débordés il y a trop de travail. Un dossier comme le vôtre c'est très simple à mettre sur le côté, ils ont beaucoup de dossiers de discrimination. Il y a pas de statistique, il y a pas eu de syndicat, il y avait pas de monde. Et votre avocat il est sympathique mais il était en pleurs (...) par rapport à ce que vous m'avez raconté (ému) [sur le fait que vous étiez] le larbin de service. Vous étiez pas que le salarié d'Orouge mais le subordonné de salariés. On avait 10 mn. J'étais moi-même tendu entre votre vie et ce qu'il faut dire pour gagner ».

En dernier ressort, après avoir produit une appréciation plutôt juridique des chances de gagner au regard de ce qu'est la Cour de cassation, et en comparant le dossier avec d'autres affaires de discrimination (son dossier en cours de discrimination à l'embauche, l'affaire récente des « chibanis », la condamnation de l'État sur les contrôles d'identité « au faciès ») Me Curry mettait aussi en perspective ce que pouvaient représenter ces luttes, pour lui et dans le cadre de la relation à la fois émotionnelle et politique le liant à son client. Imputant aux juges des raisons politiques tout autant que sociales, il se situait lui-même dans une position incertaine entre humanité et droit : « J'étais moi-même tendu entre votre vie et ce qu'il faut dire pour gagner », avait-il dit, manifestant l'éventuelle contradiction entre les deux.

B - Un passage de relais : l'avocat aux Conseils

De tout cela, qu'il s'agisse de l'humiliation ressentie par M. Hamimi, de l'interprétation de l'attitude des juges à l'audience, ou encore de l'émotion de l'avocat à la Cour lors de l'évocation de la situation de son client, l'avocat aux Conseils, Jean Alexandre, ne sait rien. Le jeune et brillant avocat aux Conseils, issu d'une dynastie professionnelle et ancien lauréat de la

très prestigieuse Conférence du stage des avocats aux Conseils, reçoit de Me Curry une lettre datée du lendemain du rendez-vous de l'avocat avec M. Hamimi et sa fille Myriam. Adressé aux deux associés spécialisés en droit du travail au sein de ce cabinet d'avocats aux Conseils, ce courrier les saisit d'un nouveau dossier, présenté en ces termes : « Il s'agit de M. Hamimi, Salarié de la société Nema (devenue Orouge) de 1976 à 2012 (date de son départ en retraite). Monsieur Hamimi considère qu'il n'a quasiment pas eu d'évolution de salaire et de carrière au sein de la société. Cet état de fait était partagé par les personnes issues ou perçues comme provenant des anciennes colonies, ceux considérés comme « *légitimes* » ayant eu une évolution de carrière et de salaire plus favorable ». Me Curry rappelle ensuite la saisie par M. Hamimi du conseil des prud'hommes « sur le fondement d'une inégalité de traitement », indiquant que la décision ne le satisfaisait pas en raison de la faiblesse du montant et de la non reconnaissance du traitement discriminatoire : « Un malentendu s'était en effet installé entre M. Hamimi et son précédent conseil, l'un parlant d'« *égalité de traitement* », l'autre comprenant « *discrimination* ». Me Curry indique qu'il a succédé pour l'appel à ce confrère, réorientant le dossier en alléguant d'une discrimination liée aux origines, et mentionne également dans la lettre qu'il a sollicité une décision avant dire droit de la cour d'appel, c'est-à-dire la transmission de documents par l'entreprise permettant de « procéder aux comparaisons susceptibles de conforter l'allégation de discrimination et de permettre un calcul précis du préjudice ». Rappelant également que par ordonnance du 21 octobre 2016 la cour a rejeté leur demande, il signale qu'avec son client ils étaient arrivés à « glaner » quelques documents permettant selon eux d'attester l'existence d'une discrimination (différence de traitement des salariés quant à leur exposition à des produits dangereux, liste de vingt personnes d'origine maghrébine ou subsaharienne ayant subi le même traitement que M. Hamimi, statistiques sur les discriminations dans les entreprises en France, et des éléments sur deux dossiers de salariés discriminés en raison de leur origine). Cet ensemble un peu disparate n'a pas convaincu les juges, au vu de la décision de la cour d'Appel. L'avocat à la Cour rend compte de la réaction de son client : « je viens de recevoir M. Hamimi avec sa fille. Il est sous le choc. Il a le plus grand mal à considérer que la justice « *couvre* » l'organisation sociale, racialisée, hiérarchisée, prévalant chez son ancien employeur et qu'elle prolonge, en quelque sorte, la discrimination qu'il estime avoir subie ».

Ainsi l'avocat opère-t-il une double retraduction dans son courrier : une retraduction juridique du parcours de l'affaire, mais aussi une interprétation politique, dans ses termes plutôt

que dans ceux de son client⁸⁷, d'un dossier présenté comme caractéristique d'un refus de reconnaissance de la discrimination opérée contre des salariés originaires des anciennes colonies françaises, refus attesté dès le refus des juges de demander à l'entreprise de produire des pièces permettant de mettre en évidence la discrimination alléguée. Comme dans nombre d'autres cas, mais de façon plus aiguë encore en l'absence de statistiques sur les origines en France⁸⁸, un des éléments problématique dans le dossier concerne l'impossible accès aux documents internes à l'entreprise, obligeant à « glaner » tant bien que mal des indices⁸⁹.

Lorsqu'il répond à son correspondant, quelques mois plus tard, le 18 mars 2019, en lui transmettant la première version de son mémoire ampliatif, Jean Alexandre utilise un « Cher Ben » (le prénom de Me Curry), permettant de comprendre que le vouvoiement de ce dernier dans son propre courrier n'était dû qu'au fait qu'il écrivait conjointement aux deux associés. Le courrier qu'envoie Jean Alexandre à l'avocat à la Cour en appui de son projet de mémoire, avant envoi à la Cour de Cassation, synthétise les moyens mis en œuvre, accompagnés d'une certaine anticipation du sort pouvant leur être réservés. Cette mise en perspective commence par une remarque générale sur le fait que « la portée du contrôle de la Cour de cassation en matière de discrimination a été considérablement réduite », au nom du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Insistant sur l'impossibilité pour lui « à hauteur de cassation », « de critiquer l'appréciation portée par une cour d'appel quant à ce qui est discriminatoire ou ne l'est pas », il pointe le fait que la Cour de cassation « veille encore rigoureusement au respect du mécanisme probatoire, à ce que les juges du fond prennent en compte et examinent ». Soulignant le caractère confus, voire partiel selon lui de la motivation de la cour d'appel, qui s'est « bornée à isoler un fait tiré de la différence de traitement en matière de salaire », l'avocat aux Conseils pointe plusieurs points discutables de l'argumentation de la Cour. Indiquant qu'« au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation et des éléments du débat, de telles critiques pourraient emporter la conviction de la Cour », il modère immédiatement son

⁸⁷ Lors de l'entretien avec M. Hamimi et sa fille, Me Curry avait dit, à propos de l'attitude des juges : « on n'a pas utilisé de gros mots, on n'a pas parlé de racisme, de post-colonial, mais c'est sans doute ce qui se passe dans la tête des gens ».

⁸⁸ Dans le cas des inégalités hommes/femmes, les rapports de situation comparée hommes/femmes, obligatoires pour les entreprises de plus de 300 salariés, permettent par exemple d'objectiver les disparités de traitement sur ce plan.

⁸⁹ L'impossibilité d'accéder directement à l'entreprise et à ses données fut également au cœur de la controverse dans la tentative de poursuivre l'entreprise Walmart devant la Cour suprême (prolongée par une controverse entre sociologues sur la possibilité de se prononcer en l'absence de telles données) : <https://www.nytimes.com/2011/03/28/us/28scotus.html>

propos en indiquant « qu'elle pourrait décider que la cour d'appel a implicitement mais nécessairement examiné l'ensemble des éléments apportés par le salarié et les a examinés ». Contrairement à la manière dont Me Curry, dans ses échanges avec M. Hamimi et sa fille, a pointé la manière dont les juges avaient pu personnellement considérer son dossier, Me Alexandre use de manière plus traditionnelle d'une forme de personnalisation de l'institution accentuée par l'usage du pronom défini féminin, « la » cour d'appel, « la » Cour de cassation, leur prêtant des intentions et des modes de raisonnement cohérents avec une représentation unifiée de ces sources du droit. Énumérant ainsi l'ensemble de ses moyens, et leur éventuelle capacité à convaincre la Cour de cassation, l'avocat aux Conseils déploie sa stratégie en usant des termes propres au droit de la cassation (« dénaturer les termes du litige », moyens subdivisés en branche...), et retraduit ainsi une nouvelle fois les termes du conflit, moins pour en donner sa propre lecture (même s'il mentionne en passant que seul un des salariés avec lequel la situation de M. Hamimi avait été comparée était vraiment dans une situation similaire), que pour avancer les modalités par lesquelles il a cherché à le présenter d'une manière susceptible de convaincre l'institution à laquelle il s'adressait.

C - Aborder un dossier « à hauteur de cassation ».

En entretien, revenant en octobre 2019 sur son traitement de ce dossier, Me Jean Alexandre ne s'attarde pas sur la situation personnelle de M. Hamimi, qu'il n'a d'ailleurs jamais rencontré, bien qu'il ait rendu compte de façon fort détaillée de son affaire dans le mémoire transmis quelques semaines plus tôt à la Cour⁹⁰. Revenant sur son mode de traitement du dossier, l'avocat aux Conseils insiste sur différents points. Tout d'abord, sa méthode de travail, consiste – dans ce cabinet prospère d'une cinquantaine de salariés – à faire d'abord « épilucher » le dossier par une collaboratrice, puis à confronter son regard au sien, insistant sur le fait que « le droit est un métier où il faut discuter ». Dans ce dossier décrit comme « très pratique », « très factuel », il a considéré qu'il était difficile de laisser des éléments en dehors de la critique, afin de montrer « que c'est un dossier que l'on traite complètement ». Transformer l'interprétation de l'évolution de la carrière d'un manoeuvre devenu technicien chez Orouge en question de droit pouvant intéresser la plus haute juridiction française implique, comme il a été aisé de le constater tant dans le mémoire ampliatif qu'en échangeant avec l'avocat aux Conseils,

⁹⁰ À la fin de son courrier à Me Curry, il avait d'ailleurs souhaité obtenir une pièce manquante,

d'en connaître chaque détail, mais aussi de les relire précisément à l'aune de la décision de la cour d'appel. Comme l'exprime très bien cet extrait dans lequel il décrit le travail de cassation de manière plus générale : « Nous, notre procès, il est contre une décision de justice. Nous c'est ça qu'on attaque. Devant la cour d'appel on est vraiment deux parties qui se font face-à-face. Devant la Cour de cassation le débat officiellement change de nature, quand on est en demande, l'adversaire, c'est l'arrêt. En défense, on défend l'arrêt pas le défendeur ».

Contrairement à la métaphore pugilistique défendue par Me Curry, en réalité se placer « à hauteur de cassation » signifie ainsi de revenir sur la décision d'arbitrage qui a clôt le match, pour filer la métaphore de l'avocat à la Cour, et non plus le rejouer une troisième fois, ce qui serait se tromper de combat. Les « moyens » et leurs « branches », pour reprendre la terminologie de la cassation, doivent viser la décision et non la partie adverse. Ce positionnement est toutefois mis en tension par la relation clientélaire entre les avocats aux Conseils et leurs clients, avec du moins pour les particuliers comme intermédiaire obligé un·e avocat·e à la Cour (les grandes entreprises ou certains acteurs publics comme des collectivités locales peuvent passer directement des marchés avec un cabinet d'avocat·e·s aux Conseils). Jean Alexandre revendique d'avoir accepté ce dossier de Me Curry, comme il le fait disait-il pour tous les dossiers de cet avocat, sur la base de valeurs communes : « sur les discriminations, ce n'est pas un hasard que Ben soit venu chez nous ». Symétriquement, il ne s'étonne guère de trouver face à lui un cabinet décrit comme celui « des grandes entreprises du CAC 40, ils les représentent souvent ». Soulignant leur style identifiable, il précise : « *grosso modo* quand on est en face l'un de l'autre on sait à quoi s'attendre ». Si chaque avocat a bien un client, et chaque client un avocat, avec à chaque fois des liens structurels particuliers – d'engagement militant d'un côté, de spécialisation sur la défense des plus grandes entreprises de l'autre – la mission de l'avocat aux Conseils est – au profit de chacun d'entre eux – d'attaquer ou de défendre la décision d'appel. Si l'adversaire ou au contraire l'alliée est bien la décision, qu'il faut critiquer ou défendre, reste le choix des armes, peut-être plus particulièrement en attaque.

En pratique, la stratégie adoptée par Jean Alexandre apparaît fondée à la fois sur une bonne connaissance de l'appréciation antérieure de dossiers comparables par la Cour de cassation, et sur l'identification de ce qui est susceptible de « l'intéresser » ou pas. En partie incarnée, en particulier s'agissant du rapporteur (« pour que le rapporteur s'intéresse au dossier, il faut lui donner envie », la partie conclusive est écrite en style plus direct « pour le justiciable et pour le rapporteur »), la Cour de cassation apparaît le plus souvent personnifiée dans ces échanges comme une sorte d'interlocuteur muet à convaincre, dont les intentions supposées

sont identifiées à partir de ses décisions antérieures. En entretien, des formules telles que « La Cour de Cassation nous invite à être autonome », « même si la Cour dit qu'elle n'y est pas sensible, il est possible... » [qu'elle prête attention à la médiatisation d'une question], « Je pense que la Cour de cassation sait que certains cabinets ne défendent que des salariés... » correspondent à cette personnalisation. Elles répondent bien sûr à l'impossibilité de caractériser plus précisément les juges nombreux qui siègent dans des configurations diverses, tout en contribuant à unifier et réifier l'institution à laquelle s'adresse l'avocat. Cet usage du pronom défini répond également à la manière dont la doctrine, parlant de cette même Cour, en analyse les décisions et les intègre à la longue chaîne des précédents qui, constitués en jurisprudence, stabilisent également en un être semblant doté d'une raison et d'intentions l'ensemble des magistrats réunis au sein de cette juridiction. Le lien avec la doctrine est d'autant plus important que les relations sont importantes quoique peu visibles entre avocats aux Conseils et professeurs de droit : outre le fait que de nombreux professeurs de droit interviennent comme salariés ou plus ponctuellement dans des cabinets d'avocats aux Conseils, ces derniers peuvent également parfois transmettre (tout comme les rapporteurs s'agissant de leurs écrits) des éléments du dossier permettant aux juristes académiques de nourrir certaines de leurs analyses doctrinales (l'avocat aux Conseils étant dans ce cas remercié en note). En outre, comme l'a indiqué en entretien l'avocate aux Conseils rencontrée pour le cas n°1, il est fréquent que des professeurs de droit soient présents à l'audience lors des affaires importantes – sans doute prévenus par le greffe selon elle.

Aborder un dossier à hauteur de cassation signifie donc se positionner à la fois dans une technicité mais aussi dans un ensemble de relations entre acteurs qui modifie singulièrement le type de droit ainsi produit. Celui-ci doit évidemment répondre à des canons techniques, formels, dont le respect est attesté par l'usage de formules stéréotypées, mais constitue également une forme d'adresse à une autorité réifiée, la Cour de cassation, dont les attentes et les exigences sont construites et progressivement identifiées au gré d'une fréquentation directe et indirecte de longue durée. De ce point de vue, les mentions obligatoires à des décisions antérieures de la Cour que l'on retrouve évidemment dans les mémoires des deux parties fonctionnent autant comme des appuis normatifs de la solution préconisée (casser ou au contraire valider la décision de la cour d'appel), que comme des façons de confirmer à « la » Cour que cette décision viendra valider une sorte de cohérence avec elle-même, finalement à même de participer à la consolidation de cette identité. Le mémoire ampliatif en demande déposé par Jean Alexandre comporte ainsi plusieurs formules qui permettent d'exemplifier cette modalité d'interpellation

de la juridiction : « Et à cet égard, la Cour de Cassation veille tout particulièrement au respect de ces principes », ou encore « Ainsi que la Cour de Cassation l'a clairement affirmé... », « Faisant application de ces dispositions, la Cour de Cassation rappelle avec constance... ». Sans doute parce que positionné en défense, le cabinet qui représente Orouge insiste lui davantage dans son mémoire sur la conformité de la décision de la cour d'appel : « L'exposante [sous-entendu : la partie exposante] entend faire observer par les présentes écritures que c'est à bon droit et sans aucunement encourir les critiques du pourvoi que la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du J/M/2018, a statué comme elle l'a fait ».

Dans cet exercice, l'avocat aux Conseils intervenant pour M. Hamimi n'oublie sans doute pas personnellement ce qui a motivé son intervention, puisque comme il l'indique en entretien « moi j'ai la conviction qu'il y a discrimination, mais je ne peux pas le dire comme ça ». Le dire autrement signifie donc trouver des moyens de cassation, sachant qu'il y a toujours, selon lui, deux manières de faire : « soit on s'abrite derrière un précédent », soit « vous⁹¹ n'avez pas encore jugé et on essaie de le faire évoluer ». Comme il le précise en parcourant son mémoire dans la première partie, il « s'abrite » derrière des précédents de la Cour, en focalisant l'attention sur des éléments de méthode. C'est là qu'il rejoint ce qu'il appelle un « cheval de bataille » de Me Curry, l'insistance sur le refus de l'entreprise de produire des pièces. Là se situe donc peut-être un possible débouché de la décision : « Peut-être que là-dessus on pourrait avoir une décision intéressante de la Cour de cassation. L'employeur pourrait avoir à prouver que la décision était objective, produire des documents ». C'est d'ailleurs ce que lui avait précisé Me Curry lors d'un échange de mails en réponse à l'envoi du projet de mémoire ampliatif, rebondissant sur la question de la transmission de documents :

« J'ai personnellement, lorsque j'ai repris le dossier en cause d'appel, ralenti la procédure, ce afin d'obtenir des éléments de comparaison. La discrimination apparaissait massive, tant en termes de personnes discriminées, que de préjudices. Une ordonnance du juge d'appel nous a douchés. Ce faisant, les juges ont maintenu l'opacité de la discrimination ayant touché ces « chibanis » de la [société Orouge]. Je lie cette observation à la dynamique qui commence à émerger en France en ce moment autour des notions de discrimination systémique, structurelle (voir notamment Revdh [Revue des droits de l'homme] 2018 sur la discrimination) que le droit va s'efforcer d'appréhender dans un futur que j'espère proche ; notamment avec l'action de groupe. Je me dis que si la décision à venir de la ccass [Cour de cassation] concernant un salarié pouvait avoir une résonance collective, ce serait pas mal. » Mail du 8 avril 2019 de Me Curry à Me Alexandre, auquel ce dernier répond : « Je te remercie de ton observation à laquelle je souscris. Je vais procéder au dépôt de mon mémoire et ne manquerai pas de te tenir informé ».

⁹¹ Sous-entendu : la Cour de cassation.

Conclusion

Les mémoires produits par chaque partie permettent de constater que les arguments en présence ont été réfléchis de façon précise et méthodique, se répondant sur le fond tout autant qu'ils se rejoignent, si ce n'est entièrement dans leur forme (Jean Alexandre notant le « style bien identifiable » de chaque cabinet), du moins dans leur manière concordante de viser dans leurs écrits deux niveaux de décision : une décision d'appel contestée dans un cas et confortée dans l'autre, une décision de cassation recherchée dans le premier et décrite comme sans objet dans le second mémoire.

Le travail de *jugement du travail* des juges d'appel qui est celui des membres de la Cour de cassation se voit ainsi guidé ou incité à suivre deux directions contraires par les deux avocats à la Cour, sans jamais mentionner les enjeux politiques ou moraux qui pourraient être associés à une décision plutôt qu'une autre. Nulle mention, contrairement aux dires ou aux écrits privés de Ben Curry lorsqu'il mentionne les *chibanis* ou les *class actions*, du contentieux de la discrimination comme permettant d'atteindre de faire reconnaître la réalité de ce phénomène⁹². Ramenées dans les deux cas à des numéros de décision, invisibilisant les cas individuels et les histoires particulières sur lesquelles elles reposent, les autres affaires de discrimination citées dans les mémoires ne le sont qu'en tant qu'elles concourent à ce travail visant à convaincre la Cour d'être cohérente avec elle-même – bien que cela soit dans deux directions opposées. Les juges auquel·le·s le cas va être soumis, et dont le nombre autant que les noms ne sont pas encore connus, se voient ainsi subsumé·e·s sous l'institution à laquelle ils ou elles appartiennent, invité·e·s à en consolider encore l'identité. Cette dernière, réifiée de manière continue par le travail d'interprétation de la doctrine, l'est aussi par l'interpellation des avocat·e·s aux Conseils produites dans les mémoires, dont l'activité consiste en grande partie à présenter les gages de crédibilité permettant d'intéresser « la » Cour à leurs préconisations, censées rendre possible l'incarnation maintenue de sa supériorité et de sa constance.

⁹² Il faut toutefois noter que dans son propre mémoire en appel Me Curry avait également fait preuve d'un formalisme certain dans lequel ne transparaissait pas de prise de position personnelle, si ce n'est peut-être à travers la référence et la transmission d'articles de presse ou de prises de position du défenseur des droits centrés sur la dénonciation d'un niveau important de discrimination dans les grandes entreprises françaises.

Dans le cas présent, la décision attendue sera toutefois bien interprétée comme une victoire d'un camp ou de l'autre. Une certaine médiatisation était même évoquée, ce que Me Curry avait promis à M. Hamimi dès leur rendez-vous en novembre 2018 :

« Me Curry : On pourrait voir aussi, si votre dossier on peut le médiatiser un petit peu..

M. Hamimi : On peut !

Myriam : Il se voit sur BFM TV ! »

Toutefois, il n'y eut pas de médiatisation : la Cour de cassation rendit dans cette affaire au début du mois de juillet 2020 un « rejet non spécialement motivé », considérant que les moyens invoqués n'étaient pas de nature à entraîner la cassation. Préconisée par le rapporteur, cette solution expéditive mettait un terme au débat, en pérennisant la décision de la cour d'appel sans permettre ni la réouverture du dossier ni une inflexion des modes de preuve invocables dans des cas similaires. Un rejet plutôt qu'une décision marqua donc la fin de l'affaire, et nulle médiatisation ne fut envisagée – cela aurait peut-être été possible, même en cas de rejet, dans une affaire plus symbolique et plus collective.

Le point de vue de la doctrine

Discrimination au travail fondé sur la nationalité (inégalité de traitement vs discrimination)

Diane Roman

Le cas n° 2 n'a pas fait l'objet de commentaires doctrinaux

Cas n°3 – Cas d'école : un recours devant le Conseil d'État

Peu d'affaires relèvent de la discrimination devant le Conseil d'État. Pour citer un avocat à la Cour, spécialiste en droit public : « S'agissant des TA et des CAA, j'ai quelques dossiers, assez peu, où la discrimination est invoquée, mais vous savez sans doute que les juridictions administratives sont assez réticentes à reconnaître une discrimination, elles préfèrent toujours, lorsqu'elles nous donnent raison, se fonder sur un quelconque autre motif » (mail du 6 mars 2019). Un professeur de droit spécialisé sur ces questions, S., m'a dressé le même constat, citant comme une décision importante relativement récente l'arrêt Diop du Conseil d'État de... 2001, sur le caractère discriminatoire du gel des pensions versées aux fonctionnaires civils et militaires des ressortissants des anciennes colonies françaises. Si revenir sur l'arrêt Diop serait intéressant, cela mettrait en jeu des dizaines d'années de contentieux d'ailleurs achevées par la première QPC rendue par le Conseil constitutionnel (décision 2010-1 QPC du 28 mai 2010), alors même qu'il s'agit d'un contentieux d'une grande complexité et dont il risque d'être difficile de retrouver les acteurs importants⁹³. Il a donc été choisi, dans le cadre de cette étude, de retravailler sur un contentieux devant le Conseil d'État observé en novembre 2013⁹⁴, concernant bien une question de discrimination, mais plaidée en référé. Bien que ne s'inscrivant pas à la suite d'une procédure de première instance puis d'appel, cet exemple a été intégré dans la mesure où ce recours a bien été porté par des associations militantes, en particulier une, le GISTI⁹⁵, spécialisée dans la défense des droits des immigrés, qui a constitué le point d'entrée sur le terrain. Les matériaux disponibles pour reconstituer ce recours, déjà un peu ancien, sont de trois types. Il s'agit de l'observation d'une réunion préparatoire à l'audience la veille de celle-ci, de l'observation de l'audience tenue au Conseil d'État, et des pièces et messages électroniques échangés au moment de la préparation du référé puis à l'occasion du jugement au fond par les différentes parties à l'affaire. Ces courriers, précieux, ainsi que le dossier électronique de l'affaire conservé au siège de l'association, m'ont été transmis à l'époque puisque j'avais été placée dans la boucle de courriels, ou confiés à l'occasion de la présente étude par l'ancienne et toujours très active présidente de cette association.

⁹³ « Le contentieux de la « cristallisation » des pensions des anciens combattants étrangers », *Plein droit*, vol. 86, no. 3, 2010, pp. I-XII.

⁹⁴ Bien que collecté il y a longtemps, ce cas n'a jamais fait l'objet d'une analyse dans de précédents travaux.

⁹⁵ Groupe d'Information et de Soutien aux Immigrés.

S'il a été fait quelque peu par défaut, le choix de ce contentieux *a priori* peu visible ou spectaculaire est intéressant à plusieurs titres. D'une part, il m'a été donné la possibilité d'assister aux échanges préalables à l'audience entre organisations engagées, porteuses à divers titres de la cause de la discrimination dans cette affaire. D'autre part, j'ai pu contraster ces échanges préparatoires avec le déroulé de l'audience, avant de lire à cette aune la décision produite – au sujet de laquelle je dispose également de réactions des protagonistes.

De manière générale, la recevabilité différentielle des juridictions au contentieux de la discrimination apparaît comme un résultat important dans l'analyse, d'autant plus que « connue » des acteurs et notamment des avocats spécialisés et mobilisés sur cette question, elle structure leurs anticipations et est donc susceptible de s'auto-renforcer dans le temps.

A - Une réunion

Dans le cadre d'échanges informels avec un membre du GISTI, S., à la fin du mois d'octobre 2013 au cours desquels je l'informais de mes recherches en cours sur le traitement judiciaire des discriminations, celui-ci me propose de me joindre à une réunion organisée le 13 novembre dans les locaux de l'association, dans l'Est de Paris. Le jour dit, je retrouve autour d'une table non seulement des membres de l'association, mais aussi des intervenants extérieurs : une professeure de sociologie d'une université proche de Paris, un ancien élève de l'ENS Cachan rencontré à l'époque de notre scolarité commune, devenu enseignant et syndicaliste dans l'enseignement secondaire privé, et d'autres personnes dont je ne connais pas l'identité. Comme j'ai pu le comprendre à la lecture des mails qui m'ont été transmis à la veille de la réunion, il s'agit de discuter d'un décret ayant brutalement modifié les conditions d'accès aux concours de l'enseignement secondaire privé général. Le 23 octobre, Mediapart s'est déjà fait l'écho de la préparation d'un contentieux en référé devant le Conseil d'État et des raisons de celui-ci⁹⁶ : un décret publié au cours de l'été, le 23 août 2013⁹⁷, avait en effet changé les conditions d'éligibilité à ces concours, en retirant aux étrangers non communautaires la possibilité de s'inscrire au CAFEP (équivalent du concours du CAPES pour l'enseignement privé sous

⁹⁶ <https://www.mediapart.fr/journal/france/221013/etudiants-etrangeurs-privés-de-concours-le-conseil-d-etat-saisi-en-refere>

⁹⁷ Article 3 du décret n° 2013-767 du 23 août 2013 relatif à la réforme du recrutement et de la formation des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat (JORF n°0198 du 27 août 2013 page 14472 texte n° 1

contrat). L'article, très bien informé⁹⁸, citait déjà *in extenso* les justifications produites par le ministère de l'Éducation nationale, alors dirigé par le socialiste Vincent Peillon, mais aussi les raisons de la requête en annulation, déposée le 23 octobre par des organisations de défense des droits des étrangers et des syndicats des enseignant·e·s du privé. Cette requête pointait que le décret ignorait, écrivaient-ils à la Cour, « une jurisprudence bien établie de votre haute juridiction administrative et [apparaissait] en violation du principe qui veut que toute discrimination fondée sur la nationalité soit justifiée par des motifs légitimes »⁹⁹. Or le nouveau décret supprimait la possibilité de dérogation accordée de façon quasi automatique aux étrangers extra-communautaires par les rectorats une fois la personne admise au concours.

La réunion à laquelle j'étais invitée, le 13 novembre, était donc postérieure à l'envoi de la requête : il s'agissait plutôt d'une part de faire le point sur la situation, et d'autre part de préparer l'audience devant le Conseil d'État qui devait se tenir quelques jours plus tard. Le GISTI n'était pas *a priori* une organisation ayant à voir avec l'enseignement secondaire privé : c'est bien la discrimination à l'égard des potentiel·le·s candidat·e·s de nationalité extra-communautaire qui expliquait son implication. Celle-ci était d'ailleurs primordiale, comme l'attestait l'organisation de la réunion dans ses locaux, mais également comme on va le voir son rôle structurant dans l'organisation des arguments à présenter devant le Conseil.

Ceux-ci n'étaient d'ailleurs pas uniquement juridiques : profitant de sa bonne connaissance du Conseil d'État liée à son expérience de juriste académique et militante, l'ancienne présidente de l'association, D., avait déjà eu l'occasion d'échanger sur la salle qui allait accueillir les débats. Dans un mail du 25 octobre, elle écrivait ainsi à S. : « je viens d'avoir G. au téléphone, imagine-toi qu'elle a réservé la salle du TC [Tribunal des conflits], sans qu'on demande rien. C'est moins convivial, mais du coup on peut venir à 25 tout compris, dit-elle ». G. était la chef du bureau et des compétences au Conseil d'État, qui en 2012 venait – d'après le Journal officiel – de se voir décerner le grade de chevalier dans l'Ordre du mérite, comptant trente ans de service. L'interconnaissance mutuelle, liée à de nombreuses mobilisations antérieures, avait donc déjà des effets concrets sur la forme qu'allait prendre l'audience, dans

⁹⁸ Dès le 26 septembre 2013 *Mediapart* avait consacré un article aux étudiant·e·s de master qui venaient de découvrir qu'ils n'auraient pas le droit de candidater : Juliette Chapalain et Lorraine Kihl, « Enseignement privé : interdits de concours “certains ont failli craquer” », *Mediapart*, 26 septembre 2013

⁹⁹ Requête en référé suspension déposée pour le GISTI (Mandataire unique) et la LDH, le SNEIP-CGT, la FERC-CGT, Demandeurs, adressé par Stéphane Maugendre, Président du GISTI (et avocat à la Cour) « pour les organisations requérantes », signature du 21 octobre 2013

une salle suffisamment grande pour accueillir un certain public – sans même qu’il ait été nécessaire de le demander et encore moins de le justifier.

Les référés se distinguent des autres audiences du Conseil d’État, non seulement du point de vue de l’urgence qui les caractérise, mais aussi parce que celle-ci a pour conséquence le primat accordé à l’oralité des débats. C’est à la préparation de ceux-ci et à l’explicitation des enjeux à destination en particulier des non-juristes qu’allait donc être consacrée cette réunion, à la veille de l’audience.

Trois recours avaient été soumis : le premier était celui du GISTI, le second était porté par un syndicat et une association de défense des universités (le seul qui sera soutenu par un avocat aux Conseils à l’audience), le troisième était issu de syndicats de l’enseignement privé. Un quatrième recours était annoncé, porté par une association anti-raciste. Suite à leur requête, le Ministère avait répondu, en justifiant comme on pouvait s’y attendre le bien-fondé de leur décret. « Et ce matin on a reçu du Conseil d’État un document : ils vont soulever un Moyen d’Ordre Public » précisait l’ancienne présidente, D.. MOP en langage administratif, cela signifiait qu’un argument qui n’était pas mobilisé par les parties allait l’être par le Conseil lui-même – ce à quoi D. réagit de façon véhémement, considérant que le moyen soulevé était erroné, en référence à une autre décision : « c’est quand même dans la conclusion de 2006 ! ».

L’enjeu initial, précisait S., porterait sur : « est-ce que le décret a changé quelque chose » ? On savait déjà ce que répondrait le Ministère, puisque c’était le ministère de l’Éducation nationale qui avait répondu (même si la requête, comme c’est le cas pour toute annulation de décret, avait été adressée au Premier ministre). Les observations en réponse produites et transmises le 6 novembre¹⁰⁰ reposaient principalement sur deux points : sur le fond, la suppression de la possibilité de déroger à la condition de nationalité était justifiée par l’objectif d’égalisation des statuts avec les enseignants du second degré public. S’agissant de la condition de l’urgence, le Ministère la contestait en invoquant plusieurs raisons, dont le fait que s’inscrire dans un cursus (de formation à l’enseignement) « ne débouche pas forcément sur une

¹⁰⁰ Courrier du bureau des consultations et du contentieux relatifs aux établissements et à la vie scolaire, Direction des affaires juridiques – Secrétariat général, Ministère de l’enseignement supérieur et de la recherche, transmis le 6 novembre 2013 au Vice-Président du Conseil d’État, bureau des référés (11 pages).

réussite au concours », ou encore « que la poursuite d'études en France, pour les étudiants étrangers, ne débouche pas forcément sur l'exercice d'une activité professionnelle définitive dans ce pays ». Loin de convaincre les requérant·e·s, ces arguments nourrissaient leurs échanges, tenus autour de tables assemblées en rectangle autour de laquelle tous annotaient les documents à leur disposition. Les représentant·e·s des syndicats s'offusquaient particulièrement de l'assimilation à un statut quasi-public de leurs emplois, en soulignant les moindres garanties dont ils disposaient, leur système de pension bien différent.

Au-delà de l'explicitation des enjeux juridiques, il s'agissait aussi de savoir quels arguments allaient pouvoir être présentés. En effet, comme le précisait la convocation transmise aux requérant·e·s et selon la formule consacrée : « Au cours de cette audience et dans le cadre de la procédure contradictoire, des observations orales pourront être présentées soit par vous-même soit, à l'exclusion de tout autre mandataire, par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation »¹⁰¹. Il était donc possible aux requérant·e·s d'intervenir directement lors de l'audience (mais pas à un avocat à la Cour), ce qui justifiait de se mettre d'accord sur les éléments les plus susceptibles d'être probants. Dans ce contexte, le rôle de l'association « invitante » était d'autant plus important que ses deux membres présents étaient juristes, respectivement maître de conférences (S.) et professeure de droit public (D.), et disposaient tous deux d'une longue expérience du contentieux devant le Conseil d'État. Il leur revenait donc, dans une large mesure, de rappeler les enjeux mais aussi d'indiquer comment allait se passer l'audience et comment il pouvait être bon (ou non) d'intervenir. La question du nombre des étudiant·e·s effectivement concerné·e·s apparaissait centrale dans ce contexte, conduisant l'enseignante responsable d'une de ces formations dans une grande université de la région parisienne à évaluer à 4 sur 14 étudiant·e·s de son master ceux et celles qui se retrouvaient exclu·e·s du concours. Une représentante syndicale estimait quant à elle qu'une centaine sur 850, dans l'académie de Créteil, remplissait les conditions pour le concours interne, également visé. Outre l'évaluation des candidat·e·s potentiellement lésé·e·s, apparurent aussi dans la discussion les « vraies » raisons qui, pensaient certains, se trouvaient derrière cette décision – *a priori* inattendue de la part d'un Ministre socialiste – d'exclure soudainement d'un tel concours les étudiant·e·s de nationalité extra-communautaires qui bénéficiaient de cette dérogation depuis la loi Debré de 1959. Des bruits, obtenus par un collègue professeur de droit

¹⁰¹ Conseil d'État, section du contentieux, « Accusé de réception référé et avis d'audience », n°372881, adressé au GISTI c/ Secrétariat Général du Gouvernement le 23/10/2013

qui avait échangé avec le service RH du Ministère, semblaient indiquer que le Ministère pensait perdre. Une représentante syndicale indiqua alors : « C'est ce qu'on disait, c'est le chef de l'enseignement privé qui a fait ça parce qu'ils ne veulent pas des maghrébins ». Il est intéressant de noter que derrière la discrimination visant les étrangers et étrangères extra-communautaires invoquée dans la requête se logeait une suspicion de discrimination en fonction de l'origine ou de la race supposée, attribuée à la direction de l'enseignement catholique. Cette allégation était d'ailleurs reprise par une responsable syndicale de l'enseignement privé, dans un article de Mediapart commentant quelques jours plus tard la décision¹⁰².

Qu'elle soit implicitement reconnue par tous, ou qu'elle soit considérée comme non-susceptible d'être prouvée, cette allégation ne fut pas toutefois reprise dans la discussion relative aux arguments à présenter devant le Conseil. Comme le précisait D. : « il faut qu'on dise que ça concerne des gens et qu'il y a un vrai enjeu ». Reprenant pas-à-pas les arguments soulevés de part et d'autre, les échanges des participant·e·s à la réunion combinaient rappel de leurs arguments, en cherchant à les étayer d'exemples, et discussion des contre-arguments présentés par le Ministère, sources de réplique et parfois d'ironie. Ainsi de cet échange :

D. : « Pour s'amuser et pour les contredire, on va dire que c'est même pas vrai, une fois que tu as le concours tu es pas sûr d'avoir un poste, et le fait est qu'ils ne sont pas fonctionnaires ».

S. : « donc ils ne sont pas fonctionnaires ! La seule chose qui permette d'exclure quelqu'un, c'est la prérogative d'ordre public ! »

S. évoque ensuite, tout en farfouillant dans son ordinateur à la recherche d'un dossier enfoui, le recours contre l'ENS en 2003 : « on a perdu mais on peut reprendre ! ». Chefs d'orchestre de la mobilisation sur le plan juridique, les universitaires engagés de l'association ne faisaient ainsi pas bénéficier les participants de leurs seules ressources juridiques : ils étaient aussi armés, non seulement par leur connaissance de l'institution et de certains de ses membres, mais aussi par l'expérience issue des combats passés, perdus ou gagnés, à l'occasion desquels des argumentaires proches avaient pu être développés. L'échange suivant, dans son caractère un peu brut, permet d'illustrer comment était préfigurée l'audience lors de la réunion. Décrivant

¹⁰² Lucie Delaporte, « Etudiants étrangers privés de concours : le Conseil d'État suspend le décret », *Mediapart*, 21 novembre 2013

ce qui allait se passer dans la salle d'audience, cette préparation avait une fonction pédagogique à l'égard des non-juristes et constituait une sorte de répétition visant à éviter les faux-pas le lendemain.

« S. : il faut imaginer un juge de paix. On est autour d'une table. »

D. : Les représentants du Ministère ils sont jamais plus de deux ou trois, ils vont nous demander qui veut prendre la parole ». « Il va dire [le Président] : je veux qu'on discute de ça »

S. : « En général [le Président] a lu les écritures il va passer la parole. J'espère que ce sera pas [nom d'un avocat à la Cour susceptible de représenter une association], mais normalement il a pas le droit de parler ».

(S. explique que celui-ci n'est pas avocat aux Conseils, or ces derniers ont le monopole de la plaidoirie).

La représentante CGT, M., s'inquiète : « il nous faut un mandat ? »

S. : « non non, c'est très informel, ils n'ont jamais contrôlé. Après c'est lui [le Président] qui distribue la parole. Mais on prend la parole assez souvent. Un leader c'est souvent D. ou moi.. [...] Alors là le problème c'est qu'il y a plusieurs requêtes, je suis pas sûr qu'ils se sentent aussi légitimes que toi [en se tournant vers D.] ».

M. : « Est-ce qu'on peut poser la question : pourquoi cette modification du texte ? »

S. : « Il faut éviter le ping-pong avec l'administration surtout au Conseil d'État, c'est assez policé, on n'est pas dans une réunion syndicale ! »

Mêlant points de droit et description de la procédure, avec des participant·e·s très inégalement au fait du déroulement d'une audience devant le Conseil d'État, l'objet de la réunion ne portait pas sur les raisons, plus ou moins tacitement connues, qui rassemblaient les participants à l'audience qui allait se tenir le lendemain. C'était plutôt d'une répétition qu'il s'agissait, visant à tester de concert les arguments les plus à même de convaincre, juridiquement ou sur le plan des faits. Et, en effet, l'audience allait ressembler dans une grande mesure à ce qui avait été anticipé la veille.

B - Conseil d'État, 14 novembre, 15h30, Salle du Tribunal des conflits

Le Président, après avoir regardé la greffière sur sa droite pour vérifier qu'il lui semblait possible de commencer, et après avoir indiqué qu'une autre association ne faisant pas partie des requérantes initiales était également présente, ouvre ainsi l'audience, qui malgré le caractère

majestueux de la salle, sera d'une tonalité relativement informelle : « je voulais proposer, pour essayer d'y voir plus clair dans ces dispositions dont la clarté n'est pas la caractéristique principale, d'examiner cinq points ». Alors âgé de 59 ans, l'air sérieux, le Président M. ne se départira pas pendant ces échanges d'un ton toujours posé quoique parfois très légèrement ironique.

Après ce qu'il qualifie de « très bref rappel de ce que tout le monde sait », le Président passe la parole à la représentante du Ministère, celle qui a écrit la réponse produite à la requête. La représentante se lance alors dans une longue mise en perspective historique, remontant à la loi de 1886 et même à la loi Falloux, précisant après que le Président indique : « c'est important parce que personne n'en a parlé », « c'est pour que le panorama soit complet ». Le Président passe ensuite la parole à D., que visiblement il connaît. Celle-ci s'exprime de façon très nette, reprenant un argument qui avait été discuté la veille dans les locaux de l'association : « J'ai du mal à comprendre le raisonnement du Ministère sur la partie que vous avez citée ! Car j'ai l'impression que là il ne s'agit pas de passer les concours mais seulement d'enseigner (...) C'est ce qui apparaît dans une de vos réponses, mais ce n'est pas du tout la même chose, car là c'est les concours, d'autant plus que vous dites ailleurs qu'ils peuvent continuer à les passer ailleurs, dans le primaire et le technique ». Passant à la question de savoir si les étrangers déjà en poste pourraient continuer à enseigner, D. entre dans le vif du sujet, évoquant les conséquences pratiques du décret, là où la représentante Ministère avait préféré se lancer dans de longues explications historiques.

Le débat se poursuit, y compris sur des points relativement techniques. À une question du Président sur les conditions d'obtention de l'autorisation d'enseigner pour les étrangers, les représentants de l'administration ne savent quoi répondre : la réponse vient finalement d'une des représentantes syndicales, qui indique qu'il existait un conseil interacadémique auquel ces cas étaient soumis, avant de préciser avec force : « Je suis du syndicat national de l'enseignement privé CGT ! ». La discussion se poursuit, afin de savoir à quel moment du concours intervenait la vérification des conditions de nationalité, puis la possibilité d'obtenir une dérogation, le tout sous la forme d'échanges entre le Président et certains membres du public. À un moment le seul avocat aux Conseils présent dans la salle, qui représente plusieurs organisations soutenant le recours (mais pas le GISTI), est invité à s'exprimer par le Président, sur la question des modalités d'inscription. Un point technique est alors mis en évidence par un jeune homme représentant à l'audience une association anti-raciste demandeuse : il indique que le formulaire d'inscription au concours n'offrait plus la possibilité de s'inscrire en tant

qu'étranger extra-communautaire, contrairement aux années précédentes. L'interface retraduisant le décret matérialise ainsi l'exclusion nouvelle. À cette interpellation, un représentant de l'administration répond que, suite à la sollicitation de candidats, des mesures conservatoires ont été ouvertes : la possibilité de s'inscrire sur un formulaire papier, ainsi (parfois) que la suggestion de cocher « en attente de régularisation », suggérant que la nationalité française était en cours d'acquisition.

À 16h09, après avoir récapitulé ces différents éléments, le Président invite à passer à son second point. Il s'agit pour lui de savoir ce que demandent précisément les requérants (« Vous êtes quand même nombreux ! »), et d'obtenir une clarification de la réponse de l'administration, à qui il indique après une réponse : « Très franchement la lecture que vous proposez là [...] c'est une lecture possible, il aurait été souhaitable que l'administration s'en explique dans ses écritures ! ». Le représentant d'un syndicat de l'enseignement supérieur et de la recherche insiste sur le fait que ce n'est pas, comme le prétend l'administration, une « simplification : des gens qui pouvaient passer le concours ne le peuvent pas ! ». Recadrant les débats sur les « moyens qui sont ou ne sont pas susceptibles de faire naître un doute sérieux sur la légalité des dispositions dont nous venons de parler », le Président aborde la question de la légalité d'une disposition réglementaire qui semble méconnaître la dérogation prévue dans la loi. Les échanges qui s'ensuivent sont marqués par une certaine confusion, surtout parce qu'une des représentantes de l'administration s'embrouille dans ses développements, très confus.

Au cours de ces débats, le Président s'efforce visiblement de démêler ce qui relève ou non de l'appréciation de fond. Le représentant du GISTI, S., intervient à plusieurs reprises sur un ton plutôt professoral, comme pour réordonner des échanges portant sur différents niveaux (les textes applicables, ce qu'avait voulu faire l'administration, les effets du nouveau texte sur les candidats), en précisant par exemple la différence entre égalité et non-discrimination, en lien notamment avec d'autres jurisprudences obtenues par l'association. Sous l'impulsion de D., le débat évolue ensuite vers la question de l'interprétation comme d'un « quasi statut de fonctionnaire » du statut de ces enseignants, justifiant selon l'administration l'alignement des conditions d'accès au concours sur celles de la fonction publique. Le Président tente une synthèse : « sur le principe d'égalité je crois que je peux résumer les arguments des uns et des autres. L'administration estime souhaitable le rapprochement de la situation des titulaires et l'enseignement public et à cela j'ai entendu deux types de réponses, il y en a parmi vous qui partagent les prémisses de ce raisonnement, mais qui estiment qu'il n'y a pas quasi identité de situation, et il y a ceux qui soutiennent qu'au regard du principe d'égalité cela pose

problème... », faisant référence à la comparaison entre étrangers hors UE, UE et Français. D. s'oppose vivement à cette lecture semblant opposer syndicats d'enseignants et associations antiracistes ou de défense des immigrés : « je crois que les syndicalistes se sont rebellés contre l'idée d'égalité mais nous ne pouvez pas leur faire dire qu'ils ne sont pas sensibles à la discrimination (...) je ne pense pas que nos amis syndicalistes ne partagent pas notre vision ». Face à cette réaction qu'il qualifie « d'épidermique », le magistrat la rassure : « « de toute façon n'ayez crainte les arguments s'ajoutent ! » ».

Sans qu'il soit possible de rentrer dans tous les détails de l'audience, il faut souligner le caractère très ouvert à la discussion qui prit place sous les ors du Conseil. Progressivement apparut dans les échanges une évolution en faveur des parties en demande, au détriment d'une administration apparaissant en difficulté pour défendre son propre texte, malgré le déploiement par ses représentant·e·s d'une très bonne connaissance de l'histoire et de l'architecture d'une construction institutionnelle, celle des concours de l'enseignement privé sous contrat (et plus particulièrement le secondaire général), particulièrement complexe.

Le dernier point abordé lors de l'audience fut celui de l'urgence : le concours était clos depuis trois semaines, et le magistrat voulait savoir si des refus avaient été opposés à des candidats souhaitant s'inscrire. Une enseignante de Paris 8, responsable d'un master dont certains étudiants étaient dans cette situation, déclara d'une voix vacillante : « je suis profondément choquée et très émue par ce que j'ai entendu, il n'y a aucune bienveillance [de la part de l'administration]. Le décret n'a été annoncé à personne, les étudiants n'ont pas pu s'inscrire, on a recommandé aux étudiants de remplir des dossiers papier [...]. Les étudiants ont appelé, et on leur a dit qu'il n'y avait pas de dossier papier. Il y a des étudiants qui ne se sont pas inscrits ». Ce témoignage fut recoupé par celui d'une enseignante responsable d'un master comparable dans une autre université de banlieue parisienne, indiquant que plusieurs de ses étudiants s'étaient inscrits comme s'ils étaient en cours de naturalisation, et qu'au moins une étudiante avait renoncé. Après un autre témoignage d'un enseignant d'une faculté parisienne, corroboré par le représentant d'un syndicat étudiant, le magistrat engagea en particulier avec l'administration une discussion sur la manière dont seraient prises en compte les candidatures déposées malgré tout par des étrangers extra-communautaires, D. notant : « c'est contraire au décret ! » Loin de chercher à faire advenir une fragile solution de médiation, il s'agissait ainsi de veiller à maintenir comme objectif l'annulation du texte. Avec prudence, le Président

suggéra en visant l'administration différentes solutions : permettre pendant un certain temps l'envoi de formulaires papiers, rouvrir le site (« il ne saurait en être question », s'exclama la représentante de l'administration)... Quelques minutes plus tard, le magistrat clôturait les échanges, encore une fois avec une formule un peu absconse mais néanmoins prometteuse : « à mes yeux c'est un échange qui a été pour moi extrêmement utile [...] pour un dossier qui n'est pas tout à fait simple [...] : je crois pouvoir vous dire que les choses seront jugées dans un délai assez bref ».

Bien différente des audiences plus formelles et presque sans paroles de la part des parties habituelles du Conseil d'État, les audiences de référés sont caractérisées par l'oralité des débats et par la possible intervention des parties ou de leurs avocats aux Conseils, à l'exclusion des avocats à la Cour. En l'occurrence, les arguments qui avaient été préparés lors de la réunion dans les locaux de l'association la veille trouvèrent à s'exprimer au cours de l'audience, de concert avec ceux des autres parties qui concouraient dans une même recherche de l'annulation du décret. Les arguments de l'administration étaient connus, puisqu'ils avaient été transmis par écrit, permettant ainsi l'élaboration de contre-arguments. Dans ce face-à-face, les représentant·e·s de l'administration apparurent hésitant·e·s, peinant à justifier leur propre mesure, fragilisé·e·s par les modes de contournement et d'ajustement qu'elles et eux-mêmes avaient rendu possible (formulaires papiers, jeu sur les rubriques informatiques). À l'inverse, l'incarnation par les enseignant·e·s des masters concernés de la réalité des candidatures empêchées, non seulement par le nouveau décret mais aussi par son incarnation physique dans un menu déroulant, donnait à voir l'effectivité brutale de la nouvelle disposition, en tant qu'elle contrevenait théoriquement à un texte législatif préexistant comme cela était défendu sur le plan du droit, mais aussi comme posant un obstacle imprévu aux espérances bien fondées des candidat·e·s à ces concours.

C - L'audience comme épreuve

Par une décision de 8 pages du 19 novembre 2013, le juge des référés demanda la suspension des articles incriminés du nouveau décret, la réouverture de l'inscription au concours (et du site internet), et le versement de sommes allant de 500 à 2500 euros aux organisations requérantes. Transmis aux participants à la réunion du 13 par S. avec la mention

sibylline « ça faisait longtemps qu'on n'avait pas gagné », cette ordonnance fut rapidement commentée sur le site de l'association, et cette victoire amplifiée dans plusieurs articles, dont un nouveau papier de Mediapart du 21 novembre, dans lequel réapparaissait la mention du rôle des représentant·e·s de l'enseignement catholique – jamais mentionné lors de l'audience ou dans les pièces juridiques échangées – dans la modification des conditions d'accès. Par ailleurs, le combat juridique n'était pas terminé, puisqu'il fallait après ce référé-suspension poursuivre au fond la contestation du décret. Ce fut fait, et aboutit comme on pouvait s'y attendre à une seconde victoire, l'annulation des dispositions contestées par une décision du 18 juillet 2014.

Au-delà des enjeux juridiques relativement mineurs liés à l'annulation d'une disposition réglementaire glissée au sein d'un texte plus important (liée à la réforme Peillon de l'enseignement), à la faveur semble-t-il d'une alliance de circonstance entre la direction de l'enseignement privé du ministère et les responsables de l'enseignement catholique, les éléments qui viennent d'être présentés permettent de mettre en évidence deux apports importants de l'analyse empirique du contentieux.

Tout d'abord, s'agissant qui plus est d'une audience de référé où seule une des organisations requérantes avait mandaté un avocat aux Conseils, celle-ci ouvrait la possibilité d'une intervention directe des personnes présentes dans le public, et nécessitait dès lors une préparation des prises de parole. Comme on a pu le voir, cette préparation était loin d'être surtout juridique : en réalité, les éléments juridiques étaient déjà présents dans la requête, et c'est bien davantage les conditions concrètes et les règles d'intervention dans cette espace, tout autant que les éléments susceptibles d'intéresser le juge, qui furent l'objet central de la discussion. Ensuite, l'observation de l'audience elle-même, au cours de laquelle les prises de parole furent nombreuses, orchestrées par un Président qui ne cachait pas tout à fait, malgré son ton égal et policé, son opinion en cours de consolidation (notamment à l'égard d'un dispositif juridique général bien confus), fut l'occasion de confronter non seulement des arguments mais bien leurs incarnations. En l'occurrence, la décision à venir fut comme anticipée par l'opposition entre les prises de position fermes, nourries d'exemples et parfois d'émotions, portée par les parties requérantes et leurs représentant·e·s, auxquelles s'opposaient les développements informés, mais néanmoins souvent imprécis quant aux conséquences concrètes des décisions qu'ils avaient prises, portés par les représentant·e·s de l'administration.

À cet égard, et en jouant sur les deux sens du mot justice, l'audience – dans son apparente banalité par contraste avec de grandes affaires ou des cas amenés à consolider ou remettre en

cause des jurisprudences importantes – fut bien caractérisée par l'« indétermination au cœur des épreuves de justice, qui se traduit par l'ignorance quant aux « grandeurs » qui seront finalement reconnues à chacun »¹⁰³. Anticipée comme un moment d'incertitude au cours duquel serait décidé de quel côté devait pencher la balance, l'audience avait bien été préparée en tout cas par les représentant·e·s de plusieurs organisations requérantes, comme une situation à investir et au sein de laquelle la pertinence des arguments allait aussi dépendre de la capacité à se positionner de manière adéquate devant une instance qu'il ne fallait pas confondre avec d'autres (« on n'est pas dans une réunion syndicale ! », avait prévenu S.). L'observation de ces séquences, peu fréquente dans l'analyse des décisions du Conseil d'État, donne ainsi à voir non seulement ce que comporte de non-juridique la confrontation à une telle instance (particulièrement lorsque l'audience et l'oralité jouent un grand rôle, comme dans le cas des référés), mais aussi ce que le déroulement de l'audience lui-même donne à voir de la solidité des arguments dans leur confrontation concrète, orchestrée par un magistrat. C'est bien dans la crédibilité de leur incarnation tout autant que dans leur résistance aux arguments de la partie adverse, que s'affrontèrent en réalité la critique et la défense du décret débattu.

¹⁰³ Cyril Lemieux, « De la théorie de l'habitus à la sociologie des épreuves : relire *L'expérience concentrationnaire* », p. 187 in Liora Israël et Danièle Voldman (sous la dir.), *Michael Pollak. De l'identité blessée à une sociologie des possibles*, Bruxelles, Complexe, 2008

Le point de vue de la doctrine

Conseil d'Etat, référé, 19 novembre 2013, Sauvons l'université, GISTI, Maison des potes-Maison de l'égalité, n° 372834, 372881, 373164 ; 16 juillet 2014, Association sauvons l'université et autres, n° 372835, 372882, 373024

Diane Roman

Ni l'ordonnance suspendant l'exécution du décret (CE, 19 nov. 2013, n° 372834, 372881 et 373163, Sauvons l'université et autres) ni la décision du Conseil d'État annulant le décret (CE, 16 juill. 2014, n° 372835, Assoc. « Sauvons l'université ») n'ont fait l'objet de commentaires doctrinaux, hormis de brèves mentions à l'AJDA¹⁰⁴. Seul Serge Slama [S. dans le récit qui vient d'être produit], professeur de droit public à l'université de Grenoble Alpes, y fait référence dans un fascicule du Jurisclasseur Droit international. L'auteur mentionne que si la première des décisions de justice s'est fondée sur le terrain de la violation du principe d'égalité, constatant que le décret contesté avait instauré « entre ces ressortissants [de l'UE et de l'EEE] et les autres une différence de traitement que l'autorité compétente ne peut justifier par aucun motif d'intérêt général en rapport avec l'objet de la mesure et qui est manifestement disproportionnée », la seconde, se plaçant au fond, annule la mesure déférée en ne se plaçant « plus sur le terrain de l'égalité mais uniquement de la violation de la loi »¹⁰⁵. Le décret ayant ajouté des conditions supplémentaires pour l'accès aux fonctions d'enseignant dans les écoles privées, alors même que la loi ne l'interdisait pas ou prévoyait des dérogations, il est annulé pour violation de la loi. En d'autres termes, l'enjeu de discrimination est invisibilisé dans la décision rendue au fond.

¹⁰⁴ AJDA 2013. 2407, note M.-C. de Montecler ; AJDA 2014. 1519, note J.-M. Pastor.

¹⁰⁵ Serge Slama, Fasc. 525-5, « Condition des étrangers en France – Droit public. – Droits politiques et accès aux fonctions et emplois publics », *Jurisclasseur Droit international*, § 172.

II. La cause des personnes détenues devant les Hautes cours¹⁰⁶

¹⁰⁶ Cette partie a été rédigée par Corentin Durand.

Introduction

Aux États-Unis, le contentieux pénitentiaire a vu le jour au début des années 1960 à l'initiative des membres des *Black Muslims*¹⁰⁷. La décision *Cooper v. Plat*, rendue en 1964 par la Cour suprême des États-Unis, reconnaît des droits constitutionnels aux prisonnier·e·s et suscite un rapide accroissement des plaintes ainsi qu'un interventionnisme inédit des juges dans le fonctionnement des prisons¹⁰⁸. Si cette effervescence normative n'a pas survécu aux années Reagan, de nombreuses recherches continuent d'interroger le potentiel transformateur de décisions judiciaires¹⁰⁹. En France, cette littérature reste peu développée. Jean Bérard distingue deux séquences principales des « conflits politiques sur les droits des détenus » : les années 1970 et les années 1990-2000¹¹⁰. Les premières ont été marquées par des mouvements de révolte à l'intérieur des prisons françaises, ainsi que la réinvention d'un militantisme anti-carcéral autour du Groupe d'information sur les prisons¹¹¹ puis du Comité d'action des prisonniers¹¹² et de l'Association syndicale des prisonniers de France (ASPF)¹¹³. « Au début des années 1970, l'idée que le détenu avait des droits était complètement étrangère à l'administration pénitentiaire », notait le rapport de la commission d'enquête sénatoriale diligentée en 2000 après le scandale provoqué par la parution du livre de Véronique Vasseur, *Médecin-chef à la prison de la Santé*. C'est au militantisme de la gauche révolutionnaire dans l'après-1968 qu'est le plus souvent attribuée l'origine du discours de promotion des droits en prison¹¹⁴. Dans les termes de Grégory Salle et Gilles Chantraine, cette revendication donne lieu à une « stupéfaction administrative » (*Ibid.*, p. 100). Les auteurs citent le rapport général sur

¹⁰⁷ James B. Jacobs, « The Prisoners' Rights Movement and Its Impacts, 1960-80 », *Crime and Justice*, 1 janvier 1980, vol. 2, p. 434.

¹⁰⁸ Malcolm Feeley et Edward L. Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 2000 [1989], 516 p.

¹⁰⁹ Jonathan Simon, *Mass Incarceration on Trial: A Remarkable Court Decision and the Future of Prisons in America*, New York, The New Press, 2014, 224 p.

¹¹⁰ Jean Bérard, « Genèse et structure des conflits politiques sur les droits des détenus dans la France contemporaine », *Déviance et Société*, 2014, vol. 38, n° 4, p. 449-468.

¹¹¹ Philippe Artières, Laurent Quérou et Michelle Zancarini-Fournel (dir.), *Le groupe d'information sur les prisons : Archives d'une lutte, 1970-1972*, Paris, IMEC, 2001, 350 p ; Grégory Salle, « Mettre la prison à l'épreuve. Le GIP en guerre contre l'«Intolérable» », *Cultures & Conflits*, 1 septembre 2004, vol. 55, n° 3.

¹¹² Joël Charbit, « Une institutionnalisation contestée. La participation des personnes détenues à la gestion de la prison », *Déviance et Société*, 29 mars 2018, vol. 42, n° 1, p. 207-236.

¹¹³ Joël Charbit et Gwénola Ricordeau, « Syndiquer les prisonniers, abolir la prison. L'Association Syndicale des Prisonniers de France », *Champ pénal/ Penal field*, 23 mars 2015, Vol. XII.

¹¹⁴ Voir Liora Israël, « Un droit de gauche ? Rénovation des pratiques professionnelles et nouvelles formes de militantisme des juristes engagés dans les années 1970 », *Sociétés contemporaines*, 2009, n° 73, p. 47-72.

l'exercice de la direction de l'administration pénitentiaire de 1971 : « beaucoup n'ayant jamais accepté la peine prononcée à leur encontre expriment ouvertement leurs revendications sur les “nouvelles finalités” du régime pénitentiaire et se livrent à de singulières spéculations criminologiques sur leurs droits et sur les obligations de la société envers eux ». Il faut cependant attendre les années 1990 et 2000 pour qu'aux revendications de droits nouveaux s'ajoute l'adoption de l'action en justice pour les faire reconnaître. Cette possibilité est ouverte en 1995 par une décision du Conseil d'État qui, après quelques décisions disparates, accepte de contrôler certaines décisions pénitentiaires, jusque-là considérées comme des « mesures d'ordre intérieur »¹¹⁵. L'entrée en « guérilla juridique », pour reprendre la formule de l'un des pionniers du contentieux pénitentiaire, ne s'est cependant pas faite sans réticence, de la part d'acteurs militants de gauche plutôt acquis à une critique radicale de la justice, et qui préféreraient inviter à la contourner ou à s'y affronter davantage qu'à la mobiliser¹¹⁶. Elle a pourtant acquis dans la dernière décennie une place centrale dans les stratégies militantes pour obtenir des inflexions des politiques pénitentiaires.

Pour rendre compte de la diversité des stratégies contentieuses développées dans ce cadre, ce volet thématique examine successivement trois décisions des Hautes cours françaises en matière pénitentiaire. La première est une décision du Conseil d'État, prise le 1^{er} juin 2015 à la suite de la contestation par une personne détenue d'une sanction disciplinaire le concernant (*Conseil d'État, 1^{er} juin 2015, n° 380449*). Cet arrêt marque un revirement de jurisprudence sur la nature du contrôle exercé par les juridictions administratives sur les décisions disciplinaires. La seconde décision étudiée clôt une campagne contentieuse de plusieurs années, engagée par une association de défense des droits des personnes détenues pour garantir le droit au recours des personnes en détention provisoire en matière de maintien des liens familiaux (*QPC, 21 juin 2019, n° 2019-791*). Enfin, la troisième décision concerne la contestation des conditions matérielles de détention. Prise par le Conseil d'État dans le cadre d'une procédure de référés, cette ordonnance s'inscrit dans une stratégie de longue haleine d'acteurs militants pour trouver le juge, national ou supranational, susceptible d'apporter une réponse à la hauteur de la gravité de l'enjeu (*Conseil d'État, ord., 4 avril 2019, n° 428747*). C'est pour cette raison que, bien qu'on y présente les tentatives devant la Cour de cassation, c'est finalement une décision de

¹¹⁵ Conseil d'État, 17 février 1995 – *Hardouin et Marie* – Rec. Lebon p. 82 et 85.

¹¹⁶ Voir Jean Bérard, *La justice en procès. Les mouvements de contestation face au système pénal (1968-1983)*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013, 304 p. et plus largement Liora Israël, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix*, 2003, vol. 16, n° 62.

l'ordre administratif qui sert de support à l'analyse. Ce parti-pris, justifié par un état de fait largement stabilisé au moment du lancement de l'enquête, permet par ailleurs de rendre compte d'un revirement majeur où la Cour de cassation, en juillet 2020, affirme l'obligation du juge judiciaire de contrôler les conditions de détention¹¹⁷. Cette nouvelle jurisprudence est en effet la conséquence d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁸, obtenue par la mise en concurrence de la juridiction européenne avec le Conseil d'État.

Pour chacune de ces décisions, l'enquête s'est appuyée sur des entretiens avec les différents acteurs qui ont porté le contentieux et élaboré sa stratégie : avocats à la Cour, avocats aux Conseils et leurs collaborateurs, membres d'associations de défense des droits des personnes détenues. Au total, dix entretiens semi-directifs ont été réalisés, parfois avec les mêmes acteurs lorsque ceux-ci étaient centraux dans l'une des procédures, de manière à en suivre l'évolution. Par ailleurs, on a réalisé des observations d'audiences lorsque celles-ci se sont déroulées pendant le temps de l'enquête, ainsi que celles de plusieurs autres procédures portant sur des sujets similaires. Au total, cinq audiences ont pu être observées. Enfin, les mémoires constituant la procédure de deux des trois affaires (conditions matérielles de détention et droit au recours) ont pu être consultés et analysés. À cela s'ajoute l'analyse de la doctrine produite à propos des décisions observées ou explicitant leurs enjeux.

Cas n°4 – Contrôler le pouvoir disciplinaire

Domaine par excellence du pouvoir pénitentiaire, la discipline imposée aux personnes détenues a donné lieu, depuis le XIXe siècle, à de nombreuses contestations. Plus récemment, à la faveur d'un arrêt important rendu par le Conseil d'État en 1995, cette contestation a investi avec succès le champ juridique. Vingt ans après cette décision qui a inauguré une intense activité normative, que reste-t-il pour les acteurs militants du champ pénitentiaire à espérer de cette arène ? L'enquête s'appuie, outre l'étude des décisions, des mémoires de première instance et d'appel et de la doctrine, sur des entretiens approfondis réalisés, à deux reprises, avec l'avocat à la Cour de M. B., avec l'avocat aux Conseils ayant défendu le dossier devant le

¹¹⁷ Crim., 8 juillet 2020, n°1400.

¹¹⁸ CEDH, J.M.B. et autres c. France, 30 janvier 2020, n° 9671/15 et 31 autres.

Conseil d'État, avec un responsable associatif ayant accompagné le plaignant dans d'autres procédures et ayant mené d'autres contentieux dans le domaine pénitentiaire, et avec un juriste universitaire ayant contribué depuis le milieu des années 1990 à la doctrine sur l'accroissement du contrôle juridictionnel sur la procédure disciplinaire pénitentiaire.

A - Un contentieux stabilisé sans perspective de revirement ?

La matière disciplinaire est pionnière dans le contrôle exercé par le juge administratif sur le traitement réservé aux personnes détenues. En effet, si le juge suprême s'est longtemps tenu à distance des affaires pénitentiaires¹¹⁹, c'est par la matière disciplinaire que l'assemblée du contentieux du Conseil d'État a – après quelques décisions éparses¹²⁰ – porté en 1995 un coup décisif au domaine des « mesures d'ordre intérieur », qui garantissait l'administration pénitentiaire de tout contrôle juridictionnel de ses décisions¹²¹. Comme l'écrivait au début des années 1960, Raymond Odent, alors président-adjoint d'une section du contentieux au Conseil d'État, les mesures d'ordre intérieur confèrent en effet « une marge de pouvoirs dont [les autorités administratives] peuvent user discrétionnairement, arbitrairement même, sans aucun contrôle juridictionnel ». La justification de telles mesures est double. Il s'agit tout d'abord, dans une logique de gestion du volume des recours, de n'embarrasser les juridictions administratives que des décisions qui présentent une certaine gravité au regard de la situation juridique de l'intéressé. Ensuite, tout particulièrement dans des institutions comme la prison, l'école ou l'armée, il s'agit de donner aux autorités administratives l'autorité nécessaire sur leurs subordonnés ou leurs usagers pour assurer l'efficacité des services publics. En considérant que les sanctions de quartier disciplinaire doivent faire néanmoins l'objet d'un contrôle juridictionnel, l'arrêt *Marie* constitue le geste fondateur du contentieux administratif pénitentiaire¹²². Après les sanctions de quartier disciplinaire, un nombre important de décisions pénitentiaires sont tombées hors du domaine des mesures d'ordre intérieur : mise à

¹¹⁹ Relativement au domaine disciplinaire à l'encontre des détenus, voir notamment la décision rendue suite à une requête du Comité d'action des prisonniers, groupe d'action militant rassemblant des personnes détenues et des personnes sorties de prison (CE, 4 mai 1979, *Comité d'action des prisonniers*, Rec., 182).

¹²⁰ Le juge administratif avait notamment déjà estimé que le refus d'un directeur de prison de restituer les sommes bloquées sur le compte nominatif d'un détenu (CE, 3 novembre 1989, *Pitalugue*, n° 85424) ou la décision de retenir certaines publications (CE, 10 octobre 1990, *Hyver*, n° 107266) pouvait faire l'objet d'un recours.

¹²¹ Conseil d'État, 17 février 1995 - *Hardouin et Marie* - Rec. Lebon p. 82 et 85.

¹²² David Bouju, « Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1 janvier 2005, t.121, n° 3, p. 597-634.

l'isolement¹²³, fouilles corporelles intégrales¹²⁴, inscription sur le répertoire des détenus particulièrement signalés¹²⁵, placement temporaire dans un quartier de détention « porte fermée »¹²⁶ ou encore transfert entre deux établissements de nature différente¹²⁷.

1) Le temps de l'effervescence normative en matière disciplinaire

Dans le domaine disciplinaire, l'arrêt *Marie* a ouvert la voie à une activité juridictionnelle limitée, mais dont l'aiguillon normatif a conduit à de profondes évolutions de la procédure disciplinaire en détention. Ainsi, un an après l'arrêt *Marie*, le décret du 2 avril 1996 procède à une hiérarchisation et une stabilisation des sanctions et, surtout, des fautes disciplinaires. Avec la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des usagers du service public, c'est le contradictoire qui s'imisce dans la procédure disciplinaire et, avec lui, la possibilité pour les personnes détenues d'être assistées par un avocat. Enfin la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a procédé à une formalisation supplémentaire de la procédure recodification des fautes disciplinaires, restructuration des sanctions, limitation de la durée maximale de placement au quartier disciplinaire à trente jours au lieu de quarante-cinq. Comme le note Jean-Paul Céré, cette définition des conduites qui constituent des infractions inscrit le droit disciplinaire dans un « processus légaliste »¹²⁸. Corinne Rostaing caractérise ainsi cette évolution comme une « régression progressive de l'arbitraire disciplinaire »¹²⁹.

Ces évolutions ont été motivées et accompagnées par un contentieux administratif limité, mais qui a permis au Conseil d'État de préciser la nature et la portée du contrôle du juge administratif sur la discipline pénitentiaire. Ainsi, entre 1997 et 2001, puis entre 2007 et 2011,

¹²³ CE, 30 juillet 2003, *Remli*, n° 252712.

¹²⁴ CE, 14 novembre 2008, *El Shennawy*, n° 315622.

¹²⁵ CE, 30 novembre 2009, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. Kehli*, n° 318589.

¹²⁶ CE, 28 mars 2011, *B.*, n° 316977.

¹²⁷ CE, 14 décembre 2007, *Boussouar, Payet et Planchenault*, req. n° 290730, n° 306432 et n° 290420.

¹²⁸ Jean-Paul Céré, « Prison : sanctions disciplinaires », art cit, p. 5. De nombreuses analyses juridiques pointent ainsi l'existence de « clauses “attrape-tout” » qui donne au personnel pénitentiaire « la possibilité de définir l'indiscipline *post facto* » (Nancy Loucks, « La gestion de l'indiscipline : une étude comparative Suède, France, Angleterre », in Claude Faugeron, Antoinette Chauvenet et Philippe Combessie (dir.), *Approches de la prison*, Paris, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 1996, p. 304). Pierrette Poncela ne dit pas autre chose lorsqu'elle estime que les fautes disciplinaires sont, en France, « désignées plus que définies » (Pierrette Poncela, « La procédure disciplinaire carcérale dans la tourmente », art cit, p. 873). Notant également que la matière disciplinaire ne nécessite pas la caractérisation d'un élément moral, Joël Moret-Bailly estime que celle-ci « ne connaît pas le principe de la légalité des infractions et des fautes » (Joël Moret-Bailly, *Les institutions disciplinaires*, op. cit., p. 14).

¹²⁹ Corinne Rostaing, « Processus de judiciarisation carcérale », art cit, p. 580.

l'administration pénitentiaire a rendu public, dans ses rapports annuels d'activité, les chiffres des procédures disciplinaires au niveau national et des contestations auxquelles elles donnaient lieu¹³⁰. Au niveau des tribunaux administratifs, le nombre de recours par année varie entre 62 en 2001 – première année de l'entrée des avocats en commission de discipline – et 6 en 2007, avec une valeur médiane de 28 recours. Si ces procédures paraissent bien peu nombreuses au regard du nombre de décisions disciplinaires rendues chaque année en France, le contentieux disciplinaire s'est également appuyé – outre des recours pour excès de pouvoir à l'encontre des décisions des commissions de discipline elles-mêmes – sur des procédures indemnitaires en raison de l'illégalité de sanctions disciplinaires et sur des recours contre des dispositions réglementaires. Ainsi, entre 2013 et 2018, le Conseil d'État a rendu 20 décisions relatives à la discipline pénitentiaire, soit une moyenne de 3,3 par an, dont trois dans le cadre de procédures de référés. Parmi celles-ci, on peut noter un arrêt du 15 décembre 2017 par lequel la Haute cour a estimé qu'un chef d'établissement ne pouvait suspendre le classement d'une personne détenue à une activité rémunérée pour la seule raison que celui-ci avait engagé une grève de la faim, tant du moins qu'il n'était pas apporté la preuve que ce travail le mettait en danger¹³¹. Le même jour, les 10e et 9e chambres réunies décidaient également que la personnalité de la personne détenue ne pouvait pas intervenir pour déterminer la nature de la faute commise¹³².

2) Un contentieux stabilisé ?

Cependant, même si l'activité normative du Conseil d'État se poursuit en matière disciplinaire, les plus de vingt années qui ont passé depuis l'arrêt *Marie* ont considérablement précisé sa jurisprudence et limité d'autant les perspectives d'évolution structurelle pour les acteurs militants. Ce n'est pas tant que la discipline pénitentiaire ne soit plus l'objet de contestations de la part des associations de défense des droits des personnes détenues. Ainsi, l'Observatoire international des prisons réagissait à la publication d'un décret du 13 février 2019 relatif au régime disciplinaire des personnes détenues par un communiqué intitulé « Discipline en prison : un décret scélérat ». L'OIP s'est ainsi saisi de la voie contentieuse pour peser sur la procédure disciplinaire. Ainsi, le 25 juillet 2016, le Conseil d'État a considéré à l'initiative d'un recours de l'association que le refus opposé par l'administration à une personne

¹³⁰ Rapports d'activités 2001 et 2011 de l'administration pénitentiaire, disponibles en ligne au 5 février 2019 (2001, p. 32 : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_ap2001.pdf; 2011, p.32 : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_activite_dap_2011.pdf). Pour les années 1006

¹³¹ CE 15 déc. 2017, req. n° 400822

¹³² CE 15 déc. 2017, req. n° 403701

détenue d'accéder aux images de vidéosurveillance pouvant l'exonérer violait les droits de la défense¹³³. Pourtant, de tels recours sont rares – c'est le seul au nom de cette association entre 2013 et 2018 –, bien plus que dans le contentieux administratif pénitentiaire global où elle représente plus d'1/5^e des recours devant le Conseil d'État. Cette faible présence des associations dans le contentieux pénitentiaire s'explique tout d'abord par la structure de celui-ci, qui favorise les recours visant des décisions individuelles et l'éclatement des avocats à la Cour et des avocats aux Conseils. Surtout, elle doit être mise en perspective avec l'ancienneté relative du contentieux disciplinaire au sein d'un domaine jurisprudentiel encore « en ébullition », pour reprendre le qualificatif d'un avocat aux Conseils interrogé. La plupart des revendications portées par les associations de défense des droits des personnes détenues – par exemple l'absence d'indépendance de la commission de discipline présidée par le chef d'établissement ou son adjoint – ont déjà fait l'objet de décisions claires, laissant peu de places à un revirement de jurisprudence. Ainsi, sur les vingt décisions rendues entre 2013 et 2018 en matière disciplinaire, seules deux ont été inscrites au recueil Lebon, indiquant une précision ou un revirement important de la jurisprudence du Conseil d'État¹³⁴. La première d'entre elles, en date du 21 mai 2014, répond à un pourvoi du ministère de la Justice et fait sortir à leur tour les sanctions d'avertissement du groupe des décisions de l'administration pénitentiaire insusceptibles de recours¹³⁵. La seconde, en date du 1^{er} juin 2015, est celle qui nous arrêtera plus particulièrement. Elle opère un déplacement d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation vers un contrôle de la proportionnalité de la mesure prononcée¹³⁶. C'est de cette décision que nous traiterons ici.

B - L'affaire de M. B. : du cause lawyering au débat doctrinal ?

Incarcéré depuis février 2010, M. B. purge plusieurs peines qui situent sa date de libération en 2021. Incarcéré dans une maison centrale en février 2012, il est sanctionné le 23 juillet 2012 par la commission de discipline de l'établissement par vingt-cinq jours de quartier disciplinaire. Il lui est reproché d'avoir poignardé un codétenu. Le recours administratif

¹³³ CE 26 juillet 2016, *Section française de l'Observatoire internationale des prisons*, Req. n° 400777

¹³⁴ Sur les vingt décisions, six sont mentionnées aux Tables du recueil et douze n'ont fait l'objet d'aucune publication particulière.

¹³⁵ CE 21 mai 2015, req. n° 359672

¹³⁶ CE 1^{er} juin 2015, req. n° 380449

préalable obligatoire fait l'objet d'un rejet implicite le 26 août 2012¹³⁷. Les arrêts du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, rendu le 2 mai 2013, et de la cour administrative d'appel de Nancy, rendu le 13 février 2014, ne sont pas plus favorables. Un pourvoi est donc introduit le 19 mai 2014 auprès du Conseil d'État qui, par une décision du 1^{er} juin 2015, considère que la cour administrative d'appel de Nancy a commis une erreur de droit en ne procédant pas à un contrôle de la proportionnalité de la sanction. L'affaire, renvoyée devant cette même cour, donne cependant lieu une nouvelle fois à une décision de confirmation de la sanction, le 5 juillet 2016.

L'arrêt du 1^{er} juin 2015 répond donc à l'arrêt *Marie*, qui n'avait ouvert qu'à demi la porte du contrôle juridictionnel, le restreignant au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, c'est-à-dire à la vérification que la sanction infligée au détenu n'était pas *manifestement* disproportionnée. En l'espèce, le requérant contestait une sanction de huit jours de quartier disciplinaire avec sursis pour avoir formé une réclamation jugée injustifiée à l'encontre du fonctionnement du service médical de l'établissement. C'est parce qu'il a estimé qu'il était évident que la faute n'était pas constituée que le Conseil d'État a annulé la décision. Au contraire, par l'arrêt du 1^{er} juin 2015, le Conseil d'État accepte, s'alignant sur les autres contentieux de sanctions administratives, d'engager un contrôle sur la *proportionnalité* de la sanction disciplinaire pénitentiaire. Ce faisant, le Conseil d'État refuse implicitement le passage au *plein contentieux*, qui conférerait au juge administratif le pouvoir de se substituer à l'administration en fixant lui-même la sanction appropriée.

Il s'agit donc bien ici à première vue d'un revirement jurisprudentiel important, comme la matière disciplinaire en a peu connu dans les dernières années. L'affaire de M. B. interroge cependant la notion de *cause lawyering*, dans la mesure où elle ne s'inscrit pas dans les schémas classiques – pour le champ pénitentiaire – d'un usage militant du droit, porté par des associations de défense des droits des personnes détenues et défendu par des avocat·e·s spécialisé·e·s et revendiquant un engagement militant en faveur des libertés des personnes détenues. Ici, aucune association n'est directement impliquée ; l'avocat aux Conseils qui obtient

¹³⁷ Avant tout recours au juge administratif, le comparant doit, faire appel de la décision disciplinaire devant la direction interrégionale dont dépend son établissement, dans un délai de quinze jours. C'est la réponse, ou le rejet implicite, à ce recours que le prisonnier pourra éventuellement contester devant un tribunal administratif. Le Conseil d'État a en effet validé cette solution (CE 29 déc. 1999, req. n° 210147). Voir Jean-Paul Céré, *Droit disciplinaire pénitentiaire*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 128.

Cette structure du contentieux influe sur la nature des demandeurs – individus ou associations de défense des droits des personnes détenues – dans la mesure où les recours contre des dispositions réglementaires sont ordinairement plus investis par les secondes. Ainsi, les requêtes portées en leur nom par des associations sont ainsi beaucoup moins fréquentes que dans le contentieux pénitentiaire global. Elles représentent en effet un quart des 125 décisions rendues par le Conseil d’État en matière pénitentiaire entre 2013 et 2018, et seulement 10% (soit deux décisions) des 20 décisions rendues sur la même période en matière pénitentiaire disciplinaire.

Nature du requérant	Contentieux pénitentiaire disciplinaire		Contentieux pénitentiaire général	
	Effectifs	Proportions	Effectifs	Proportions
Individus	18	90%	93	74%
Associations	2	10%	32	26%
Total général	20	100	125	100%

Tableau 2 – Comparaison entre le contentieux en matière de discipline des personnes détenues et le contentieux pénitentiaire global de la répartition des décisions du Conseil d’État en matière de discipline des personnes détenues entre 2013 et 2018 selon la nature du requérant.

Le contentieux disciplinaire fait ainsi intervenir moins directement les acteurs habituels de la politisation du recours au Conseil d’État, et en particulier les cabinets auxquels s’adressent en priorité les associations de défense des droits des personnes détenues. En effet, les associations ont tendance à être représentées par le même cabinet, ce qui explique qu’un même cabinet d’avocats aux Conseils intervient dans plus de la moitié des requêtes relatives aux personnes détenues devant le Conseil d’État. En matière disciplinaire, cependant, son activité ne représente que moins d’un tiers des décisions. L’activité de défense des dossiers sur la discipline des personnes détenues se trouve ainsi éclatée : sur les douze avocats qui sont intervenus dans de tels dossiers jugés par le Conseil d’État entre 2013 et 2018, il s’agissait de

leur seule affaire en matière pénitentiaire devant le Conseil d'État sur la période pour quatre d'entre eux. Trois autres n'ont défendu qu'un autre dossier.

2) M. B et son conseil : des acteurs engagés pour les droits des personnes détenues

On l'a dit, l'affaire de M. B. commence par un passage en commission de discipline et une sanction de quartier disciplinaire à son encontre. Sa détention a déjà été marquée de nombreux incidents, et notamment par plusieurs prises d'otages en détention. L'incident qui motive la commission de discipline contestée dans ce dossier intervient dans une maison centrale particulièrement violente où, selon son avocat, M. B. craint pour sa sécurité et ne se déplace qu'armé d'un poinçon artisanal. Face à une agression imminente, il a poignardé un codétenu. M. B. reconnaît les faits, mais, comme il l'a souvent fait, il décide de faire appel de la décision, qu'il envoie pour ce faire à l'avocat qu'il avait désigné pour la commission, mais qui n'a pas pu s'y rendre.

M. B. correspond à ce que les acteurs de champ pénitentiaire identifient comme un « procédurier »¹³⁸. Lors d'un entretien, son avocat de l'époque m'explique qu'il fait partie de ces rares clients qui multiplient les procédures. Il conteste ainsi presque systématiquement les mesures disciplinaires qui le visent. Il a aussi engagé plusieurs contestations de mesures de mise à l'isolement et de son classement comme « détenu particulièrement signalé ». « Il voulait qu'on conteste tout », résume l'avocat qui l'a suivi pendant près de sept ans. L'arrêt du 1^{er} juin 2015 n'est ainsi pas le seul du Conseil d'État à avoir été provoqué par M. B. Celui-ci a également marqué la jurisprudence sur les « détenus particulièrement signalés »¹³⁹. Cependant, son avocat souligne que, malgré la fréquence de ses recours, M. B. n'a essuyé que des échecs – y compris dans cette affaire puisque la cour administrative d'appel de Nancy, à laquelle le dossier est renvoyé après cassation, confirme la sanction initiale. Si M. B. a longtemps poursuivi ses procédures, c'est – toujours selon son avocat – qu'elles s'inscrivaient pour lui dans une démarche « politique ». Originaire d'un DROM¹⁴⁰, M. B. réclame en effet à cette époque son transfert hors de métropole, où il décrit son incarcération comme une déportation. Il a eu des liens avec des groupes anti-carcéraux comme L'Envolée, dont les émissions de radio évoquent

¹³⁸ Corentin Durand, « La figure du détenu procédurier, cristallisation des usages illégitimes du droit » dans CNCDH (ed.), *Défendre en justice la cause des personnes détenues. Actes du colloque CREDOF-OIP-CNCDH*, Paris, La Documentation française, 2014, p.

¹³⁹ CE 31 mars 2017, req n° 396393

¹⁴⁰ Départements et Régions d'Outre-Mer

fréquemment sa situation, et des associations de défense des droits des personnes détenues. Son avocat attribue d'ailleurs à sa mise en couple avec une personne originaire d'Île-de-France l'arrêt de ses démarches de transfert. M. B. a changé d'avocat et ne déploie plus la même activité contentieuse depuis un ou deux ans.

L'avocat de M. B. dans les premières instances de cette affaire est lui-même un avocat engagé, particulièrement dans le domaine pénitentiaire, mais aussi dans la défense des étrangers. Membre actif d'une association de défense des droits des personnes détenues, l'avocat à la Cour fait depuis partie de l'association de défense des droits des personnes détenues (A3D) qui rassemble des avocats spécialisés en droit pénitentiaire. Il travaille seul, presque exclusivement à l'aide juridictionnelle, et s'implique particulièrement dans le « petit contentieux » de la vie carcérale. C'est pour lui un choix militant, là où d'autres privilégient des demandes portant sur des enjeux de plus grande envergure : « Effectivement vous avez pas un enjeu sur des droits fondamentaux, mais vous avez un enjeu par contre psychologique, je trouve, sur le prisonnier, qui est fondamental. C'est-à-dire que lui voit dans la faute de la pénitentiaire des choses... Il s'est vu reprocher et condamner pour des faits, et il ne supporte donc pas l'idée que la prison ne peut pas être condamnée. » En matière pénitentiaire, l'avocat intervient systématiquement à l'aide juridictionnelle, sauf pour les instances où celle-ci n'est pas prévue comme pour le recours administratif préalable obligatoire, qu'il effectue le plus souvent gratuitement.

C'est donc à lui que M. B. transmet la décision de la commission de discipline en lui demandant de la contester. Leurs contacts sont espacés, essentiellement par courrier, mais aussi par téléphone. L'avocat à la Cour se rappelle également avoir exceptionnellement rendu visite à M. B. quelque temps après l'engagement de cette procédure, mais dans le cadre d'un autre recours – dirigé contre le placement à l'isolement de son client. Ces échanges permettent de faire le point sur des procédures en cours, mais, précise l'avocat, M. B. « ne fait pas partie de ceux [de ses clients] qui ont des idées stratégiques » sur les points à contester. L'avocat le tient informé des décisions et des échéances, l'informe des possibilités d'appel ou de cassation, sans que le contenu des recours soit discuté entre eux. C'est donc M. B. qui, après le rejet implicite du recours administratif préalable obligatoire par la direction interrégionale, après le rejet du recours par le tribunal administratif, puis après le rejet de l'appel par la cour administrative d'appel, prend la décision de poursuivre la procédure jusqu'au Conseil d'État.

Dans ses mémoires, l'avocat développe une série de moyens qu'il duplique et enrichie au fur et à mesure des recours. Se décrivant comme « assez joueur » dans sa manière de composer ses recours, il fait flèche de tout bois. « Parfois je teste, parfois je redéveloppe, parfois j'ai trouvé une jurisprudence intéressante », explique-t-il. Il s'appuie pour cela sur de précédents recours, soulevant systématiquement des moyens pourtant systématiquement écartés par les précédentes juridictions. Il s'en explique en citant l'exemple d'un moyen qui, après plusieurs tentatives, a fini par prospérer avec une décision annulant une sanction disciplinaire pour défaut d'une délégation de signature valable à l'auteur de la décision de poursuite¹⁴¹. Il a pu ainsi, sur cette base, faire annuler plusieurs décisions à la suite. La plupart des moyens soulevés dans le dossier de M. B. sont de cet ordre : ils attaquent des éléments habituels de la procédure disciplinaire, déjà jugés conformes par d'autres juridictions. Il en va ainsi de l'absence d'identification de l'auteur de compte rendu d'incident, du laconisme du rapport d'enquête, du manque de motivation de décision de poursuite et de la décision de sanction ou de l'irrégularité de la composition de la commission de discipline en l'absence de l'assesseur extérieur. De tels arguments s'inscrivent dans une remise en cause tous azimuts qui cherche tout moyen de faire casser la sanction du client et de voir évoluer des jurisprudences défavorables.

Ainsi, M. B. et son avocat à la Cour semblent partager une vision militante du recours aux tribunaux, privilégiant tous les deux une forme de systématisme de la contestation pour forcer l'administration à se justifier, y compris sur des questions sur lesquelles les juridictions ont adopté de longue date des solutions défavorables. En effet, aucun des moyens soulevés dans le dossier de M. B. ne semble convaincre le tribunal administratif, pas plus que la cour administrative d'appel. Comme à chaque étape de la procédure, M. B. demande alors son avocat de poursuivre les diligences pour contester la décision. Celui-ci s'est donc tourné vers un avocat aux Conseils, qui a introduit un pourvoi auprès du Conseil d'État le 19 mai 2014.

3) La transmission à l'avocat aux Conseils : de la contestation de principe au débat doctrinal.

La transmission du dossier à un avocat aux conseils non spécialisé sur ces questions déplace la stratégie de défense et l'inscrit davantage dans les débats doctrinaux qui agitent à ce moment la haute juridiction administrative. D'une contestation de principe d'une sanction

¹⁴¹ La décision de poursuite se base sur le texte du compte-rendu d'incident et du rapport d'enquête pour statuer sur l'opportunité d'engager des poursuites disciplinaires. Elle relève de la compétence du chef d'établissement, qui peut en déléguer la charge à ses adjoints ou à des membres du corps d'encadrement et de commandement.

pénitentiaire, le dossier devient une opportunité de clarification de la nature du contrôle exercé par le juge administratif sur la discipline des personnes détenues.

C'est l'avocat à la Cour qui, en rédigeant la demande d'aide juridictionnelle auprès du Conseil d'État, demande la désignation de cet avocat aux Conseils. De son aveu, il ne le connaissait pas et ne lui reconnaît aucune compétence particulière en droit pénitentiaire. D'une manière générale, il semble considérer le travail des avocats aux Conseils comme essentiellement technique et ne s'embarrasse pas de différences. Tout juste semble-t-il réticent à alimenter le stock d'affaires gérées par les cabinets spécialisés en droit pénitentiaire.

L'avocat aux Conseils de Monsieur B. n'est pas spécialisé en droit pénitentiaire – sur les cinq dernières années, c'est la seule décision relative aux personnes détenues sur laquelle le cabinet est intervenu –, même si la décision du 1^{er} juin 2015 lui a amené par la suite un certain nombre de dossiers similaires, soit en matière disciplinaire, soit relativement à des suicides de personnes détenues. L'avocat évoque des matières où il est nécessaire de « choisir un camp », non seulement pour éviter un conflit d'intérêts, mais aussi pour des raisons éthiques. Le domaine pénitentiaire n'est pas de ceux-là. Il revendique ainsi de défendre des dossiers impliquant aussi bien des personnes détenues que des agents pénitentiaires en droit de la fonction publique. « Dans les deux cas, c'est une liberté qui est défendue. Il n'y a pas de conflit d'intérêts, même intellectuel je veux dire. On est pas en train de soutenir une position différente. ». Cette position le démarque de la position de l'association de défense des personnes détenues (A3D) pour laquelle la défense exclusive des personnes détenues est une condition de l'adhésion¹⁴².

La différence entre les deux stratégies s'explique notamment par le peu de communication entre l'avocat à la Cour et l'avocat aux Conseils. Tous deux expliquent n'avoir eu que des contacts épistolaires, limités à la transmission de pièces et de la décision finale. Aucune conversation téléphonique ou *de visu* n'a eu lieu sur la stratégie adoptée lors des premières instances ni sur celle à adopter devant le Conseil d'État. S'il n'a pas été possible de consulter le mémoire déposé par l'avocat aux Conseils dans cette dernière procédure, les conclusions de la rapporteure publique marque la focalisation et la technisation du recours : « Le seul moyen qui a justifié l'inscription de l'affaire devant vos sous-sections réunies est celui tiré de ce que la cour aurait commis une erreur de droit en n'exerçant sur le quantum de la

¹⁴² Olivia Dufour, « Les avocats de l'ombre », *La gazette du Palais*, 14 mai 2019.

sanction qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. ». *Exit* donc la dizaine de moyens soulevés dans les premières instances. La discussion se concentre désormais sur une question qui n'y était pas posée, mais qui agite depuis quelques années les allées du Palais-Royal à la recherche d'une cohérence jurisprudentielle globale en matière de contrôle des sanctions.

En effet, si le mémoire de l'avocat aux Conseils conteste la nature du contrôle opéré par la cour administrative d'appel, ce n'est pas dans la perspective strictement hypothétique que la solution différera de celles adoptées maintes fois par la même juridiction. Le Conseil d'État avait en effet rappelé, par un arrêt de 2011 *Biteri*¹⁴³ son attachement au contrôle pour excès de pouvoir des sanctions disciplinaires des personnes détenues. Cependant, déjà, cette solution avait été, note la rapporteure publique, « adoptée aux conclusions contraires sur ce dernier point de Mattias Guyomar », aujourd'hui président de chambre de la section du contentieux. Depuis, également, la jurisprudence du Conseil d'État a évolué relativement au contrôle des sanctions infligées aux agents publics dans l'arrêt *M. Dahan*¹⁴⁴. Et la rapporteure publique d'écrire : « Nous ne ferons pas durer le suspense quant à notre position : nous avons par le passé cosigné deux chroniques, l'une relative à la décision *Biteri* [...] et l'autre à la décision *M. Dahan* [...] dans lesquelles nous nous sommes prononcés en faveur du passage au plein contrôle des sanctions pénitentiaires et nous n'avons pas changé d'avis à la lecture du pourvoi de M. B. ». En effet, en plus de plusieurs textes de doctrine appelant le Conseil d'État à faire évoluer le contrôle des décisions disciplinaires à l'encontre de personnes détenues, ce sont des conseillers d'État, et pas des moindres¹⁴⁵, qui annoncent depuis près de quatre ans un prochain revirement de jurisprudence que la doctrine considère rétrospectivement comme « attendu et inéluctable »¹⁴⁶.

De ces débats, l'avocat aux Conseils de M. B. n'ignore rien. Il indique lire systématiquement les chroniques relevant du droit de la cassation dans les différentes revues juridiques. « C'était dans l'air », explique-t-il, tout en soulignant qu'il n'est jamais possible de savoir à quel moment va s'opérer un revirement, même attendu. C'est dans cette perspective qu'il a – avec l'aide d'une collaboratrice – rédigé le pourvoi devant le Conseil d'État. Il semble tirer une certaine fierté d'avoir obtenu cet arrêt, inscrit au recueil Lebon et largement commenté

¹⁴³ CE 20 mai 2011, n° 326084

¹⁴⁴ CE 13 nov. 2013, n° 347704

¹⁴⁵ En plus de la signature d'Aurélie Bretonneau, la chronique de la décision *Biteri* est ainsi co-signée avec Xavier Domino, aujourd'hui porte-parole du Conseil d'État (X. Domino et A. Bretonneau, Custodire ipsos custodes : le juge administratif face à la prison, *AJDA* 2011. 1364).

¹⁴⁶ Delphine Pollet-Panoussis, « Les sanctions disciplinaires pénitentiaires soumises à un contrôle entier du juge de l'excès de pouvoir. Note sous Conseil d'État, 1^{er} juin 2015, *M. B.*, n° 380449 », *RFDA*, 2016, p.1212.

par la doctrine. Cette victoire n'a cependant pas permis à M. B. de voir sa sanction annulée : comme on l'a dit, la cour administrative d'appel vers laquelle l'affaire a été renvoyée a finalement confirmé la proportionnalité de la sanction. L'avocat aux Conseils, lui, explique ne pas savoir ce qu'il est advenu du recours de M. B., à nouveau rejeté par la cour administrative d'appel. « Il y a quand même une règle : on ne prend pas les dossiers du confrère », rappelle-t-il. Au-delà du recours au Conseil d'État, il a donc rendu le dossier à l'avocat à la Cour.

De la contestation de principe, systématique et faisant flèche de tout bois, la transmission à un avocat aux Conseils peu engagé dans la cause pénitentiaire a fait un support offert au Conseil d'État pour opérer un revirement de jurisprudence que beaucoup, y compris parmi ses membres influents, appelaient de leurs vœux. L'opposition politique de M. B. et le militantisme légaliste de son avocat à la Cour se trouve ainsi endogénéiser dans un dialogue de longue haleine que le Conseil d'État entretient en son sein et avec les avocats à la cour.

S'il n'a pas permis à M. B. d'obtenir l'annulation de sa sanction, il n'est pas non plus certain que l'arrêt du Conseil d'État ait eu une grande influence sur la discipline pénitentiaire. Un responsable d'une association de défense des droits des personnes détenues explique ainsi en entretien que cette décision n'a fait qu'entériner un contrôle que les juridictions administratives pratiquaient déjà de fait. Depuis l'arrêt du 1^{er} juin 2015, il n'a d'ailleurs pas été observé d'inflexion dans les décisions des tribunaux administratifs saisis de sanctions prononcées par des commissions de discipline.

Enfin, comme le note Jean-Paul Céré¹⁴⁷, le Conseil d'État en adoptant un contrôle de proportionnalité a dans le même temps exclu le pouvoir de réformation caractéristique du plein contentieux. Pourtant, celui-ci « n'est-il pas induit par les exigences européennes et, en particulier par l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantit le droit à un procès équitable ? ». En entretien, plusieurs interlocuteurs, membres d'associations ou contributeurs à la doctrine en droit pénitentiaire, estiment en effet que l'arrêt du 1^{er} juin marque bien, plus de vingt ans après l'arrêt *Marie*, les limites des avancées qui peuvent être attendues du Conseil d'État lui-même.

¹⁴⁷ Jean-Paul Céré, « Le procès disciplinaire pénitentiaire sous le prisme de la Convention européenne des droits de l'homme : un respect en trompe-l'œil ? », *Recueil Dalloz*, 2017, p.1720.

C'est désormais vers la CEDH et l'application aux commissions de discipline des principes du procès équitable que se tournent les espoirs.

Le point de vue de la doctrine -

Conseil d'État, 1^{er} juin 2015, n° 380449 :

Diane Roman

L'arrêt par lequel le Conseil d'État a décidé d'exercer un contrôle de proportionnalité de la légalité des sanctions disciplinaires infligées à des détenus a été unanimement salué comme un renforcement de l'État de droit. Il est décrit comme s'inscrivant dans un « mouvement général de protection des droits des détenus »¹⁴⁸, contribuant à atténuer l'idée d'une spécificité du contexte pénitentiaire. Ainsi, selon Elise Langelier, professeure de droit à Limoges, l'arrêt permet de « faire davantage pénétrer le respect de l'ordre juridique (partant des droits fondamentaux) dans le milieu carcéral. Cela restreint certes la marge de manœuvre de l'administration mais va aussi dans le sens de la mission conférée au service public pénitentiaire telle que l'a défini l'article 2 de la loi du 24 novembre 2009 : participer à l'exécution des décisions pénales, contribuer à l'insertion ou la réinsertion, à la prévention de la récidive et à la sécurité publique »¹⁴⁹.

Deux éléments sont majoritairement mis en avant pour justifier le revirement de jurisprudence initié par le Conseil d'État : d'une part, un argument de cohérence interne ; d'autre part, un argument de cohérence externe.

La cohérence est d'abord présentée comme interne : la solution est saluée en ce qu'elle permet d'unifier l'intensité du contrôle juridictionnel exercé sur des mesures proches des sanctions disciplinaires infligées aux détenus. La proximité des sanctions avec certaines mesures de police prévues par le Code de procédure pénale sur lesquelles un contrôle de proportionnalité était déjà effectué (comme les fouilles à corps ou les mesures de refus ou suspension de visite) est soulignée par la doctrine. Mais surtout, l'arrêt du 1^{er} juin 2015 est vu comme parachevant un alignement des contrôles effectués sur l'ensemble des sanctions administratives : en effet, désormais, le contrôle des sanctions des détenus est aligné sur celui des sanctions prononcées contre les fonctionnaires, les élèves ou les adhérents des fédérations sportives. Il est ainsi mis fin à « la bizarrerie », dénoncée deux ans plus tôt par les membres du

¹⁴⁸ Delphine Pollet-Panoussis, « Les sanctions disciplinaires pénitentiaires soumises à un contrôle entier du juge de l'excès de pouvoir », *RFDA* 2016. 1212.

¹⁴⁹ Élise Langelier, « Contentieux administratif - Feu le contentieux restreint des sanctions disciplinaires en prison – Veille », *JCP G.* n° 24, 15 Juin 2015, 705.

Conseil d'État eux-mêmes, « qui s'attach(ait) à voir le plein contrôle disciplinaire, ayant franchi la porte des écoles et des casernes, s'arrêter au seuil des prisons »¹⁵⁰. L'arrêt du 1^{er} juin 2015 est ainsi lu comme contribuant à « restaurer la cohérence de la jurisprudence sur les sanctions », selon les mots de la rapporteure publique¹⁵¹, par un « revirement de jurisprudence attendu et inéluctable »¹⁵².

Mais la cohérence est également externe : le revirement de jurisprudence semble pouvoir être expliqué, mais aussi approuvé, par la nécessité d'insérer le contrôle du juge administratif dans « un paysage jurisprudentiel global »¹⁵³, au regard des exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme et du Conseil constitutionnel. Même si, s'agissant du premier, l'aiguillon n'était qu'indirect puisque les exigences de l'article 6§1 de la CEDH ne s'appliquent qu'aux sanctions pénitentiaires ayant pour effet d'allonger la durée de détention (CEDH, 20 janv. 2011, n° 19606/08, Payet c. France), on retrouve là encore dans le discours doctrinal l'idée d'un dialogue des juges, ou plus exactement d'une nécessité des juges de se positionner les uns par rapport aux autres, dans un jeu de coopération non dénué de compétition.

Salué pour l'effort de cohérence qu'il transcrit, l'arrêt suscite toutefois un certain nombre de commentaires prudents, voire critiques.

D'une part, la doctrine émet des doutes sur la portée concrète de la solution. Ainsi, comme le souligne Jean-Paul Céré, maître de conférences à l'université de Pau et des Pays de l'Adour, « le procès disciplinaire pénitentiaire continue de réserver un rôle souverain aux autorités pénitentiaires et la nature disciplinaire affichée par le droit interne ne doit pas méprendre et dispenser d'un examen plus attentif sur l'essence des procédures qui se tissent à l'intérieur des enceintes pénitentiaires. Au-delà des apparences, le processus d'assimilation du droit européen apparaît alors plus inégal. Une impulsion de consolidation est certes lancée, mais il n'en demeure pas moins que le procès disciplinaire doit encore franchir de sérieux obstacles pour prétendre se conformer pleinement aux standards européens »¹⁵⁴. De même, relève Benoit David, avocat, « alors que le Conseil d'État avait pu montrer un certain assouplissement de sa

¹⁵⁰ Aurélie Bretonneau et Jean Lessi, *AJDA* 2013. 2432.

¹⁵¹ Aurélie Bretonneau, « Le plein contrôle disciplinaire franchit le seuil des prisons », *AJDA* 2015. 1596.

¹⁵² Delphine Pollet-Panoussis, précit.

¹⁵³ Aurélie Bretonneau, précit.

¹⁵⁴ Jean-Paul Céré, « Le procès disciplinaire pénitentiaire sous le prisme de la Convention européenne des droits de l'homme : un respect en trompe-l'œil ? », *D.* 2017. 1720.

jurisprudence, il semble qu'à la suite des attentats ayant frappé la France depuis 2015, il se soit engagé dans un net recul du respect des droits et libertés fondamentaux, au bénéfice toujours croissant des mesures sécuritaires »¹⁵⁵.

D'autre part, la doctrine insiste sur le refus du juge administratif de se placer sur le terrain du recours de pleine juridiction, ce qui lui aurait permis de substituer sa propre décision à celle de l'administration pénitentiaire en cas de disproportion avérée. La jurisprudence du Conseil d'État admettait en effet depuis plusieurs années que le contentieux des sanctions infligées à des administrés relève du plein contentieux. Or, à l'évidence, les détenus constituent des usagers du service public pénitentiaire. « Comment justifier cette solution du juge administratif suprême ? » s'interroge Delphine Pollet-Panoussis, maître de conférences à l'université catholique de Lille : « Est-ce la volonté de ne pas diluer le recours pour excès de pouvoir dans le recours de plein contentieux ? Le strict respect du principe de séparation de l'administration active et contentieuse ? Le souci de ne pas affaiblir l'autorité hiérarchique pénitentiaire en lui « confisquant » son pouvoir discrétionnaire en matière de sanction ? La volonté de ne pas transformer le juge administratif en juge répressif ? L'ensemble de ces raisons peut avoir joué. En tout cas il est clair que le juge administratif ne souhaite pas se substituer à l'administration pénitentiaire en sanctionnant les détenus à sa place. Il ne considère pas le passage au contrôle de plein contentieux comme nécessaire à l'amélioration de la garantie des droits des détenus, déjà confortés par l'approfondissement du contrôle du juge de l'excès de pouvoir »¹⁵⁶. La solution a pu être justifiée notamment par Gweltaz Eveillard, professeur à l'université de Rennes : « même si les avantages du plein contentieux objectifs sont indéniables, il n'est pas inutile de rappeler que, dans un système de séparation des pouvoirs, c'est à l'Administration qu'il appartient d'administrer et au juge de – seulement – juger de la légalité de son action... ». Toutefois, ceci n'empêche pas l'auteur de discuter le choix prétorien. Gweltaz Eveillard souligne ainsi que « malgré leur pertinence, ces justifications ne sont pas exemptes de critiques »¹⁵⁷ et que « la différence de régime contentieux qui oppose radicalement les (sanctions disciplinaires et sanctions administratives) repose en réalité sur un critère extrêmement flou »¹⁵⁸ et a des conséquences défavorables : « le respect des prérogatives de

¹⁵⁵ Benoît David, « Le contentieux des droits des détenus depuis la loi pénitentiaire », *AJ pénal* 2019. 535

¹⁵⁶ Delphine Pollet-Panoussis, précit.

¹⁵⁷ Gweltaz Eveillard, « Requiem pour le contrôle minimal en matière de sanctions prononcées contre les détenus », note sous CE, 1er juin 2015, *Rev.DA*, n° 11, nov. 2015, comm. 68.

¹⁵⁸ *Id.*

l'autorité disciplinaire a pour corollaire nécessaire l'allongement de la procédure, *a fortiori* si l'autorité disciplinaire profite du rôle qui lui est conservé pour adopter une nouvelle sanction disproportionnée. Cette pierre, récurrente, dans le jardin du recours pour excès de pouvoir, ainsi que le maintien d'une hétérogénéité dans le régime du contrôle contentieux des sanctions administratives, conduisent nécessairement à s'interroger sur la pérennité, à long terme, de la solution intermédiaire ainsi mise en place »¹⁵⁹.

En définitive, la décision du 1^{er} juin 2015 serait une « solution jurisprudentielle modérée »¹⁶⁰. Comme le souligne Eric Péchillon, maître de conférences à l'université de Rennes, « L'arrêt du 1er juin 2015 constitue certes un progrès sur plusieurs points car il continue à aligner le service public pénitentiaire sur les exigences du droit administratif général et oblige l'administration à justifier plus précisément le recours au quartier disciplinaire. En procédant de la sorte, le juge administratif respecte la cohérence du droit administratif interne et permet l'émergence d'un droit commun de l'usager contraint (sur ce point, il serait d'ailleurs intéressant qu'il se penche sur les sanctions prononcées à l'encontre des patients hospitalisés sous contrainte dans les hôpitaux psychiatriques). Il reste pourtant encore du chemin à parcourir pour que le juge administratif puisse disposer des moyens efficaces permettant de protéger les droits des administrés. La pression de la Cour européenne des droits de l'homme va sans doute continuer à s'exercer sur ce point et contraindre le juge à élargir le cadre du contrôle de plein contentieux »¹⁶¹.

¹⁵⁹ id

¹⁶⁰ Delphine Pollet-Panoussis, précit.

¹⁶¹ Eric Péchillon, « Extension du contrôle juridictionnel en matière disciplinaire : examen par le juge administratif de la proportionnalité des sanctions prononcées », *AJ pénal* 2015. 447

Cas n° 5 – La cause des personnes détenues devant le Conseil constitutionnel

Lors d'un colloque organisé en janvier 2013 au Sénat, Julien Bonnet, professeur de droit public à l'université d'Evry-Val d'Essonne, notait que « la protection constitutionnelle des détenues est prometteuse, car elle a jusqu'à présent été sous-exploitée »¹⁶². Cinq ans après l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, la jurisprudence en matière pénitentiaire restait effectivement anecdotique, avec seulement une décision rendue, en défaveur du requérant. Rendue le 2 juillet 2010 à l'initiative de la section française de l'Observatoire international des prisons, celle-ci avait conclu à un non-lieu à statuer en raison du contrôle de constitutionnalité déjà effectué lors d'une saisine parlementaire¹⁶³.

Au 1^{er} novembre 2019, le nombre total de décisions du Conseil constitutionnel relatives aux conditions des personnes détenues a été porté à douze¹⁶⁴. Comme devant le Conseil d'État, la section française de l'Observatoire international des prisons (OIP-SF) est responsable d'une grande partie de cette activité, avec la moitié des décisions du Conseil constitutionnel rendues à son initiative. L'OIP-SF est également intervenu dans la procédure de cinq autres décisions, soit qu'elle ait été associée depuis le début à une procédure individuelle, soit que l'association ait apporté ses arguments à une question posée par d'autres¹⁶⁵. Qu'il soit requérant ou intervenant, l'OIP-SF a donc pris part à onze des douze questions prioritaires de constitutionnalité concernant les conditions des personnes détenues depuis l'ouverture de cette voie de recours¹⁶⁶. Pour l'ensemble de ces procédures, l'association a été représentée par le cabinet de Me X..

¹⁶² Julien Bonnet, « Les perspectives de la protection constitutionnelle des détenus » dans CNCDH (dir.), *Défendre en justice la cause des personnes détenues. Actes du colloque CREDOF-OIP-CNCDH*, Paris, La Documentation française, 2014, p. 247.

¹⁶³ Décision n° 2010-9 QPC du 2 juillet 2010.

¹⁶⁴ Quatre autres décisions, prises suite à une transmission de la Cour de cassation, concernent l'application des peines (Décision n° 2016-561/562 QPC du 9 septembre 2016, Décision n° 2016-602 QPC du 9 décembre 2016, Décision n° 2017-671 QPC du 10 novembre 2017, Décision n° 2019-799/800 QPC du 6 septembre 2019). Elles n'ont pas été incluses dans cette analyse.

¹⁶⁵ Cette dernière situation n'est d'ailleurs pas sans lui poser problème, dans la mesure où l'association perd alors l'initiative dans la formulation de la question adressée au Conseil constitutionnel, alors même qu'il ne sera pas possible d'attaquer à nouveau la disposition législative sans un changement de fait ou de droit.

¹⁶⁶ La dernière question (décision n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014), relative à l'organisation et au régime intérieur des établissements pénitentiaires a par ailleurs été portée par Me X., avocat aux Conseils représentant l'OIP-SF dans l'ensemble de ces procédures.

L'OIP-SF n'a pourtant orienté que récemment son activité contentieuse vers le Conseil constitutionnel. Après l'échec de 2010, il faut attendre six années pour que l'association retrouve le chemin de la rue de Montpensier, hors de trois interventions ponctuelles en appui à des questions formulées par d'autres¹⁶⁷. Ce retour du « réflexe constitutionnel »¹⁶⁸ s'explique cependant moins par une stratégie planifiée que par les évolutions au long cours d'un contentieux singulier, celui des voies de recours ouvertes aux personnes placées en détention provisoire contre les décisions relatives notamment au maintien des liens familiaux. La première question prioritaire de constitutionnalité présentée par l'Observatoire international des prisons dans ce domaine est tranchée le 24 mai 2016 et donne lieu à une déclaration de non-conformité totale, obligeant le gouvernement à faire adopter en urgence une disposition législative par une loi du 3 juin 2016 pour garantir une voie de recours en matière de permis de visite et d'autorisation de téléphoner des personnes placées en détention provisoire (décision n° 2016-543). Loin de clore le contentieux, cette décision inaugure trois années de va-et-vient entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, orchestré par l'OIP et le cabinet d'avocats aux Conseils qui le représente. Ainsi, le 22 juin 2018, le Conseil constitutionnel rend une décision de non-conformité partielle à propos de l'absence de recours des personnes en détention provisoire face aux retenues de leur correspondance écrite (décision n° 2018-715) ; le 8 février 2019, le Conseil constitutionnel étend son raisonnement aux décisions judiciaires relatives au rapprochement familial des détenus prévenus (décision n° 2018-763). Enfin, 21 juin 2019, une dernière décision déclare inconstitutionnelle l'absence de voie de recours en matière d'autorisation de sortie sous escorte des personnes en détention provisoire (décision n° 2019-791). Entre temps, la loi du 23 mars 2009 a prévu une voie de recours générale pour l'ensemble des « décisions ou avis conformes émanant de l'autorité judiciaire [...] relatifs aux modalités d'exécution d'une détention provisoire ou à l'exercice de ses droits par une personne placée en détention provisoire »¹⁶⁹.

L'exploration de cette campagne contentieuse s'appuie sur des entretiens réalisés auprès de ses acteurs-clés : l'avocat à la Cour de la personne détenue l'ayant initiée, le responsable du pôle juridique de l'association qui l'a portée et un membre du cabinet d'avocats aux Conseils

¹⁶⁷ Ces interventions ont particulièrement concerné le régime juridique du travail des personnes détenues (décision n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013, décision n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015).

¹⁶⁸ Xavier Magnon et al. (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 230 p.

¹⁶⁹ Article 145-4-2 du code de procédure pénale (Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 - art. 55).

qui la représentait. Certains de ces acteurs ont été rencontrés à plusieurs reprises (jusqu'à cinq fois), au fil de l'avancement des affaires. Quatre audiences ont également été observées, dont trois au Conseil d'État ainsi que l'audience relative à la dernière audience au Conseil constitutionnel de cette campagne contentieuse. Enfin, l'ensemble des décisions, des commentaires institutionnels, mais aussi pour le Conseil d'État des conclusions des rapporteurs publics ont été consultées. S'y ajoutent la plupart des mémoires produits par l'association requérante, ainsi que des articles de doctrine sur les décisions analysées. Enfin, les articles de presse relatifs à cette campagne ont été recensés et consultés à partir de la base Europresse.

Ce matériau permet tout d'abord de rendre compte des recompositions successives des configurations d'acteurs qui portent le contentieux au gré des hésitations sur les juridictions compétentes et les stratégies pour les saisir. Ces sollicitations adressées dans le temps à une grande diversité de juridictions permettent par ailleurs une mise en dialogue des juges, orchestrée par les parties et mise au service d'une cause militante. Enfin, l'ampleur de cette campagne contentieuse interroge ses conséquences pratiques et ses éventuelles limites.

A - Incertitudes juridictionnelles et reconfigurations d'acteurs

Ce qui deviendra une campagne contentieuse de grande ampleur, forte de quatre décisions de non-conformité partielle ou totale du Conseil constitutionnel et d'arrêts remarquables du Conseil d'État¹⁷⁰, trouve sa source dans les tentatives d'une personne en attente de jugement définitif, détenue dans un établissement pénitentiaire. De la contestation individuelle de décisions individuelles, le contentieux évolue, de 2013 à 2019, vers la contestation de dispositions réglementaires et législatives portée par une association de défense des droits des personnes détenues et défendue par un cabinet d'avocats aux Conseils. Ce sont ces reconfigurations d'acteurs, leurs dynamiques, leurs justifications et leurs conséquences, qui occupent ces premiers développements.

¹⁷⁰ En particulier, la décision du Conseil d'État (CE, 12 décembre 2018, n° 417244) a fait l'objet d'une publication au recueil Lebon.

1) Un « procédurier » face aux juges

L'avocat qui a suivi son affaire pénale rapporte que son client a fait une rencontre amoureuse lors de son procès. En 2013, sa compagne fait alors une demande relative à un permis de visite, en même temps que le détenu faisait une demande pour ajouter son numéro de téléphone à la liste des correspondants autorisés. Ces deux requêtes ont été rejetées par le magistrat judiciaire en charge du dossier. En effet, si de telles décisions sont de la compétence de l'administration pénitentiaire pour les personnes définitivement condamnées, celles qui sont incarcérées en détention provisoire doivent adresser leur demande au magistrat saisi du dossier de la procédure.

Au moment de ces décisions, la personne détenue en question est déjà depuis quelque temps en lien avec l'Observatoire international des prisons, qu'elle a sollicité plusieurs fois pour des différends avec l'administration pénitentiaire. Un membre de l'association le décrit comme « ce que la [administration] pénitentiaire appelle un “procédurier”. C'est quelqu'un qui a pas le bac, qui a une vraie intelligence et qui s'est complètement pris au jeu des recours ». Ces nombreuses contestations juridiques sont parfois appuyées sur des modèles envoyés par l'OIP, dans d'autres cas l'association s'investit plus directement sur des litiges. Au moment des décisions relatives à ses liens avec sa compagne, il a déjà à son actif plusieurs victoires contre l'administration pénitentiaire, pour du travail non payé et pour des jours de quartier disciplinaire effectué en application d'une décision annulée par la suite. Pourtant, se rappelle son avocat¹⁷¹, « ce n'était pas quelqu'un qui avait des problèmes particuliers en détention ».

Le responsable du pôle juridique de l'OIP explique : « Alors qu'il y avait d'autres détenus qui nous avaient parlé du problème, mais qui osaient pas faire de recours en se disant qu'ils préféreraient redéposer une demande dans deux mois », ce détenu décide donc de contester les rejets qu'on oppose à sa compagne et à lui-même. Il s'adresse tout d'abord au tribunal administratif, qui considère que « la décision attaquée, quels qu'en soient les motifs, ne relève (...) manifestement pas de la juridiction administrative »¹⁷². Le président de la Chambre de l'instruction estime également son recours irrecevable pour incompétence. Avec son avocat, le

¹⁷¹ L'entretien avec l'avocat à la Cour qui a suivi son dossier pénal a été réalisé en 2018, pour des faits qui remontent à 2013.

¹⁷² Pour une présentation des enjeux juridiques des premiers développements de ce contentieux, voir Nicolas Ferran, « Respect au droit au maintien des liens personnels et familiaux des personnes détenues ayant le statut de prévenues : histoire d'une “course-poursuite” » dans Julia Schmitz (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues*, Clermont-Ferrand, Institut Universitaire Varenne, 2017, pp. 102-112

requérant s'aperçoit alors qu'il ne semble pas exister de voie de recours contre les décisions qui le frappent. Il écrit alors au pôle juridique de l'OIP, en même temps que son avocat – qui travaille étroitement avec l'association – leur fait part de la difficulté rencontrée.

2) L'appui d'une association militante

Pour l'OIP, il s'agit de ce que le responsable du pôle juridique de l'association¹⁷³ appelle un « contentieux d'opportunité », par opposition à un « contentieux planifié ou stratégique ». Les premières actions engagées par le détenu ouvrent en effet une fenêtre d'opportunité¹⁷⁴ qui risquerait de se fermer rapidement, par exemple par la forclusion d'un délai de recours. En particulier, la décision est prise de déposer un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Si l'OIP, et avec elle le cabinet d'avocats aux Conseils avec lequel il travaille habituellement, se saisit du dossier, la personne détenue et son avocat gardent toujours un rôle très actif. Le responsable du pôle juridique de l'association rapporte que c'est le détenu lui-même qui formule en premier l'idée d'un recours devant le Tribunal des conflits¹⁷⁵. C'est également lui qui fait seul la demande d'aide juridictionnelle devant cette juridiction. Plus, en vue de la séance publique du 16 juin 2014, il demande et obtient une permission de sortie dans le but de s'y rendre. « J'avais vu ça. Les membres du Tribunal des conflits non plus ! Cette présence de ce monsieur-là à ce moment-là, je pense que c'était stupéfiant pour tout le monde », commente le juriste associatif avec enthousiasme.

Comme le confirme un membre du cabinet d'avocats aux Conseils qui intervient désormais dans cette affaire, le cabinet lui-même n'a pas de contact direct avec la personne détenue ou avec sa compagne. Les échanges ont lieu avec le responsable du pôle juridique de l'OIP et l'avocat à la Cour du requérant – ceux que le cabinet désigne comme des « correspondants ». « Nous », précise le juriste, « on fait un travail contentieux sur un cas précis, sur des enjeux qui parfois et même très souvent dépassent un peu les personnes détenues, qui ne comprennent pas trop ce qui se passe et qui souvent, quand on peut – rarement – les avoir au

¹⁷³ La dénomination « pôle », utilisée par l'association, ne doit pas faire croire à une structure de grande taille. Outre son responsable, salarié à plein temps, il se compose de deux stagiaires-avocats qui se renouvellent tous les six mois.

¹⁷⁴ John W. Kingdon, *Agendas, alternatives, and public policies*, Boston, Little, Brown, 1984, 240 p.

¹⁷⁵ Le Tribunal des conflits est une juridiction composée à parité, de membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Il a pour mission de résoudre les conflits de compétence entre les juridictions de l'ordre judiciaire et les juridictions de l'ordre administratif.

téléphone, nous posent plein de questions qui n'ont rien à voir et qui requièrent plutôt l'assistance de l'OIP pour les conseiller ou les orienter. [...] Par contre on reviendra vers lui lorsqu'il s'agira de valider des décisions importantes comme par exemple « est-ce que vous validez un règlement amiable ? ou « est-ce que vous voulez qu'on négocie pour obtenir plus ? » ». L'OIP joue d'ailleurs plus qu'un simple rôle de « correspondant ». C'est son pôle juridique qui fournit les arguments de fait, mais aussi en grande partie ceux de droit, et rédige les premières versions des écritures qui seront déposées par le cabinet. La longue collaboration du responsable du pôle juridique de l'OIP avec le cabinet le rend familier tant avec la technique de la cassation et du contentieux constitutionnel qu'avec le style de rédaction propre au cabinet. Lors de certaines audiences, notamment devant des cours inférieures, c'est le responsable du pôle juridique qui se déplace pour défendre le dossier. Le cabinet ne reçoit en contrepartie de son travail aucune rémunération – même les éventuels frais irrépétibles sont intégralement versés à l'association.

La décision rendue le 7 juillet 2014 par le Tribunal des conflits rejette la requête, considérant que les décisions d'incompétence rendues jusqu'alors par les juridictions sollicitées ne démontrent pas l'incompétence de l'ensemble de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif. Les requérants se voient alors contraints de solliciter une à une les différentes juridictions dans l'espoir d'une réponse positive. Dans le même temps, la personne détenue à l'origine du contentieux est condamnée définitivement et change de fait de statut pénal. Ses permis de visite dépendent désormais de l'administration pénitentiaire, qui rétablit rapidement celui de sa compagne. Il est lui-même libéré quelques mois plus tard. « Il n'y avait plus de contentieux à engager pour lui, parce qu'en fait le truc s'était résolu », indique le responsable juridique de l'OIP.

La question s'est alors posée du devenir de la requête devant la CEDH. Elle a d'abord été maintenue, explique le juriste associatif : « Lui, il le faisait pour la bataille, la CEDH ». Il se rappelle notamment que le détenu avait dans un premier temps refusé que le recours ne mentionne pas son nom. « Il avait envie d'avoir un arrêt "[nom] contre France", mais ... dans les arrêts de la CEDH, ils rappellent les faits, c'est public partout... ». L'ancien détenu avait notamment continué pendant un temps à témoigner de son expérience contentieuse en détention dans des rencontres organisées par l'OIP, avant de s'en éloigner avec la reprise d'une activité professionnelle impliquant une forte mobilité. Les suites du contentieux relatif aux conditions de recours des décisions sur les permis de visite concernant les personnes en détention provisoire – et notamment l'adoption d'une loi prévoyant un recours – ont finalement conduit

à un règlement interne avec le gouvernement français et au versement d'indemnités de quelques milliers d'euros. Comme l'explique un membre du cabinet d'avocats aux Conseils, « le contentieux individuel qui devait être un contentieux de principe [...] est redevenu qu'un contentieux individuel. Et évidemment, sans aucune discussion possible, on a fait passer largement l'intérêt des requérants, puisqu'il n'y avait plus besoin d'une décision de principe ». Dans l'intervalle, entre la décision du Tribunal des conflits de 2014 et la loi du 3 juin 2016, il a néanmoins fallu déployer une nouvelle stratégie contentieuse.

3) La recherche associative de cas individuels

Suivant une remarque des conclusions du Commissaire du gouvernement dans l'affaire devant le Tribunal des conflits, lequel évoquait la possibilité d'inconstitutionnalité d'une telle situation, l'OIP décide de « changer son fusil d'épaule »¹⁷⁶, en s'engageant cette fois sur le terrain constitutionnel. Juridiquement, il s'agit alors de soutenir que le législateur, en ne prévoyant pas de voie de recours contre de telles décisions, a méconnu le droit constitutionnel à un recours effectif, dans le même temps qu'il faisait entrave au respect de la vie privée et familiale.

Le problème réside cependant dans la possibilité de trouver un juge qui, bien que de se déclarant incompétent sur le fond, accepte de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité [QPC] au filtre du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, en vue d'une transmission au Conseil constitutionnel. « Notre but », explique un membre du cabinet d'avocats aux Conseils, « c'était de déposer des QPC partout, devant tous les juges pour leur dire “oui, vous nous dites que vous êtes incompétents, mais c'est précisément ça le problème, c'est qu'il y a pas de juge, qu'il y a pas de voie de recours. Et c'est précisément parce qu'il n'y a pas de voie de recours que vous devez vous saisir de la QPC et la transmettre ». Pour cela, l'Observatoire international des prisons s'appuie sur un réseau d'avocats qui peuvent identifier des dossiers pertinents et, le cas échéant, déposer une question prioritaire de constitutionnalité rédigée par l'association. L'avocat à la Cour de la personne détenue à l'origine de cette campagne contentieuse se souvient ainsi avoir « essayé de plaider une QPC à Toulouse ». Avec

¹⁷⁶ Nicolas Ferran, « Respect au droit au maintien des liens personnels et familiaux des personnes détenues ayant le statut de prévenues : histoire d'une “course-poursuite” » dans Julia Schmitz (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues*, Clermont-Ferrand, Institut Universitaire Varenne, 2017, pp. 106.

l'appui de ce réseau, l'objet du contentieux s'étend, incluant maintenant également les autorisations de téléphoner à des proches en détention provisoire.

En juillet 2015, le responsable du pôle juridique de l'OIP apprend également de manière fortuite – il est venu au Conseil d'État pour l'audience d'une affaire sans rapport – qu'une situation proche est soulevée lors de la même audience. La décision du Conseil d'État risquait de fermer définitivement la voie administrative aux efforts menés par l'association. Des tractations s'engagent alors entre le responsable du pôle juridique de l'OIP, l'avocat aux Conseils qui défend le recours et l'avocate à la Cour qui lui a transmis l'affaire. C'est finalement l'intervention de cette dernière qui, après un premier refus, pousse l'avocat aux Conseils à déposer la QPC rédigée par l'OIP. La question, posée après l'audience, n'est cependant pas transmise par le Conseil d'État, qui met en échec la stratégie en cours.

4) Défendre en justice la cause des personnes détenues

Selon l'analyse de l'Observatoire international des prisons, cette décision est le signe d'un Conseil constitutionnel devenu « inaccessible aux personnes détenues et à leurs proches » dans ces situations¹⁷⁷. Le responsable de son pôle juridique résume la situation : « Pour X [le premier dossier], on voit que c'est bloqué. Pour Y, le dossier suivant, on crée la bataille. On va voir plusieurs juges qui sont *a priori* incompetents. On sait qu'on est confrontés à un problème un peu insurmontable, mais on se dit on va essayer de le surmonter quand même. [...] Une fois que cette stratégie-là elle a échoué, on va pas réembarquer dix fois des requérants dans des recours qui aboutissent à rien. La question c'est : comment on court-circuite tout ça ? » C'est alors en tant qu'association de défense des droits des personnes détenues qu'elle prend en charge directement le contentieux, sans plus s'appuyer sur des recours individuels. Il s'agit désormais d'attaquer directement les dispositions réglementaires qui découlent des articles de lois visés par la question prioritaire de constitutionnalité – on reviendra sur le détail et les implications de cette stratégie. La configuration d'acteurs se resserre autour du pôle juridique de l'OIP et de son cabinet d'avocats aux Conseils.

¹⁷⁷ Nicolas Ferran, « Respect au droit au maintien des liens personnels et familiaux des personnes détenues ayant le statut de prévenues : histoire d'une "course-poursuite" » dans Julia Schmitz (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues*, Clermont-Ferrand, Institut Universitaire Varenne, 2017, pp. 106.

Cela ne veut pas dire que le travail contentieux se déroule désormais de manière tout à fait indépendante des autres acteurs impliqués jusqu'alors. Néanmoins, leur articulation n'est plus la même. La recherche de cas pertinents n'est plus la condition de l'engagement de procédures. Cependant, m'explique le responsable du pôle juridique de l'OIP, « on les cherche quand même, mais dans le cadre d'enquête. Le truc qu'on fait, c'est que de plus en plus, on appuie nos contentieux sur des enquêtes. [...] parce qu'en fait on sait très bien qu'ils [les juges] ne savent pas ce que c'est que la prison. [...] Donc on documente le plus possible, par des cas, par des exemples, par des décisions judiciaires qui ont été rendues. » Ce travail de documentation s'appuie sur les courriers reçus par l'association de la part de personnes détenues et de leurs proches, mais aussi sur des démarches plus proactives comme la diffusion de questionnaires thématiques à leurs contacts en détention. Par ailleurs, le réseau d'avocats – aujourd'hui structuré sous la forme d'une association¹⁷⁸ – sert fréquemment de ressource pour identifier des décisions et des situations pertinentes pour illustrer les recours. Ce sont ainsi grâce à leurs signalements que l'objet du litige, d'abord restreint à la seule délivrance de permis de visite, s'est déplacé jusqu'à englober de nombreuses décisions visant les personnes en détention provisoire : autorisations de téléphoner et de correspondre, translations judiciaires, sorties sous escortes, accès aux unités de vie familiale, etc.

Cela ne veut cependant pas dire que la reconfiguration des acteurs du contentieux soit sans conséquence. Un membre du cabinet d'avocats aux Conseils présente ainsi la différence des contentieux portés au nom de personnes détenues, même engagées pour la défense d'une cause, ou au nom d'une association :

« Ça arrive parfois qu'on ait des requérants... j'ai presque envie de dire qui sont de "bons clients" pour nous. C'est-à-dire des requérants qui se sentent assez solides pour faire du contentieux et qui nous font confiance pour porter leur cause, et profiter de la défense de leurs droits individuels Parce que c'est ça qui doit toujours primer : c'est toujours leur intérêt individuel qui prime, pas celui de la cause. Ça c'est très très important pour nous. Autant, faire des recours pour l'OIP ès qualités d'OIP, il n'y a pas de problèmes : l'OIP assume. Autant, on n'instrumentalise pas – c'est une évidence, mais ça va mieux en le disant – on n'instrumentalise pas le sort des détenus. Les détenus, on défend leur droit, leur intérêt individuel et si jamais il y a une dissonance entre leur intérêt individuel et l'intérêt de la cause, on fait toujours primer l'intérêt individuel. »

¹⁷⁸ Association de défense des droits des personnes détenues (A3D), créée sur le modèle des Avocats pour la défense des droits des étrangers.

Cet extrait souligne un aspect important de la déontologie professionnelle des avocats, et de son articulation à la défense de causes. Cette dernière ne doit jamais prendre le pas sur les intérêts que l'avocat a la charge de défendre. Lorsque le client est une personne morale s'étant donné pour objectif la défense des droits des personnes détenues, cette contrainte est moins forte : « L'OIP récupère la main, et donc le cabinet récupère la main. On peut faire des contentieux nous-mêmes », conclut-il.

Au-delà du garde-fou que peut constituer l'intérêt de la personne au nom de la laquelle le contentieux est initié, cette nouvelle configuration d'acteurs modifie la structure même de l'action en justice. « Nous, on construit nos contentieux dans un contexte complètement différent d'un avocat qui doit défendre les intérêts d'un client », m'explique le responsable du pôle juridique de l'OIP. Là où la contestation d'une décision définit une alternative stricte entre une victoire – qui permet d'annuler la décision – et une défaite – qui échoue à l'obtenir –, les stratégies de l'association peuvent se déployer dans le temps, sur plusieurs recours successifs, articulant plusieurs juridictions. « Ces stratégies-là, elles sont beaucoup moins souvent mises en œuvre dans le cadre de requérants qui veulent défendre une décision. » Elles permettent néanmoins de poser des questions de principe, sans se préoccuper des éventuelles aspérités des dossiers individuels qui ont permis de les soulever. En outre, et c'est le cas de ce contentieux, en attaquant en tant qu'OIP des règlements qui transposent des dispositions législatives, l'association se donne les moyens de questionner la loi et ses manques. Il n'existe en effet pas de recours direct pour demander au législateur de prendre une loi. Cette technique permet enfin de renvoyer dos à dos le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État sur les compétences respectives des pouvoirs législatifs et réglementaires.

B - Un dialogue des juges orchestré par les parties

Dans son ethnographie du Conseil d'État, Bruno Latour décrit le travail des magistrats administratifs comme un effort pour tisser des liens entre des textes. Ces références visent aussi bien des dispositions normatives que des décisions juridictionnelles – du Conseil d'État lui-même ou d'autres cours –, plus exceptionnellement des commentaires de doctrine. Il s'agit ainsi de construire une cohérence interne de la jurisprudence du Conseil d'État, du droit administratif et plus largement du droit. Ce travail est-il cependant si interne à la juridiction que le laissent entendre aussi bien l'analyse de Bruno Latour que les écrits de la Haute cour administrative ?

L'un des juristes interrogés dans le cadre de cette enquête a souligné le caractère symptomatique et problématique de cette conception :

« À un moment donné, le plaideur, tout le monde s'en fout. C'est le juge qui tranche de grands principes et fait la démonstration du pourquoi et du comment. Et jamais ils ne vont de te dire : "le requérant a raison quand il dit que ça ou ça". En fait, ils vous déposèdent de vos arguments. [...] C'est révélateur de la conception que le Conseil d'État a de son propre rôle : ils sont créateurs de droit et les requérants sont juste ceux qui donnent l'occasion de se prononcer, mais qui disparaissent complètement. »

Notre enquête fait en effet apparaître un travail important des parties, en l'occurrence du pôle juridique de l'OIP et du cabinet d'avocats aux Conseils, pour mettre à l'épreuve la cohérence interne des juridictions, mais aussi pour placer en concurrence les positions adoptées par différentes juridictions.

Le contentieux pour garantir une voie des recours aux personnes en détention provisoire confrontées à des décisions judiciaires relatives au respect de leur vie privée et au maintien de leurs liens familiaux s'est caractérisé par le grand nombre de juridictions appelées à se prononcer et qui, en creux ou en plein, pointent vers d'autres cours. Ainsi, le commissaire du gouvernement du Tribunal des conflits, tout en rejetant la requête, suggère d'investir plutôt le terrain constitutionnel. Ce réflexe consistant à « refiler la patate chaude », pour reprendre l'expression d'un juriste de l'OIP, sert également de ressource dans les recours à venir. En particulier, le « dialogue des juges », expression empruntée à Bruno Genevois, prend dans le cadre des QPC une importance particulière¹⁷⁹. La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité suppose en effet un filtre des juridictions suprêmes de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, lesquelles doivent considérer le problème soulevé comme sérieux.

Un bon exemple de ces mécanismes est offert par la navette entre le Palais-Royal et la rue de Montpensier d'un dossier relatif à l'absence de recours des personnes en détention provisoire en matière, d'abord, de permis de visite et d'autorisation de téléphoner, puis de correspondance, de rapprochement familial et de translation judiciaire. L'observation de l'audience de la seconde affaire¹⁸⁰, le 28 mars 2018 devant les 10e et 9e chambres réunies, donne une impression étrange. La rapporteure publique y multiplie les piques contre le Conseil

¹⁷⁹Pierre de Montalivet, « QPC et "dialogue des juges" », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 116, no. 4, 2018, pp. 919-932.

¹⁸⁰ CE, 11 avril 2018, n° 417244.

constitutionnel. Alors qu'elle examine la pertinence des dispositions législatives attaquées par l'OIP, la rapporteure publique énonce :

« Nous ne pouvons que prendre en sympathie les développements de la requérante selon lesquels l'article 715 est la base légale des articles D. 57 et D. 297. Telle était, en effet, l'analyse que nous faisons dans nos conclusions sur la première QPC, et qui nous avait conduites à vous proposer, ce en quoi vous nous aviez suivies, de renvoyer notamment l'article 715 au Conseil constitutionnel. Cette analyse rejoignait celle qu'avait faite le président Guyomar, alors commissaire du gouvernement, dans ses conclusions sur l'affaire de Section CE, 31 octobre 2008, Section française de l'observatoire international des prisons, n° 293785, p1. Simplement, malgré ce soutien de poids, notre position n'a pas convaincu le Conseil constitutionnel. Dans la décision qu'il a rendue sur la première QPC, il a ainsi expressément jugé, après avoir cité l'article 715, que ni cet article ni aucune des autres dispositions renvoyées n'avait de rapport avec les translations judiciaires. Il en a tiré la double conséquence d'une part, que la QPC devait être regardée comme ne portant pas sur l'article 715 qu'elle visait pourtant, d'autre part, que faute de disposition législative visant les translations, il ne pouvait pas se prononcer à leur sujet.

Notre intime conviction reste en porte-à-faux avec cette position, mais nous craignons que l'article 62 de la Constitution ne laisse pas de place à nos états d'âme. Puisque le Conseil constitutionnel le dit, alors l'article 715 du code de procédure pénale n'est pas la base légale des articles D. 57 et D. 297 et cet article n'est donc pas applicable à notre litige. »¹⁸¹

Ce passage suscite de larges sourires, des approbations de la tête et même quelques commentaires à voix basse des membres de la formation de jugement, en premier lieu de son président. Le responsable du pôle juridique de l'OIP m'en explique plus tard les raisons. Lors d'une précédente décision, rendue à l'avis confirme de la même rapporteure publique, cette même formation de jugement avait reconnu la validité d'un article du Code de procédure pénale comme base légale d'une QPC comparable¹⁸². Le Conseil constitutionnel a néanmoins rejeté cette base légale, tout en faisant droit à la demande de l'OIP¹⁸³. Dans une nouvelle demande de transmission de QPC¹⁸⁴, l'association a alors choisi d'invoquer la même base légale, pourtant disqualifiée par le Conseil constitutionnel. Le responsable du pôle juridique de l'OIP m'explique alors l'agacement de la rapporteure publique :

« On revient avec elle sur un autre dossier, en re-soulevant le même article. Elle ne peut pas faire autrement que de dire que ça a déjà été jugé... Mais nous on le sait que ça a déjà été jugé, mais on

¹⁸¹ Aurélie Bretonneau, « Conclusions », Séance du 28 mars 2018 des 10ème et 9ème chambres réunies, Section française de l'Observatoire international des prisons, n° 417244.

¹⁸² CE, 24 février 2016, n° 395126.

¹⁸³ Décision n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016.

¹⁸⁴ CE, 11 avril 2018, n° 417244.

lui remet sous le nez. On veut lui faire dire qu'il [le Conseil constitutionnel] a fait n'importe quoi. [...] Il peut y avoir comme ça des stratégies de tension qu'on peut créer. »

Ces stratégies sont rarement gratuites. Elles permettent de préciser les positions des différents acteurs juridictionnels et de fourbir ainsi les armes des recours à venir. Un membre du cabinet d'avocat aux Conseils m'explique ainsi que, face à une décision négative, « il n'y a rien de plus imparable que de se fonder sur la position qui a été retenue par la juridiction devant laquelle on revient ensuite. [...] L'un des gros atouts qu'on a : on a le temps pour nous. On peut se permettre de faire des stratégies à long terme et de revenir à la charge, d'insister ». Ces stratégies de long terme permettent également de mettre en concurrence les juridictions lorsque celles-ci « bottent en touche », pour reprendre l'expression d'un acteur du contentieux. Ainsi, alors que la même affaire revient devant le Conseil d'État après avoir été jugée par le Conseil constitutionnel, l'Observatoire international des prisons dépose un mémoire complémentaire pour demander à la juridiction administrative de pallier un manque du juge constitutionnel. La rapporteure publique s'en fait l'écho dans ses conclusions :

« Dans une hypothèse comme la nôtre [...] une QPC aurait normalement dû permettre de saisir le vice directement dans la loi. Mais cette difficulté tient à la décision du Conseil constitutionnel qui a fait obstacle à l'opérance de la QPC, de sorte qu'il devra bien vous pardonner de vous saisir de la question dont il n'a pas voulu. »¹⁸⁵

La formation de jugement décide en effet de suivre l'avis de sa rapporteure et d'innover en enjoignant au Premier ministre d'abroger sous douze mois les articles réglementaires visés, sauf intervention dans l'intervalle de nouvelles dispositions législatives.

Ainsi, l'interdiscursivité orchestrée par les parties n'est pas de la même nature que celle que Bruno Latour décrit dans les travaux des conseillers d'État. Elle vise à mettre à l'épreuve les positions au sein d'une même juridiction, à mettre en tension les jurisprudences de différentes juridictions nationales, mais aussi parfois supranationales.

¹⁸⁵ Aurélie Bretonneau, « Conclusions », Séance du 28 novembre 2018 des 10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies, Section française de l'Observatoire international des prisons, n° 417244 (post-QPC).

C - Créer des recours pour faire avancer la cause ?

L'orchestration de ce dialogue des juges a néanmoins un coût, dans la mesure où les ressources de l'Observatoire internationale des prisons sont limitées pour engager de nombreux contentieux de front. Se pose alors la question du moment opportun pour clore une campagne contentieuse. Ainsi, la dernière QPC présentée par l'OIP sur ces questions intervient après le vote de la loi du 23 mars 2009, qui a créé une voie de recours générale pour les personnes en détention administrative et que d'aucuns considéraient comme le point final du contentieux. Du point de vue de l'Observatoire international des prisons, ce nouveau recours va plus loin que la seule duplication d'un contentieux déjà victorieux. La question prioritaire de constitutionnalité porte également sur l'absence dans la loi de délai impératif pour répondre aux demandes, tant pour les personnes en détention provisoire que condamnées définitivement. La décision négative du Conseil constitutionnel sur ce point semble, pour l'instant du moins, avoir mis un terme à ce contentieux. Des points d'insatisfaction demeurent pourtant. En particulier, les textes ne prévoient pas de procédure contradictoire en cas de recours – sa conduite est laissée à la discrétion de l'autorité judiciaire. Cependant, l'analyse de l'Observatoire international des prisons les incite à penser que le Conseil constitutionnel ne se prêtera plus à de nouvelles avancées en la matière. De nouvelles perspectives existent encore devant le Conseil d'État, mais l'association n'a pas souhaité les engager pour l'instant. En effet, un préalable à de telles procédures serait de disposer de retour d'expérience de personnes ayant engagé de tels recours. Or ceux-ci manquent.

L'obtention de nouveaux recours pour les personnes en détention provisoire, sur des sujets qui touchent à des dimensions importantes de la vie en prison, est considérée comme une victoire par l'Observatoire des prisons. L'association s'en fait l'écho sur son site et dans ses rapports d'activités. Dans un premier entretien, le responsable du pôle juridique de l'OIP m'indiquait que de telles décisions concernaient potentiellement énormément de personnes détenues, dans la mesure où les prisons françaises comptent alors près de 18 000 personnes en détention provisoire. Selon lui, le problème n'était pas remonté plus tôt parce que « si les gens ont intégré qu'ils peuvent rien faire, ils font rien ». L'enjeu de la campagne contentieuse de l'OIP ne se limite donc pas ouvrir des voies de recours, mais aussi à en publiciser l'existence auprès des personnes détenues et de leurs avocats. De ce point de vue, lors de notre dernier entretien, trois ans après la première décision du Conseil constitutionnel, l'association n'a eu

connaissance d'aucun recours exploitant les possibilités nouvellement ouvertes. Une des rares tentatives qui lui a été transmise s'est heurtée à la méconnaissance du magistrat saisi de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La question qui se pose à l'OIP est alors de savoir « comment est-ce que tu fais fructifier les choses ? ». La dissémination des victoires contentieuses passe notamment par la participation à des conférences avec des professionnels du droit, la sollicitation d'universitaires pour rédiger des articles de doctrine ou encore le projet de mettre en place un blog ou une newsletter pour toucher les avocats en droit pénal et pénitentiaire.

Enfin, un membre du cabinet d'avocats aux Conseils impliqué dans ce contentieux souligne que les effets bénéfiques de telles procédures doivent également se chercher dans son potentiel de publicisation de problématiques sociales et politiques

« On voit que ça peut faire évoluer les choses. Après, l'impact est pas non plus mirifique et ça on le sait de toute façon. Le contentieux des libertés, le contentieux des droits des détenus, ça reste un contentieux ingrat. Ça fait de belles décisions, ça fait de beaux débats de principe, mais il y a beaucoup d'échecs et des effets souvent assez limités et même des victoires qui soit ne produisent pas d'effets tout de suite, qui soit sont à la Pyrrhus soit en faux-semblant. Donc on n'a pas un retour exact et précis des effets positifs des choses que l'on obtient. Par contre, il y a une dynamique générale de défense des droits des détenus. Nous on voit plutôt l'impact médiatique et global que peut avoir l'action contentieuse de l'OIP. Ça maintient aussi, officiellement et en affichage – mais c'est quand même assez important – le fait que les détenus doivent être défendus, qu'ils ont des droits et qu'il faut les protéger ».

La mesure de tels effets est délicate. Le contentieux du maintien des liens familiaux par des personnes en détention provisoire a moins attiré l'attention des médias que des thématiques comme le travail en prison ou l'insalubrité des établissements pénitentiaire. Du 1^{er} janvier 2016 au 31 novembre 2019, on a ainsi recensé, grâce à la base Europresse, sept dépêches d'agence de presse et sept articles de presse papier ou en ligne relatives à la campagne contentieuse. Plus de la moitié des articles de presse ont d'ailleurs été publiés dans le *Bulletin Quotidien*, dont le fonctionnement s'apparente très largement à une agence de presse. Les autres titres à avoir relayé cette campagne sont *Le Monde* (un article), *Libération* (un article) et *Le Figaro* (un article).

Décision commentée	Fils de presse	Journaux et presse web	Total général
Décision n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016	2	1	3
Décision n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018	1	1	2
CE, 12 décembre 2018, n° 417244	1	1	2
CE, 5 décembre 2018, n° 424970	1	2	3
Décision n° 2018-763 QPC du 8 février 2019	2	2	4
Total général	7	7	14

Tableau 3 – Dépêches et articles de presse parus entre 1^{er} janvier 2016 au 31 novembre 2019 relative à la campagne contentieuse sur le droit au recours des personnes en détention provisoire (source : Europresse).

Les articles sont relativement courts, avec une médiane des articles de presse s'établissant à 451 mots. Ils font la part belle aux extraits des décisions contenus dans les communiqués de presse des juridictions, mais contiennent également dans la moitié des cas des interviews d'acteurs du contentieux. C'est dans ce cas presque toujours X., le médiatique avocat aux Conseils qui est cité (6 cas sur 7), et plus rarement le responsable du pôle juridique de l'OIP (1 cas sur 7).

Campagne de longue haleine, largement commentée par la doctrine comme une victoire importante de l'association¹⁸⁶, le contentieux porté pendant près de six années devant de nombreuses juridictions, y compris le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, semble ainsi peu influencer en pratique sur la vie en détention ou sur la publicisation des conditions de détention. La prise en charge du contentieux en nom propre par l'association l'a coupé d'enjeux concrets

¹⁸⁶ Notamment Anne Ponselle, « Cons. const., 24 mai 2016, n° 2016-543 QPC, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, JO 29 mai 2016 », *Constitutions*, 2017, p.86 ; Julia Schmitz, « Le droit au recours effectif des personnes placées en détention provisoire », *AJDA*, 2019, p.825.

pour des personnes détenues. À qui s'adresse, finalement, le délicat ouvrage juridique bâti à force de persévérance et d'inventivité ? Peut-être aux seuls juristes ?

Le point de vue de la doctrine

Conseil constitutionnel, décision n° 2019-791 QPC du 21 juin 2019, SFOIP

Diane Roman

La décision n° 2019-791 QPC censurant l'impossibilité de contester un refus d'autorisation de sortie sous escorte n'a pas fait l'objet de longs commentaires doctrinaux, et est seulement mentionnée dans quelques aperçus de jurisprudence. De même, les décisions n° 2018-763, déclarant inconstitutionnelle l'absence de voie de recours contre les décisions judiciaires relatives au rapprochement familial des prévenus (Cons. const., 8 févr. 2019, n° 2018-763 QPC, rapprochement familial des détenus prévenus attendant leur comparution devant la juridiction de jugement : JurisData n° 2019-001742 ; AJ pénal 2019, p. 222, note L. Grégoire ; Gaz. Pal. 16 juill. 2019, n° 26, p. 35, obs. S. Salles ; Titre VII, n° 3, oct. 2019, obs. V. Peltier) et celle n° 2018-715, déclarant partiellement non conforme l'absence de recours des personnes en détention provisoire face aux retenues de leur correspondance écrite (Cons. const., 22 juin 2018, n° 2018-715 QPC, Correspondance écrite des personnes en détention provisoire : Rec. Dalloz 2019, p. 1248, obs. E. Debaets et N. Jacquinet ; Titre VII, n° 1, obs. E. Bonis et obs. H. Surrel ; Gaz. Pal. 24 juill. 2018, n° 27, p. 13, obs. J. Bousquet) n'ont principalement retenu l'attention de la doctrine que pour souligner les effets du caractère différé de la censure, et les pouvoirs qu'un tel usage confère au Conseil constitutionnel par rapport au législateur¹⁸⁷.

Un article toutefois se détache des simples notes d'observations suscitées par ce contentieux : celui de Julia Schmitz, maître de conférences à l'université Toulouse-I-Capitole, institut Maurice Hauriou¹⁸⁸. L'auteur souligne le rôle mené par la Section française de l'Observatoire international des prisons (OIP-SF), « qui mène depuis plusieurs années un combat juridictionnel afin de faire avancer le statut des prévenus en détention » et s'apparente

¹⁸⁷ Pascale Deumier, « QPC et procédures (15 mai 2018 – 30 septembre 2019) », *Procédures* n° 1, Janvier 2020, chron. 1 ; Pierre Roujou de Boubée, « Necessitas est lex temporis : à propos de la décision n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018 », *Rec. Dalloz* 2018. 2287.

¹⁸⁸ Julia Schmitz, « Le droit au recours effectif des personnes placées en détention provisoire : Un long chemin contentieux », *AJDA* 2019. 825.

à « un véritable chemin de croix ». Elle détaille les différents contentieux dans lesquels s'est illustré ce qu'elle qualifie d'« activisme juridictionnel » de l'OIP. Mais plus encore, elle insiste sur le jeu de positionnement du Conseil d'État, du Conseil constitutionnel, du juge judiciaire et du Parlement les uns par rapport aux autres dans le contentieux du droit de recours des détenus. Elle s'attache particulièrement à la décision du Conseil d'État du 12 décembre 2018, n° 417244, par laquelle le Conseil d'État annule le refus d'abroger les dispositions relatives aux translations judiciaires des détenus en prévention, en relevant l'incompétence du pouvoir réglementaire en raison de l'incompétence négative du législateur, et lui enjoint d'abroger les dispositions réglementaires jugées illégales dans un délai de douze mois. Selon Julia Schmitz, « La manœuvre du Conseil d'État est au demeurant assez complexe et fait apparaître sa décision comme une leçon contentieuse à l'adresse du Conseil constitutionnel, du législateur et du juge judiciaire lui-même ». A l'encontre du Conseil constitutionnel, puisque le Conseil d'État contourne ici la décision rendue par le Conseil constitutionnel, dans une décision du 24 mai 2016, n° 2016-543 QPC qui avait refusé de voir dans l'article 715 du code de procédure pénale le fondement légal des mesures de translation judiciaire et par conséquent de répondre au grief de l'incompétence négative du législateur pour n'avoir pas prévu de voie de recours contre de telles décisions. Mais, selon l'auteure, la décision est également « audacieuse » à l'égard du législateur : le Conseil d'État « prononce en effet ici une sorte de double injonction : directement à l'égard du Premier ministre, pour abroger les dispositions réglementaires illégales dans un délai de douze mois, et, de manière plus indirecte, à l'égard du législateur, puisque cette modulation dans le temps des effets de sa décision doit permettre à ce dernier d'intervenir d'ici là « pour ouvrir une voie de recours ». Malgré les efforts du rapporteur public pour relativiser la portée de cette décision qui n'appellerait qu'à « une probabilité de l'intervention du législateur » (...), le Conseil d'État exerce bien une pression sur le législateur puisqu'à « défaut d'intervention » de celui-ci dans ce délai, les mesures de translation judiciaire devront être abrogées et ne pourront plus être mises en oeuvre. Ce faisant, il substitue son contrôle à celui, défaillant, du Conseil constitutionnel pour orienter l'action du législateur de laquelle dépend désormais les dispositions réglementaires en cause ». Toutefois, nuance l'auteure, « si cet arrêt paraît constituer une nouvelle victoire de l'OIP-SF pour purger le droit réglementaire et faire évoluer la législation, il n'est qu'une victoire en demi-teinte qui révèle les variations d'interprétation jurisprudentielle des textes mais souligne la nécessaire imbrication des contrôles exercés par les juges constitutionnel et administratif ».

Cas n° 6 – Comment contester les conditions matérielles de détention ? Le cas du centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly

La dénonciation des conditions matérielles de détention est un marqueur récurrent de l'histoire pénitentiaire. En 1780, déjà, le philanthrope anglais John Howard avait dressé un tableau alarmant de « *l'état des prisons, des hôpitaux et des maisons de force en Europe au XVIIIe siècle* »¹⁸⁹. Aujourd'hui, les conditions matérielles de détention continuent en France d'être dénoncées, tant par des acteurs associatifs¹⁹⁰ que par des acteurs institutionnels¹⁹¹. La presse se fait régulièrement l'écho de ces critiques, notamment lorsqu'elles portent sur des établissements de grande taille situés près de villes importantes, comme le centre pénitentiaire des Baumettes à Marseille ou celui de Fresnes dans la banlieue parisienne. La dégradation matérielle des locaux de détention s'est encore aggravée avec l'augmentation rapide du nombre de personnes détenues dans les dernières décennies, et la surpopulation endémique qui en découle. En cela, les conditions matérielles de détention ont connu un « processus de publicisation » réussi depuis longtemps¹⁹².

Néanmoins, s'il fait l'objet d'un large consensus, le constat des conditions indignes de détention peine à trouver des réponses politiques à la hauteur de l'enjeu. Outre l'illusoire recours à des « alternatives » à l'incarcération¹⁹³, la principale mesure a consisté à rénover certains bâtiments de détention, à fermer des établissements pénitentiaires trop vétustes et à construire de nouvelles prisons. Cet effort immobilier s'est néanmoins heurté aux contraintes de la surpopulation carcérale – qui rend difficile la fermeture et même la rénovation de bâtiments occupés –, de la rigueur budgétaire – qui limite les capacités d'investissement – et

¹⁸⁹ Jacques-Guy Petit, « Obscurité des Lumières : les prisons d'Europe, d'après John Howard, autour de 1780 », *Criminologie*, 1995, vol. 28, n° 1, p. 5-22.

¹⁹⁰ Observatoire international des prisons, *Les conditions de détention en France : rapport 2011*, Paris, La Découverte, 2012, 336 p.

¹⁹¹ Voir notamment les recommandations en urgence et les rapports annuels du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (<https://www.cglpl.fr/rapports-et-recommandations/dernieres-recommandations/>).

¹⁹² Daniel Cefaï, « La construction des problèmes publics. Définitions de situations dans des arènes publiques », *Réseaux*, 1996, vol. 14, n° 75, p. 43-66.

¹⁹³ Illusoire dans la mesure où, depuis la fin du XIXe, la mise en œuvre de ces alternatives n'a jamais entraîné une baisse du nombre de personnes incarcérées. Tout juste a-t-elle augmenté le nombre de personnes condamnées à des peines « alternatives ».

des modes de construction en partenariat public-privé – dont nombre de critiques pointent la dégradation rapide des bâtiments. Par ailleurs, ces « nouveaux établissements » se sont rapidement vus reprocher d’être à la source d’autres maux pour les personnes détenues et les membres du personnel, notamment du fait d’une diminution des contacts humains au profit de médiations techniques¹⁹⁴.

Face aux limites des arènes médiatique et politique pour remédier aux déplorables conditions de détention en France¹⁹⁵, certains acteurs militants ont tenté d’investir l’arène juridique. Le 30 janvier 2020, la Cour européenne des droits de l’homme a ainsi rendu un arrêt remarqué, recommandant notamment à la France « l’adoption de mesures générales visant à supprimer le surpeuplement et à améliorer les conditions matérielles de détention », ainsi que de mettre en place « un recours préventif permettant aux détenus, de manière effective, en combinaison avec le recours indemnitaire, de redresser la situation dont ils sont victimes »¹⁹⁶. Cette décision de la Cour européenne des droits de l’homme marque une étape décisive d’efforts contentieux de longue haleine, notamment conduits par une association de défense de droits des personnes détenues et le cabinet d’avocats aux conseils qui la représente. Ces efforts ont longtemps tâtonné pour trouver le juge susceptible de se saisir de cette question, et plus encore pour trouver celui susceptible d’apporter une réponse adaptée à son ampleur.

A - Quel juge pour entendre la cause des conditions matérielles de détention ?

Tout comme le contentieux sur le droit au recours en matière de maintien des liens familiaux, la contestation des conditions matérielles de détention a fait intervenir des juridictions de niveaux et d’ordres différents. L’ordre judiciaire, et en particulier la Cour de cassation, a été sollicité pour statuer sur la compatibilité de ces mauvaises conditions avec le maintien en détention des personnes condamnées ou en détention provisoire ; l’ordre administratif, et en particulier le Conseil d’État, s’est vu saisir de recours indemnitaires en raison des conditions indignes dans lesquelles des personnes avaient été détenues, ainsi que de

¹⁹⁴ Jean-Philippe Melchior et Omar Zanna, « Travailler dans les nouvelles prisons françaises », *La Nouvelle Revue du Travail*, 15 novembre 2019, n° 15.

¹⁹⁵ Voir notamment Jeanne Chabbal, *Changer la prison : rôles et enjeux parlementaires*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2016, 234 p.

¹⁹⁶ CEDH, *J.M.B. et autres c. France*, 30 janvier 2020, n° 9671/15 et 31 autres.

multiplés référés – notamment référé-liberté, référé-constat et référé-mesures utiles – pour constater et apporter des solutions d’urgence à des situations catastrophiques ; enfin, la Cour européenne des droits de l’homme a rendu plusieurs décisions relatives aux conditions de détention en France. Cependant, contrairement au contentieux examiné précédemment, il ne s’agit pas ici de la recherche exhaustive d’un juge compétent. Le contentieux des conditions matérielles de détention fonctionne bien plutôt comme une mise en concurrence des juridictions pour tenter de soumettre non seulement des cas individuels, mais aussi une mise en cause plus globale des conditions de détention. Ce faisant, comme dans le cas précédent, la configuration des acteurs du contentieux se trouve modifiée.

1) L’impasse de la Cour de cassation

La contestation contentieuse des conditions matérielles de détention a un temps hésité entre l’ordre judiciaire et l’ordre administratif. En effet, le Tribunal des conflits a jugé en 1960 que l’ordre judiciaire était seul compétent pour les litiges relatifs « à la nature et aux limites d’une peine infligée par une juridiction judiciaire et dont l’exécution est poursuivie à la diligence du ministère public »¹⁹⁷. Sollicitée, la Cour de cassation a cependant refusé de se pencher sur les mauvaises conditions de détention sous l’angle pénal, au regard de la prohibition des conditions d’hébergement contraires à la dignité humaine¹⁹⁸. Pour les personnes prévenues, il est possible de déposer une demande de mise en liberté ou de contester une décision de placement, de maintien ou de prolongation de la détention provisoire, mais la Cour de cassation a précisé que celle-ci nécessitait des « éléments propres à la personne concernée, suffisamment graves pour mettre en danger sa santé physique ou mentale », refusant ainsi toute évaluation générale des conditions de détention d’un établissement¹⁹⁹. Il en va de même, concernant les personnes condamnées, dans le cadre d’un aménagement de peine, d’une libération conditionnelle, d’une suspension ou d’un fractionnement de peine. Si les mauvaises conditions de détention sont régulièrement plaidées devant le juge des libertés et de la détention et le juge de l’application des peines, elles sont rarement retenues et n’apportent aucune solution aux

¹⁹⁷ Trib. Confl., 22 févr. 1960, *Dame Fargeaud d’Epiéd*, p.855 Trib. Confl., 22 févr. 1960, *Dame Fargeaud d’Epiéd*, p.855

¹⁹⁸ Crim., 20 janvier 2009, n° 08-82807. La chambre de l’instruction de la Cour d’appel de Nancy avait pourtant ouvert la voie à cette possibilité (voir Jean Danet, « Les conditions de détention et l’article 225-14 du code pénal », *Recueil Dalloz*, 2007, p.2218).

¹⁹⁹ Crim., 29 février 2012, n° 11-88.441

problèmes structurels sous-jacents. « Ce qui veut dire, commente le juriste de l'OIP déjà rencontré dans le cas précédent, que de notre point de vue, le juge judiciaire, et le juge de l'application des peines à tout le moins, n'est pas un juge effectif pour pouvoir mettre fin aux conditions de détention [inhumaines et dégradantes]. »

Le contentieux judiciaire des conditions matérielles de détention repose donc, comme la contestation des décisions disciplinaires, sur des actions individuelles. Un membre du cabinet d'avocats aux Conseils particulièrement actif sur ces questions explique ainsi qu'en la matière, « on est moins maîtres du jeu [...], parce que on ne peut pas aussi facilement monter des contentieux devant le judiciaire, parce que devant le judiciaire c'est toujours une personne physique pour intervenir ». De plus, les avocats à la Cour jouent un rôle central dans les stratégies en matière d'application des peines. Ainsi, ces contentieux « sont vraiment construits par des avocats », m'explique le responsable juridique de l'OIP, « nous on n'aura jamais une personne qui va nous demander directement de l'aider à faire son aménagement de peine ». La construction d'un projet d'aménagement de peine a en effet une dimension très factuelle et individualisée, ce qui ne favorise pas l'implication d'acteurs associatifs.

La jurisprudence défavorable de la Cour de cassation et le caractère individualisé de contentieux de l'application des peines ne sont cependant pas des explications suffisantes du désinvestissement de cet espace par l'association la plus active sur ces thématiques. En effet, comme me l'explique l'un de ces anciens salarié, pénaliste désormais exclusivement engagé dans les recours devant le Cour européenne des droits de l'homme, l'application des peines recèle de puissants leviers, encore largement inexploités, pour s'attaquer à la surpopulation carcérale²⁰⁰. Le responsable juridique de l'association n'en disconvient pas. Spécialisé en droit public, il manque cependant de ressources pour concevoir un contentieux percutant en droit privé : « J'ai une capacité d'imagination, d'invention sur le droit public que j'ai absolument pas dans ce domaine-là ». L'absence d'un juriste privatiste au sein du pôle – composé d'un unique salarié permanent et de deux stagiaires-avocats – compromet ainsi la capacité de l'association à investir ce domaine.

²⁰⁰ Ce qu'a parfaitement compris, dans une perspective bien différente, une association promouvant un durcissement de la politique pénale et pénitentiaire en attaquant la circulaire pénale prise par Christiane Taubira qui enjoignait aux Parquets de prendre en compte la surpopulation des établissements pénitentiaires dans leurs éventuelles réquisitions d'incarcération (CE, 3 avril 2014, n° 363981).

Ainsi, malgré la compétence du juge judiciaire sur l'exécution des sanctions pénales et l'existence d'un contentieux en la matière, le développement d'une action stratégique militante devant la Cour de cassation s'est heurté, en matière de conditions matérielles de détention, au manque de ressources humaines spécialisées, à la physionomie particulière de ces procédures dont l'initiative et la conduite reviennent avant tout aux avocats à la Cour et, surtout, au diagnostic de l'incapacité du juge judiciaire à apporter des solutions autres qu'individuelles à des problèmes structurels.

2) Les limites du contentieux indemnitaire

C'est donc principalement vers l'ordre administratif que se sont tournées les velléités militantes, et tout particulièrement vers le contentieux indemnitaire. Il s'agit alors non plus d'un recours préventif, permettant par exemple à une personne placée dans des conditions indignes de sortir de prison, mais d'une action compensatoire qui indemnise les personnes pour ce qu'elles ont déjà subi. Le Tribunal des conflits a en effet jugé que les litiges relatifs au service public pénitentiaire revenaient au juge administratif²⁰¹. Comme le note Julia Schmitz, maîtresse de conférences en droit public, « la responsabilité de l'État en matière carcérale relevait d'un régime complexe et difficile à mettre en œuvre »²⁰². Il a fallu attendre 1958 pour que le Conseil d'État passe d'une exigence d'une « faute manifeste et d'une particulière gravité » à celle d'une faute lourde²⁰³, 2003 pour que l'exigence de faute simple soit généralisée en matière pénitentiaire²⁰⁴, et 2013 pour la seule constatation de « conditions de détention qui porteraient atteinte à la dignité humaine » soit constitutive d'une faute de l'administration pénitentiaire²⁰⁵. La première condamnation de l'État du fait des conditions indignes de détention est prononcée le 27 mars 2008 par le tribunal administratif de Rouen, à l'initiative de l'avocat Étienne Noël, proche d'une association de défense des droits des personnes détenues²⁰⁶.

La voie indemnitaire a donné lieu à de nombreux recours devant les tribunaux administratifs, bien au-delà des seules conditions matérielles de détention. Le centre

²⁰¹ Tribunal confl. 22 févr. 1960, n° 1647, *Dame Fargeaud d'Epied*, Lebon 855.

²⁰² Julia Schmitz, « Responsabilité de l'État en raison de conditions de détention », *AJDA*, 2017, p. 637.

²⁰³ CE 4 janv. 1918, n° 60668, *Mineurs Zulemaro*, Lebon 9 ; CE 4 janv. 1918, n° 53178 *Duchesne*, Lebon 10, CE 3 oct. 1958, n° 34789, *Rakotoarinovy*, Lebon 470.

²⁰⁴ CE 23 mai 2003, n° 244663, *Chabba*, Lebon 240.

²⁰⁵ CE, sect., 6 déc. 2013, n° 363290, *Thévenot*, Lebon.

²⁰⁶ TA Rouen, 27 mars 2008.

pénitentiaire de Rémire-Montjoly, notamment, a fait l'objet d'une campagne indemnitaire soutenue par une association de défense des droits des personnes détenues en octobre 2011. Quatorze prisonniers de l'établissement ont ainsi déposé simultanément un recours victorieux devant le tribunal administratif, pour lequel le ministère public a ensuite fait appel devant la cour administrative d'appel de Bordeaux, qui a sensiblement réduit le montant des indemnités. Celles-ci sont ainsi passées d'une moyenne de 7 380 euros à une moyenne de 2 690 euros par personne indemnisée. Ces montants illustrent une première réserve des acteurs militants à l'égard du contentieux indemnitaire. Même dupliquées sur plusieurs dizaines de personnes au sein du même établissement, les sommes cumulées restent bien faibles en comparaison de celles que l'administration devrait engager pour remédier aux problèmes de fond.

Face à ce constat, deux stratégies contentieuses ont été développées. D'abord, devant les juridictions du fond, en multipliant autant que possible le nombre des procédures. Ainsi, à la maison d'arrêt de Rouen, ce sont près de cent prisonniers qui avaient déposé, et obtenu pour soixante-dix-sept d'entre eux, une indemnisation pour leurs conditions de détention²⁰⁷. Cette action contentieuse, menée avec le soutien du pôle « enquêtes » de l'OIP, est d'ailleurs créditée d'avoir accéléré la fermeture de l'établissement. Cependant, comme le note Sylvain Gauché, cette stratégie est encore marginale : « Le droit pénitentiaire ne relève pas du contentieux de masse puisque l'on dénombre 600 à 800 requêtes en matière pénitentiaire, par an, tous contentieux confondus, y compris en matière disciplinaire. Un afflux massif de requêtes relèverait de la “guérilla” juridique, qui a pour objectif d'épuiser la partie adverse »²⁰⁸.

Parallèlement, devant le Conseil d'État, des stratégies contentieuses ont porté sur la manière dont sont indemnisées les conditions de détention. En mai 2016, incarcérée au centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly, encore, une personne introduit un référé-provision en réparation du préjudice moral qu'il estime avoir subi du fait de ses conditions de détention entre 2011 et 2013. Sa demande, rejetée par le juge des référés du tribunal administratif de la Guyane²⁰⁹, est portée devant le Conseil d'État par un cabinet d'avocats aux Conseils très engagé dans le contentieux des libertés, mais qui n'intervient qu'épisodiquement en matière pénitentiaire. En section, la Haute juridiction, sur les conclusions du rapporteur public, décide

²⁰⁷ TA Rouen, 26 juillet 2012.

²⁰⁸ Sylvain Gauché, « À la recherche du recours effectif. Responsabilité et référés en droit pénitentiaire », ADJA, 2017, p. 1837.

²⁰⁹ Juge des référés, tribunal administratif de la Guyane, 30 mars 2017.

alors de préciser le mode de calcul du préjudice subi en raison de conditions indignes de détention. En particulier, le préjudice moral revêt désormais un caractère continu et évolutif²¹⁰. Cette décision a été obtenue sans l'intervention d'une structure de soutien associative et militante. Tout comme le cas traité en matière disciplinaire, le revirement de jurisprudence trouve avant tout sa source dans la solution originale proposée par le rapporteur public, dont choisit de se saisir la section du contentieux. Cette décision a néanmoins attiré l'attention d'acteurs militants, alors même que l'évolution des recours compensatoires était considérée par beaucoup comme stabilisée de manière relativement satisfaisante. Ainsi, un membre du cabinet d'avocats aux Conseils intervenant fréquemment en matière pénitentiaire indique en entretien : « Sur les retours compensatoires, ça fonctionne aujourd'hui assez bien en France, c'est-à-dire qu'on a effectivement des recours indemnitaires qui fonctionnent bien, avec en plus des référés-provision, ça fonctionne plutôt bien ». Le responsable du pôle juridique de l'OIP considère cependant que la décision du Conseil d'État en 2018 montre bien l'intérêt de ce type de démarche, puisque la grille d'indemnisation fournie par le Conseil d'État est supérieure à la jurisprudence des tribunaux administratifs, et qu'elle ouvre vers de nombreuses questions sur le calcul des indemnités, par exemple en cas de changement cellule.

Cet intérêt n'a cependant pas fait disparaître la réticence de nombre d'acteurs de la cause des droits des personnes détenues à investir le contentieux indemnitaire. Celle-ci tient, une nouvelle fois, à la structure d'un contentieux qui suppose une implication importante d'avocats à la Cour, aux effets médiatiques pervers de décisions qui aboutissent à verser de l'argent à des personnes du fait de leur détention et à l'absence de conséquences structurelles sur les conditions de détention.

Tout d'abord, précisément parce que le contentieux indemnitaire est, selon le mot d'un juriste spécialisé, considéré comme « relativement balisé », les acteurs associatifs et militants n'y voient pas nécessairement un domaine stratégique où investir des ressources rares. Les recours sont alors laissés à la discrétion des avocats à la Cour, sans activité particulière de soutien ou d'encouragement. Symétriquement, constate le responsable du pôle juridique d'une association, « les avocats nous saisissent pas trop pour ce genre de choses ». C'est d'ailleurs au hasard d'une désignation à l'aide juridictionnelle de l'avocat aux Conseils avec lequel l'association travaille habituellement que ce juriste s'est retrouvé engagé dans le contentieux

²¹⁰ Conseil d'État - Section du contentieux - 3 décembre 2018 - n° 412010

indemnitaire. L'avocat aux Conseils a en effet proposé d'associer l'association à la procédure, alors même qu'elle n'était pas intervenue en amont et n'avait pas été sollicitée par l'avocat à la Cour. « J'ai dit "Oui, je prends", se souvient le juriste associatif, mais on n'avait pas organisé quelque chose de stratégique pour nous positionner sur le sujet ».

Le principal reproche adressé au contentieux indemnitaire tient cependant à sa faible capacité de faire advenir des changements structurels, au-delà des – faibles – compensations financières allouées aux personnes. Comme le note Sylvain Gauché, alors président de l'association de défense des personnes détenues (A3D), « de toute évidence, et sans doute en raison d'un nombre de recours trop peu important et de la faiblesse des sommes allouées en réparation, les recours en responsabilité n'ont pas eu une incidence suffisante pour que les conditions de détention en France soient améliorées ». Cette opinion semble partagée par l'ensemble des personnes interrogées dans le cadre de cette recherche. « La masse du contentieux indemnitaire est pas suffisamment importante pour faire plier l'administration », expliquait un responsable de l'OIP ; tandis qu'un juriste spécialisé notait que « l'administration se satisfait de cette gestion à la petite semaine qui vise à dire : "Vous avez subi des conditions de détention indignes ? Bah c'est pas grave, vous allez demander de l'argent" et puis voilà on sait très bien que politiquement et même financièrement ça leur coûte moins cher d'aller se faire condamner au cas par cas par des détenus plus ou moins mobilisés plutôt que de faire une réforme structurelle d'ensemble. »

Enfin, même lorsque des sommes conséquentes sont obtenues et semblent en mesure de peser sur les budgets de l'administration pénitentiaire, certains acteurs militants marquent des réserves. L'un d'eux identifie ainsi un « effet contre-productif sur le plan politique et médiatique », qui tient à la manière dont les indemnisations sont interprétées dans l'espace public : « On a eu quelques exemples d'articles de presse en Polynésie [...] : "Le violeur d'enfants a touché tant" ». Face à de tels cadrages monétaires, la stratégie de l'association est de centrer la communication sur la reconnaissance par la justice d'une faute de l'administration : ce qui importe ce n'est pas la somme versée, mais le fait que la condamnation objective les conditions matérielles indignes de l'établissement. Cependant, les victoires juridiques, sur le terrain contentieux, semblent délicates à traduire dans l'espace public, si ce n'est, comme l'indique le même acteur, « pour faire constater une faute en fait ». C'est alors moins l'indemnisation qui est recherchée que le fait « de pointer un comportement illégal et donc de faire jurisprudence sur les droits des personnes ».

Le terrain indemnitaire devant le Conseil d'État n'est pas laissé en jachère. Entre 2013 et 2018, c'est même le domaine sur lequel la Haute juridiction a été le plus souvent appelée à se prononcer en matière pénitentiaire, avec seize décisions rendues, dont certaines se contentaient néanmoins de dupliquer le même principe à plusieurs pourvois individuels²¹¹. Ces procédures sont en effet, par nature, exclusivement portées par des individus. Les associations interviennent peu dans la structure de soutien, et le plus souvent de manière fortuite ou marginale. Les cabinets d'avocats aux Conseils sont relativement nombreux, désignés le plus souvent directement par le conseil de l'Ordre (commissions d'office).

3) Du juge de l'excès de pouvoir au juge des référés

Il en va tout autrement du contentieux de l'excès de pouvoir en matière de conditions de détention, tout autant que des référés – liberté ou mesures utiles. Ceux-ci sont presque exclusivement portés directement par des associations et visent des mesures qui dépassent les situations individuelles. Seuls deux référés-mesures utiles ont été portés par des individus, l'un portant notamment sur la délivrance du « matériel nécessaire à l'entretien de sa cellule et à son hygiène personnelle et respecter le règlement intérieur qui prévoit trois douches par semaine »²¹², l'autre de manière plus générale sur ses conditions de détention²¹³. Les autres procédures sont toutes, à une exception²¹⁴, à l'initiative d'une même association de défense des droits des personnes détenues, représentée par le même cabinet.

²¹¹ Ainsi, les seize décisions ont été rendues à huit dates différentes, et à propos de six établissements pénitentiaires.

²¹² CE, 05 février 2016, n° 393540 (rejet).

²¹³ CE, 24 juillet 2013, n° 370446 (rejet).

²¹⁴ Celle du recours pour excès de pouvoir, mentionné plus haut, formé contre la circulaire pénale de Christiane Taubira par une association réclamant une politique pénale plus ferme.

Types de recours	Type de plaignants		Total
	Associations	Individus	
Indemnitaires (plein contentieux ou référé-provision)	0	18	18
Référé liberté ou mesures utiles	7	2	9
Excès de pouvoir	3	0	3
Total	9	20	30

Tableau 4 – Répartition des décisions rendues par le Conseil d'État en matière de conditions de détention selon le type de recours et le type de plaignant (1^{er} janvier 2013-31 décembre 2018)

C'est tout d'abord sur le terrain du recours pour excès de pouvoir que ces stratégies contentieuses se sont déployées. En 2014, le Conseil d'État a ainsi été amené à se prononcer sur deux pourvois formés par l'OIP contre les refus de la direction de deux établissements pour l'un, de fermer des quartiers disciplinaires vétustes et, l'autre, de prendre une série de mesures dont le cloisonnement des lieux d'aisance en cellule²¹⁵. Le choix de ces procédures accélérées s'est alors justifié par l'incompatibilité des délais habituels des tribunaux administratifs avec la gravité des conditions de détention alléguées. Ainsi, le 30 juillet 2007, l'association de défense des droits des personnes détenues adresse au chef d'établissement de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis un courrier demandant la fermeture immédiate des quartiers disciplinaires, dont il dénonce l'état déplorable. Il faut attendre le 8 juillet 2010 pour que le tribunal administratif de Versailles se prononce sur le recours en excès de pouvoir dirigé contre le refus de l'établissement. La décision, négative, est annulée par la cour administrative d'appel de Versailles par un arrêt du 23 octobre 2012. Celle-ci considère cependant que la situation dénoncée est trop ancienne et prononce un non-lieu à statuer. Ce n'est finalement que le 30 novembre 2014 que le Conseil d'État fait partiellement droit à la demande de l'association.

C'est alors au niveau des procédures de référés que les acteurs associatifs ont cherché les moyens de voir ordonner de telles mesures dans des délais plus courts. En particulier, le référé-

²¹⁵ CE, 30 décembre 2014, n° 364774 ; CE, 30 décembre 2014, n° 362496.

mesures utiles permet de demander au juge d'ordonner toutes mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative, et ce dans un délai d'un mois. Dans le cadre d'un référé-liberté, le juge statue cette fois dans un délai de quarante-huit heures pour prendre toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale. L'engagement de tels recours soulève cependant d'importantes difficultés relatives à l'établissement des faits et à la caractérisation de l'urgence. De plus, le juge des référés ne peut ordonner que des mesures ponctuelles susceptibles d'agir à bref délai sur la situation, excluant par exemple toute mesure relative aux causes de la surpopulation et des conditions de détention. C'est ici qu'intervient, en parallèle des recours devant le juge administratif, la Cour européenne des droits de l'homme.

B - Le Conseil d'État sous le regard de la Cour européenne des droits de l'homme, une stratégie « gagnant-gagnant » au centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly

Le centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly, en Guyane, est l'un des établissements les plus dégradés de France. Les locaux sont globalement insalubres, la surpopulation y atteint jusqu'à 157% d'occupation, les nuisibles y prolifèrent, les faits de violence grave s'y multiplient, le recours à la force et aux sanctions disciplinaires y est particulièrement fréquent²¹⁶. L'établissement fait depuis le début des années 2010 l'objet d'efforts contentieux variés pour répondre à cette situation alarmante. La décision du 4 avril 2019, rendue par en appel par le juge des référés du Conseil d'État²¹⁷, s'inscrit ainsi dans une double filiation. D'abord, depuis 2011, le centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly a fait l'objet de plusieurs séries de recours indemnitaires appuyés par l'OIP. En 2017, cette même association avait demandé au juge des référés « d'ordonner toutes mesures qu'il estimera utiles afin de faire cesser les atteintes graves et manifestement illégales portées aux libertés fondamentales des personnes détenues au sein du centre pénitentiaire de Guyane », se heurtant alors aux difficultés de caractériser l'urgence²¹⁸. C'est en s'appuyant sur des recommandations en urgence publiées par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté à propos de l'établissement que ces deux obstacles – la description précise et officielle des conditions des détentions et la caractérisation

²¹⁶ Parmi d'autres sources, ces informations sont issues des recommandations rendues en urgence par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté le 31 janvier 2019.

²¹⁷ Conseil d'État, ord., 4 avril 2019, n° 428747

²¹⁸ Conseil d'État Juge des référés 1 mars 2017 N° 407819

de l'urgence – ont pu être levés. Cette stratégie duplique celle initiée après les recommandations en urgence relative à la maison d'arrêt des Baumettes à Marseille en 2012²¹⁹. Elle s'inscrit cependant dans une relation stratégique aux recours devant le Cour européenne des droits de l'homme, initiés avec l'appui des mêmes acteurs, et qui a depuis donné lieu à une décision importante de la juridiction européenne²²⁰.

1) Une fenêtre d'opportunité ouverte par une autorité indépendante

On l'a mentionné, le centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly avait déjà fait l'objet en 2017 d'un recours en référé-mesures utiles de la part de la même association. Cette procédure suppose notamment que la partie requérante soit en mesure de justifier de l'urgence des mesures demandées. L'association avait notamment appuyé son recours sur la récente publication d'un avis défavorable de sous-commission départementale de sécurité contre les risques d'incendie et de panique relatif à la poursuite de l'exploitation du centre pénitentiaire. C'est cependant sur le fondement du défaut d'urgence que le juge des référés du tribunal administratif de Guyane, puis le Conseil d'État lui-même ont rejeté le recours : la date récente de l'avis défavorable et l'engagement de travaux par l'administration pénitentiaire ne permettaient pas de justifier l'« urgence pour le juge des référés à intervenir dans le bref délai prévu par l'article L. 521-2 du code de justice administrative »²²¹. Cette décision est symptomatique des difficultés rencontrées par les stratégies contentieuses devant le juge des référés en matière de conditions de détention. En plus de la difficile caractérisation de l'urgence des mesures demandées, l'association requérante a dû apporter des preuves d'atteintes graves aux droits fondamentaux, alors même que la prison est un univers clos et que l'administration pénitentiaire refuse le plus souvent de communiquer les informations demandées par les associations, voire fait obstacle à leurs communications avec des personnes détenues.

Du fait de ces contraintes, la voie des référés semblait bouchée. C'est à la faveur de la parution au Journal officiel de recommandations en urgence prises par une autorité administrative indépendante, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, que le contentieux relatif au centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly a pu être relancé. Cette autorité administrative indépendante, créée en 2007, a la prérogative de visiter les établissements pénitentiaires et de rendre publiques ses conclusions, éventuellement selon une procédure

²¹⁹ CE, 22 décembre 2012,

²²⁰ CEDH, *J.M.B. et autres c. France*, 30 janvier 2020, n° 9671/15 et 31 autres.

²²¹ Conseil d'État, juge des référés, 1^{er} mars 2017, n° 407819.

accélérée lorsqu'elle a constaté des violations graves aux droits fondamentaux. Le centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly était en 2019 le cinquième établissement pénitentiaire pour personnes majeures à faire l'objet d'une telle procédure, après le centre pénitentiaire de Nouméa en 2011 et 2019²²², le centre pénitentiaire des Baumettes en 2012²²³, la maison d'arrêt de Strasbourg en 2015²²⁴ et le centre pénitentiaire de Fresnes en 2016²²⁵. Alors que les rapports de visite ordinairement publiés sur le site du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) décrivent le plus souvent des conditions de détention vieilles de plusieurs années, les recommandations en urgence s'intègrent dans une temporalité plus courte. Par ailleurs, les prérogatives et le statut administratif de cette institution, mécanisme national de prévention de la torture, confèrent à ses observations, comme à sa caractérisation de l'urgence de la situation, une légitimité sur laquelle les acteurs militants peuvent s'appuyer devant les juridictions. Un membre du cabinet d'avocats aux Conseils qui a pris en charge ce contentieux explique que ces recommandations constituent « une mine d'informations factuelles, et surtout une référence [...] l'avantage c'est que quand y a le CGLPL qui prend ses recommandations et que c'est documenté, le juge croit le CGLPL ». Ce n'est d'ailleurs pas la première fois que des recommandations en urgence du Contrôleur général des lieux de privation de liberté servent d'appuis à l'action contentieuse de l'association. Le contentieux relatif au centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly est notamment tributaire du précédent des Baumettes, à Marseille, où la publication de recommandations en urgence a donné lieu le 2012 à un arrêt du juge des référés du Conseil d'État à l'initiative de la même association²²⁶.

Du fait de son indépendance statutaire, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) ne peut cependant être considéré comme appartenant à la « structure de soutien » de ces mobilisations contentieuses. La dépendance des acteurs militants vis-à-vis de cette institution dotée de logiques propres pose ainsi problème, comme l'explique le responsable juridique de l'association requérante : « À chaque fois, on est monté sur des contentieux où on avait un avis en urgence du CGLPL, qu'on n'aura pas sur d'autres

²²² Contrôleur général des lieux de privation de liberté, « Recommandations en urgence relatives au centre pénitentiaire de Nouméa (Nouvelle-Calédonie) », *Journal officiel*, 6 décembre 2011 puis 18 décembre 2019.

²²³ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, « Recommandations en urgence relatives au centre pénitentiaire des Baumettes à Marseille », *Journal officiel*, 12 novembre 2012.

²²⁴ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, « Recommandations en urgence relatives à la maison d'arrêt de Strasbourg », *Journal officiel*, 13 mai 2015.

²²⁵ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, « Recommandations en urgence relatives au centre pénitentiaire de Fresnes », *Journal officiel*, 14 décembre 2016.

²²⁶ CE, 22 décembre 2012, SF-OIP.

établissements. [...] On peut pas attendre à chaque fois, tous les deux ans, qu'il y ait une recommandation en urgence du CGLPL ». L'OIP a ainsi développé un contentieux pour obtenir des expertises sur les conditions de détention ordonnées par le juge des référés²²⁷. Ainsi, peu avant l'engagement du recours sur le centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly, un effort contentieux de la même association, assisté du même avocat aux Conseils, avait porté sur la prescription par le juge des référés d'un constat contradictoire des conditions de détention de trois personnes détenues à la maison d'arrêt d'Angers, avec notamment une demande d'expertise biologique et acoustique²²⁸.

Cependant, même dépendante de l'action d'une autorité administrative indépendante, l'action contentieuse relative au centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly était, pour ses instigateurs, l'occasion de peser sur le pouvoir que se donne le juge des référés pour ordonner des mesures substantielles sur les conditions matérielles de détention.

2) Obtenir des mesures structurelles

La rapidité de l'action du juge des référés a en effet pour contrepartie une limitation assez forte des mesures qu'il est en mesure d'ordonner. Il n'est en effet susceptible de prononcer que des mesures ponctuelles, pouvant être mises en œuvre dans de délais très brefs au regard la menace qui pèse sur les droits fondamentaux, à l'exclusion de toute mesure de plus grande ampleur, qui nécessiterait un examen approfondi de faisabilité ou s'attaquerait à un dysfonctionnement structurel. Ces principes ont été affirmés au fil des recours d'une association de défense des droits des personnes détenues relativement aux conditions de détention au centre pénitentiaire de Baumettes²²⁹, à la maison d'arrêt de Nîmes²³⁰, et au centre pénitentiaire de Fresnes²³¹. Néanmoins, cette jurisprudence peu favorable à l'obtention de mesures substantielles, et encore moins structurelles n'a pas empêché les requérants de formuler, dans le cas du centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly, de telles demandes. Comme l'explique un membre du cabinet d'avocats aux Conseils engagé sur ces procédures, l'objectif d'introduire malgré tout de nouveaux recours est de « bousculer le juge pour qu'il nous donne le plus de choses possible ». Évoquant les évolutions jurisprudentielles des dernières décennies en matière

²²⁷ Notamment, à propos d'un référé-constat sur la prescription de mesures

²²⁸ CE, 13 mars 2019, n° 418101, 418102, 418105. L'audience du 22 février 2019 a été observée.

²²⁹ Conseil d'État, juge des référés, 22 décembre 2012, n° 364584.

²³⁰ Conseil d'État, juge des référés, 30 juillet 2015, n° 392043

²³¹ Conseil d'État, 10^e et 9^e chambres réunies, 28 juillet 2017, n° 410677.

de mesures d'ordre intérieur, il revendique une certaine « volonté de provocation » qui s'inscrit dans « la démarche de l'OIP depuis longtemps, et [qui] est aussi l'ADN du cabinet et de ce que fait [l'avocat aux Conseils] : on fait bouger les lignes ». Le juriste décrit ainsi en plaisantant la rédaction des demandes adressées au juge des référés comme « une liste au Père Noël » et précise :

« On peut être maximaliste [...]. Pourquoi ? Parce qu'il y a objectivement des conditions de détention inhumaines et dégradantes, et pour pouvoir faire cesser la violation, il faut prendre telle mesure, telle mesure, telle mesure. Donc nous on n'est pas gêné à l'idée de demander des choses que dans un dossier classique on se permettrait peut-être pas, parce qu'on ne voudrait pas être aussi aventureux, parce qu'en fait justement on dit au Conseil d'État qu'y a un problème et qu'ils doivent aller plus loin. [...] On va pas s'autocensurer, on va pas s'autolimiter en disant "Mais en 2017, le Conseil d'État il a dit qu'il ne fallait pas aller au-delà des mesures structurelles donc maintenant c'est terminé, on est gentil, on va faire que des demandes non structurelles.", bah non en fait, on va continuer à les demander et on va continuer à faire constater que le Conseil d'État nous refuse de prononcer des choses qui permettraient de mettre fin aux conditions indignes de détention. »

De fait, la décision du tribunal administratif de Guyane, rendue le 23 février 2019, rejette une bonne partie des demandes formulées par l'association, mais en accepte aussi certaines qui n'entraient pas dans le périmètre défini jusqu'alors – comme le cloisonnement de l'ensemble des sanitaires en cellule –, et prend même l'initiative de lui accorder un droit de suivi sur les mesures prononcées : l'administration devra tenir l'association – ainsi que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté – informée de l'avancée des travaux. Ce sont d'ailleurs ces mesures inédites qui motivent l'appel formé par le ministère de la justice devant le Conseil d'État.

Lors de l'audience, observée le 28 mars 2019, le débat porte rapidement sur la nature des injonctions prises par le juge des référés du tribunal administratif de Guyane. À l'avocat aux Conseils et au responsable juridique de l'association requérante font face six personnes, issues de la direction des affaires criminelles et des grâces, ainsi que de la direction interrégionale des services pénitentiaires – notamment la directrice de la DI Outre-mer elle-même. C'est le seul homme de cette rangée, devant lequel se trouvent d'imposants dossiers notés « GDS [garde des Sceaux] », qui prend la parole de manière presque exclusive. Ses arguments sont énoncés dans un style oral, presque relâché : « Ça nous semble un peu dépasser l'office du juge ». Face à lui, l'avocat aux Conseils de l'association requérante se fait volontiers cassant. Il est le seul à porter la robe. Outre le représentant du ministère de la Justice, la directrice interrégionale des services pénitentiaires d'Outre-Mer prend parfois la parole pour insister sur des points factuels. En effet, aucune des personnes présentes ne revendique une connaissance directe du centre pénitentiaire.

À plusieurs questions factuelles, le représentant du ministère reconnaît son ignorance. Il répond ainsi au président : « On a le même niveau de connaissance. Je ne suis jamais allé à Rémire-Montjoly ». Même le responsable juridique de l'association requérante, qui apporte pourtant à plusieurs reprises des détails factuels, indique quelques minutes plus tard ne pas avoir « une connaissance parfaite de l'organisation de l'établissement ». À plusieurs reprises, le président fait référence à un documentaire récemment tourné par un média en ligne dans la prison, ainsi qu'aux rares photographies du dossier. Les débats portent cependant avant tout sur la faisabilité des travaux compte tenu de la disposition des locaux et de l'occupation continue de l'établissement. Il s'agit pour l'administration de montrer que les mesures demandées prononcées par le tribunal administratif représentent bien des mesures structurelles, nécessitant une planification complexe et des moyens importants. En particulier, le cloisonnement des sanitaires ne serait pas possible dans un délai court, dans la mesure où l'administration dit devoir tester de nouveaux prototypes adaptés aux conditions climatiques de la Guyane. L'avocat aux Conseils souligne que ces considérations doivent peu peser « face à des traitements inhumains et dégradants. Il ne faut pas inverser les choses ». Le responsable juridique de l'association requérante insiste sur le fait que de telles contraintes sont récurrentes et posent donc la question de ce qu'il est possible de faire pour remédier à de telles violations, notamment sur la faisabilité des travaux compte tenu de la disposition des locaux et de l'occupation continue de l'établissement. L'avocat aux Conseils souligne que ces considérations doivent peu peser « face à des traitements inhumains et dégradants. Il ne faut pas inverser les choses ». Le responsable juridique de l'association requérante, qui insiste sur le fait que de telles contraintes sont récurrentes et posent donc la question de ce qu'il est possible de faire pour remédier à de telles violations.

Au terme de ces débats, l'ordonnance du juge des référés annule une partie des injonctions prononcées par le tribunal administratif, y compris celles qui créent un droit de suivi, mais confirme d'autres mesures, comme le cloisonnement des sanitaires. Le Conseil d'État précise à cette occasion sa jurisprudence, en étendant le pouvoir du juge des référés aux « aménagements provisoires dans l'attente de solutions pérennes », en plus des mesures qui « peuvent être réalisées à bref délai sans exiger de travaux lourds de nature structurelle ». Cette avancée marque le succès de la démarche de l'association consistant à « grapiller », pour reprendre le terme de l'un de ces membres, des mesures susceptibles d'être prononcées par le juge des référés : une dératisation de grande ampleur dans le cas de Fresnes, le cloisonnement des toilettes ici. En effet, note le responsable juridique de l'OIP à la sortie de l'audience, ces

mesures pèsent peu au regard de l'état déplorable généralisé de l'établissement. Il s'agit moins de faire évoluer substantiellement les conditions de détention – même si certains résultats peuvent être appréciables à court terme – que de travailler à élargir l'office du juge des référés et, surtout, à fourbir des arguments devant la Cour européenne des droits de l'homme.

3) Solliciter le juge interne pour prouver son inaptitude

Ces évolutions jurisprudentielles ne sont pas la seule rémunération de la persévérance des requérants, mais bien le fruit de stratégies contentieuses qui mettent en dialogue et en concurrence les juridictions et les magistrats eux-mêmes. D'une part, le mémoire de l'association exploite les tensions entre les positions déjà adoptées par les formations de jugement du Conseil d'État et de ses membres. D'autre part, il place la Haute juridiction en concurrence avec la Cour européenne des droits de l'homme, devant laquelle des recours sur les mêmes questions étaient alors pendants. Ces deux éléments sont d'ailleurs mentionnés, comme en passant, par l'avocat aux Conseils de l'association requérante lors de l'audience de référé au Conseil d'État. Celle-ci se déroule, rappelle-t-il incidemment, « sous l'œil de la CEDH du fait de requêtes pendantes exactement sur ce sujet », et dans la continuité des conclusions rendues par le rapporteur public dans la procédure sur le centre pénitentiaire de Fresnes (« Je renvoie le juge des référés à sa propre jurisprudence »).

La stratégie de l'association requérante et de son conseil s'appuie tout d'abord, comme dans le cas des questions prioritaires de constitutionnalité déjà évoquées, sur l'itérativité des procédures. L'une après l'autre, elle force le Conseil d'État à expliciter sa position, à produire des discours qui fourbissent à leur tour les arguments des prochains recours. La stratégie retenue pour le contentieux relatif au centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly s'appuie ainsi notamment sur les conclusions rendues par le rapporteur public lors de l'action intentée contre les conditions de détention au centre pénitentiaire de Fresnes en 2017²³². Face aux critiques portées par l'association quant à l'incapacité du juge des référés d'ordonner toute mesure utile à remédier aux conditions déplorables de cet établissement, le rapporteur public a en effet souligné l'étendue des pouvoirs de ce juge, allant même au-delà des mesures ordonnées dans le cadre de l'affaire. Ces conclusions, même si elles aboutissent à 2017 à une décision que l'association juge décevante, servent de support par la suite, comme l'explique le responsable du pôle juridique de l'association requérante :

²³² Conseil d'État, 10^e et 9^e chambres réunies, 28 juillet 2017, n° 410677.

« Nous on se sert des conclusions qui ont été prises dans l'affaire de Fresnes pour dire à Rémire que "le structurel, c'est pas du tout ce que vous dit l'administration ; vous savez l'administration dès qu'il faut qu'elle plante un clou, elle vous dit que c'est structurel. Or dans ses conclusions, le rapporteur public que oui, faire certains travaux de cours de promenade ça rentre dans ce qui est possible." Et donc on fait dire à Rémire ce que Fresnes n'a pas dit. C'est le rapporteur public qui l'a dit. Et il le dit pourquoi ? Parce qu'il se sent attaqué et qu'il se justifie [...] Il l'aurait jamais fait si nous on n'avait pas mis en tension ça ! ».

La mise en tension évoquée ici repose sur une mise en concurrence explicite de la Haute juridiction et de la Cour européenne des droits de l'homme, devant laquelle l'association et son conseil ont accompagné trente-deux personnes détenues à déposer un recours entre le 20 février 2015 et le 20 novembre 2017. Comme l'explique un membre du cabinet d'avocats aux Conseils qui a représenté la plupart des requérants, cette démarche a été initiée avec un « objectif affiché et assigné [...] d'obtenir un arrêt pilote », c'est-à-dire d'engager la Cour à rendre une décision qui dépasse les cas individuels et prescrivent des solutions s'attaquant au problème systémique ou structurel. La mise en place de cette stratégie par l'association et son conseil, en 2014, pose cependant un problème stratégique : comment critiquer l'absence de recours effectif tout en multipliant les recours devant le juge interne ? La première stratégie permet de prétendre s'adresser directement à la Cour de Strasbourg, mais la seconde permet de documenter les insuffisances du juge administratif et d'obtenir des mesures non structurelles. Le choix a donc été fait de « jouer sur les deux tableaux », selon l'expression d'un artisan de cette stratégie, en engageant des recours individuels devant la Cour européenne des droits de l'homme et en poursuivant l'effort contentieux devant le juge administration au nom de l'association²³³.

« On avait un dilemme entre, d'un côté, on veut aller le plus vite possible à la Cour européenne parce que c'est ça qu'on veut, un arrêt pilote... [...] Mais d'un autre côté, on a fait très attention [...] à ce qu'au moins on ait une décision interne qui démontre qu'on a tenté quelque chose au plan interne, et qu'on a tenté quelque chose au nom de l'[association...] Donc on a décidé de jouer un peu sur ces deux tableaux : aller le plus vite possible à Strasbourg, en faisant attention de ne pas griller les étapes trop vite. »

L'existence de recours pendants devant la Cour européenne des droits de l'homme est ainsi devenue un argument de poids devant les juridictions internes. « Quand on saisit le Conseil d'État », commente le responsable juridique de l'association requérante, « on leur dit en

²³³ Contrairement au Conseil d'État, la Cour européenne des droits de l'homme ne reconnaît pas aux associations de défense de droits des personnes détenues le droit de former des recours en leur nom.

permanence qu'y a quarante recours pendants à Strasbourg... ». Les recours internes ne sont en effet pas seulement des preuves des insuffisances du juge administratif ; ils doivent permettre, sous la menace européenne, d'élargir l'office du juge des référés et d'améliorer les conditions de détention :

« C'est gagnant-gagnant dans le sens où si on gagne les contentieux, si on grappille des choses devant le juge des référés, notamment un élargissement de l'office du juge pour qu'il ordonne plus de choses, c'est super parce que les conditions de détention vont finir par s'améliorer ; si on perd, ou si on n'obtient pas tout ce qu'on demande, ça renforce un peu plus notre démonstration devant la Cour européenne selon laquelle il n'y a pas de juge interne qui permet de mettre fin aux conditions de détention. »

La stratégie du gagnant-gagnant connaît néanmoins une limite, bien illustrée par le contentieux de Rémire-Montjoly. L'objectif premier de l'obtention d'un arrêt-pilote de la Cour européenne des droits de l'homme peut venir peser sur les stratégies devant le juge interne, notamment lorsqu'il s'agit de soumettre au Conseil d'État une décision jugée positive par les acteurs militants.

4) Que perd-on quand on gagne ? Les dilemmes du recours au Conseil d'État

La décision du juge des référés du tribunal administratif de Guyane à propos du centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly²³⁴ a fait l'objet de discussions stratégiques entre l'association requérante et le cabinet d'avocat aux Conseils sur l'opportunité d'en faire appel devant le Conseil d'État. La décision avait certes rejeté la plupart des demandes formulées dans le recours : mettre fin à la surpopulation carcérale, développement des aménagements de peine, rénovation des cours de promenade, remède aux vacances de postes, amélioration de la quantité d'activité et de travail rémunéré, mise en place de moyens d'expression des détenus, etc. Cependant, comme on l'a dit, le juge des référés s'était également montré plus entreprenant quant aux mesures susceptibles d'être prononcées par le juge des référés en matière de conditions matérielles de détention : il avait notamment ordonné des mesures de relative ampleur, comme le cloisonnement des sanitaires, et, surtout, pris l'initiative d'une injonction à informer le requérant de la mise en œuvre des travaux. Un juriste spécialisé dans le contentieux pénitentiaire au niveau européen, ancien membre de l'association requérante, décrit cette

²³⁴ Juge des référés, tribunal administratif de Guyane, 23 février 2019.

décision, deux jours après sa publication, comme « la meilleure décision en la matière », avec des injonctions « jamais vues auparavant ».

Dans un entretien réalisé quelques jours après la publication de la décision, le responsable juridique de l'OIP indique qu'il a finalement pris la décision de ne pas faire appel. Pour lui, le Conseil d'État n'a que peu de chance de confirmer les avancées de la décision, en particulier en matière de droit de suite. Un tel désaveu aurait certes fourni des arguments supplémentaires pour dénoncer l'absence de recours effectif devant le Cour européenne des droits de l'homme, mais au prix de mesures d'une ampleur suffisante pour faire une différence, même minime, dans le quotidien des personnes incarcérées dans l'établissement. Par ailleurs, souligne le juriste spécialisé dans le contentieux devant le Cour européenne des droits de l'homme, si le Conseil d'État validait l'ensemble de la décision du juge des référés la perspective d'un arrêt-pilote se ferait plus fragile.

C'est probablement pour ces raisons que le ministère de la Justice a, lui, décidé de faire appel de la décision devant le Conseil d'État. On l'a dit, cette procédure aboutit à la fois à l'annulation de l'injonction d'informer le requérant de l'avancée des travaux, et à la confirmation de celle de cloisonner les sanitaires. Cette décision en demi-teinte pose de nouvelles questions stratégiques pour l'association requérante et son conseil, cette fois dans la manière d'en informer la Cour européenne des droits de l'homme. Le responsable juridique de l'association indique : « Moi je trouve qu'il y a du bon dans la décision du Conseil d'État ; je veux pas trop le dire fort parce que je ne veux pas qu'à Strasbourg ils pensent que tout est réglé [...]. Il va falloir qu'on trouve une manière de présenter cette décision à la CEDH, parce qu'on peut pas la masquer ». Depuis le dépôt de ces premiers recours devant la juridiction européenne, en 2015, l'association l'a régulièrement tenue informée par courrier des décisions rendues par les juridictions internes, soulignant leur inadéquation aux problèmes structurels des conditions de détention. Ici, l'avancée substantielle en termes d'ampleur des mesures ordonnées peut paraître fragiliser ces critiques.

« Le gouvernement va sauter à pieds joints en disant “Regardez, à Rémire on peut changer les toilettes de tout l'établissement”. Et nous on va dire : “Bah non, mais en fait le structurel, enfin le vraiment lourd... ça reste des mesures plus importantes que laver les draps, mais ça n'est toujours pas des mesures qui vont s'attaquer aux problèmes structurels”. Là-dessus, le TA [tribunal administratif] de Rémire nous les a rejetées, et le Conseil d'État n'est pas revenu dessus ».

Surtout, c'est sur l'annulation du droit de suivi que va se concentrer le commentaire de l'arrêt du 4 avril 2019 :

« On a le droit de suite qu'on veut défendre, en disant : “Non seulement le Conseil d'État ne donne pas grand-chose, mais en plus tout le monde se fout de ce qu'il fait.”, et donc y a un enjeu au bout d'un moment pour nous à montrer à la Cour européenne des droits de l'homme qu'effectivement ils n'exécutent pas [les décisions de justice] ». Ainsi, la stratégie du « gagnant-gagnant » entre le juge interne et le juge européen est susceptible de placer les acteurs militants dans des dilemmes qui impliquent une estimation de l'ampleur des décisions attendues face aux problèmes structurels des conditions de détention, des chances de succès, et de la temporalité de leurs effets. L'objectif principal fixé par l'association étant l'obtention d'un arrêt-pilote, ou équivalent, devant la Cour européenne des droits de l'homme, les succès devant le juge interne portent avec le risque de fragiliser cette stratégie, sans pouvoir néanmoins être négligés, car ils apportent à court des termes des solutions limitées, mais nécessaires au vu de la situation catastrophique de certains établissements.

Épilogue. Les répercussions d'un arrêt quasi-pilote

La décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme le 30 janvier 2020 n'est pas un arrêt-pilote, comme cela avait été le cas pour d'autres pays européens²³⁵. Elle recommande néanmoins à la France « l'adoption de mesures générales visant à supprimer le surpeuplement et à améliorer les conditions matérielles de détention », « la résorption définitive de la surpopulation carcérale », ainsi que de mettre en place « un recours préventif permettant aux détenus, de manière effective, en combinaison avec le recours indemnitaire, de redresser la situation dont ils sont victimes »²³⁶. La section française de l'Observatoire international des prisons, qui a mené une grande partie de l'effort contentieux, a salué par un communiqué l'aboutissement de cinq années d'une campagne contentieuse : « L'arrêt de la CEDH implique donc de la juridiction administrative qu'elle fasse évoluer sa jurisprudence dans un sens plus protecteur des droits fondamentaux des personnes détenues ».

²³⁵ Notamment l'Italie, avec l'arrêt CEDH, *Torreggiani et autres c. Italie* 8 janvier 2013, n° 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10.

²³⁶ CEDH, *J.M.B. et autres c. France*, 30 janvier 2020, n° 9671/15 et 31 autres.

Au lendemain de cette décision, s'est posée la question de la « back-translation »²³⁷, ou de son implémentation, c'est-à-dire de la manière dont elle sera traduite dans le droit interne par les juridictions et l'administration pénitentiaire. Comment s'assurer que la stratégie conjointement adressée au Conseil d'État et à la Cour européenne des droits de l'homme pour trouver un juge pour entendre la cause des conditions structurelles de détention porterait ses fruits ? Deux semaines après la décision de la Cour de Strasbourg, la même association a décidé de saisir le juge des référés du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie sur les conditions de détention au centre pénitentiaire de Nouméa. La décision rejette à nouveau la plupart des demandes structurelles formulées. À nouveau, la stratégie adoptée place les Hautes cours françaises en concurrence, en s'appuyant qui plus est sur la jurisprudence européenne. Cinq mois après la décision de la Cour européenne des droits de l'homme, deux personnes détenues accompagnées par l'association et représentées par le même cabinet d'avocats aux Conseils ont contesté leurs conditions de détention devant la Cour de cassation. Celle-ci a rendu le 8 juillet 2020 deux arrêts importants énonçant pour le juge judiciaire « l'obligation de garantir à la personne placée dans des conditions indignes de détention un recours préventif et effectif »²³⁸. Elle a en outre transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité introduite devant la Cour de cassation par les plaignants et leur conseil, relative à l'absence de dispositions législatives en ce sens. Le Conseil constitutionnel, par une décision du 2 octobre 2020, a finalement jugé qu'il incombe bien au législateur de créer une voie de recours effectif pour les personnes placés en détention provisoires afin de mettre fin à des conditions de détention attentatoire à leur dignité²³⁹. Parallèlement, une audience de référé en collégiale doit, le 9 octobre 2020, permettre au Conseil d'État de tirer à son tour les conséquences de la victoire de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dirigée vers les Hautes cours françaises et européenne pendant huit années, cette campagne contentieuse touche-t-elle au but ? L'importance des changements jurisprudentiels obtenus est indéniable. La prudence est néanmoins de mise, tant la sociologie du droit a documenté les conséquences inattendues et perverses des victoires devant les Hautes cours²⁴⁰.

²³⁷ Heather Schoenfeld, « Mass Incarceration and the Paradox of Prison Conditions Litigation », *Law & Society Review*, 1 septembre 2010, vol. 44, n° 3-4, p. 731-768.

²³⁸ Crim., 8 juillet 2020, n°1400.

²³⁹ Décision n° 2020-858/859 QPC du 2 octobre 2020, M. Geoffrey F. et autre.

²⁴⁰ Malcolm Feeley et Van Swearingen, « The Prison Conditions Cases and the Bureaucratization of American Corrections: Influences, Impacts and Implications », *Pace Law Review*, 1 janvier 2004, vol. 24, n° 2, p. 433-475 ;

De ce point de vue, une campagne contentieuse de cette ampleur peut-elle être jamais close sans risquer de voir ses acquis retraduits dans un sens favorable au *statut quo* ?

Heather Schoenfeld, « Mass Incarceration and the Paradox of Prison Conditions Litigation », *Law & Society Review*, 1 septembre 2010, vol. 44, n° 3-4, p. 731-768.

Le point de vue de la doctrine

Conseil d'État, ord., 4 avril 2019, n° 428747

Diane Roman

La décision est saluée par Christophe Otero, maître de conférences de l'université de Rouen, comme aboutissant à restaurer la « plénitude » de la fonction juridictionnelle, « trop longtemps mutilée ou autolimitée », et comme le résultat de deux logiques : d'une part, « sous l'effet du dialogue et de la concurrence des juges, d'autre part, du fait de la volonté de tirer toutes les conséquences de ce que la lettre de la définition de l'office du juge permet et de ce que, pour lui, elle implique désormais »²⁴¹.

Les auteurs saluent l'évolution jurisprudentielle dont l'ordonnance de 2019 constitue l'aboutissement. Elle s'inscrit dans la suite des recours concernant la prison des Baumettes à Marseille (CE 22 déc. 2012, n° 364584, Section française de l'observatoire international des prisons), qui avait conduit le juge, afin de remédier à la présence d'insectes et de rats dans l'établissement, à ordonner à l'administration « de faire procéder, dans les plus brefs délais [...] à une opération d'envergure susceptible de permettre la dératisation et la désinsectisation de l'ensemble des locaux du centre pénitentiaire », ou la maison d'arrêt de Nîmes (CE, ord., 30 juill. 2015, n° 392043, Section française de l'Observatoire international des prisons), dans laquelle le juge avait retenu comme étant constitutifs d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale tant les risques d'incendie dans l'établissement que les conditions de détention en cellule (promiscuité, surpopulation, accès insuffisant aux produits d'entretien, changement insuffisamment fréquent des draps et couvertures).

Toutefois, un doute point quant à l'efficacité de ces recours : la doctrine souligne les limites de l'office du juge des référés : d'une part, son incapacité à exiger des changements structurels : le référé liberté ne permet en effet que d'ordonner des mesures immédiates. Comme le souligne Olivier Le Bot, professeur de droit à Aix Marseille Université, « L'exigence d'immédiateté des effets de la mesure trouve sa justification dans le délai de 48 heures imparti

²⁴¹ Ch. Otero, « Grandeur de l'office du juge des référés et décadence du centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly – Conseil d'Etat 4 avril 2019 », *AJ pénal* 2019. 342.

au juge pour statuer. En fixant au juge un délai de jugement aussi bref, la loi recherche un résultat instantané. Si le juge intervient de façon immédiate, c'est, selon le Conseil d'État, pour produire un résultat immédiat. En conséquence, ne relève pas de l'office du juge du référé-liberté le prononcé de mesures qui nécessitent une action sur le long ou même le moyen terme »²⁴². D'autre part, la prise en compte par le juge des moyens, actes et engagements de l'administration. Dans ce cadre, poursuit Olivier Le Bot, « la notion de moyens ne renvoie pas aux seuls moyens financiers de l'administration mais, plus largement à sa marge de manœuvre et ses possibilités d'action, c'est-à-dire à ce qu'elle est en mesure de faire d'un point de vue matériel, financier et juridique. Ce mode d'appréciation signifie que l'autorité administrative ne peut se voir reprocher une situation qui s'impose à elle et sur laquelle elle n'a pas réellement prise. Par exemple, le nombre de détenus dans une cellule ne dépend pas seulement de l'administration pénitentiaire. Elle dépend également du législateur, qui détermine les sommes allouées, et de l'autorité judiciaire, qui décide du placement sous écrou, l'administration étant tenue d'accueillir toutes les personnes placées quelles que soient les places dont elle dispose (...). En second lieu, la condition d'illégalité manifeste de l'atteinte s'apprécie compte tenu des mesures déjà mises en œuvre pour remédier à la situation contestée. La notion de mesures recouvre non seulement les actes déjà accomplis mais aussi les engagements qui, ayant été pris par l'administration, devraient à l'avenir porter leurs fruits »²⁴³.

Cette double limite restreint considérablement la portée du recours au référé liberté. Comme le résume Éric Senna, magistrat, maître de conférences associé à la faculté de droit de Montpellier, « en effet, malgré le développement, depuis 2012, du référé-liberté dans le domaine pénitentiaire et les avancées décisives en la matière de la plus haute juridiction administrative, la question de son efficience pour juguler la surpopulation carcérale est à nouveau posée au travers de plusieurs recours actuellement pendants devant la Cour de Strasbourg »²⁴⁴. Et les auteurs invitent les justiciables à tenter d'autres voies de recours que celles du référé liberté devant le juge administratif. Il peut s'agir notamment de privilégier la

²⁴²Olivier Le Bot, « Référé-liberté à la maison d'arrêt de Fresnes : les limites de l'article L. 521-2 », *AJDA* 2017. 2540.

²⁴³ Id.

²⁴⁴ Eric Senna, « Une situation complexe et contrastée de l'outre-mer pénitentiaire », *AJ pénal* 2019. 74

voie du recours indemnitaire ²⁴⁵ ou celle de l'action de groupe en reconnaissance de responsabilité²⁴⁶.

Or, ce sont précisément les limites des garanties juridictionnelles offertes par le référé devant le juge administratif qui sont au cœur de l'arrêt de condamnation prononcé par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH, 30 janvier 2020, J.M.B. et autres c. France, n° 9671/15). L'arrêt, très récent, n'a pas encore été commenté par la doctrine académique. Nul doute qu'il le sera, au regard non seulement de la sévérité de la condamnation (la France est condamnée pour violation de l'article 3 de la Convention, au regard des conditions inhumaines et dégradantes de ses établissements pénitentiaires) mais aussi en raison du jugement critique porté sur l'efficacité de la procédure de référé liberté : la Cour européenne souligne en effet que les référés devant le juge administratif « ne peuvent être considérés, à l'heure actuelle, comme des recours « permettant de faire cesser ou d'améliorer, de manière effective, des traitements contraires à l'article 3 de la Convention ». Si la saisine du juge du référé-liberté permet la mise en œuvre de mesures visant à remédier à des atteintes graves auxquelles sont exposées les personnes détenues, « le pouvoir d'injonction conféré à ce juge a une portée limitée. En effet, il ne lui permet pas d'exiger la réalisation de travaux d'une ampleur suffisante pour mettre fin aux conséquences de la surpopulation carcérale portant atteinte aux droits des détenus. En outre, il ne l'autorise pas à prendre des mesures de réorganisation du service public de la justice » (§217). Relevant que « le juge du référé-liberté fait également dépendre son office, d'une part, du niveau des moyens de l'administration et, d'autre part, des actes qu'elle a déjà engagés », la Cour souligne que ceci l'amène à prescrire des mesures transitoires et peu contraignantes ne permettant pas de faire cesser rapidement des conditions de traitement inhumain ou dégradant (§218). Elle souligne également que « l'exécution des décisions du juge administratif se heurte à un phénomène structurel, attesté par les requêtes, les statistiques, les nombreux rapports nationaux et internationaux ainsi que par les tierces interventions » (§315 ; v. aussi § 220). En conséquence, la Cour voit dans les insuffisances des garanties offertes par les référés devant le

²⁴⁵ Sylvain Gauché, « A la recherche du recours effectif : responsabilité et référés en droit pénitentiaire », *AJDA* 2017. 1837

²⁴⁶ Florent Blanco, « L'action de groupe en reconnaissance de responsabilité devant le juge administratif », *AJDA* 2016. 2256 ; Olivier Le Bot, « Référé-liberté à la maison d'arrêt de Fresnes : les limites de l'article L. 521-2 », précit.

juge administratif la cause d'une violation de l'article 13, garantissant un droit à un recours effectif.

Conclusion

L'analyse de ces trois décisions montre la complexité et la diversité des stratégies contentieuses déployées en matière pénitentiaire depuis une dizaine d'années. Le premier cas, initié par la contestation d'une sanction disciplinaire, est marqué par une politisation initiale, portée par le plaignant et son avocat à la Cour, qui est ensuite traduite dans un débat doctrinal par un avocat aux Conseils peu spécialisé et sans lien fort avec la cause pénitentiaire. Décision inscrite au recueil Lebon, cette jurisprudence n'a d'ailleurs pas eu de conséquences directes dans la lutte du plaignant contre l'administration pénitentiaire – sa sanction a été confirmée –, ni dans le concret du contrôle opéré par les juridictions administratives sur les décisions disciplinaires. Ici, les Hautes cours dépolitisent, aidées en cela par le truchement d'officiers ministériels qui semblent s'inscrire plus dans leur logique interne que dans les luttes militantes qu'ils représentent. Les deux cas suivants dessinent cependant une nouvelle configuration actancielle du contentieux pénitentiaire. Le contentieux des recours ouverts aux personnes prévenues, comme celui des conditions matérielles de détention, s'est en effet initialement développé au moyen de recours individuels, que ce soit pour faire attendre sa contestation, ou pour obtenir une remise en liberté ou une indemnisation. Ces procédures sont appuyées par des associations militantes et des avocats aux Conseils spécialisés, mais restent limitées par le caractère individuel des mesures demandées, ainsi que par les configurations où l'intérêt du plaignant diffère à titre individuel de celui de la cause. Dans les deux cas, c'est donc finalement une association de défense des droits des personnes détenues qui a finalement pris en charge directement le contentieux. Cela a permis, notamment, de s'adresser plus rapidement aux Hautes cours en attaquant directement des décrets, ou en privilégiant les procédures de référés. Détachées des intérêts de plaignants individuels, ces procédures articulent plus directement cas et cause, même si elles nécessitent toujours une traduction juridique des enjeux politiques défendus. La dénonciation de l'indignité des conditions de détention prend la forme d'une demande pour cloisonner des sanitaires ; la défense du maintien des droits familiaux celle d'un recours contre une décision négative prise à l'encontre de personnes prévenues. Pour obtenir des mesures plus importantes et plus proches des objectifs politiques poursuivis, les stratégies contentieuses multiplient les mises en tension de juridiction d'ordres et de niveaux différents. Il s'agit, en orchestrant le « dialogue des juges » de forcer les Hautes cours à produire des discours normatifs, discours qui servent ensuite d'appuis pour d'autres recours, devant ces mêmes cours ou devant d'autres juridictions. À ce titre, la Cour de Strasbourg occupe une place

particulière dans les stratégies devant les Hautes cours françaises. La Cour européenne des droits de l'homme offre à la fois un recours lorsque la jurisprudence interne semble stabilisée de manière problématique, et un aiguillon pour convaincre les juges internes de faire évoluer leur jurisprudence.

Enfin, la crise sanitaire engendrée par la pandémie de Covid-19 atteste de la vitalité du contentieux administratif en matière pénitentiaire. Le Conseil d'État a ainsi été saisi près d'une vingtaine de fois, par la section française de l'Observatoire international des prisons²⁴⁷, mais aussi par des organisations professionnelles et des syndicats d'avocats, de magistrats²⁴⁸ et de personnel pénitentiaire²⁴⁹. Ces requêtes ont cependant été très largement rejetées, exposant le Conseil d'État à de critiques sévères. Les commentaires ont ainsi pointé son inféodation aux logiques étatiques²⁵⁰ et son incapacité à s'en affranchir pour défendre les libertés²⁵¹. Cette défiance, cumulée aux deux arrêts de juillet 2020 par lesquels la Cour de cassation amorce une intervention grandissante dans le contrôle des conditions de détention, est susceptible de modifier l'équilibre de la matière pénitentiaire entre les Hautes cours administrative et judiciaire.

²⁴⁷ Observatoire international des prisons, « Covid-19 en prison : le Conseil d'État s'efface devant l'Administration », Dedans-Dehors, Blog de Mediapart, 28 juillet 2020.

²⁴⁸ Par exemple, CE, 7 mai 2020, Ordre des avocats du barreau de Martinique, n°440151 ; CE, ord., 3 avril 2020, Syndicat des avocats de France, n°439894.

²⁴⁹ CE, juge des référés, 8 avril 2020, Syndicat national pénitentiaire Force ouvrière - personnels de surveillance, n° 439821.

²⁵⁰ Par exemple, Pierre Januel, « Libertés : le Conseil d'État agit le plus souvent en chien de garde du pouvoir », Mediapart, 22 avril 2020.

²⁵¹ Par exemple, William Bourdon et Vincent Brengarth, « Le Conseil d'État se dévitalise alors qu'il devrait être l'ultime bastion des libertés », Le Monde, 12 avril 2020.

III. La cause des libertés numériques devant les Hautes cours²⁵²

²⁵² Cette partie a été rédigée par Guillaume Le Lay.

Introduction

C'est dans les années 1970, bien avant le plein déploiement d'internet, que se fait jour en France le premier acte de défense de ce qui sera plus tard considéré comme la cause des libertés numériques. Celui-ci résulte alors non pas de l'offensive d'un mouvement organisé, mais de la réaction médiatique et politique suscitée par la publication dans le journal *Le Monde* d'un article au vitriol de Philippe Boucher le 21 mars 1974, intitulé « SAFARI ou la chasse aux Français »²⁵³. Le journaliste s'y alarme des ambitions du ministère de l'Intérieur de s'emparer du projet SAFARI (Système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus) par lequel l'Insee avait centralisé dans un système informatique les répertoires d'identification jusqu'alors gérés par les régions, afin d'en faire le soubassement de l'unification informatique des « 100 millions de fiches, réparties dans 400 fichiers » détenus, d'après un haut magistrat, par les services de police français. « Ainsi, écrit le journaliste, se trouve d'évidence posé un problème fondamental, même s'il est rebattu : celui des rapports des libertés publiques et de l'informatique »²⁵⁴. Le papier suscite un scandale politique qui contraint Pierre Messmer, alors Premier ministre, à abandonner le projet et à décider la création d'une Commission dite « Informatique et liberté » chargée de produire un rapport sur les nouvelles réglementations à appliquer aux fichiers informatiques²⁵⁵, cependant qu'à l'occasion d'une convention tenue au Palais des Congrès de Paris en septembre 1975, Michel Rocard réclame que dorénavant « tout individu puisse avoir une défense juridictionnelle, un droit d'appel, contre quiconque détient une information à son sujet ²⁵⁶ ». Les concertations menées par la Commission dite « Informatique et liberté » aboutissent à l'adoption le 6 janvier 1978 de la loi n° 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés dont le Chapitre 1 « – Principe et définition - » affirme « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ». Jacques Thyraud, sénateur et rapporteur de la loi sur

²⁵³Philippe Boucher, « Une division de l'informatique est créée à la chancellerie " Safari " ou la chasse aux Français », *Le Monde*, 21 mars 1974p. 9p.

²⁵⁴*Ibid.*

²⁵⁵*Dossiers d'histoire -1977 - 1978 : Le Sénat invente les Autorités Administratives Indépendantes*, <https://www.senat.fr/evenement/archives/D45/context.html>, (consulté le 17 septembre 2020).

²⁵⁶*Informatique : un risque pour les libertés individuelles ?* Le Journal de 20H, A2, 17 septembre 1975 : <https://sites.ina.fr/cnil-40-ans/focus/chapitre/2/medias/CAB7501179101>

l'informatique, qualifie ainsi ce premier chapitre de « déclaration des droits de l'homme en face de l'informatique ²⁵⁷ ». D'un point de vue pratique, la disposition législative crée surtout la première Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (dite CNIL) qui aura pour mission de donner un avis sur tout nouveau projet de fichage administratif. Parmi les toutes premières dispositions du genre à être adoptées en Europe, la loi Informatique et Libertés française sera verra néanmoins plusieurs fois remaniée de manière à s'accorder avec un droit de l'informatique de plus en plus conventionnel qu'elle aura elle-même participé à inspirer. Ainsi une loi du 6 août 2004 transposant la directive 95/46/CE sur la protection des données personnelles, la modifiera profondément, substituant notamment la notion de « données à caractère personnelle » à celle d'« informations nominatives » à laquelle faisait référence la version initiale du texte.

Si l'affaire SAFARI acte ainsi du début d'une prise de conscience française du défi posé par le développement informatique aux libertés individuelles, c'est cependant bien l'avènement d'internet qui marquera le véritable essor d'une revendication militante de libertés numériques. La « Déclaration d'Indépendance du Cyberspace ²⁵⁸ » rédigée en 1996 par John Perry Barlow – fondateur de l'Electronic Frontier Foundation – en réponse à l'entrée en application du « Telecommunications Act » ²⁵⁹ s'impose ainsi comme l'acte fondateur de la résistance des usagers de l'informatique face aux projets de contrôles étatiques dont il était déjà l'objet.

En France, c'est au milieu des années 1990 qu'émergent les premières grandes luttes autour du régime juridique applicable aux communications internet ²⁶⁰. L'année 1995 constitue notamment une année charnière dans la prise de conscience par les pionniers français d'internet de la nécessité de s'organiser. Ce sera la naissance de l'Association des Utilisateurs d'Internet (AUI) qui se fixe notamment pour objectif de « promouvoir le développement et la démocratisation de l'utilisation des réseaux électroniques de communication et notamment d'Internet » ²⁶¹. Par une importante campagne de lobbying citoyen, elle obtient la même année

²⁵⁷Présentation de la loi informatique et libertés, V3 le nouveau vendredi, FR3, 21 septembre 1979 : <https://sites.ina.fr/cnil-40-ans/focus/chapitre/2/medias/I17320146>

²⁵⁸John Perry Barlow, « Déclaration d'indépendance du cyberspace » dans *Libres enfants du savoir numérique*, s.l., Éditions de l'Éclat, 2000, p. 47-54.

²⁵⁹Loi américaine de libéralisation du secteur des télécommunications qui prévoyait notamment la pénalisation de certains propos injurieux tenus sur internet.

²⁶⁰Félix Tréguer, *Pouvoir et résistance dans l'espace public : une contre-histoire d'Internet (XVe -XXIe siècle)*, Thèse de doctorat en Sciences de l'Homme et Société, EHESS, Paris, 2017.

²⁶¹*Ibid.*

de soixante députés du Parti socialiste qu'ils déposent un recours devant le Conseil constitutionnel pour dénoncer l'amendement Fillon rendant responsables les fournisseurs d'accès à internet et hébergeurs, des contenus illicites auxquels ils permettraient d'accéder. La disposition fait ainsi courir le risque d'une censure privée et est elle-même censurée pour non-respect de la liberté de communication protégée par l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen²⁶². Mais la diffusion d'internet, par-delà les murs de « la République des informaticiens »²⁶³, bouleverse déjà certains des équilibres structureaux de la société française. La distinction entre communications privées et publiques, qui fonde la législation en matière de télécommunications et de médias, est profondément remise en cause²⁶⁴, de même que les mécanismes de protection du droit d'auteur. Liberté d'expression, vie privée, droit de propriété, c'est tout un pan des droits fondamentaux qu'Internet invite à bientôt repenser. Avec le développement du partage de fichiers en *peer-to-peer*²⁶⁵, les années 2000 voient émerger les grandes lois de lutte contre le piratage²⁶⁶. Le 18 juin 2008, Christine Albanel, ministre de la Culture et des Communications du gouvernement Fillon, présente ainsi le projet de loi dit « création et internet » au Conseil des ministres. Le texte qui sera soumis à la procédure d'urgence vise à mettre un terme au partage massif de fichiers en *peer-to-peer*²⁶⁷ qui viole le droit d'auteur. Il réaffirme ainsi l'obligation faite au titulaire d'un accès à internet de « veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur... »²⁶⁸, qui était déjà édictée par la loi DADVSI de 2006²⁶⁹, mais

²⁶²Meryem Marzouki, « Nouvelles modalités de la censure : le cas d'Internet en France, Abstract », *Le Temps des médias*, 2003, n° 1, p. 148-161.

²⁶³Françoise Massit-Folléa, « De la régulation à la gouvernance de l'internet », *Les Cahiers du numérique*, 2002, vol. 3, n° 2, p. 239-263.

²⁶⁴M. Marzouki, « Nouvelles modalités de la censure », art cit.

²⁶⁵Michel Bauwens et Rémi Sussan, « Le peer to peer : nouvelle formation sociale, nouveau modèle civilisationnel », *Revue du MAUSS*, 2005, no 26, n° 2, p. 193-210.

²⁶⁶Éric Darmon, Sylvain Dejean et Thierry Pénard, « La réponse graduée de l'Hadopi a-t-elle eu des effets sur le piratage de musique et de films ? », *Has Hadopi's graduated response helped to reduce music and movie piracy ?* », *Revue économique*, 17 mars 2016, vol. 67, n° 2, p. 181-206.

²⁶⁷Le peer-to-peer désigne en l'occurrence un système partage de fichier entre ordinateurs du réseau internet, dans lequel chaque ordinateur distribue les données à d'autres ordinateurs à mesure qu'il les reçoit lui-même.

²⁶⁸Selon la formule du projet de loi présenté au Conseil constitutionnel. Voir : *Projet de loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*, s.l., 2009. Le texte est subtil. La sanction vise fondamentalement tout utilisateur qui se serait rendu coupable de partage, illégal, de fichiers couverts par le droit d'auteur. Cependant, le seul élément d'identification du pirate étant l'adresse IP de son ordinateur, laquelle ne permet pas de prouver qui s'en servait, le texte incrimine alors le défaut de surveillance de la part du titulaire de l'accès à internet.

²⁶⁹« Loi Relative au Droit d'Auteur et aux Droits Voisins dans la Société de l'Information ».

l'assortit d'une sanction administrative inédite. La responsabilité confiée à une autorité administrative de faire couper l'accès à internet d'un utilisateur, sans qu'aucun contrôle judiciaire n'intervienne, fait immédiatement réagir les associations de défense du logiciel libre, qui se présentent à l'époque comme les principaux réseaux organisés des spécialistes de l'informatique et d'internet. Parmi les personnes alarmées par le projet, un tout jeune collectif de techniciens informatiques engagés dans les réseaux de défense du logiciel libre, et s'étant récemment organisé pour lutter contre le « Paquet Telecom »²⁷⁰. Se présentant sous le titre de « Quadrature du Net », leur association de fait²⁷¹ devient le pilier de la contestation sociale de la loi Hadopi. Le collectif de techniciens accompagne ainsi officieusement les parlementaires de l'opposition dans leur saisine du Conseil constitutionnel qui censurera ainsi la riposte graduée envisagée par le texte. Relevant qu'« *Internet est une composante de la liberté d'expression et de consommation* »²⁷², la plus haute cour de l'ordre juridique français estime qu'en confiant à une autorité administrative la responsabilité de décider d'une sanction et non à l'autorité judiciaire la loi méconnaît les articles 11 – liberté de communication et d'expression – et 9 – présomption d'innocence – de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

Accueillant progressivement de plus en plus de juristes parmi ses sympathisants et inspirée par l'exemple précurseur du GISTI²⁷³, la Quadrature du Net développe, à partir de l'année 2014²⁷⁴ une activité contentieuse dynamique, principalement menée devant le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, qui l'impose comme le principal artisan de la lutte juridictionnelle pour la cause des libertés numériques. Le déploiement de l'activité contentieuse de l'association coïncide en outre avec un glissement de ses espaces d'intervention en direction d'objets plus éloignés des domaines d'intérêt et d'expertise initiaux de ses membres informaticiens, mais offrant des prises à la contestation juridique. Les luttes contre le droit d'auteur, inspirées de la philosophie du logiciel libre à laquelle adhéraient les fondateurs, laissent place à des combats moins centrés sur les usages d'internet, pour se déployer en

²⁷⁰Le Paquet Télécom désigne un ensemble de réformes de régulation des télécommunications, proposé par la Commission Européenne entre 2008 et 2009. Celui-ci avait fait l'objet de nombreux amendements qui prévoyaient la possibilité d'instaurer une riposte graduée en cas de partage frauduleux de fichiers.

²⁷¹La Quadrature du Net ne déposera des statuts en préfecture qu'en 2013.

²⁷²Décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*.

²⁷³Liora Israël, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix*, 2003, n° 62, p. 115-143.

²⁷⁴Après avoir finalement déposé ses statuts en préfecture en 2013.

direction d'une contestation plus globale des dispositifs étatiques de surveillance. Aux actions contentieuses contre l'interception des données de connexion sur internet s'adjoignent dans les années 2010 les contestations juridictionnelles, rituelles, du traitement informatisé de tout type de données.

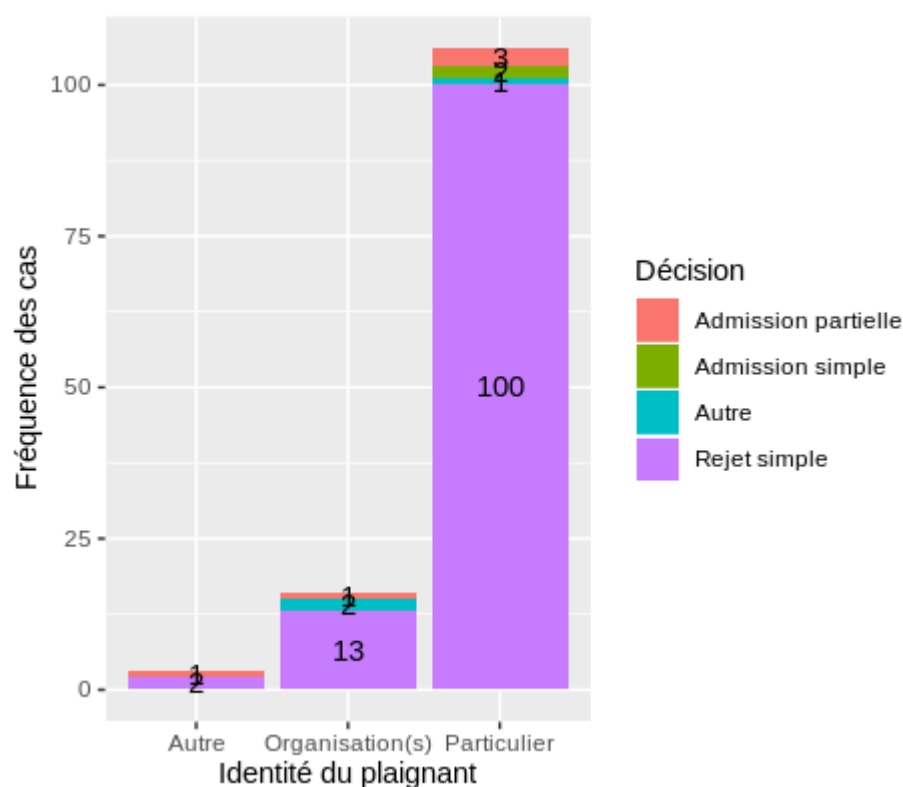
C'est ce paysage du contentieux de la cause des libertés numériques mené devant les Hautes cours que ce dernier volet tâchera de décrire au travers de trois cas. Le premier suit le recours pour excès de pouvoir devant la formation spécialisée du Conseil d'État d'un requérant contestant la légalité de la collecte et de la conservation de données personnelles le concernant dans les fichiers des services de renseignement. L'analyse de cette affaire permettra d'exposer l'ordinaire du contentieux administratif afférent au contrôle de la conservation des données personnelles, puisque ce type de recours est de loin le plus fréquent devant le Conseil d'État. Le second met en scène l'action intentée par la Quadrature du Net devant le Conseil constitutionnel en passant par le filtre du Conseil d'État contre la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prévoyant l'élargissement des cibles de la surveillance étatique aux fins de lutte contre le terrorisme (Décision n° 2017-648 QPC du 4 août 2017). L'étude de ce dossier sera ainsi l'occasion de documenter l'action contentieuse du principal acteur de la cause des libertés numériques. Le troisième cas, enfin, s'attache à la double censure infligée par le Conseil constitutionnel au délit de consultation habituelle d'une site terroriste (Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 et Décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017) et nous offrira d'étudier une configuration d'acteurs atypique joignant aux efforts d'un avocat à la Cour particulièrement volontaire la collaboration d'une avocate aux Conseils familière des arcanes de l'aile Montpensier, ainsi que les interventions de deux acteurs associatifs, dont la Quadrature du Net.

Essentiellement menée en recourant aux méthodes de la sociologie qualitative, cette étude s'appuie notamment sur la réalisation de 17 entretiens semi-directifs²⁷⁵, l'analyse des décisions et des mémoires produits par les avocats et les associations dans chacune des affaires étudiées et l'observation des enregistrements des audiences de deux décisions du Conseil constitutionnel qui forment notre cas numéro 3. À cela s'ajoute un petit travail de recensement et d'analyse quantitative des décisions rendues par le Conseil d'État en matière de données personnelles entre le 28 décembre 2017 et le 28 décembre 2018, effectué avec le logiciel R.

²⁷⁵ 13 menés avec des militants, 2 des avocats aux Conseils et 2 des avocats à la Cour – dont un a été réalisé par téléphone – auxquels s'ajoute un échange de courriels avec un requérant.

Cas n° 7 - Le contrôle des données de renseignements : un contentieux important peu politisé

La question de la collecte et de la conservation publiques des données personnelles fait aujourd'hui l'objet d'un contentieux relativement massif devant les juridictions administratives. À titre d'indicateur, nous appuyant sur le moteur de recherche du Conseil d'État Ariane²⁷⁶, nous avons ainsi dénombré 125 arrêts rendus par la plus haute juridiction administrative sur cette question entre le 28 décembre 2017 et le 28 décembre 2018.



Répartition du nombre de cas par type plaignants et distribution des décisions du Conseil d'État.

²⁷⁶La recherche a été libellée sous la forme suivante selon les réquisits du moteur de recherche : [liberté internet] OU [données de connexion] OU [vie privée internet] OU [données informatiques] OU [données personnelles] OU [données vie privée] OU [traitement informatisé données personnelles] OU [internaute] OU [numérique] OU [communications électroniques].

Parmi ces affaires, 16 ont été portées à l’initiative d’associations, syndicats, organisations patronales ou de partis politiques, 106 par des particuliers²⁷⁷. Cette dernière configuration est ainsi très fortement majoritaire au sein de ce contentieux. Il s’agit alors quasi-systématiquement – dans 95 cas sur 106 – de recours pour excès de pouvoir contre des décisions par lesquelles l’administration (en général le ministre de l’intérieur ou le ministre de la défense) refuse à ces particuliers l’accès aux données personnelles susceptibles de les concerner figurant dans différents types de fichiers informatisés des services de renseignements (notamment de la DGSI, la DCRI, la DGSE, la DRM, la DPSD ou du Renseignement territorial), lesquels, signalés par des acronymes, sont nombreux : CRISTINA, SIS, N-SIS, N-SIS II, FPR, STARTRAC²⁷⁸. Ces recours sont examinés, directement, par la formation spécialisée du Conseil d’État, créée par une loi du 24 juillet 2015 lui attribuant « compétence pour juger directement des recours concernant la mise en œuvre des techniques de renseignement ainsi que des recours concernant la mise en œuvre de fichiers informatiques intéressant la sûreté de l’État »²⁷⁹. Si elle constate une illégalité, cette formation peut ainsi « annuler l’autorisation de recourir à la technique de renseignement, ordonner la destruction des renseignements collectés, ordonner la rectification ou l’effacement des données contenues dans un fichier et indemniser un préjudice »²⁸⁰. Le nouveau recours ainsi ouvert vient renforcer le contrôle jusqu’alors confié à la seule Commission nationale de l’informatique et des libertés

Majoritaire, ce contentieux de l’excès de pouvoir en matière de fichage, porté par des particuliers s’avère cependant peu fructueux puisque sur 95 recours de ce type, un seul²⁸¹ n’a pas fait l’objet d’un simple rejet. C’est à l’un des cas dont cette formation aura eu à connaître que nous nous intéresserons ici. Celui-ci trouve sa source dans la procédure inhabituelle auquel a été soumis le requérant – que nous appellerons Monsieur Julian – lors de son passage dans un grand aéroport européen. Convoqué devant un fonctionnaire des douanes, Monsieur Julian remarque que ce dernier appuie son contrôle sur une fiche signalétique numérique s’étalant sur

²⁷⁷ « Autre » correspond à diverses situations : l’appel d’un référé par l’administration elle-même, un recours lancé par une commune, et enfin un recours lancé par une entreprise.

²⁷⁸ Sur la multiplication de ces fichiers et la faiblesse de outils de contrôle voir notamment Virginie Gautron, « Une mémoire policière hypertrophiée : la fin du droit à l’oubli ? », *Les Cahiers de la Justice*, 2016, N° 4, n° 4, p. 607-617.

²⁷⁹ *Contrôle des techniques de renseignement*, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/controle-des-techniques-de-renseignement>, (consulté le 16 septembre 2020).

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ Cet unique cas ayant fait l’objet d’une adoption partielle de la part du Conseil d’État en raison de la présence de données « périmées » au sein du fichier informatisé.

plusieurs écrans. La scène lui en évoque une autre, survenue lors d'un autre déplacement par avion l'année précédente. Quelques jours plus tard, il écrit au préfet de son département de résidence, afin d'obtenir un accès à d'éventuelles fiches qui le concerneraient. Celui-ci lui indique avoir transmis sa demande à la CNIL conformément à l'article 20 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Par un courrier reçu quelques semaines plus tard, la présidence de la CNIL l'informe que l'un des membre de la commission a procédé aux vérifications demandées en application de l'article 41 de la loi du 6 janvier 1978, mais que ces dernières ne permettent pas d'apporter « de plus amples informations en raison de l'opposition de l'administration gestionnaire d'un fichier intéressant la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique faisant obstacle à la moindre communication de la CNIL, hormis l'indication des voies de recours ouvertes ». Monsieur Julian contacte alors le cabinet d'avocats aux Conseils Duval-Quillevere²⁸², et forme un recours pour excès de pouvoir contre la décision ministérielle, révélée par le courrier de la CNIL, refusant de communiquer à cette dernière les informations concernant le justiciable l'ayant saisie. Le même jour, Monsieur Julian produit également un courrier par lequel il demande au ministre de l'Intérieur l'effacement de ses données personnelles du fichier des personnes recherchées (FPR). L'absence de réponse du ministre l'autorise à former un second recours pour excès de pouvoir contre cette décision implicite de refus. Déposées devant le tribunal administratif de Paris, les deux requêtes, en tant qu'elles portent contestation d'un acte ministériel, sont transmises au Conseil d'État qui les juge en instances liées. C'est comme nous l'indiquions plus haut, une *formation spécialisée* de la plus haute juridiction administrative qui a à connaître de ce type de contentieux. En tant que cette dernière, dont tous les membres sont accrédités « Secret Défense », a à se prononcer sur la légalité de la récolte et de la conservation de données personnelles dans un réseau de fichiers intéressant la sûreté de l'État, celle-ci se distingue notamment par le secret qui caractérise son contrôle et les déterminants de sa décision. C'est ainsi, comme systématiquement, lors d'une audience à huis clos, que le Conseil d'État rendra, au printemps 2018, son arrêt sur le cas qui nous intéresse. Une décision de rejet.

La consultation de la décision et des mémoires produit dans cette affaire, une série d'échanges épistolaires avec Monsieur Julian ainsi qu'un entretien mené avec les deux associés

²⁸² Les noms ont été modifiés pour respecter le désir d'anonymat des enquêtés.

du cabinet Duval-Quillevère, qui a porté ce cas et deux autres des contentieux recensés sur la période précédemment indiquée, permettent d'en préciser les enjeux.

L'enquête éclaire ainsi le caractère peu contentieux d'une procédure dont la finalité s'avère davantage à même de susciter un contrôle juridictionnel de la part du Conseil d'État sur les procédures de collectes des données, que d'offrir un plein recours contre les pratiques de l'administration en matière de surveillance (A). La nature elle-même opaque d'un contentieux qui veille à maintenir le secret des pratiques de renseignement dont lui est confiée la vérification tend alors à entrer en contradiction avec les ambitions que portent les requérants d'obtenir, avant même d'en demander la cessation, des informations sur la surveillance dont ils pensent être l'objet. Aussi, si ces derniers peuvent exprimer quelque ambition de politisation de leur situation, adossant – à l'instar de notre enquête – à leur recours contentieux une critique personnelle ferme de la raison d'État (B), celui-ci n'offre guère de prise à une réelle mise en cause juridique de l'administration. Tenus dans l'ignorance de la matérialité de l'éventuelle surveillance à laquelle seraient soumis leurs client·e·s, les avocat·e·s aux Conseils peinent à trouver les moyens d'une telle critique de l'État et sont contraints d'opter pour une stratégie moins oppositionnelle consistant essentiellement dans la défense de la probité personnelle des requérant·e·s (C).

A - Une procédure « pas si contentieuse »

Comme il l'a été relevé, le contentieux concernant la collecte et l'enregistrement de données personnelles par les services de renseignement se montre particulièrement peu fructueux : sur les 95 cas recensés, un seul n'a pas fait l'objet d'une simple décision de rejet. Le caractère massif d'un contentieux pourtant largement inefficace, nous laissait envisager un certain activisme de la part de la corporation des avocats aux Conseils dans un contexte où certains d'entre eux ont pu publiquement s'alarmer du risque que la lutte contre le terrorisme emporte contre la démocratie²⁸³. Installés dans un confortable bureau de la rive gauche parisienne, les associés du cabinet du cabinet Duval-Quillevère balaient immédiatement cette hypothèse. Davantage spécialiste du contentieux des données personnelles que son associée, c'est avec Me Duval que se noue l'essentiel de la discussion.

²⁸³François Sureau, *Pour la liberté: répondre au terrorisme sans perdre raison*, Paris, Tallandier, 2017, 77 p.

« L'enquêteur : Est-ce qu'y a une volonté sur ce contentieux-ci de la corporation d'essayer d'obtenir quelque chose ... Ou de vous-même ? Une volonté d'essayer de faire évoluer cette procédure.

Me Duval : Non, non, non, parce qu'on y arrivera pas en fait. On fera pas évoluer la procédure parce que précisément si vous voulez les motifs du fichage étant confidentiels pour des raisons de sécurité ça on arrivera jamais effectivement à lever le secret dans ce cas-là. Enfin moi je n'y crois pas.

L'enquêteur : Donc en fonction de qui sont les membres de la formation de jugement, qui est le rapporteur etc., vous n'avez pas d'indices qui vous disent, "tiens peut-être que là il y a plus quelque chose à jouer ?"

Me Duval : Non, non, non. C'est complètement verrouillé ».

Me Duval souligne ainsi le caractère verrouillé d'un contentieux visant lui-même à contrôler la régularité d'une procédure de surveillance demeurant opaque. Aussi, si Me Duval critique l'imprécision du régime juridique de la surveillance, estimant que « c'est un gros handicap que d'être fiché S et l'encadrement du fichage S il n'existe pas, en réalité c'est complètement flou, il n'y pas de réglementation particulière, et donc du coup on fiche S à peu près tout et n'importe qui » et qu'en ce sens la procédure de contestation n'est pas « satisfaisante », « puisqu'en réalité on a jamais l'information qu'on souhaite avoir », il nuance immédiatement : « mais on ne voit pas quel autre système pourrait être mis en place et qui soit acceptable, en tout cas par l'État. ». Car c'est bien l'obligation faite par la loi elle-même à la formation spécialisée de maintenir, dans le cadre même de son contrôle, la confidentialité des pratiques de renseignement qui entrave la capacité des avocats à en contester la légalité. Tous les membres de la formation spécialisée du Conseil d'État – un Président, deux membres titulaires et deux membres suppléants – ainsi que les agents de greffe qui y officient, sont en effet habilités « Secret Défense » et « astreints aux secrets pour les actes dont ils [pourraient] avoir connaissance dans l'exercice de leur fonction »²⁸⁴. Ainsi ne peut-il être communiqué au requérant ou à son avocat, ou même évoqué à l'audience « aucun élément susceptible de porter sur des informations protégées par le secret de la défense nationale, de confirmer ou infirmer la mise en œuvre d'une technique de renseignement à l'égard du requérant, ou de révéler des éléments contenus dans un fichier informatique intéressant la sûreté de l'État »²⁸⁵. La nature du contentieux laisse ainsi peu de marge aux avocat·e·s pour faire évoluer la procédure de sorte

²⁸⁴ *Contrôle des techniques de renseignement*, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/controle-des-techniques-de-renseignement>, art cit.

²⁸⁵ *Ibid.*

que l'importance quantitative du contentieux ne saurait être interprétée comme l'expression d'un volontarisme professionnel.

« C'est un problème de quadrature du cercle²⁸⁶ là encore, parce en fait les gens nous demandent – et c'est bien légitime – d'abord s'ils sont fichés et ensuite quelles sont les raisons du fichage. Sauf que justement on les fiche pour des raisons qui sont confidentielles et qu'on en veut pas leur révéler. C'est la raison pour laquelle une loi est intervenue et a permis cette procédure très bizarre qui est pas d'ailleurs si contentieuse que ça en fait, et qui consiste à ce que dans un premier temps il soit confié à la Cnil le soin de savoir si y a un fichage et si les raisons du fichage peuvent être divulguées ou non à la personne. Et elle dit toujours "non". Elle dit toujours : " on ne peut pas vous dire parce que c'est confidentiel, et si vous n'êtes pas content dans ce cas-là vous saisissez le Conseil D'État. [...] Et puis là le Conseil d'État ouvre le dossier. Éventuellement, on ne sait pas ce qu'il fait, mais il est fort probable qu'il interroge l'autorité administrative donc les services du ministre qui ont procédé au fichage pour savoir ce qu'il en est. Et puis ils nous répondent systématiquement que tout à été fait dans les règles de l'art et qu'effectivement les raisons pour lesquelles ils sont fichés ne peuvent pas leur être révélées. »

L'avocat aux Conseils souligne la nature « pas si contentieuse que ça » du recours confié à la formation spécialisée du Conseil d'État. Revenant sur les déterminants ayant présidé à la mise en place de cette voie de recours il ajoute :

« Si vous voulez cette procédure qui a été mise en place c'est une manière pour se débarrasser des enquiquineurs, tout en ayant la paix avec la Cour Européenne de Strasbourg, voyez ? La cour européenne des droits de l'homme. C'est une manière de... Y a un recours on regarde on leur dit que ça été bien fait et puis tout va bien quoi. C'est ça en fait. »

La déclaration de l'enquête précise une des modalités par lesquelles le droit conventionnel, par la voie spécifique de règlement des litiges qu'il offre aux justiciables, peut venir influencer l'ordre juridique interne. Si, en matière de collectes et de conservations de données la France n'a jamais été condamnée par la CEDH au titre de la violation du droit à un recours effectif²⁸⁷ contre les pratiques de collectes et de conservations de données des services et de renseignements, d'autres États membres du Conseil de l'Europe ont dû faire face à une telle condamnation. Ainsi en a-t-il été par exemple de la Roumanie condamnée par une CEDH qui a conclu, entre autres motivations à la violation de l'article 13 en raison de l'impossibilité du requérant de contester la validité des données détenues à son propos par les services de renseignements du pays²⁸⁸. Hors la problématique spécifique du droit à un recours effectif, la CEDH a fait montre d'une activité dense dans l'élaboration d'un droit conventionnel de la

²⁸⁶ Référence à la principale association intervenant dans ce domaine qui pourtant est absente dans ce contentieux.

²⁸⁷Garanti par l'article 13 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et du Citoyen.

²⁸⁸CEDH, *Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000, n° 28341/95

collecte et de la sauvegarde des données des justiciables par les États. Ainsi a-t-elle par exemple jugé dans un arrêt fameux, *Marper c/ Royaume-Uni*²⁸⁹, que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée devait être considéré comme « "nécessaire dans une société démocratique" pour atteindre un but légitime si elle répond à un "besoin social impérieux" ». Il importe alors qu'elle soit « proportionnée au but légitime poursuivi et [que] les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent "pertinents et suffisants" ». La cour a en outre également affirmé, à la même occasion, que le droit interne devait « contenir des garanties de nature à protéger efficacement les données à caractère personnel enregistrées contre les usages impropres et abusifs » et posé le principe de l'interdiction d'une conservation des données personnelles illimitées dans le temps par les services de renseignement. La France a d'ailleurs elle-même été condamnée plusieurs fois pour n'avoir pas su proportionner ses pratiques de récolte et de conservation des données aux finalités poursuivies par la collecte, notamment en autorisant la conservation pour une durée jugée excessive par la cour²⁹⁰. D'après Me Duval, la loi du 24 juillet 2015 par laquelle le législateur a confié à la formation spécialisée la responsabilité de connaître du contentieux de la conservation informatique des données personnelles par l'administration, aurait ainsi cherché à répondre de manière préventive au risque d'une nouvelle condamnation de la France par la CEDH. Si la création de la formation spécialisée du Conseil d'État illustre la force normative du droit conventionnel sur l'ordre juridique interne, cette initiative n'en relève pas moins parallèlement, d'après l'avocat, d'une manœuvre visant à tenir à distance la CEDH de tout examen des pratiques de renseignement de l'État français dont le nouveau recours veille à protéger la confidentialité. La doctrine juridique a d'ailleurs elle-même abondamment relevé les ambiguïtés d'une procédure contentieuse dérogeant largement au principe du contradictoire. Bien qu'une partie des auteurs, tels Xavier Dupré de Boulois professeur à l'université Panthéon-Sorbonne et Laure Milano professeur à l'université de Montpellier, postulent néanmoins la conformité du recours au droit européen « qui admet que ce dernier puisse céder devant d'autres exigences et en particulier la sécurité nationale »²⁹¹, celle-ci paraît plus incertaine pour Julia Schmitz qui relève qu'« il n'existe pas

²⁸⁹CEDH, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, 4 décembre 2012, n°30562/04, 30566/04

²⁹⁰Notamment CEDH, *Brunet c/ France* 18 septembre 2014, n°21010/10 sur durée de conservation des infractions classées sans suite dans le système de traitement des infractions constatées, et CEDH, *M. K. c. France*, 18 avr. 2013, n° 19522/09 sur conservation des empreintes digitales pour 20 ans d'un individu relaxé en ayant demandé la suppression.

²⁹¹Xavier Dupré de Boulois et Laure Milano, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 19.

de présomption en faveur de l'existence et du bien-fondé des raisons invoquées par une autorité nationale pour refuser la divulgation [des motifs précis et complets sur lesquels est fondée la décision] »²⁹².

Pourtant, si Me Duval insiste lui-même sur l'automatisme qui caractérise les décisions de rejet du Conseil d'État – lequel « répond toujours », « dit toujours », « répond systématiquement » – il indique ne pas chercher à décourager ses clients – souvent bénéficiaires de l'aide juridictionnelle – d'engager une procédure par ailleurs portée « à perte sèche » par le cabinet.

« L'enquêteur : Il y a des cas où vous avez refusé ? »

Me Duval : Non on refuse jamais. On refuse jamais précisément parce que, comme on sait absolument pas ce qu'il y a dans le dossier et que le seul moyen de le savoir est précisément de s'adresser au Conseil d'État, on y va toujours. Et même quand on a rien à dire et bah on ne dit rien on demande simplement au Conseil d'État de vérifier que y a pas d'anomalie qui a été fait dans le traitement des renseignements collectés. On y va systématiquement ce qui n'est pas le cas d'autres affaires où effectivement on a une obligation de conseil et on a une obligation de déconseiller un pourvoi qui est voué à l'échec. Ce qu'on fait régulièrement, quand ça se justifie. Mais là dans ce cadre de procédure, des procédures très particulières parce qu'en réalité, même si on ne voit absolument pas ce qui pourrait clocher dans la procédure et même si on ne décèle aucun élément qui serait de nature à nous faire gagner devant le Conseil d'État y a toujours quand même ce travail de vérification qui est fait par le Conseil d'État, et théoriquement [il insiste sur ce dernier mot] au moins, c'est pour ça que la procédure a bien été mise en œuvre, le Conseil d'État pourrait décider qu'il y a une anomalie qui pourrait conduire à l'annulation de la décision de la Cnil et qui pourrait conduire soit à la suppression du fichage, soit à une obligation pour l'administration de réexaminer l'opportunité de fichage ou pas. Donc c'est la raison pour laquelle on y va toujours. »

Le présent rapport a déjà pu exposer, dans le premier cas du volet discrimination afférant au dépôt d'une QPC visant à faire déclarer l'inconstitutionnalité de l'inaccessibilité de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes, une situation où une avocate aux Conseils faisait fi des chances de victoires objectives pour assumer la défense d'un dossier devant le Conseil d'État (p.41). C'était alors la question de principe que posait le cas et la possibilité entrevue de faire du Conseil d'État et ensuite du Conseil constitutionnel une courroie d'accès vers l'espace public permettant la visibilisation médiatique de la cause des discriminations des couples de même sexe, qui avaient présidé à la décision de l'avocate d'accepter l'affaire. Les raisons convoquées par Me Duval dans le précédent extrait pour

²⁹²Julia Schmitz, « Le juge administratif et le contentieux du droit d'accès indirect aux fichiers de renseignement », *L'Actualité juridique. Droit administratif*, 26 février 2018, n° 07, p. 406.

justifier son acceptation systématique des dossiers de recours contre la conservation de données personnelles par les services de renseignement sont cependant d'une toute autre sorte. Rappelant la difficulté faite aux avocats d'identifier des éléments de contestation d'une procédure de fichage dont tout est fait pour préserver la confidentialité, celui-ci voit dans la possibilité offerte par ce seul recours de provoquer un contrôle juridictionnel de la procédure par la plus haute cour de l'ordre administratif une raison suffisante d'en accepter la charge. Présenté par le texte de la loi du 24 juillet 2015 comme une voie de contestation permettant de demander au juge l'annulation de la surveillance ainsi que l'effacement des données conservées, analysé par l'avocat lui-même comme une façon de satisfaire au droit à un recours effectif exigé par la CEDH et stigmatisé en ce sens par la doctrine pour son « contradictoire asymétrique²⁹³ », le recours devant la formation spécialisée voit ses finalités sensiblement réinterprétées par la pratique de l'avocat aux Conseils. C'est ainsi l'enjeu même du contentieux qui semble se déplacer dans le discours de l'avocat, invitant à réévaluer les frontières de l'échec et du succès devant la formation spécialisée. Un recours reconnu comme largement dérogeant au droit commun et n'engendrant presque que des décisions de rejet au terme d'une motivation particulièrement frustrante²⁹⁴ est ainsi ré-envisagée comme le moyen efficace de susciter une procédure administrative de contrôle dont la réalisation devient l'objet même du recours. À défaut de pouvoir parler de victoire, une telle observation permet ainsi d'enrichir le constat classique de la sociologie du droit sur le rôle des acteurs dans l'interprétation du succès ou de l'échec d'une procédure contentieuse.

Dans ce cas cependant, l'interprétation de l'avocat aux Conseils selon laquelle, ayant en tout état de cause permis au Conseil d'État d'exercer son contrôle de la légalité des opérations de renseignements et conservations des données, la décision de rejet ne serait pas totalement insatisfaisante, tend à entrer en contradiction avec la perspective d'un requérant convaincu de l'injustice de la surveillance auquel il est soumis et professant un jugement sévère sur des pratiques des renseignements qu'il assimile à une condamnation opaque.

²⁹³Emmanuelle Prada-Bordenave, « Fasc. 95 : Contentieux du renseignement. – Formation spécialisée du Conseil d'État », *JurisClasseur Justice administrative*, avril 2019, n° 24

²⁹⁴M. Touzeil-Divina, « Le contrôle juridictionnel spécialisé des techniques de renseignement, entre protection des droits de la Défense nationale et défense des droits des citoyens », *JCP G* 2016, 1213

B - Une contestation impulsée par un particulier

La séquence d'évènements traversée par Monsieur Julian, depuis les difficultés rencontrées à la douane lors d'un voyage jusqu'à la formation d'un recours devant le Conseil d'État, revêt, d'après les avocats aux Conseils qui ont porté son affaire, un caractère de typicité :

« Lorsque [les individus fichés] cherchent à prendre l'avion ils ont des difficultés à embarquer et supportent alors qu'ils sont fichés S. On ne leur dit pas. C'est la raison pour laquelle ils mettent en œuvre cette procédure. Pour vérifier s'ils le sont et pour connaître les raisons du fichage. »

C'est ainsi d'abord, d'après Me Duval, le sérieux « handicap » administratif que constitue le fait d'être l'objet d'un fichage étatique, qui alerte les individus fichés sur la surveillance dont ils font l'objet.

« Nous on est dans l'incapacité totale de dire au client s'il a des chances ou non d'avoir un résultat favorable ou pas parce qu'en fait c'est au bon vouloir du Conseil d'État. Simplement c'est une garantie supplémentaire qui est offerte aux administrés, que de faire contrôler par une juridiction suprême le travail qui a été fait par l'administration. Mais ça les clients sont parfaitement informés qu'il y a très peu de cas où on obtient des explications sur ce fichage. Mais ils veulent aller jusqu'au bout précisément parce que ce fichage les gêne dans leur vie quotidienne en fait ou en tout cas dès lors qu'ils se déplacent. »

Tandis que l'avocat réaffirme l'intérêt juridique d'un recours offrant au justiciable la possibilité de faire « contrôler par une juridiction suprême le travail qui a été fait par l'administration », comme une « garantie supplémentaire » de la régularité de la procédure, il n'en relève pas moins que le recours vise prioritairement, dans l'esprit des requérants, à remédier à une situation personnelle négativement affectée par ce traitement. C'est ainsi bien, d'après l'avocat, l'obstination qu'affichent ses clients de voir cesser la surveillance contraignante dont ils pensent faire l'objet qui les incite à aller jusqu'au bout d'une procédure dont ils ont été prévenus du faible niveau de succès. À ces considérations de nature pratique peut en outre venir s'adjoindre une indignation plus politique comme c'est le cas pour Monsieur Julian, lequel fait preuve d'un important volontarisme dans son action de contestation juridictionnelle du fichage qui le concerne. Parallèlement à sa saisie de la formation spécialisée, il a ainsi obtenu du préfet de son département, par un recours pour excès de pouvoir connexe à notre cas, la communication d'une « note blanche » le concernant, qu'il commente par courriel en ces termes :

« Je suis consterné par autant de calomnies et d'approximations.

Je m'attelle à y répondre mais ça va être long.

Toujours est-il qu'elle ne me semble contenir aucun secret d'État qui aurait pu justifier qu'elle ne me soit pas auparavant communiquée.

C'est cette utilisation abusive de la raison d'État qui me choque le plus dans l'affaire qui nous concerne. Avons-nous fait la Révolution Française pour que deux siècles plus tard le pouvoir s'arroge à nouveau le droit monarchique de condamner en toute opacité ? »

Professionnel de santé converti à l'Islam lors d'une mission humanitaire médicale en Asie Centrale, et fortement investi dans le réseau associatif musulman, Monsieur Julian convoque la Révolution française, acte fondateur – au moins sur le plan symbolique – de la démocratie en France, pour justifier de sa résistance au fichage dont il est l'objet. Davantage qu'un inconfort personnel, lors de cet échange de mail, c'est ainsi une indignation politique face à ce qu'il interprète être une « utilisation abusive de la raison d'État » bafouant non seulement ses droits personnels, mais entachant également rétrospectivement l'histoire de la communauté nationale française à laquelle il s'associe – « avons-nous fait la Révolution... » – comme marche vers l'État de droit, que l'enquêté exprime. Son action contentieuse paraît ainsi tant destinée à faire cesser un trouble pratique, qu'à dénoncer ce que ce justiciable analyse comme une régression monarchique du pouvoir étatique. Si un tel discours, par la généralité des considérations qu'il convoque peut participer d'une opération de légitimation sociale et morale, dans l'interaction avec le sociologue, d'une action juridictionnelle concrètement tournée vers la résolution de difficultés personnelles, il n'en reste pas moins qu'une telle dénonciation s'inscrit pleinement dans la défense politique de l'État de droit contre l'arbitraire. Seul acteur de ce cas à associer, par son discours, les démarches contentieuses d'espèces à une cause politique plus générale, ses propos tranchent ainsi avec les déclarations de Me Duval présentant le recours devant la formation spécialisée comme un simple moyen d'obtenir un contrôle juridictionnel. Sur le plan juridique, en effet, la procédure de contentieux permettant de contester de telles décisions de fichages n'offre guère de latitude pour porter une telle critique à l'endroit de l'État selon ce qui pourrait s'apparenter à une défense de rupture. En dépit de l'ambiguïté de la procédure de fichage d'un individu par les autorités – laquelle conduit à priver un justiciable d'une partie de ses droits hors de tout procédure contradictoire – que notre enquêté assimile lui-même à une condamnation opaque, la confidentialité qui la caractérise et motive sa dénonciation politique ne fait que compliquer sa mise en cause juridique. Pour les avocats aux Conseils en charge de tels dossiers, la recherche de moyens de contestation s'avère ainsi particulièrement ardue.

C - Des moyens en défense d'une personnalité

Le mémoire d'avocat produit dans cette affaire s'ouvre dans son titre I sur une description étonnément longue, de près de 2 700 signes, du parcours de Monsieur Julian et de ses diverses activités. Précisant le contexte de sa conversion à l'Islam, lors d'une mission humanitaire, le document insiste particulièrement sur l'engagement associatif récurrent de ce praticien de santé « *spécialisé dans la prise en charge de personnes défavorisées, exclus ou marginaux* » et souligne notamment qu' « *impliqué dans l'aide humanitaire médicale au service des populations civiles depuis plus de trente-cinq ans ; il n'a jamais participé à la moindre action violente, n'a jamais été impliqué dans aucune enquête ni aucun procès pénal ; il s'est volontairement mis au service de la France, à plusieurs reprises, et est fiscalement à jour.* »

Après une description des faits d'espèce par lesquels le requérant a découvert et par suite contesté par un recours gracieux la surveillance dont il faisait l'objet (titre II), et un rappel de la compétence de la formation spécialisée pour connaître du recours (titre III) quatre moyens (titres IV, V, VI et VII) sont dédiés à l'affirmation de l'illégalité de la décision par laquelle le ministre de l'Intérieur a rejeté la demande d'effacement des données personnelles du requérant. Convoquant entre autres éléments la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle les atteintes au droit au respect de la vie privée doivent être proportionnées à l'objectif poursuivi »²⁹⁵ et celle de la Cour européenne des droits de l'homme ayant affirmé « que la conservation de données à caractère personnel constitue en elle-même une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée d'un individu. »²⁹⁶, le titre IV ne propose pas davantage d'analyse des enjeux spécifiques du cas d'espèce, affirmant simplement que « si des informations concernant l'exposant sont mentionnées sur ce fichier, elles sont nécessairement inexactes et non pertinentes au regard des finalités du fichier ». Si le titre V prend quant à lui le soin de rappeler une nouvelle fois le profil du plaignant, « père de famille [...] fiscalement à jour », il ne fait pas davantage référence aux modalités concrètes de surveillance auxquelles ce dernier aurait été soumis pour conclure que « à l'évidence en l'espèce, si M. Julian figure sur un fichier intéressant la sûreté de l'État, la défense nationale ou la sécurité publique, une telle mention est entachée d'illégalité. ». Le raisonnement proposé au soutien de cette affirmation s'y cantonne en effet sans autres précisions à l'observation selon laquelle il résulterait « des circonstances de l'espèce [...] ainsi que de la description de la personnalité de l'exposant que la

²⁹⁵Décision, n° 2015-713 DC, du 23 juillet 2015

²⁹⁶CEDH, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, 4 décembre 2012, n°30562/04, 30566/04

présence d'information le concernant sur un fichier intéressant la sûreté de l'État, la défense nationale ou la sécurité publique ne peut qu'être le fruit d'une erreur. ». De même c'est sans soulever quelque autre élément que le titre VI, composé d'une unique phrase insiste laconiquement : « Il résulte en outre de ce qui précède que si M. Julian est mentionné dans un fichier « de souveraineté », cette mention est dénuée de toute pertinence au regard des finalités de ce fichier. » Et c'est enfin de façon tout aussi lapidaire que le titre VII affirme finalement : « Dans ces conditions, une telle mention porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'exposant, tel qu'il est garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Partant, l'effacement de ces données s'impose et la décision attaquée doit être annulée. »

Redondance des moyens, recours au lexique de la nécessité et de l'évidence pour défendre l'illégalité du fichage, absence de description des pratiques de renseignement ayant spécifiquement visé Monsieur Julian : si le recours prétend permettre de contester la procédure de collecte et de conservation des données, le mémoire défend en fait la personnalité sociale, civile et professionnelle du requérant pour mieux établir l'illégalité de la décision. C'est en tant que Monsieur Julian affecte tous les attributs du bon citoyen – « père de famille » fiscalement à jour et engagé associativement, loin de la figure archétypale du terroriste – que la collecte et la conservation de ses données personnelles doivent être considérées comme sans objet donc illégale. Notre échange avec Me Duval révèle cependant que cette défense originale si on s'en réfère au canon des mémoires généralement produits devant les juges administratifs ou judiciaires, doit peu de choses au profil atypique de Monsieur Julian sur lequel le mémoire insiste pourtant.

« Me Duval : C'est toujours les mêmes moyens bien-sûr. Surtout qu'en réalité nous notre intervention elle est très formelle puisqu'en fait nous on demande au Conseil d'État de vérifier... Mais nous on a très très peu d'éléments pour contester un fichage S. »

Si l'avocat fait de la personnalité publique de son client le principal argument de sa réclamation en défense, c'est ainsi du fait des contraintes structurelles de ce contentieux. La place accordée à la description de la personnalité sociale du plaignant dans les écritures relève en fait d'une tactique systématique résultant de la contrainte qu'oppose à la contestation juridique la parfaite opacité d'une procédure de récolte et de conservation des données personnelles protégée par le « Secret Défense ». Manquant des moyens pour produire une stratégie oppositionnelle qui traduirait dans le langage du droit la critique politique exprimée

par leur client à l'endroit des pratiques de renseignements, les écritures ne peuvent ambitionner de relier le cas d'espèce aux efforts critiques plus larges d'une cause de libertés numériques dont les animateurs associatifs ont pourtant fréquemment produit ce type de mise en cause de l'encadrement juridique du renseignement jusque devant les Hautes cours. À l'inverse, bien que récurrente dans sa forme, l'attention portée par le mémoire à la défense de la probité personnelle du requérant comme motif d'annulation du fichage aboutit à une particularisation des enjeux de l'affaire. C'est ainsi l'opportunité de la surveillance plus que les pratiques structurelles de l'administration qui se trouve interrogée par le recours.

Du reste ces moyens semblent-ils eux même de pure forme, tant les motivations laconiques des décisions rendues par le Conseil d'État en la matière se révèlent les ignorer. Me Duval qui décrit encore une fois ce recours comme un moyen de susciter une vérification de la régularité des opérations de l'administration par le Conseil d'État, le signale lui-même plusieurs fois : « notre intervention elle est très formelle », « On est simplement une courroie de transmission en réalité ». Les moyens produits par un avocat aux Conseils auquel les éléments manquent et lui-même pratiquement réduit à une fonction administrative de saisie paraissent en effet ne pouvoir prétendre qu'à une importance marginale au sein de la procédure de contestation. C'est alors le travail même de la production d'arguments qui se trouve affecté par l'automaticité d'une procédure de vérification dont l'avocat aux Conseils n'est plus qu'un rouage.

« Me Duval : ...Deux collaborateurs qui connaissent ces problèmes-là qui sont assez répétitifs et puis il se trouve qu'en général c'est moi qui les suis ces dossiers. Le dossier il arrive d'abord chez moi, ensuite j'attribue un collaborateur qui rédige un mémoire que je relis et ensuite qu'on dépose.

[...]

L'enquêteur : Entre le moment où vous recevez le mail de votre client et le moment où vous avez un mémoire prêt à déposer au Conseil d'État ça prend combien de temps à rédiger ?

Me Duval : Ça va assez vite, ça va assez vite. [...] On ne passe pas beaucoup de temps sur les dossiers parce qu'on a souvent rien à dire »

Me Duval décrit ainsi le processus de traitement interne de ces dossiers comme étant particulièrement rapide et systématisé. Si dans notre cas eu égard au volontarisme et au profil atypique de Monsieur Julian, l'affaire a pu donner lieu à des échanges entre avocat et plaignant, un tel travail suppose coutumièrement peu de contact avec le demandeur : « on a pas de contact avec eux ». Ce contentieux n'offre ainsi que rarement les conditions du développement d'une

structure de soutien à part entière. Dans un contexte où l'avocat dispose en avance des conclusions du rapporteur public, l'audience elle-même semble en outre une formalité :

« L'enquêteur : Sur ce cas-ci, est que vous vous être rendu à l'audience ? Est-ce qu'en général vous vous y rendez ? »

Me Duval : Oui en général j'y vais oui

L'enquêteur : Et ça se déroule comment ?

Me Duval : Ça va assez vite d'abord il y a très peu d'affaires à chaque audience donc ce sont des audiences qui vont très vite. Et puis vous avez un rapporteur qui lit un rapport qui n'a absolument aucun intérêt et puis y a le rapporteur public qui lui donne des informations effectivement... bon ça reste toujours très très très limité, mais qui donne quelques informations sur les raisons du rejet. »

Me Duval souligne le caractère particulièrement rapide des audiences de la formation spécialisée sur le contentieux de la récolte et de la conservation institutionnelle de données personnelles. Outre la pauvreté des éléments à faire valoir devant le Conseil, la nécessité de réunir une formation spécialisée dont les membres soient habilités *Secret Défense* et n'ont à connaître que de ces cas, semble participer d'une standardisation de contentieux. L'analyse des 95 audiences examinant les recours pour excès de pouvoir par lesquels des particuliers contre leur fichage par les services de l'État, montre en outre que celles-ci sont organisées par sessions journalières lors desquelles les conseillers d'État sont généralement amenés à se prononcer sur plus d'une dizaine de cas, en s'appuyant sur les rapports d'un même rapporteur public pour tous les cas. Ainsi, les 95 cas recensés dont le Conseil d'État a eu à connaître sur une année ont-ils été « audiencés » sur 8 jours. C'est parmi 14 procédures similaires tenues le même jour que s'est ainsi déroulée l'audience de notre cas d'étude. Si l'organisation en section du Conseil d'État appelle à regrouper les journées d'audiences de contentieux envisagé comme relevant d'une même thématique, l'effet de standardisation paraît ici renforcé par la faible variété des cas qu'a à connaître la formation spécialisée.

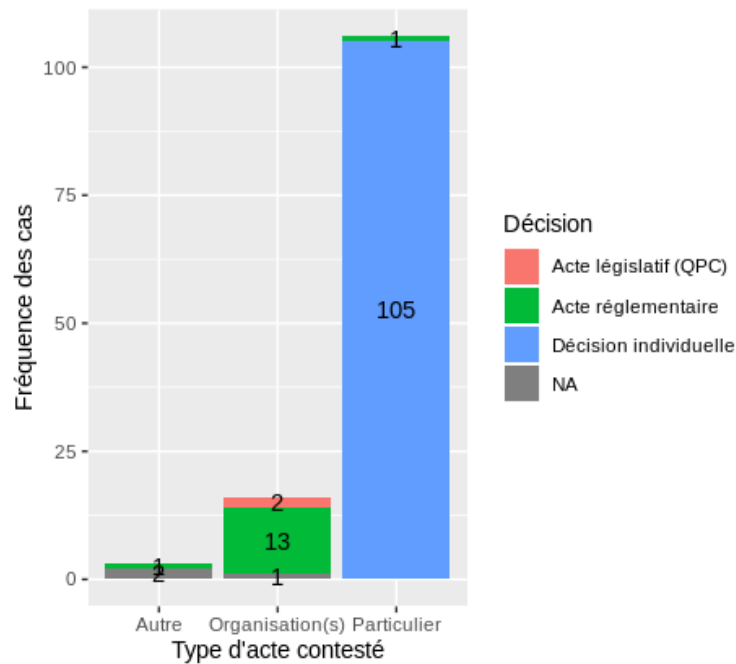
Conclusion

Le contentieux afférant à la conservation et au traitement institutionnel informatisé de données à caractère personnel aux fins revendiquées de garantir la sûreté de l'État s'offre comme un contentieux verrouillé. Privé par l'opacité de la procédure de la possibilité de développer des moyens critiques des pratiques des services de renseignements, l'avocat avec lequel nous nous sommes entretenus, paraît aujourd'hui endosser sans plus de résistance le rôle

de « courroie de transmission » auquel l'invite une procédure « pas si contentieuse » essentiellement destinée, d'après lui-même, à contenter la Cour européenne des droits de l'homme.

Décrivant ce dispositif juridictionnel comme un compromis acceptable, l'avocat aux Conseils rejoint ainsi le consensus juridique doctrinal lequel y décèle même la marque d'une avancée par rapport au contrôle purement administratif confié jusqu'alors à la CNIL. À l'issue de l'analyse des 95 affaires soumises à la « cour suprême » administrative, force est, en outre, de constater qu'aucun cabinet ne semble avoir développé de spécialisation sur ce type d'affaires portées par des particuliers. Celles-ci se montrent au contraire éclatées entre un grand nombre de cabinets d'avocats aux Conseils. Aussi, malgré l'actualité de ce contentieux important (correspondant d'après nos observations à la procédure de contestation la plus fréquemment engagée contre la conservation informatisées de données personnelles par l'État), et bien que, comme nous l'avons observé dans le cas d'espèce, il arrive que ce contentieux soit investi d'une ambition de contestation politique par les plaignants eux-mêmes, il semble n'avoir été érigé en cause politique par aucun acteur du droit et se dérouler en marge de l'orchestration associative d'une cause des libertés numérique par ailleurs dynamique. Symptomatiquement Me Duval, pourtant identifié comme l'un des avocats ayant eu le plus à connaître de ce type d'affaires en 2018²⁹⁷, nous indiquera n'avoir jamais eu aucun contact avec la Quadrature du Net, fer de lance en France du militantisme en matière de libertés informatiques depuis la fin des 2000. En ce sens, l'observation des 125 affaires de contestations du traitements informatisés des données personnelles dont le Conseil d'État a eu à connaître en 2018, laisse apparaître des contentieux associatifs et particuliers s'ignorant réciproquement :

²⁹⁷ Ayant assuré la représentation de trois plaignants en cette matière en 2018, Me Duval est, parmi les avocats aux Conseils dont l'identité est indiquée dans les 96 arrêts identifiés (tous ne renseignant malheureusement pas le nom du représentant), l'avocat étant le plus intervenu sur ce contentieux. Cette observation témoigne du constat que nous dressons de l'éclatement de ce contentieux entre un grand nombre de cabinet d'avocats aux Conseils,



Répartition du nombre de cas par type de plaignants et distribution du type d'acte contesté

En partie contraints par les exigences juridiques enserrant l'intérêt à agir, les contentieux associatifs et particuliers s'attachent chacun à la contestation d'actes réglementaires de différentes natures. Bien que pouvant doubler leur contestation juridique d'un positionnement discursif contestataire, c'est avant tout à un handicap personnel pratique issu d'une décision administrative individuelle auquel cherche à remédier la grande majorité des particuliers initiant une action devant le Conseil d'État. À l'inverse, acteur organisé de l'agonistique sociale et juridique, l'espace de ce que nous avons désigné sur le graphique comme celui des « organisation(s) » – et qui y recouvre à la fois l'activité associative, syndicale ou partisane – investi dans la défense générale d'idéaux socio-politiques divers, concentre ses efforts contentieux sur la contestation d'actes réglementaires de portée générale. Le cas suivant qui retrace l'une des victoires juridiques de la Quadrature du Net, principale animatrice de la cause associative des libertés numériques, en offre un exemple paradigmatique.

Le point de vue de la doctrine

Conseil d'État, formation spécialisée, 7 mars 2018, n° 396552 (Contentieux de l'accès aux fichiers de renseignements et de la demande de suppression de données)

Diane Roman

Si l'arrêt étudié n'a pas, en lui-même, fait l'objet de commentaires doctrinaux, en revanche le contentieux de l'accès aux données contenues dans des fichiers de police et de leur suppression a suscité l'intérêt de la doctrine. Droit d'accès indirect, mise en place d'un contradictoire « asymétrique »²⁹⁸, jugement par une formation spécialisée, possibilité d'ordonner le huis-clos, faiblesse de la motivation, bornant à indiquer la présence ou l'absence d'une illégalité... La procédure présente il est vrai bon nombre de caractéristiques susceptibles de susciter la critique de la doctrine : « le problème majeur rencontré par les juges est (...) qu'ils doivent concilier les droits des citoyens (et notamment le respect de quelques principes du contentieux comme celui du contradictoire) mais ce, tout en protégeant le secret de la Défense nationale. La conséquence en est que l'arrêt produit ne mentionne et ne justifie presque rien puisqu'il ne peut... presque rien dire ! Sa lecture en gêne presque le lecteur qui a l'impression de lire un dossier sensible dont toutes les informations réelles auraient été cachées (on dit aussi « caviardées ») »²⁹⁹, s'exclame Mathieu Touzeil-Divina, professeur à l'université de Toulouse-Capitole. Toutefois, pour Olivier Le Bot, professeur à l'université d'Aix Marseille, il convient de se satisfaire de cette procédure et de la faiblesse de la motivation, bien qu'elle soit « drastiquement réduite : le juge ne fournit aucune indication sur les données factuelles de l'affaire ni sur l'application des dispositions juridiques au cas d'espèce (...) On objectera qu'il n'est guère possible de faire autrement : motiver la décision de façon complète aboutirait à révéler des informations classifiées. Une telle motivation, parce qu'elle mettrait en cause le secret de la défense nationale et, par ricochet, la sécurité publique, n'est nullement envisageable. En outre, il ne paraît pas exagérément déraisonnable de faire confiance aux membres du Conseil d'État chargés de ce contrôle. La procédure est connue, le nom des juges également. La collégialité favorise l'échange, la discussion et la confrontation des points de vue. Enfin, les

²⁹⁸ Emmanuelle Prada-Bordenave, « Fasc. 95 : Contentieux du renseignement. – Formation spécialisée du Conseil d'État », *JurisClasseur Justice administrative*, avril 2019, n° 24.

²⁹⁹ Mathieu Touzeil Divina, « Le contrôle juridictionnel spécialisé des techniques de renseignement, entre protection des droits de la Défense nationale et défense des droits des citoyens », *JCP G* 2016, 1213

vérifications sont menées par des juges expérimentés dont on connaît le niveau d'exigence dans l'exercice de leurs responsabilités »³⁰⁰.

Plus encore, la plupart des auteurs considèrent que, dans l'ensemble cette procédure juridictionnelle constitue une avancée par rapport au droit antérieur, en ce qu'elle permet de renforcer un contrôle autrefois purement administratif confié à la seule CNIL³⁰¹. Par ailleurs, ils soulignent qu'elle n'a rien d'inédit, et s'inspire d'exemples étrangers. Dans leur chronique consacrée à la protection des données personnelles, Bénédicte Fauvarque-Cosson et Winston Maxwell, respectivement professeur à l'université Paris II Panthéon-Assas et avocat associé chez Hogan Lovells, tous deux directeurs du diplôme d'université « Délégué à la protection des données » de l'université Paris II Panthéon-Assas, soulignent que « la procédure prévue devant le Conseil d'État a quelques similitudes avec l'activité de la FISA (Foreign Intelligence Surveillance) aux États-Unis où un tribunal composé de juges fédéraux spécialement désignés – et soumis au secret-défense – contrôle la régularité des interceptions de sécurité aux États-Unis »³⁰².

Par ailleurs, la doctrine semble s'accorder sur la conformité de la procédure aux exigences du droit européen. La loi instaurant cette procédure dérogatoire a été déclarée conforme à la constitution, le Conseil constitutionnel ayant considéré que le législateur avait opéré « une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable et le principe du contradictoire et, d'autre part, les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, dont participe le secret de la défense nationale » (Cons. const. 23 juill. 2015, n° 2015-713 DC, § 86 à 91). S'agissant de sa conformité au droit européen, Xavier Dupré de Boulois, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I) et Laure Milano, professeur à l'université de Montpellier reconnaissent que la procédure instituée déroge au principe du contradictoire puisque les informations dont les intéressés

³⁰⁰ Olivier Le Bot, « Le contentieux du renseignement devant la formation spécialisée du Conseil d'État », *RFDA* 2017, p. 721.

³⁰¹ V. en ce sens notamment Olivier Le Bot, art. précité.

³⁰² Bénédicte Fauvarque-Cosson et Winston Maxwell, « Protection des données personnelles », *rec. Dalloz* 2018. 1033

demandent la communication sont couvertes par le secret défense et ne sont transmises qu'au Conseil d'État. Pourtant, ils postulent sa conformité aux exigences de la Convention européenne, « car, bien que le juge européen considère le principe du contradictoire comme un principe fondamental, il admet que ce dernier puisse céder devant d'autres exigences et en particulier la sécurité nationale », en citant notamment l'arrêt rendu par la Grande chambre de la Cour européenne dans l'affaire *Regner c. République Tchèque* du 19 septembre 2017 (n° 5289/11)³⁰³. En revanche, la conformité de la procédure au droit de l'Union européenne paraît plus incertaine pour Julia Schmitz, maître de conférences à l'université Toulouse Capitole, institut Maurice Hauriou. Celle-ci relève que la Cour de justice de l'Union européenne a considéré, en se fondant sur l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, que lorsque l'État refuse de communiquer des informations confidentielles, « il n'existe pas de présomption en faveur de l'existence et du bien-fondé des raisons invoquées par une autorité nationale pour refuser la divulgation de ces motifs. Le juge compétent doit ainsi procéder à un examen indépendant de l'ensemble des éléments de droit et de fait invoqués par l'autorité nationale et il doit apprécier si la sûreté de l'État s'oppose à la communication à l'intéressé des motifs précis et complets sur lesquels est fondée la décision » (CJUE 4 juin 2013, aff. *C-300/11, Z. Z. c/ Royaume-Uni*, § 61). Or « dans son considérant de principe, la formation spécialisée n'évoque pas le contrôle des motifs de la non-communication des informations lors de l'instruction, ni d'ailleurs la faculté pour le juge de demander une déclassification des pièces couvertes par le secret défense. Si la formation spécialisée contrôle désormais l'existence et la légalité des informations éventuellement contenues dans un fichier, elle ne contrôle pas le bien-fondé du refus de communiquer ces informations au regard des finalités du fichier »³⁰⁴.

En définitive, le principal risque exposé par la doctrine est celui d'une « contamination » de telles procédures dérogatoires à la protection d'autres formes de secret. C'est la crainte exprimée par Ariane Meynaud-Zeroual, maître de conférences à l'université Paris II Panthéon-Assas, qui souligne le caractère spécial de ce contentieux : « Le caractère spécial de ce contentieux ne fait aucun doute, et ce, à un triple point de vue. Spécial, le contentieux du renseignement l'est par son juge, puisque le dispositif repose sur la création d'une formation de

³⁰³ Xavier Dupré de Boulois et Laure Milano, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », RFDA 2018. 706

³⁰⁴ Julia Schmitz, « Le juge administratif et le contentieux du droit d'accès indirect aux fichiers de renseignement », AJDA 2018. 406 ;

jugement spécialisée au sein du Conseil d'État, dont les membres sont habilités ès qualités au secret de la défense nationale. Spécial, ce contentieux l'est encore par la procédure suivie (...), dans la mesure où il déroge à de nombreux principes directeurs du procès comme la contradiction, l'égalité des armes (CJA, art. R. 773-23 et R. 773-24) ou encore la publicité des audiences (art. L. 773-4). Spécial, ce contentieux l'est enfin par son issue, puisque le juge peut prononcer une injonction à titre principal, sans annulation préalable, au terme d'un jugement caractérisé par une absence de motivation »³⁰⁵. Si l'auteure admet que cette spécialité est liée à la nature des enjeux en cause, en l'occurrence la protection de la sécurité nationale, elle s'inquiète de ce que la création d'un tel type de contentieux dérogatoire ne constitue « un laboratoire du secret » de nature à acclimater le juge à la protection d'autres secrets, comme celui des affaires : « En ce sens, le contentieux du renseignement ne devrait pas être vu comme un laboratoire mais bien comme le contre-exemple de ce qu'est un procès administratif. À cet égard, il conviendrait de garder à l'esprit la différence de nature qui sépare un secret institué au nom des intérêts de la Nation, comme celui de la défense nationale, d'un secret institué au profit de son seul bénéficiaire, comme celui des affaires »³⁰⁶.

³⁰⁵ Ariane Meynaud-Zeroual, « Le contentieux du renseignement : un contre-exemple ? », *AJDA* 2020 p.226,

³⁰⁶ Id.

Cas n°8 – Une cause orchestrée par un acteur associatif

Si le contentieux afférant aux questions de collecte et de conservation des données personnelles devant le Conseil d'État apparaît largement éclaté entre les cabinets d'avocats aux Conseils, aucun d'eux n'en revendiquant la spécialité, un cabinet – déjà identifié comme particulièrement dominant sur le contentieux pénitentiaire – se distingue néanmoins en cette matière par le profil de ses clients. Sur la période identifiée précédemment – du 28 décembre 2017 et le 28 décembre 2018 – son action sur ces sujets a exclusivement été menée aux côtés d'associations généralistes ou spécialisées, dans le cadre de recours pour excès de pouvoir ou de référé, non contre des décisions individuelles mais contre des décrets ou des circulaires. Il est ainsi le cabinet le plus proche des acteurs associatifs : présent dans six des neuf affaires portées par les associations sur cette période, pour ce contentieux, devant cette juridiction. Le cabinet en question, par ailleurs également proche de l'OIP, intervient notamment régulièrement aux côtés de la Quadrature du Net qui s'est imposée, depuis sa création en 2008, comme l'acteur majeur, sur la scène française, de la contestation sociale en matière de libertés numériques. Celle-ci assume une action d'orientation très juridique au sein de laquelle l'action contentieuse tient depuis 2013 une place centrale. En décembre 2014, en réponse à la publication du « décret LPM³⁰⁷ », sur l'accès administratif aux données de connexion, elle fonde, avec deux autres associations dont elle est historiquement proche – French Data Network (FDN) et la Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs (Fédération FDI) – une « task force », groupe contentieux croisé formé de juristes et d'avocats, spécialement dédié au contentieux. Particulièrement actifs, les « Exégètes Amateurs », du sobriquet invoqué par Jean-Jacques Urvoas, ancien garde des Sceaux, pour désigner les opposants à la Loi Renseignement, ont su – avec l'appui du cabinet – obtenir plusieurs victoires significatives devant le Conseil constitutionnel, dont celle traitée ici.

Par ses activités de plaidoyer et de contentieux, la Quadrature du Net a ainsi contribué à inscrire le processus d'élaboration d'un droit français et européen d'internet dans un espace de conflictualité multipartite traversé d'alliances en recompositions constantes : les mouvements de défense d'internet alternant en effet entre les situations de convergence avec les acteurs économiques contre certains projets étatiques, et les situations de concurrence avec ces mêmes acteurs dans la promotion auprès du public et des acteurs politiques d'une certaine vision de la

³⁰⁷ Loi de Programmation Militaire.

société numérique. C'est ainsi essentiellement autour de cette organisation, bien plus qu'autour de cas contentieux menés par des particuliers, que s'organise, aujourd'hui, en France, la *cause* des libertés numériques. Cela témoigne de la forte imprégnation idéologique de cette dernière, au service d'une conception politique d'internet et des réseaux informatiques.

Bien qu'elle sache se montrer opportuniste, la stratégie de cette association repose principalement sur la contestation, devant le Conseil d'État d'abord et le Conseil constitutionnel ensuite, de normes de portée générale (circulaires, décrets, lois). La contestation d'actes réglementaires devant la plus haute cour de l'ordre administratif lui sert régulièrement de tremplin pour le dépôt d'une QPC contre les actes législatifs qui les fondent.

Notre second cas qui relate la contestation par la Quadrature du Net des modifications apportées au Code de la sécurité intérieure par l'une des nombreuses lois de prorogation de l'état d'urgence à la suite des attentats de 2015 puis de celui de Nice en 2016 en constitue une illustration paradigmatique. Régi par une loi du 3 avril 1955 adoptée en réaction à la série d'attentats perpétrés par le Front de Libération Nationale au début de la Guerre d'Algérie, et qui l'avait alors vu immédiatement utilisé, l'état d'urgence n'avait jusqu'en 2015 été décrété que sept fois dont seulement deux fois, en 1958 puis en 1961, sur l'ensemble du territoire. Décrété une nouvelle fois sur le territoire métropolitain lors des émeutes des banlieues de 2005, ce n'est que dix ans plus tard à la suite des attaques meurtrières de novembre 2015 qu'il y sera de nouveau recouru par François Hollande et son gouvernement³⁰⁸. Renforçant sensiblement les moyens d'action de l'administration face à ce qu'elle identifie être une menace terroriste, l'état d'urgence décrété le 13 novembre 2015 et dont le régime juridique sera en outre partiellement modifié, se verra prorogé trois fois avant qu'en juillet 2016 il soit envisagé par le gouvernement de ne pas le reconduire. Mais le 14 juillet 2016 un camion fonce à travers la promenade des Anglais de la ville de Nice où la foule s'est amassée pour admirer les feux d'artifice de la fête nationale. Le gouvernement dépose alors immédiatement auprès du Parlement un projet de loi de prorogation de l'état d'urgence pour six mois, dans le cadre d'une procédure accélérée. Texte relativement court, il comporte six articles dont le quatrième vise à accroître les pouvoirs confiés, en situation, à l'administration. Amendé en première lecture par l'Assemblée nationale, il est surtout considérablement densifié par la commission des lois du Sénat qui en modifie la dénomination de manière à l'établir explicitement comme un projet de

³⁰⁸Christophe Forcari, « État d'urgence et couvre-feu, une histoire qui remonte à loin », *Libération*, 25 mars 2020.

loi « portant mesure de renforcement de la lutte anti-terroriste ». Michel Mercier, sénateur UDI – UC du Rhône, rapporteur spécial du comité de suivi de l'état d'urgence et rapporteur de la commission des lois y introduit ainsi, entre autres, par un amendement COM-15 un nouvel article modifiant l'article L. 851-2 du Code de la sécurité intérieure en disposant que :

Pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme, peut être individuellement autorisé le recueil en temps réel, sur les réseaux des opérateurs et des personnes mentionnés à l'article L.851-1, des informations ou documents mentionnés au même article L.851-1 relatifs à une personne préalablement identifiée susceptible d'être en lien avec une menace. Lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'une ou plusieurs personnes appartenant à l'entourage de la personne concernée par l'autorisation sont susceptibles de fournir des informations au titre de la finalité qui motive l'autorisation, celle-ci peut être également accordée pour cette ou ces personnes.

Légèrement modifié en commission mixte paritaire afin de préciser comme le réclamait notamment Pascal Popelin, député et rapporteur pour l'Assemblée nationale, « que, lorsqu'elle concerne l' « entourage » d'une personne susceptible d'être en lien avec une menace, la transmission des données de connexion en temps réel ne peut être appliquée que ponctuellement et individuellement, et non anonymement et collectivement »³⁰⁹, le nouvel article est adopté et la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste est votée et promulguée le 21 juillet 2016.

La modification par la loi de l'article L. 851-2 du Code de la sécurité intérieure est rapidement identifiée comme une opportunité juridique par une Quadrature du Net s'étant opposée à la prorogation de l'état d'urgence dès ses premiers moments. Les Exégètes Amateurs soumettent ainsi, au nom de leurs trois associations fondatrices et par l'intermédiaire du cabinet d'avocats aux Conseils précité, une demande d'abrogation au Premier ministre du décret n° 2016-67 du 29 janvier 2016 relatif aux techniques de recueil de renseignements au motif de son défaut de base légale. Celui-ci avait été pris pour l'application des dispositions de l'article L. 851-2 du Code de la sécurité intérieure, telles qu'issues de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015, lesquelles avaient été déclarées conformes à la Constitution par une décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 2015³¹⁰. Mais l'élargissement des cibles de l'article L. 851-2 par la loi de juillet 2016 qui n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, est venu, remettre

³⁰⁹ Rapport n° 808 (2015-2016) de MM. Michel MERCIER, sénateur et Pascal POPELIN, député, fait au nom de la commission mixte paritaire, déposé le 20 juillet 2016 : www.senat.fr/rap/115-808/115-808.html

³¹⁰Décision n°2015-713 DC du 23 juillet 2015.

en question la constitutionnalité de cet article qui, selon l'analyse des militants, ne présente plus les garanties qui avaient présidé à la déclaration de sa constitutionnalité. Les Exégètes Amateurs ont donc argué de l'existence d'un changement de circonstances de droit, interrogeant en conséquence la « légalité » du décret n° 2016-67 portant toujours application de l'article L. 851-2 dans sa nouvelle version.

La décision implicite de refus de la demande d'abrogation du décret n°2016-67 par le Premier ministre a par suite autorisé les associations requérantes à attaquer cette décision pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État. Elles en profitent alors pour solliciter auprès de la haute cour administrative le renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel concernant l'article L. 851-2 du Code de la sécurité intérieure, dans sa rédaction issue de l'article 15 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016. Par une décision du 17 mai 2017³¹¹ le Conseil d'État décide la transmission de la QPC à son voisin de l'aile Montpensier du Palais-Royal. Elles s'y inquiètent notamment de ce que le nouvel article L. 852-2 permettrait à l'autorité administrative d'obtenir le recueil en temps réel des données de connexion relatives, d'une part, à toute « personne préalablement identifiée susceptible d'être en lien avec une menace » terroriste et, d'autre part, « aux personnes appartenant à l'entourage de la personne concernée par l'autorisation lorsqu'il y a des raisons sérieuses de penser qu'elles sont susceptibles de fournir des informations au titre de la finalité qui motive l'autorisation ». D'après l'analyse des associations un tel élargissement des cibles ne satisferait plus aux exigences que le Conseil constitutionnel avait pris soin d'énoncer lors de sa décision du 23 juillet 2015³¹². Elles rappellent ainsi que ce dernier avait explicitement souligné le fait que, si le législateur était alors parvenu à concilier « d'une part le respect de la vie privée des personnes et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et celle des infractions » d'une manière qui « n'[était] pas manifestement déséquilibré », c'était en raison du fait qu'il avait alors « assorti la procédure de réquisition de données techniques de garanties », notamment en n'autorisant celle-ci « que pour les besoins de la prévention du terrorisme, pour une durée de deux mois renouvelable, uniquement à l'égard d'une personne préalablement identifiée comme présentant une menace et sans le recours à la procédure d'urgence absolue prévue à l'article L. 821-5 du même code [de la sécurité intérieure] ». L'absence de telles garanties de la nouvelle rédaction de l'article, autorisant à ce que soient visés, pour une durée portée à quatre mois renouvelable « des personnes dont il n'est même pas

³¹¹CE, 17 mai 2017, n° 405792.

³¹²Décision n°2015-713 DC du 23 juillet 2015.

établi qu'elles seraient susceptibles d'être elles-mêmes en lien avec une menace » ainsi que l'entourage même de ces personnes, permettrait « un élargissement exponentiel d'un dispositif de surveillance pourtant particulièrement intrusif et initialement conçu de façon restrictive » et qui porterait une « atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances ».

Saisi le 23 mai, le Conseil constitutionnel rend sa décision le 4 août 2017³¹³. Écartant « le grief tiré de la méconnaissance du droit au secret des correspondances » au motif que « la procédure de réquisition administrative de données de connexion instituée par les dispositions contestées exclut l'accès au contenu des correspondances », le Conseil constitutionnel considère également que, s'appliquant à « une personne préalablement identifiée susceptible d'être en lien avec une menace » la loi a assorti la procédure de réquisition des données de connexion de garanties satisfaisant aux exigences constitutionnelles. Mais il considère en revanche qu'en prévoyant que cette « procédure de réquisition s'applique également aux personnes appartenant à l'entourage de la personne concernée par l'autorisation », sous certaines conditions, « le législateur n'a pas opéré une conciliation équilibrée entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée ». Aussi déclare-t-il l'abrogation – différée au 1^{er} novembre 2017 – de la seconde phrase du paragraphe I de l'article L. 851-2 du Code de la sécurité intérieure

L'analyse ici présentée s'appuie sur une série de treize entretiens réalisés avec les militants de la Quadrature du Net et les juristes des Exégètes Amateurs entre début 2018 et fin 2019 ainsi que sur la consultation des mémoires produits par le groupe contentieux (en coopération avec le cabinet d'avocats évoqué) et tenus à la libre disposition du public sur leur site internet. L'enquête met au jour une stratégie contentieuse pensée pour gravir l'arbre des disputes jusqu'au Conseil constitutionnel et dirigée par une volonté d'écriture de la loi résonnant avec la place historique du plaidoyer législatif au sein du répertoire d'action de la Quadrature du Net (A). Disposant d'une solide expertise juridique, l'association, qui se montre très attachée à garder la maîtrise de la traduction de la cause qu'elle porte dans le langage du droit (B), envisage ainsi le contentieux comme le support d'une stratégie de participation cumulative à l'édification de la loi et au débat public en matière de libertés numériques (C).

³¹³Décision n° 2017-648 QPC du 4 août 2017

A - Une stratégie de montée en puissance orientée par une volonté d'écriture de la loi

La séquençage de notre cas d'étude – commençant par un recours gracieux contre un acte réglementaire devant une autorité administrative avant le dépôt d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État contre le refus (explicite ou implicite) opposé à la demande, puis le dépôt devant la plus haute cour administrative d'une question prioritaire de constitutionnalité ambitionnant d'élever l'affaire jusqu'au Conseil constitutionnel – apparaît comme typique d'une activité contentieuse de la Quadrature du Net et des Exégètes Amateurs conçue d'emblée pour gravir *l'arbre des disputes*³¹⁴. Comme le révèle l'étude du mémoire déposé dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, loin de relever du pur choix d'opportunité cette stratégie de montée en puissance, déjà observée en matière pénitentiaire, correspond à une ambition plus fondamentale d'intervention au niveau de l'ordre législatif, envisagée dès les premières étapes du contentieux. En effet, lors de la contestation de la légalité du décret n° 2016-67 du 29 janvier 2016 relatif aux techniques de recueil de renseignements, c'est immédiatement l'inconstitutionnalité potentielle de sa nouvelle base légale qui est convoquée devant les conseillers d'État :

Les dispositions du décret contesté sont illégales en l'absence de toute base juridique³¹⁵ qui en permettent l'édition, compte tenu de l'inconstitutionnalité et de l'inconventionnalité des dispositions législatives que les dispositions réglementaires mettent en œuvre.

L'action contentieuse de l'association est ainsi orientée par une volonté d'écriture de la loi, et s'inscrit en miroir de son activité de plaider auprès des élus nationaux et européens. Les déterminants en sont à trouver dans l'histoire même de cette organisation. Formée en 2008 par un petit groupe de techniciens informatiques en réaction aux premières grandes lois de réglementation de la propriété intellectuelle sur internet³¹⁶, son action relève alors principalement du travail de lobby auprès des députés engagés dans le débat parlementaire. D'abord association de fait, ce n'est qu'en 2013 qu'elle déposera officiellement les statuts qui

³¹⁴Catherine R. Albiston, Lauren B. Edelman et Joy Milligan, « The Dispute Tree and the Legal Forest », *Annual Review of Law and Social Science*, 3 novembre 2014, vol. 10, no 1, p. 105-131.

³¹⁵ Souligné par le mémoire lui-même.

³¹⁶ Les lois loppsi et Hadopi.

lui conféreront un intérêt à agir en justice. Elle bénéficiera alors de l'expertise de nouveaux bénévoles, juristes et avocats en recherche d'engagement mais également attirés par l'occasion qu'elle leur offre de participer à l'élaboration d'un droit du numérique encore balbutiant. Rejoindre les rangs de cette organisation ayant associé son nom à plusieurs luttes significatives³¹⁷, se présente, pour ces nouveaux acteurs, comme la promesse d'une influence sur l'ordre juridique, tandis qu'eux-mêmes permettent à cette dernière de convertir l'expertise juridique interactionnelle acquise au travers de ses années de plaidoyer, en une véritable expertise contributive³¹⁸, propre à citer devant les tribunaux. Dans un contexte post-attentats de fermeture de la *structure des opportunités politiques*³¹⁹ dont suit une certaine paralysie de son activité de plaidoyer, le contentieux s'impose ainsi pour l'organisation comme un moyen peu coûteux en ressources – puisque préparé bénévolement et défendu gratuitement par le cabinet d'avocats aux Conseils avec lequel elle collabore – de poursuivre au sein des prétoires le combat législatif perdu au Parlement. L'un des juristes militants interrogés confirme ainsi que l'activité juridictionnelle vise à « refaire la bataille avec des arguments qui étaient souvent différents et surtout des interlocuteurs qui étaient des juges. Qui étaient des juristes, avec qui on avait une proximité intellectuelle bien plus forte qu'avec les députés, pour qui le droit est quelque chose de complètement étranger. » L'action contentieuse apparaît ainsi aux juristes de l'association comme une modalité de travail législatif présentant moins d'aléa que les opérations de lobbying. Voie de dépassement du politique, le recours au juge promet de faire droit à une expertise qu'ils ont en partage avec les juges, conseillers ou magistrats, et dont les élus manqueraient à l'inverse singulièrement.

Le rôle dévolu principalement à l'action contentieuse comme supplétif du travail de lobby législatif et la stratégie retenue par l'association expliquent ainsi la focalisation du groupe contentieux sur le juge administratif qu'illustre notre cas d'étude, en dépit du fait que, me

³¹⁷ La Quadrature du Net a notamment été l'une des principales associations à organiser la lutte contre l'accord commercial ACTA.

³¹⁸ Les notions d'*expertise contributive et expertise interactionnelle* ont été développés par Harry Collins. La première recouvre les savoirs pratiques et théoriques que partagent les spécialistes d'une discipline. Elle s'oppose à l'expertise interactionnelle qui désigne une forme modérée d'expertise reposant essentiellement sur un processus de socialisation linguistique. Les acteurs qui en disposent se montrent capables de s'engager dans des communications d'experts sans être eux-mêmes des spécialistes contributeurs du domaine. Voir Harry Collins, « Interactional expertise as a third kind of knowledge », *Phenomenology and the Cognitive Sciences*, 1 juin 2004, vol. 3, n° 2, p. 125-143.

³¹⁹ Sidney Tarrow, « States and opportunities: The political structuring of social movements » dans Doug McAdam, John D. McCarthy et Mayer N. Zald (eds.), *Comparative Perspectives on Social Movements*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 41-61.

confirment mes enquêtés, ils n'ont jamais obtenu la moindre victoire devant le Conseil d'État. Installé sur l'un des deux canapés qui meublent l'accueillant salon du local de la Quadrature du Net, Erwan, juriste salarié de l'association et membre des Exégètes Amateurs, l'indique avec clarté :

« La question c'est pas pourquoi pas pénal, c'est pourquoi autant le Conseil d'État. Parce que, même si « les Exégètes » c'est pas la Quadrature, on est quand même beaucoup de gens de la Quadrature qui commençons la bataille au niveau législatif, et qui vont la poursuivre. »

La concentration de l'action contentieuse sur le juge administratif, tandis que l'action judiciaire permet également le renvoi de QPC, procède d'une évaluation comparative de la *structure des opportunités concrètes* en fonction des critères singulièrement proches de ceux retenus par Ruud Koopmans : chances de succès, nature de la réforme ou de la menace, facilitation offerte par les autorités ou inversement le niveau de répression encourue³²⁰. En effet, plusieurs éléments concourent à faire de la justice administrative la courroie pertinente de contestation de la loi par un mouvement associatif. L'un d'entre eux est économique :

« Le Conseil d'État il se venge pas sur les pauvres petits justiciables qui veulent contester l'État. Donc ça c'est cool ».

Le recours devant le Conseil d'État est en effet sensiblement moins risqué financièrement pour un collectif bénévole qui ne dispose d'aucun budget propre. La procédure est pour eux peu coûteuse. Comme y fait implicitement référence notre enquêté, les conditions d'application de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative qui permet au juge d'ordonner à la partie perdante d'indemniser l'autre partie – fut-ce une administration – sont interprétées de façon beaucoup plus restrictive par le Conseil d'État, que ne l'est l'article 700 du Code de procédure civile – l'équivalent en matière judiciaire – par la Cour de cassation.

Cependant, comme l'expliquent les enquêtés, les déterminants de ce choix tiennent surtout à des divergences plus structurelles entre juridictions administratives et juridictions judiciaires qui contraignent considérablement la liberté offerte aux associations souhaitant contester un acte législatif ou réglementaire. En effet, la possibilité de contester une disposition réglementaire ou législative n'est ouverte devant le juge judiciaire que par voie « d'exception »

³²⁰ Ruud Koopmans, *Democracy from below: new social movements and the political system in West Germany*, Boulder, Colo, Westview Press, 1995, 282 p.

– comme c’est le cas du renvoi d’une QPC au Conseil constitutionnel ou du contrôle de conventionnalité et doit ainsi obligatoirement s’arrimer à un litige de fond opposant l’État à un ou plusieurs particuliers au pénal – personne morale ou physique – ou des particuliers entre eux au civil. De plus, hors le cas où de telles exceptions sont soulevées contre une loi ou un acte réglementaire, les décisions judiciaires ne valent que pour les parties³²¹. L’intérêt à agir des associations – que ce soit pour initier une action ou intervenir – y est en outre apprécié de façon plus restrictive qu’en matière administrative. À l’inverse le juge administratif, également juge de la conventionnalité des lois et susceptible de renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel, offre de pouvoir contester un acte réglementaire de manière directe dont l’annulation vaudra pour tous, promettant ainsi au requérant, en cas de saisine juridiquement victorieuse, une influence concrète sur l’ordre juridique français. Surtout l’extension importante de l’intérêt à agir retenu par la jurisprudence administrative laisse une grande latitude aux acteurs associatifs en termes d’initiative contentieuse. Ainsi a-t-elle permis à la Quadrature du Net d’initier le cas d’espèce de manière parfaitement indépendante, sans devoir s’adosser à un contentieux particulier. C’est ainsi en leur seule qualité que les trois associations ayant fondé le collectif des Exégètes Amateurs – qui ne dispose pas de la personnalité juridique – ont saisi le Conseil d’État, ouvrant unilatéralement la contestation des décrets d’application des nouvelles dispositions légales en matière de techniques de renseignement. La courroie administrative offre ainsi aux associations revendiquant une activité juridictionnelle, une grande autonomie dans l’organisation stratégique de leur action et subséquemment une importante maîtrise de leur cause, enjeu dont nous constaterons bientôt la centralité pour la Quadrature du Net.

B - La revendication associative d’un monopole sur la traduction juridique de sa cause

Les entretiens réalisés avec les militants font en effet ressortir une très forte volonté de maîtrise de la définition de leur cause et de sa traduction juridique devant les instances juridictionnelles. Comme il a déjà été relevé, l’association s’est ainsi dotée d’un groupe contentieux particulièrement dynamique. Composé aujourd’hui de 6 membres, celui-ci accueille l’un des membres fondateurs de l’association au profil d’informaticien mais ayant développé une grande familiarité aux problématiques du droit du numérique, deux juristes bénévoles, deux jeunes juristes salariés ayant le titre d’avocat à la Cour dont l’un a exercé en

³²¹ Ce que le droit qualifie d’ « autorité relative de la chose jugée ».

tant que collaborateur dans un cabinet avant de rejoindre l'association, et enfin un avocat à la Cour en exercice. Très actif, le groupe se réunit une fois par semaine pour piloter la stratégie juridictionnelle de l'organisation et rédige collectivement les mémoires et observations à présenter devant les juges. La grande expertise juridique et technique de l'association lui permet en effet de maintenir une forte implication à toutes les étapes de la procédure juridictionnelle, lui assurant ainsi un certain contrôle de la traduction de la cause qu'elle porte, dans le langage du droit. En effet, pour la Quadrature du Net l'enjeu ne se situe pas dans tant dans l'effort de traduction de la cause dans les termes du droit, que dans le fait de savoir qui parle le langage du droit au nom de la cause. La capacité de l'organisation à maintenir sa maîtrise des dossiers tire ainsi avantage d'un positionnement stratégique lui garantissant que peu d'autres acteurs seront susceptibles d'y intervenir. Aussi tient-elle en grande partie à l'autonomie de son action vis-à-vis du contentieux des particuliers, qui l'obligerait à un travail de coopération et de négociation tactique avec les plaignants et leurs avocats à la cour, et la cantonnerait en conséquence à un rôle de soutien des cas initiés par d'autres, plutôt que de pilote. C'est en effet sans offrir, pour autant, d'appui concret à des justiciables qui auraient tenté de faire constater en justice la violation de leur droit, que l'association la Quadrature du Net s'est paradoxalement imposée comme l'un des artisans majeurs de la défense des droits informatiques. À l'inverse de ce qui a pu être constaté précédemment concernant les débuts de l'action de l'OIP en matière de contentieux pénitentiaire, laquelle eu d'abord pour habitude de s'intégrer aux structures de soutien d'acteurs particuliers quitte à rechercher activement les cas prometteurs ou pertinents, c'est dès le déploiement de son activité contentieuse que le positionnement singulier de cette organisation l'aura délesté de la nécessité de rechercher des cas significatifs, augmentant d'autant son indépendance stratégique.

La focalisation associative sur la contestation administrative de dispositions de portée générale, tels les actes réglementaires d'origine présidentielle ou gouvernementale, qui a pour effet de porter son action contentieuse directement devant le Conseil d'État sans passer par les juridictions de première instance lui offre en outre un contact direct, sans la médiation d'un avocat à la Cour, avec le cabinet d'avocats aux Conseils, déjà évoqué en introduction, qui a l'habitude de la représenter *pro bono* et déjà évoqué en introduction. Ainsi, concernant les recours portés contre les nouvelles dispositions régissant la collecte publique des données de connexion à fin de lutte contre le terrorisme, une telle configuration permet-elle aux Exégètes Amateurs de maintenir une implication directe dans la production des écritures rédigées conjointement avec M.G, collaborateur du cabinet. Le premier mouvement de la rédaction est

ainsi laissé à l'initiative du groupe contentieux qui s'y attelle en présentiel lors de ses réunions hebdomadaires et le reste de la semaine par l'usage d'outils informatiques de travail collaboratif tel les « pads » développés par Framasoft³²² permettant de travailler de façon décentralisée sur des documents communs. Ce n'est que dans un second temps que ces documents sont envoyés à M.G, aux fins d'améliorations plus formelles que substantielles.

« L'enquêteur : Mais [l'avocat aux Conseils] vous le voyiez du coup ? Comment s'organisait le travail avec lui ? C'est-à-dire que par exemple je sais pas j'ai regardé pas mal d'affaires dans lesquelles ils sont intervenus, y avait par exemple l'affaire du recueil des données de connexion sur la loi de sécurité intérieure de 2016, vous avez fait un recours contre les décrets d'application devant le Conseil d'État, puis devant le Conseil constitutionnel.

Alors comment ça se passait. Alors faut voir comment ça se passe avec les autres assos. Je pense que c'est pour ça qu'en fait nous on avait pas compris comment il faisait avec les autres assos. Souvent, bon maintenant en gros tu as M.G qui travaille chez X [célèbre avocat aux Conseils]. M.G c'est un universitaire assez renommé qui est très sympa.[...] Et lui qui va être très bon en droit de l'homme, très bon en droit de l'homme fondamental, en droit des étrangers des choses comme ça. C'est plutôt des gens comme ça avec qui bosse X. d'habitude et du coup les assos avec qui il bosse lui font largement confiance et M.G a rédigé tout le truc. Et c'est d'une qualité entendue, ouais c'est ça, c'est bien. Du coup nous on avait pas trop compris, donc en fait nous quand on commence à travailler avec eux on leur dit en fait “ nous ce qu'on fait d'habitude c'est qu'on écrit tout, et euhh nous on a juste besoin de vous, enfin S. on lui dit, on a juste besoin de toi et M.G éventuellement pour nous donner la culture du Conseil d'État qu'on a pas entièrement, donc les bonnes pratiques, qui aller voir quel délai attendre etc ». Euh pour du formalisme aussi, fallait que... Notre forme était pas parfaite et voilà. Et pour aller faire des observations à l'audience puisque nous on pourra jamais le faire vu que nous on est pas avocats aux Conseils, on a aucun avocat aux Conseils, c'est tout. »

Notre enquêté décrit ainsi une conception de la collaboration plaçant les militants au centre de l'effort de production des écritures et des moyens juridiques qu'elles articulent, reléguant le rôle de l'avocat aux Conseils à celui d'un aiguilleur, voire d'un correcteur. D'autres observations nous ont permis de mettre en évidence la capacité de certaines associations à prendre elles-mêmes en charge l'essentiel de l'effort contentieux. Ainsi en matière de discrimination l'autonomie du GISTI dans l'élaboration de la requête adressée au Conseil d'État comme dans la préparation des interventions orales, a-t-elle été soulignée³²³. Cependant, à l'inverse du cas d'espèce, il s'agissait alors d'une audience de référé ne réclamant pas la représentation d'un avocat aux Conseils, de sorte que ce dernier exemple n'emportait aucun enjeu en termes de répartition des rôles entre les militants et leurs éventuels conseils.

³²² La plus importante association française de production et de développement de logiciels libres.

³²³ Voir cas n°3.

Surtout – et bien que comme le note notre enquêté une telle configuration de travail ne semble pas représenter l’ordinaire de la collaboration du cabinet en question avec ses clients associatifs – une pareille répartition du processus de rédaction a déjà pu être décrite lorsque cette étude exposait plus haut les relations du même cabinet avec l’OIP. La stabilité d’une telle organisation avait alors été analysée comme reposant non seulement sur le fort degré d’expertise juridique de l’association mais également sur sa capacité à reproduire le style de rédaction propre au cabinet en amont de la transmission des documents. Or, support d’une collaboration pérenne entre le cabinet en question et l’OIP, un tel arrangement s’est rapidement avéré un enjeu problématique du côté des Exégètes Amateurs. La pleine revendication du rôle de traduction de la cause par les juristes de l’association devant les juridictions ayant en effet fini par entraîner la cessation de leur collaboration :

« Et là il commence à dire « ouais mais nous on a une cohérence dans toutes nos écritures donc on ne peut pas déposer vos écritures en tant que telles juste en rajoutant une intro, il faut qu’on reprenne tout ». « Mmmouais ok... » et c’est là la fin de tout. Nous c’est très structuré ce qu’on fait [...] Donc on envoyait nos trucs comme ça. M.G les reprenait en remettant le style X. En mettant en plus des phrases pour passer d’une partie à l’autre qui ne venaient pas de nous. Il changeait un peu nos phrases pour sonner plus... tu vois... Enfin il change pas le fond tu vois y a pas de soucis, mais au final y a plein de trucs, le contentieux passé, que nous on arrive plus à utiliser maintenant. Tu vois quand on dit « ah qu’est-ce qu’on avait dit à l’époque sur tels arguments », il faut qu’on aille se faire chier à retourner dans nos anciens pads plutôt que de regarder la requête parce que la requête on arrive pas à la lire en fait. »

L’attachement du groupe contentieux à la maîtrise des dossiers qu’il initie, soutenu par les propres compétences juridiques et techniques qu’il peut y investir, s’est ainsi avéré affecter jusqu’au rapport entretenu avec le cabinet d’avocats aux Conseils précédemment évoqué. Cet extrait de notre échange avec un juriste des Exégètes Amateurs souligne ce que l’appropriation pérenne de la cause doit en effet à la supervision de ses formes d’expression, jusque dans la composition d’un certain style d’interpellation de la justice. Le travail du cabinet S. vient perturber le travail au long cours, la cohérence formelle mais aussi argumentative du groupe contentieux qui doit aller chercher dans ses brouillons, plutôt que dans les mémoires produits eux-mêmes, les anciens moyens utilisés. L’analyse des mémoires régulièrement produits par le collectif révèle notamment la façon dont celui-ci tend à introduire dans ses requêtes, au soutien de ses moyens plus strictement juridiques, un dispositif d’argumentation davantage technique et scientifique. Notre cas d’étude en offre une variation exemplaire. Relevant que le Conseil constitutionnel dans une décision 2015-478 QPC avait écarté les métadonnées du champ de

protection du secret des correspondances au motif que – selon l’analyse du collectif qui en déduit rétrospectivement le raisonnement – le « caractère technique des métadonnées » les distinguerait du « contenu du messages », l’association consacre de longs développements à la mise en cause technique de cette distinction. Au soutien de leur argument selon lequel, par leur nature pré-structurée, les données de connexion se prêteraient à une exploitation de masse dont les croisements permettraient de déduire des « informations importantes » du contenu des correspondances lui-même, les militants citent ainsi sur plusieurs lignes les déclarations en ce sens d’Edward W. Felten, professeur en informatique à l’université de Princeton et Michael Morell, ex-directeur adjoint de la CIA américaine. Mais ils détaillent surtout les conclusions d’un article de John Mayer, Patrick Mutchler, and John C. Mitchell publié dans la prestigieuse revue PNAS³²⁴ qui démontre la possibilité technique de « déduire le contenu des communications passées par un individu en croisant plusieurs informations concernant uniquement les caractéristiques techniques de ses correspondances ». Si la démonstration n’a pas su emporter la conviction des conseillers constitutionnels qui n’ont pas suivi la requête sur ce point, elle n’illustre pas moins la façon dont l’expertise informatique de la Quadrature du Net, sa forte connaissance des enjeux techniques de la société numérique, tend à nourrir son travail d’écriture contentieuse. Comme l’indiquent de façon récurrente les entretiens, la revendication d’expertise s’impose comme fondement de la légitimité à incarner la cause des droits numériques que se reconnaissent des militants amenés à officier au sein d’une organisation se présentant comme une figure paradigmatique du militantisme expert et étant notoirement proche des mouvements hackers. Aussi doit-on interpréter la difficulté de ces militants à déléguer ne serait-ce que partiellement la défense de leur cause à un acteur non spécialiste à l’aune de ces modalités spécifiques d’engagement militant. L’échange qui suit est particulièrement éclairant sur ce point :

« Rapidement on s’est détaché de S. parce que c’était difficile de travailler avec des gens de l’extérieur et que moi personnellement j’aime pas trop leur formalisme. Ils sont très très bons sur d’autres trucs hein ! Dans nos matières, nous au début on pensait qu’on allait les aider à monter en compétence³²⁵, à devenir expert en numérique. Donc ça s’est pas fait en fait, du coup au bout d’un moment...

[...]

³²⁴Jonathan Mayer, Patrick Mutchler et John C. Mitchell, « Evaluating the privacy properties of telephone metadata », *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* (PNAS), 17 mai 2016, vol. 113, n° 20, p. 5536-5541.

³²⁵ Je souligne.

L'enquêteur : Ok, c'est quand que vous avez splitté ? Que vous avez arrêté de travailler avec eux ?

En fait c'est pas net parce que... je sais pas, tous les 3/4 mois on a une nouvelle affaire. et quand on décide d'arrêter ça, y a déjà 4 affaires en cours avec eux tu vois. Et ces affaires-là je crois qu'on leur retire pas les dossiers. C'est la dernière à la fin qui est restée toute seule on leur a dit "bon maintenant qu'il y a plus que celle-là c'est ridicule on la reprend". »

Le rôle de l'avocat est d'emblée pensé par les militants comme celui d'une courroie de transmission dont ils pourraient accessoirement s'inspirer des pratiques, et la collaboration envisagée comme un travail d'inculcation de la part du groupe en direction du cabinet, renversant ainsi le rapport de compétence entre l'avocat et son client. Une telle ambition témoigne du sentiment d'expertise du groupe contentieux. Les termes utilisés indiquent en outre un rapport possessif à la cause « on la reprend » en même temps que le sentiment d'en avoir été un temps dépossédé : « qui venait pas de nous ». L'installation d'une configuration ordinaire de collaboration présenterait assurément un risque pour l'agentivité (*agency*) du groupe contentieux en contradiction avec les modalités d'engagement de ses membres précédemment évoquées mais également avec la logique de professionnalisation récente qui est la sienne : celui d'être lui-même dépossédé du travail de traduction juridique de la cause pour être ramené au statut de client, tandis que l'association dispose aujourd'hui de la capacité de porter elle-même ses contentieux devant le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. Engagés alors qu'ils étaient encore étudiants, plusieurs juristes de l'organisation ont ainsi obtenu le titre d'avocat à la Cour qui les autorise à apparaître devant le gardien de la Constitution, ainsi qu'à déposer leurs mémoires devant la plus haute cour de l'ordre administratif. En effet, si les avocats aux Conseils ont le monopole de la prise de parole devant le Conseil d'État, ni la production d'un recours pour excès de pouvoir, ni la possibilité d'y poser une question prioritaire de constitutionnalité n'exige la représentation obligatoire d'un avocat aux Conseils.

C - Une action contentieuse conçue comme le support d'une stratégie de participation cumulative au débat public

Le pilotage de cette cause par le secteur associatif conduit à ce que les bénéficiaires escomptés au travers de l'initiative contentieuse dépassent largement le simple espoir d'une victoire devant les cours. Outre la perspective immédiate de modification du droit, l'action contentieuse et plus largement le cadrage juridique, apparaissent à l'association comme des outils de publicisation de sa lutte. La stratégie qu'elle adopte, visant à suivre le chemin le plus

direct vers les Hautes cours, lesquelles bénéficient d'une exposition médiatique particulièrement importante, participe de cette ambition.

Ainsi, la victoire de l'association devant le Conseil constitutionnel que forme le cas d'espèce a-t-elle fait l'objet d'une couverture médiatique importante. On peut notamment citer un article du *Monde*³²⁶ intitulé : « Renseignement : la "surenchère sécuritaire" en partie censurée ». Un militant explique ainsi :

« En fait, je pense que c'était une nécessité, c'est-à-dire que tu vois poindre un danger juridique qu'étaient les trucs dans le paquet Télécoms ou la loi Hadopi. Si tu dis juste « on est pas d'accord », le message va être difficilement audible, alors que si tu l'attaques tout de suite dans ses fondements juridiques en disant pourquoi ça peut pas tenir, là quand les gens commencent à se rendre compte que ce tu dis n'est pas bête, là y a un vrai angle qui est intéressant pour les journalistes, qui vont se dire : " D'accord, ils ne sont pas d'accord, y a toujours des gens qui ne sont pas d'accord, mais là ils ont de vrais arguments " ».

Cette déclaration d'un militant invite à étendre l'interprétation de ce que peut-être une « victoire » du point de vue de la cause des libertés en ligne. La traduction des enjeux sociaux et politiques entourant ces questions dans le langage du droit et la possibilité subséquentement offerte de venir en exposer les termes devant la justice participent d'une stratégie visant à susciter l'intérêt médiatique selon une logique bien identifiée par la littérature³²⁷. Dans une étude de 2003, Myra Marx Ferree³²⁸ a notamment souligné l'influence positive du *cadrage juridique* sur la considération médiatique d'une cause, en montrant que les *organisations de mouvement social* qui alignaient leurs efforts de cadrage sur les décisions de la Cour constitutionnelle américaine étaient identifiées, par les médias, comme dominantes tandis que celles qui tentaient de s'opposer à ces cadres étaient perçues comme marginales. Les initiatives contentieuses – et plus encore les victoires – de l'association sont en effet régulièrement relayées dans les médias. L'un des militants interrogés précise : « *Finally le contentieux ça permet de toucher la presse* ». On peut également en ce sens relever que l'association étudiée est régulièrement invitée à s'exprimer dans le cadre de consultations européennes préparatoires de directives, ou de commissions parlementaires. Au-delà de sa simple expertise juridique, sa compétence

³²⁶ Julia Pascual, « Renseignement : la « surenchère sécuritaire » en partie censurée », *Le Monde.fr*, 4 août 2017.

³²⁷ Gwendolyn Leachman, Lauren B. Edelman et Doug McAdam, *On Law, Organizations and Social Movements*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2010.

³²⁸ Myra Marx Ferree, « Resonance and Radicalism: Feminist Framing in the Abortion Debates of the United States and Germany », *American Journal of Sociology*, September 2003, vol. 109, n° 2, p. 304-344.

contentieuse, en renforçant sa capacité d'opposition, tend ainsi par là-même à renforcer ses possibilités de participations aux discussions avec les pouvoirs publics. Elle lui permet ainsi de se placer dans une position de *participation cumulative* tendue vers l'écriture de la loi³²⁹. En alternant avec les pouvoirs publics les phases de coopération et de contestation, l'association peut ainsi profiter du surcroît de crédibilité qu'elle tire des premières pour nourrir les secondes. L'articulation de l'activité contentieuse et du travail de lobbying multiplie donc les options stratégiques de l'organisation, lui permettant de déplacer la contestation des couloirs du Parlement aux arènes administratives, et inversement, en fonction du caractère favorable ou non de leur perception de la conjoncture. Un des militants enquêtés note, non sans une pointe de fierté :

« Y a pas beaucoup d'assos, hein qui ont les moyens de faire du lobbying et contentieux en même temps, pensés en même temps. »

Le recours au droit peut ainsi se payer de profits plus politiques que juridiques. L'action contentieuse s'est notamment révélée un outil particulièrement intéressant pour une cause des libertés en ligne principalement orchestrée par une petite association, dont elle a permis de pallier le manque structurel de « capital quantitatif de mobilisation »³³⁰. L'adoption d'un tel répertoire d'action aura en effet offert à cette structure réduite d'occuper une place dans le débat public que l'on pourrait qualifier d'inversement proportionnelle à son poids militant.

Conclusion

Acteur majeur de la cause des libertés numériques en France, la Quadrature du Net initie ainsi ses contentieux de manière autonome sans s'intégrer dans la structure de soutien d'un particulier. Privilégiant la contestation administrative d'actes réglementaires lui permettant d'initier en son nom propre ses contentieux, et profitant des ressources internes dont elle dispose en matière d'expertise juridique, elle s'assure une forte maîtrise de la définition publique de sa cause ainsi que de la traduction juridique de cette cause devant les Hautes cours. Par sa stratégie de montée en puissance, consistant à gravir l'arbre des disputes depuis la contestation devant le

³²⁹ Sandrine Rui et Agnès Villechaise-Dupont, « Les associations face à la participation institutionnalisée : les ressorts d'une adhésion distanciée », *Espaces et sociétés*, 2005, no 123, n° 4, p. 21-36.

³³⁰ Julien Weisbein, « Le militant et l'expert : les associations civiques face au système politique européen », *Politique européenne*, 2001, n° 4, p. 105-118.

Conseil d'État de décrets d'application jusqu'à la contestation des lois auxquelles ces derniers s'attachent devant le Conseil constitutionnel, elle oriente ses efforts contentieux en direction d'un travail d'écriture de la loi en continuité avec sa première activité de plaidoyer auprès des élus. Bien loin de ne poursuivre que des victoires juridiques, son activité contentieuse participe d'un effort de publicisation de la cause des libertés numérique et s'inscrit dans une dynamique de participation cumulative de l'association au processus de production législatif et au débat public.

Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-648 QPC du 4 août 2017 [recueil des données de connexion en matière de lutte contre-terrorisme]

Diane Roman

Assez peu commentée, la décision n'a donné lieu qu'à de brèves analyses, décrivant le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel³³¹ et soulignant l'importante marge d'appréciation laissée au Parlement, du fait de l'effet différé de la censure. Comme le notent Émilie Debaets et Nathalie Jacquinot, « ce faisant, le Conseil ne s'oppose pas véritablement à un élargissement du ciblage et laisse même au législateur une certaine marge de manœuvre puisque soit il définit plus strictement le périmètre de l'entourage, soit il limite alors le nombre de personnes pouvant être soumises simultanément à une telle surveillance. Si le législateur a choisi la seconde option, l'article 15 de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme ne fixe cependant pas lui-même ce nombre maximal et renvoie au premier ministre, après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, le soin de le déterminer. La censure à effet différé ne saurait donc dissimuler le maintien d'un contrôle de constitutionnalité restreint des mesures de renseignement lorsqu'est simplement en jeu le droit au respect de la vie privée. »³³²

³³¹ Olivier Le Bot, « Accès en temps réel aux données de connexion : une appréhension trop large de l'entourage de la personne surveillée », *Constitutions* 2017. 452.

³³² E. Debaets & N. Jacquinot, « Droit constitutionnel », *Rec. Dalloz* 2018. 1344.

Cas n° 9 – La double censure de délit de consultation habituelle d’un site terroriste : entre engagement d’un avocat à la Cour et politisation associative

Le dernier cas d’étude du volet libertés numériques de ce rapport se propose d’exposer et d’analyser conjointement deux nouvelles QPC déposées dans le cadre d’une affaire pénale et en conséquence passées non pas par le filtre du Conseil d’État mais par celui de la Cour de cassation. Il s’agit ainsi de documenter la double censure constitutionnelle infligée en 2017 à l’article 421-2-5-2 du Code pénal érigeant en délit la consultation habituelle d’un site terroriste. Celle-ci prend sa source dans les poursuites judiciaires engagées en 2016 contre Monsieur Antoine P.³³³, au titre de la violation de son assignation à résidence et des preuves rapportées par les enquêteurs de son inscription à un canal d’informations djihadiste via une application de messagerie. Représentant Monsieur Antoine P. lors d’une audience de comparution immédiate du tribunal correctionnel d’Angers le 14 septembre 2016, Me Toubian³³⁴, avocat à la Cour, avait immédiatement procédé au dépôt d’une QPC. Celle-ci avait franchi victorieusement le filtre des juges du fond puis de la Cour de cassation pour obtenir finalement du Conseil constitutionnel une déclaration d’inconstitutionnalité de la disposition le 10 février 2017³³⁵. Cette dernière avait cependant été immédiatement ré-adoptée par le Parlement dans une version faiblement remaniée et avait de nouveau servi à la mise en examen de Antoine P. Me Toubian avait alors déposé une nouvelle QPC en reprenant sensiblement les mêmes moyens que dans ses premières écritures, pour obtenir, le 15 décembre 2017, une nouvelle censure du texte³³⁶.

Bien qu’elle fasse intervenir la Cour de cassation dans son rôle de filtre, cette proposition de cas d’étude rompt en partie avec l’ambition annoncée de ce projet de documenter dans chaque volet une affaire pour chaque cour suprême française. Il convient de dire quelques mots de ce choix. La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de libertés numériques étant dense, de nombreuses affaires auraient, à première vue, pu constituer des cas d’étude potentiellement pertinents. Parmi elles cependant peu d’affaires se sont avérées avoir fait l’objet, de la part de leurs acteurs (avocat ou requérant), de processus de cadrage qui auraient

³³³Le nom a été changé.

³³⁴Le nom a été changé.

³³⁵Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017.

³³⁶Décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017.

permis de les relier à la cause des libertés numériques. En lieu et place de la proposition retenue, nous avons néanmoins un temps hésité à faire porter notre analyse sur l'arrêt de rejet rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 13 juin 2018³³⁷. Celui-ci concernait la contestation par le Syndicat des Pilotes d'Air France (dit SPAF) d'un jugement d'appel le déboutant de l'ensemble des demandes qu'il avait formulé contre une application de traitement des données personnelles dénommée « Main Courante divisions de vol » utilisée par Air France aux fins de la gestion et de l'encadrement des personnels navigants. Le syndicat y arguait notamment que l'application n'était pas « conforme à l'exigence de loyauté de la collecte posée par l'article 6 1° de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 » ainsi que du fait que celle-ci aurait été détournée de sa finalité déclarée, « à des fins de gestion illicite du personnel en violation de l'article 6 2° ». Sanctionnée par une décision de rejet de la part de la plus haute cour de l'ordre judiciaire, cette affaire aurait pu paraître plus ajustée au programme envisagé de réserver chacun de nos trois cas à une cour suprême. Elle aurait permis de souligner la manière dont des acteurs non spécialistes des questions numériques ont su porter attention à ces enjeux, ainsi que le fait que ceux-ci ne se posent aujourd'hui pas uniquement du côté de l'État mais aussi du côté des pratiques d'entreprise. Cependant, bien que portée par un syndicat et malgré le fait que cette décision de la Cour de cassation ait retenu l'attention des acteurs du droit, il nous est apparu que cette affaire ne s'était pas accompagnée d'une stratégie de publicisation ou d'un effort de cadrage qui aurait participé de l'inscrire au sein de la cause des libertés numériques. Surtout un tel choix aurait conduit à focaliser l'étude sur la question des données personnelles quand les enjeux posés par la cause des libertés numériques ne sauraient s'y réduire. S'impose ainsi également – et entre autres – la question de l'usage des Technologie de l'Information et de la Communication (TIC) par les particuliers et subséquentement de l'encadrement légal des libertés d'information et d'expression sur internet. À l'inverse, le cas choisi, qui culmine devant le Conseil constitutionnel mais dont la genèse est judiciaire, nous invite à considérer ces enjeux. Surtout, accueillant un requérant individuel au cœur de la procédure de contestation, l'affaire sélectionnée offre d'observer une structure de soutien qui se révélera tout à fait atypique, cependant qu'admettant les interventions volontaires de deux associations, dont la Quadrature du Net, elle permet de documenter une autre facette de la stratégie de cette association : son travail opportuniste d'unification d'une cause qui sous son influence s'avère particulièrement tournée vers le Conseil constitutionnel. Le choix de ce cas permet ainsi d'alimenter un portrait

³³⁷Soc., 13 juin 2018, n° 16-25.301.

de la cause des libertés en ligne telle qu'elle se présente : comme ne mobilisant pas les hautes cours à parts égales.

Aussi doit-on maintenant présenter ce dernier d'une manière qui soit davantage précise et qui l'inscrive dans son contexte. À la suite d'une année 2015 sanglante et avant même la survenue de l'attentat de Nice en juillet 2016, l'actualité législative de l'année 2016 se trouve chargée d'initiatives gouvernementales et parlementaire dédiés à la lutte contre le terrorisme³³⁸. Outre les nombreuses lois de prorogation de l'état d'urgence comportant elles-mêmes leur lot d'innovations visant à accroître les outils de l'administration en situation, plusieurs projets et propositions de lois se trouvent ainsi en préparation. Face à un gouvernement socialiste dont elle critique le manque de réactivité, la droite sénatoriale dépose ainsi, le 17 décembre 2015, une proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste au Sénat. Élaborée par une coalition de sénateurs LR et UDI-UC et portée par Philippe Bas, président LR de la commission des lois du Palais du Luxembourg, la proposition vise l'adoption de « mesures tendant à renforcer, de manière pérenne, l'efficacité de nos règles de procédure pénale et de répression du terrorisme et à remédier à certaines de leurs lacunes, dans le respect de notre ordre constitutionnel ». Celle-ci comporte un article 10 visant à adjoindre au Code pénal un délit sanctionnant la consultation habituelle d'un site terroriste hors les cas où cette consultation « résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice »³³⁹. L'adoption au Sénat le 2 février du texte, bloqué par une Assemblée nationale à majorité socialiste, précède d'un jour le dépôt par le gouvernement devant l'Assemblée en procédure accélérée d'un projet de loi « renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ». L'opposition se saisit de ce nouveau texte. D'un projet de loi comprenant trente-quatre articles la navette parlementaire aboutit à une loi de cent dix-neuf articles, soit comme l'a noté Étienne Vergès, professeur de droit à l'université Grenoble Alpes, une croissance de 350 %³⁴⁰. Le Sénat en profite pour réinjecter par amendement un certain nombre des dispositions de sa propre proposition de loi dont il n'ignore pas qu'elle ne passera pas le filtre de l'Assemblée. Bruno

³³⁸Marc Rees, « Le volet cyber des nouveaux textes sécuritaires », *NextImpact*, 4 févr. 2016p.

³³⁹*Lutte antiterroriste - Sénat*, <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pp115-280.html>, (consulté le 16 septembre 2020).

³⁴⁰Étienne Vergès, « Procédure pénale », *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, 2016, N° 3, n° 3, p. 551-564.

Retailleau et une dizaine de sénateurs LR et UDI y introduisent ainsi, par un amendement en séance publique en première lecture, le délit de consultation habituelle de site terroriste dans une version admettant, à la suite des remarques de la commission des lois, l'exception de bonne foi. Malgré un avis défavorable du garde des Sceaux estimant que « Le droit en vigueur suffit [...] pour atteindre les objectifs visés par les auteurs de l'amendement »³⁴¹, et les critiques de Pierre-Yves Collombat (groupe communiste républicain citoyen et écologiste) et Jacques Bigot (groupe socialiste et républicain) il sera adopté au Sénat et définitivement intégré, à l'issue de la commission mixte paritaire à la loi n° 2016-731 promulguée le 3 juin 2016. Celle-ci édicte ainsi un article 421-2-5-2 du Code pénal punissant de « deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende », « le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie ». La loi précise toutefois : « Le présent article n'est pas applicable lorsque la consultation est effectuée de bonne foi, ou résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, ou intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice ».

Selon le journal *Le Monde* reprenant les chiffres du ministère de la Justice, au 16 février 2017, trente-neuf procédures auront été ouvertes au titre du nouvelle article 421-2-5-2 du Code pénal dont douze auront été jugées à cette date et auront vu leurs mis-en-cause condamnés à des peines « allant de huit mois de prison avec sursis, à cinq ans, dont trois fermes ». Comme le relève le journal : « la quasi-totalité des prévenus ont été condamnés à au moins six mois de prison ferme »³⁴². Parmi les individus poursuivis : Monsieur Antoine P.³⁴³ Angevin connu pour des infractions de droit commun, le jeune homme est soupçonné par l'administration de s'être radicalisé lors de son séjour en prison. À la suite des attentats de novembre 2015, il est assigné à résidence pour 9 mois à Angers. Fin juillet 2017, il viole les termes de son assignation en rencontrant de « manière fortuite », d'après son avocat, et en invitant chez lui une connaissance – délinquant de droit commun également soupçonné de radicalisation et qu'il avait fréquenté

³⁴¹ *Proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste - comptes rendus des réunions de la commission des lois - Sénat*, https://www.senat.fr/dossier-legislatif-commission/pp15-280_com.html, (consulté le 16 septembre 2020).

³⁴² Perrine Signoret, « Consultation de sites terroristes : douze condamnations, et plusieurs questions », *Le Monde.fr*, 16 févr. 2017p.

³⁴³ Son nom a été changé.

en prison – avec lequel il n’était plus autorisé à entrer en relation. Une perquisition menée chez lui offre les preuves de son inscription via l’application de messagerie Telegram au groupe « Nasheed Channel » : canal de discussion et d’information djihadiste diffusant les enregistrements audio et vidéo de l’organisation terroriste Daesh. Alors que son client est traduit devant la chambre des comparutions immédiates du tribunal correctionnel d’Angers le 14 septembre 2016 pour la violation de son assignation à résidence, Me Toubian découvre ainsi que s’applique également « un nouveau texte », l’article 421-2-5-2 du Code pénal pénalisant la consultation habituelle de site terroriste. L’avocat, contacté spécifiquement pour son habitude des dossiers afférents au terrorisme, soulève immédiatement une question prioritaire de constitutionnalité. Son argumentation soutient notamment qu’en punissant la seule consultation habituelle de messages tout en ne définissant ni les critères permettant de qualifier une consultation habituelle, ni la notion de terrorisme, ni les contours de l’exception de bonne foi envisagée par le texte, celui-ci instituerait une « présomption de mauvaise foi déduite de la seule consultation habituelle » de certains services de communication en ligne et violerait la liberté de communication, d’opinion, et d’accès à l’information ainsi que les principes de clarté et de précision de la loi et de prévisibilité et sécurité juridiques. Elle ajoute par ailleurs que l’arsenal législatif en vigueur comprenant déjà de nombreuses dispositions spécifiques visant à prévenir la commission d’actes terroristes, l’article contesté ne satisferait pas aux exigences du principe de nécessité des délits et des peines. Enfin, en créant une rupture d’égalité « entre les personnes ayant accès à des tels messages, images ou représentations par un service de communication en ligne et celles y ayant accès par d’autres moyens et supports qu’un service de communication en ligne », ainsi qu’« entre les citoyens souhaitant bénéficier d’un accès à de tels services et ceux dits "de bonne foi" ou autorisés expressément par la loi », l’article contreviendrait au principe d’égalité devant la loi. Condamnant Monsieur P., le tribunal correctionnel accepte cependant de transmettre la QPC à la Cour de cassation.

Deux procédures distinctes s’enclenchent alors : la contestation en appel de la peine de deux ans de prison retenue contre le requérant, et l’examen par la Cour de cassation de la QPC déposée par Me Toubian. Antoine P. voit sa condamnation confirmée par la cour d’appel. Cependant la cour ayant laissé courir les délais pour rendre sa décision plus de 4 mois après la date de l’appel, Me Toubian saisit le parquet général pour dénoncer une « détention arbitraire » qui permet à son client d’être libéré. Quant à la Cour de cassation, au terme d’une audience publique du mardi 29 novembre 2016, elle décide de transmettre au Conseil constitutionnel la QPC posée par Me Toubian qui s’est adjoint pour l’occasion les services de Me Weil, avocate

aux Conseils³⁴⁴. Par une décision du 10 février 2017³⁴⁵, le Conseil constitutionnel déclare finalement l'inconstitutionnalité totale de l'article, et l'application de cette déclaration sans report. Pour déclarer que l'article porte « une atteinte à l'exercice de la liberté de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée » le Conseil constitutionnel retient notamment que « la législation comprend un ensemble d'infractions pénales [...] de dispositions procédurales pénales spécifiques ayant pour objet de prévenir la commission d'actes de terrorisme ». Il ajoute qu'en tant que les dispositions contestées répriment d'une peine d'emprisonnement « le simple fait de consulter à plusieurs reprises un service de communication au public en ligne, quelle que soit l'intention de l'auteur de la consultation », sans donc exiger que celui-ci soit animé d'une intention terroriste et sans que soit déterminée « la portée que le législateur a entendu conférer à l'exception de bonne foi », elles « font peser une incertitude sur la licéité de la consultation de certains services de communication au public en ligne et, en conséquence, de l'usage d'internet pour rechercher des informations ».

L'affaire aurait pu en rester là, mais une initiative parlementaire vient donner une nouvelle chance au texte. Le 13 février 2017 soit trois jours après la censure constitutionnelle, profitant du fait que le législateur soit réuni en commission mixte paritaire aux fins de l'examen du projet de loi relatif à la sécurité publique, Philippe Bas, alors président du Sénat, lui propose de rétablir le texte en lui adjoignant deux modifications : d'une part, la notion de motif légitime sera substituée à la notion de bonne foi et, d'autre part, il sera nécessaire que la personne ayant consulté de tels sites ait manifesté son adhésion à l'idéologie exprimée sur ce support. L'opportunité de la réintroduction du texte, comme sa nouvelle formulation, donnent lieu à des débats entre parlementaires, dont certains tel Dominique Raimbourg, alors président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, expriment immédiatement des doutes sur la constitutionnalité du nouvel article. L'article 24 de loi n°2017-258 relatif à la sécurité publique sera cependant définitivement adopté le 16 février 2017 et promulgué, avec cette dernière, le 28 février 2017. Ainsi remanié, le nouvel article 421-2-5-2 du Code pénal dispose :

Le fait de consulter habituellement et sans motif légitime un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende lorsque cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce

³⁴⁴Le nom a été changé.

³⁴⁵Décision n° 2016-611 QPC.

service. Constitue notamment un motif légitime tel que défini au premier alinéa la consultation résultant de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervenant dans le cadre de recherches scientifiques ou réalisée afin de servir de preuve en justice ou le fait que cette consultation s'accompagne d'un signalement des contenus de ce service aux autorités publiques compétentes.

Quelques mois plus tard – après que Antoine P. ait été interpellé le 9 juin à la piscine municipale d'une commune limitrophe d'Angers pour une nouvelle violation de l'assignation à résidence à laquelle il était soumis par décision du ministre de l'Intérieur, la police découvre que ce dernier s'est encore connecté à une chaîne de propagande terroriste par le biais de son téléphone. Le parquet d'Angers poursuit de nouveau Antoine P. au titre de l'article 421-2-5-2 du Code pénal. Lors d'une audience du 11 juin en comparution immédiate, il lui est ainsi reproché, conformément à la nouvelle version du texte, d'avoir consulté les 5 et 12 mai 2017 « habituellement et sans motif légitime » un espace de communication virtuel de « l'application TELEGRAM comportant des vidéos d'explication sur la méthode de réalisation d'une bombe, d'un discours d'Oussama BEN LADEN, de la décapitation d'un homme à genoux. ». Cependant le 13 juillet 2017, lors d'une seconde audience résultant du fait que Antoine P. a de nouveau convoqué son droit à bénéficier d'une comparution différée pour préparer sa défense, c'est une relaxe que le tribunal correctionnel prononce concernant les charges de consultation habituelle d'un site terroriste sans motif légitime, tandis que Me Toubian dépose une nouvelle QPC contre le texte. Reprenant une argumentation analogue à celle de la première QPC, cette nouvelle question passe sans difficulté les filtres de la première instance et de la cassation³⁴⁶, pour être finalement transmise au Conseil constitutionnel.

Parvenue devant la plus haute cour de l'ordre juridique français, la QPC, dont l'audience a lieu le 9 octobre 2017, est cette fois soutenue par deux interventions volontaires associatives : l'une déposée par la Ligue des droits de l'Homme représentée par un cabinet d'avocats aux Conseils particulièrement familier du travail avec les associations. L'autre par la Quadrature du Net, représentée par un avocat à la Cour, membre de l'association. Le 15 décembre, dans une décision n° 2017-682 QPC, le Conseil constitutionnel prononce l'inconstitutionnalité totale de la disposition, relevant une nouvelle fois que « les autorités administratives disposent déjà de nombreuses prérogatives [...] pour contrôler les services de communications en ligne provoquant au terrorisme [...] mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services

³⁴⁶Crim., 4 octobre 2017, n° 17-90.017.

et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution. ». Relativement à la nouvelle formulation de l'article il ajoute enfin :

Si le législateur a ajouté à la consultation, comme élément constitutif de l'infraction, la manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services, cette consultation et cette manifestation ne sont pas susceptibles d'établir à elles seules l'existence d'une volonté de commettre des actes terroristes. » et qu' « En outre, si le législateur a exclu la pénalisation de la consultation lorsqu'elle répond à un « motif légitime » alors qu'il n'a pas retenu l'intention terroriste comme élément constitutif de l'infraction, la portée de cette exemption ne peut être déterminée en l'espèce, faute notamment qu'une personne adhérant à l'idéologie véhiculée par les sites en cause paraisse susceptible de relever d'un des exemples de motifs légitimes énoncés par le législateur.

Appuyée sur la réalisation d'un entretien téléphonique avec Me Toubian, une série d'échanges avec les militants de la Quadrature du Net, l'analyse des mémoires respectivement produits par l'avocat et l'association, ainsi que l'observation des enregistrements vidéos des deux audiences du Conseil constitutionnel, l'enquête décrit d'abord le rôle saillant d'un avocat à la Cour revendiquant un engagement philosophique personnel contre la disposition contestée, dans la double censure ayant été prononcée contre elle (A). Bénéficiant du concours d'une avocate aux Conseils à laquelle il a fait appel, la critique juridique que Me Toubian oppose à ce texte s'adosse tout à la fois à une mise en discussion des juridictions des ordres internes et externes, et à une mise en concurrence de l'organe législatif et de l'autorité constitutionnelle (B). Mais c'est la singulière configuration d'acteurs que le cas accueille qui le distingue le plus fortement des autres affaires étudiées dans la présente étude. En dépit du fait que Me Toubian se soit imposé comme le chef d'orchestre du dispositif, l'enquête met ainsi en évidence l'intégration aboutie d'une avocate aux Conseils à la structure de soutien du requérant, une relation pérenne s'étant nouée entre eux hors de la médiation de l'avocat à la Cour. Les deux saisines auront en outre bénéficié d'interventions volontaires associatives ayant pour effet d'en soutenir la portée symbolique. L'intervention volontaire de la Quadrature du Net lors de la seconde saisine du Conseil constitutionnel relie ainsi explicitement cette affaire à la cause des libertés numériques, selon une stratégie opportuniste de l'association expressément envisagée comme un effort de cadrage itératif de la cause des libertés numériques auprès des conseillers institutionnels (C).

A - La QPC comme support d'une critique juridique et politique

1) L'engagement personnel d'un avocat heurté par le texte

L'une des caractéristiques notables de cette affaire réside dans la singularité de l'engagement matériel et intellectuel de l'avocat à la Cour qui la porte. N'affichant aucune spécialité en matière de droit numérique, c'est cependant la sensibilité particulière qu'il revendique aux enjeux posés par la difficile articulation des exigences de liberté et de sécurité – l'ayant ainsi conduit à accepter la défense de plusieurs clients poursuivis au titre d'infractions réprimant le terrorisme – qui l'incite à se saisir avec autant de dynamisme de ce cas. C'est d'ailleurs la rumeur de cette sensibilité – il invoque le « bouche à oreille » – qui vaudra à Me Toubian d'être sollicité par le prévenu, lequel aura usé de son droit de demander un report de la première audience de comparution immédiate pour bénéficier de son assistance. L'avocat nous raconte avoir été immédiatement interpellé par la menace que ferait peser la disposition sur la liberté de communication :

« Là j'ai vu qu'effectivement ils lui avaient appliqué un nouveau texte qui consistait en la consultation des sites dit terroristes etc. Et donc tout de suite moi ça m'a alerté dans le sens où par rapport à la liberté de communication, par rapport à un certain nombre de libertés fondamentales dans notre état de droit et que j'ai soulevé à l'intérieur de la QPC, je trouvais ça un peu bizarre. J'ai regardé au démarrage parce que vous savez pour qu'une QPC soit recevable il faut qu'elle n'ait pas été déposée par quelqu'un d'autre avant. En me renseignant un peu j'ai vu que y avait déjà une cinquantaine de personnes qui étaient passées sur ce texte-là mais que jamais la QPC avait été soulevée, ce que j'avais trouvé un peu bizarre quand même. Fin, après c'est chacun c'est subjectif, mais je considère que chaque avocat ça devrait l'alerter de voir un texte aussi liberticide appliqué. »

Sa réaction ne dépend pas que d'une lecture abstraite du texte. Elle est renforcée par une analyse de la pratique judiciaire de la disposition. L'avocat constate ainsi la sévérité des juges dans son application qui tendent, d'après lui, à sanctionner les individus condamnés du maximum légal : deux ans d'emprisonnement³⁴⁷. Ce sera aussi la condamnation retenue contre son client.

« Condamné à deux ans d'emprisonnement. Qui est le maximum légal. D'ailleurs qui était la sanction prononcée par tous les magistrats en tout cas dans les dossiers que j'avais vu. [...] En

³⁴⁷Comme il l'a été noté en introduction, les chiffres relayés le 16 février 2017 par le journal *Le Monde* sont plus variables : douze condamnations s'étalant « de huit mois de prison avec sursis, à cinq ans, dont trois fermes ». L'article notait néanmoins : « la quasi-totalité des prévenus ont été condamnés à au moins six mois de prison ferme ». Perrine Signoret, « Consultation de sites terroristes », *art cit.*

faisant mes recherches je m'étais rendu compte que dans toute la France à chaque fois c'était deux ans qui étaient prononcés, soit le maximum encouru par le texte. »

Ces inquiétudes restent cependant largement adossées à des considérations politiques d'ordre général qui s'inquiètent des dérives promises par la pente initiée par le texte :

« L'enquêteur : C'est aussi une disposition qui vous choque à titre personnel ?

C'est ça exactement. C'est là où j'ai été un peu surpris. Ce qui m'a surpris en fait, la première chose qui m'a surpris c'est que les confrères sur les 50 dossiers qui étaient déjà passés, que ça n'ait pas été soulevé. Et j'ai cherché dix fois parce que je me suis dit « c'est quand même pas possible que personne n'ait soulevé ça et que ça ait choqué personne. [...] Effectivement moi j'y ai pensé tout de suite parce qu'on est quand même sur des textes, enfin... consultation habituelle par service de communication en ligne au public qui mettent à disposition soit des images qui font l'apologie du terrorisme, soit présentes de images d'atteinte à l'intégrité physique etc... je veux dire : le texte d'accord. Sur le moment on est en 2015 djihad attentats etc, je veux bien, mais imaginez le détournement ! Parce qu'une fois que vous ouvrez la boîte de Pandore c'est toujours pareil. Regarder l'ADN ils ont ouvert ça dans les années 90 en disant : « c'est que pour les affaires de mœurs ». Aujourd'hui vous avez une audition libre à tort, c'est-à-dire même pas une garde à vue, dans un commissariat parce que quelqu'un vous met en cause, ils vous prennent l'ADN et vous n'avez pas le droit de refuser. Donc là avec un texte comme ça... Même des mouvements d'opposition politique qui n'avait rien à voir avec l'Islam ou quoique ce soit et ces soi-disant radicalisations, bon ça c'est encore autre chose, mais ça aurait pu rentrer dedans en fait. C'est à dire qu'il suffit de montrer une image d'une manifestation. Comme le terme « terrorisme » n'est pas défini de manière précise et qu'il y a forcément une connotation politique derrière, bah vous pouvez mettre des opposants.... fin c'est à dire que des vidéos qui présenteraient des mouvements d'oppositions d'un État. Un jour ou l'autre y a quelqu'un qui est mal intentionné à la tête, il peut leur mettre le texte pour limiter tout ça. »

Me Toubian puise dans sa connaissance des dérives inertielles historiques d'autres dispositifs policiers, des sources d'inquiétude sur l'élargissement potentiel des cibles de la disposition au nom de laquelle son client est condamné. Son souci est redoublé par le caractère particulièrement trouble de la notion de terrorisme à propos de laquelle il n'existe aucun consensus que ce soit au niveau des chercheurs ou des organisation internationales³⁴⁸. Celle-ci lui paraît dès lors soumise aux variations des configurations politiques, et en conséquence susceptible d'incriminer demain des acteurs qu'elle ne concerne pas aujourd'hui, particulièrement les mouvements d'opposition. D'emblée cette affaire semble ainsi investie par

³⁴⁸Jørgen Staun, « When, how and why elites frame terrorists: A Wittgensteinian analysis of terror and radicalisation », *Critical Studies on Terrorism*, 1 décembre 2010, vol. 3, p. 403-420.

Me Toubian d'un enjeu dépassant les intérêts particuliers de son client pour engager une certaine conception des conditions d'exercice de l'état de droit et de la démocratie.

2) Des QPC entre critique politique et moyens circonstanciés

On retrouve la marque des inquiétudes politiques de Me Toubian jusque dans le texte de ses deux QPC. Il est vrai que la nature même du contrôle constitutionnel implique de hisser ses moyens sur le terrain des libertés fondamentales, lesquelles engagent avec plus d'évidence que les contrôles de niveau inférieur, des conceptions politiques ou morales. Le flou entourant la définition de la notion de terrorisme fait ainsi partie des premiers moyens soulevés par l'avocat dans ses écritures, en écho aux dénonciations plus spécifiques d'une absence de définition de la notion de consultation habituelle ainsi que des contours de l'exception de bonne foi. Me Toubian consacre un long développement à cette première question, insistant sur le caractère politique de la désignation d'un acte comme terroriste. Ainsi relève-t-il d'abord que :

La définition française du terrorisme, prévue par les dispositions de l'article 421-1 du code pénal, ne définit pas d'infractions spécifiques caractérisant les activités terroristes, mais renvoie aux infractions déjà définies par le code pénal ou par des lois spéciales, lorsque ces infractions « sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ».

Et ajoute notamment :

Or, une telle définition ne peut que conduire à la plus grande subjectivité lorsqu'aucun acte matériel n'a été tenté ou mis à exécution. Il sera d'ailleurs relevé que le réseau Internet est mondial et que de nombreux mouvements armés susceptibles de caractériser la définition pénale du « terrorisme » sont actuellement en activité sur la Planète entière. [...] De surcroît, ces groupes peuvent être désignés comme « terroristes » ou légitimes en fonction du lieu d'émission du service de communication ou en fonction du temps et des évolutions politiques sur lesquelles le citoyen n'a que peu de marge de libre appréciation. En conséquence, dès lors que le réseau Internet permet de consulter des services de communication localisés à des milliers de kilomètres du lieu de réception, il apparaît que l'absence de définition universelle du « terrorisme » empêche le citoyen de pouvoir déterminer quels messages émanant de quels services de communication en ligne seraient susceptibles de fonder ou non une poursuite à son encontre. [...] En outre, l'absence de définition précise du « terrorisme », autrement que par un renvoi à des infractions pénales « ayant pour but de », peut, alors qu'aucun acte d'exécution n'a été mis en œuvre sur le territoire français, permettre, en fonction des alternances politiques et des évolutions sociales, d'élargir la poursuite à la consultation habituelle de services de communication liés à des groupes contestataires ou à de simples opposants politiques, piliers de tout système démocratique fondé sur l'État de Droit. Dès lors, la variabilité manifeste des critères politiques ou diplomatiques que contient la définition de « terrorisme » ne permet pas au citoyen de déterminer quels services de communication lui sont accessibles ou non et, de surcroît,

conduit à une appréciation à géométrie variable par le pouvoir judiciaire en fonction de circonstances conjoncturelles nécessairement évolutives.

Cette mise en cause du caractère éminemment politique de la qualification de terroriste que l'avocat convoque spontanément lors de notre entretien et sur lequel il insiste particulièrement, est une question lancinante des débats politiques, juridiques et scientifiques qui accompagnent le déploiement récent d'un nouvel arsenal législatif anti-terroriste en France et dans le monde occidental³⁴⁹. L'imprécision du concept de « terrorisme » ne semble pourtant n'avoir jamais été retenue par les hautes cours comme un argument suffisant pour rejeter les dispositifs anti-terroristes prévus par le législateur. Présent dès la première QPC, ce moyen n'est pas retenu par le Conseil constitutionnel dans le cas d'espèce, lequel relève seulement l'imprécision des notions de consultation habituelle et de bonne foi. L'avocat à la Cour le réintroduira pourtant dans sa seconde QPC sans que celui-ci ne bénéficie de plus de reconnaissance de la part des conseillers, qui cette fois porteront leur critique sur la notion, nouvellement intégrée au texte, de « motif légitime », également visée par la QPC. Bien que d'emblée rapportée par Me Toubian à l'obligation constitutionnelle faite au législateur de « fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis » (Décision 2012-240 QPC du 04/05/2012, », la place identique accordée à ce moyen – jamais retenu par le juge constitutionnel et également ignoré par lui lors de son premier contrôle du texte – dans les deux saisines, ainsi que dans notre entretien, atteste de ce qu'il procède d'un véritable engagement de l'avocat contre cette disposition.

Ce sont d'autres moyens présentés par l'avocat qui seront repris par le Conseil constitutionnel dans les deux décisions. Après avoir exposé ces réserves sur le concept de terrorisme, la QPC insiste entre autres choses, dans une veine plus technique et circonstanciée – rappelant les exigences de proportionnalité, de nécessité et d'adaptation des atteintes législatives aux libertés fondamentales³⁵⁰ – sur l'existence d'un arsenal législatif déjà bien étoffé. Il affirme ainsi que « [depuis 2012] les moyens légaux de lutte contre le terrorisme se sont grandement renforcés » et convoque une dizaine d'initiative législatives ou réglementaires ayant eu pour objet de renforcer les outils de luttés contre le terrorisme :

³⁴⁹*Ibid.*

³⁵⁰Reconnu par : Décision n°2012-647 DC.

21 décembre 2012 - loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme ; 13 novembre 2014 - loi (JO du 14) renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme qui prévoit l'interdiction du territoire des suspects candidats au djihad et crée un délit d'entreprise terroriste individuelle ; 22 mars 2016 Promulgation de la loi relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités les atteintes à la sécurité publique et actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs (JO du 23) ; 3 juin 2016 - Promulgation de la loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ; loi sur le renseignement légalisant l'utilisation de nombreuses techniques très intrusives et gravement attentatoires au respect de la vie privée.

L'énumération frustre et technique tranche avec la hauteur des considérations de l'extrait précédent qui, dénonçant l'absence de « définition universelle du terrorisme », s'inquiétait du devenir du « système démocratique » de l'« État de droit » et des mouvements d'opposition. La critique fondamentale de la notion de terrorisme s'efface ainsi derrière l'argument du caractère suffisant des outils pour lutter contre la menace. Des dispositions qui, dans leur philosophie, par leur convocation du terme « terroriste », posent le même type de problème que la disposition contestée sont ainsi paradoxalement reprises dans l'escarcelle argumentative de l'avocat qui soutient qu'elles rendent inutiles une nouvelle réforme. La disposition n'est plus dangereuse, mais superflue. Ce moyen, examinant la nécessité de la disposition au regard du contexte législatif existant sera le premier moyen retenu par le Conseil constitutionnel dans ses deux décisions :

En premier lieu, d'une part, la législation comprend un ensemble d'infractions pénales autres que celle prévue par l'article 421-2-5-2 du code pénal et de dispositions procédurales pénales spécifiques ayant pour objet de prévenir la commission d'actes de terrorisme. [...] Dès lors, au regard de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication, les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution.

Reprenant le moyen du caractère suffisant des dispositions législatives déjà existantes pour lutter contre le terrorisme, le Conseil constitutionnel ne s'arrête dans aucune de ces deux décisions de censure sur le moyen dénonçant la labilité politique de la notion elle-même. Les mémoires de l'avocat semblent ainsi naviguer entre deux régimes d'argumentation : aux considérations fondamentales dénotant les inquiétudes politiques que fait naître le texte chez

l'avocat, se mêlent des arguments d'avantage circonstanciés visant à l'efficacité. Aussi ces derniers se trouvent-ils intégrés à une double stratégie argumentative de mise en discussion des juridictions d'une part et d'oppositions des pouvoirs d'autre part.

B - Une stratégie juridique entre organisation du dialogue des juges et opposition des pouvoirs

Comme il a été rappelé en introduction et plusieurs fois exposés dans nos cas, la QPC s'impose comme le support privilégié de l'organisation d'un dialogue des juges de l'ordre juridique français. Adressé au juge du fond puis à la Cour de cassation avant de parvenir jusqu'au Palais-Royal, le mémoire de la première QPC cite ainsi treize arrêts et décisions rendus par les cours de l'ordre interne, au soutien de sa demande. Permettant de confirmer ce constat classique, le cas d'espèce offre par ailleurs de documenter une stratégie plus atypique de mise en concurrence de l'organe législatif et de l'autorité constitutionnelle.

1) L'organisation d'un dialogue des juges ascendant : la Cour de cassation et le Conseil d'État comme juges de la constitutionnalité

Les premières étapes de la procédure ayant pour objet de convaincre les juges du fond puis le Conseil d'État ou la Cour de cassation de l'enjeu constitutionnel que soulève l'adoption d'une disposition législative, l'inter-discursivité qu'organisent les écritures s'ordonne volontiers selon une logique descendante consistant à rappeler aux cours inférieures le sens de la jurisprudence des cours qui les dominent. La jurisprudence du Conseil constitutionnel est ainsi la plus fréquemment citée par les écritures : neuf fois dans le mémoire de QPC adressé au tribunal correctionnel d'Angers 14 septembre 2016.

Plus rarement, un tel dialogue peut néanmoins être organisé selon une logique ascendante. Les deux QPC de ce cas d'étude proposent en ce sens une discussion fine de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de présomption de mauvaise foi³⁵¹. Après avoir rappelé que la consultation habituelle de sites terroristes est réprimée, sauf exceptions « alors même qu'aucun acte matériel n'a été mis en œuvre de telle sorte que le citoyen ayant eu accès à ce type de message est présumé coupable », Me Toubian relève que la Cour de cassation

³⁵¹Crim., 15 janvier 1869, D.P. 1869, I, 380

a déjà admis la licéité d'une telle présomption légale de mauvaise foi pour le délit de diffamation³⁵² et que d'autre part elle a déjà rejeté par trois fois des QPC soutenant l'inconstitutionnalité d'une telle présomption de mauvaise foi en matière de diffamation. Il s'empresse cependant de rappeler l'argument de la cour considérant qu'une telle présomption s'autorise de ce que l'auteur des propos mis en cause dispose d'une « véritable faculté de rapporter la preuve de sa bonne foi »³⁵³. Or relève Me Toubian, « relativement au texte querellé, il n'apparaît aucunement cette possibilité pour le prévenu de démontrer matériellement que l'intention animant sa consultation habituelle n'avait pas pour objectif de se radicaliser mais simplement de s'informer à la source », et ce d'autant que « a contrario de cette analyse de la Chambre Criminelle [...] la bonne foi invoquée par le texte querellé apparaît comme aussi imprécise que floue ». Aussi, Me Toubian, convoquant une jurisprudence lui étant *a priori* défavorable, puise dans une lecture attentive de la décision le moyen d'en retourner la logique à son avantage pour l'opposer tant à la Cour de cassation elle-même lors de son examen du renvoi, qu'au Conseil constitutionnel, dans la saisine de duquel cette argumentation demeure. En dépit du fait que le Conseil de la rue Montpensier se présente, s'agissant du contrôle de constitutionnalité, comme une cour d'un niveau statutairement supérieur à la plus haute cour de l'ordre judiciaire, Me Toubian invite les conseillers constitutionnels à une prise en compte de la jurisprudence de la Cour de cassation ainsi que du raisonnement au terme duquel elle l'a produit, dans leur examen du critère de « bonne foi » tel que convoqué par le texte contesté. Triant les décisions supposément pertinentes d'une juridiction pour les soumettre à une autre, proposant de restituer à la seconde la cohérence du raisonnement de la première, en orientant la lecture d'une manière qui serve sa cause, l'avocat s'offre comme le médium intéressé d'une discussion inter-juridictions.

³⁵² « conformément à l'article 29, alinéa 1er, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation » de telle sorte que la mauvaise foi de l'auteur de la diffamation est donc présumée, les termes employés étant par nature lésionnaires (Crim., 15 janvier 1869, D.P. 1869, I, 380). »

³⁵³ « cette question ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors que si les imputations diffamatoires visées par la disposition légale critiquée impliquent par elles-mêmes l'intention de nuire, une telle présomption ne revêt pas un caractère irréfragable, le prévenu ayant la faculté de démontrer l'existence de circonstances particulières de nature à le faire bénéficier de la bonne foi » (Crim., 13 mars 2012, pourvoi n° 11-90.123 ; A. Lepage, Comm. com. électr. n° 6, juin 2012, p. 38-39), en ce sens que l'auteur des propos dispose d'une véritable faculté de rapporter la preuve de sa bonne foi, de sorte que les principes du procès équitable et de la présomption d'innocence ne sont pas méconnus. »

Au cœur du travail d'écriture, ce rôle de courroie s'exprime également à l'oral, et de manière paradigmatique, lors de la première audience de QPC devant le Conseil constitutionnel tandis que Me Weil, avocate aux Conseils sollicitée par Me Toubian, entreprend d'insister sur les « deux inquiétudes majeures » exprimées par la Cour de cassation à l'occasion de sa décision de transmission de la question prioritaire au juge constitutionnel :

« Je voudrais juste insister sur les deux inquiétudes majeures qui vous ont été exprimées par la Cour de cassation lorsqu'elle vous a renvoyé cette question. Et que je crois [elle jette un regard en direction de Me Toubian] nous partageons entièrement. La Cour de cassation vous dit : « ce texte pose un problème d'atteinte au principe de la liberté de communication. » [...] Je comprends que la Cour de cassation se soit posée des questions et des questions légitimes sur l'atteinte à la liberté de communication. Autre interrogation qui de la part de la chambre criminelle me paraît assez logique et pertinente, c'est celle de la bonne foi. [...] »

Ce que la procédure envisage officiellement comme une simple question par laquelle une cour inférieure réclame l'éclairage d'une cour supérieure, se mue ici, dans la plaidoirie de l'avocate aux Conseils, en une interpellation soutenue par l'expression d'« inquiétudes majeures » sur la disposition. Tandis que la procédure de QPC poursuit la finalité d'interroger le juge constitutionnel aux fins de lever les interrogations sur la constitutionnalité d'un texte qui peuvent saisir les cours subordonnées, Me Weil propose ainsi aux conseillers de déceler dans la question même de la Cour de cassation l'élément affirmatif que la cour régulatrice leur adresserait : « la Cour de cassation vous dit : "ce texte pose un problème d'atteinte au principe de la liberté de communication" ». Relativisant dans l'ordre du discours les hiérarchies structurellement acquises, tirant partie de ce que la décision de transmission d'une cour joue toujours un peu contre la disposition, l'intervention de Me Weil tend à exhausser pour les besoins de sa démonstration, les capacités laissées à la Cour de cassation d'assumer une interprétation active de la constitutionnalité de la disposition. Se faisant, l'avocate renforce la dimension dialogique, voir même dialectique, des actes de procédure qui jalonnent nécessairement le parcours de la QPC.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le voir dans les volets précédents, l'orchestration d'un dialogue des cours par les avocats ne saurait cependant se limiter à la convocation d'acteurs de l'ordre interne. Le premier mémoire de QPC ne tarde en effet pas à faire intervenir un troisième interlocuteur dans l'échange qu'il propose autour du critère « de bonne foi » prévu par le texte, en précisant rapidement que « sur le fondement de l'article 6 § 2 de la CESDHLF la Cour de Strasbourg « ne se désintéresse [...] pas des présomptions de fait ou

de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense » (CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku c. France*, requête n° 10519/83). » Le mémoire fait ainsi un usage fin d'une jurisprudence pénale qui admet la présomption de mauvaise foi, en rappelant les limites sous le regard attentif de la haute cour conventionnelle. Convoqué devant les juges du fond puis devant le filtre de la Cour de cassation, le moyen paraît une manière d'interpeller le juge conventionnel que sont les juridictions ordinaires et la Cour de cassation et dont le Conseil constitutionnel à lui-même admis la capacité de poser une question préjudicielle au juge européen dans le cadre même d'une QPC³⁵⁴. Conservé jusque dans le mémoire soumis au Conseil constitutionnel, l'argumentation semble alors chercher à tirer parti de la concurrence entre juge constitutionnel et juge conventionnel³⁵⁵, tandis que ce dernier est structurellement placé en position d'avoir « le dernier mot »³⁵⁶. Le droit conventionnel vient alors paradoxalement non seulement appuyer la demande d'un contrôle constitutionnel devant la Cour de cassation, mais également la censure constitutionnelle elle-même d'une disposition légale.

En outre, si l'origine judiciaire du cas, imposant à la QPC de passer par le filtre de la Cour de cassation, prédispose le dialogue des juges ainsi proposé par les avocats à se nouer entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation autour de leurs jurisprudences respectives, le Conseil d'État n'en est pas pour autant oublié. Bien que les écritures des deux QPC n'admettent aucune référence à la jurisprudence de la plus haute cour administrative, elles citent toutes deux, dès leur dépôt devant les juges du fond, plusieurs avis du Conseil d'État dont un avis du 5 avril 2012³⁵⁷ (figurant de surcroît parmi les pièces jointes à l'appui de la QPC) convoqué pour fonder le caractère sérieux de la question. Celui-ci s'y prononçait défavorablement sur une disposition similaire – réprimant la consultation de site terroriste – d'un précédent projet de loi adopté en conseil des ministres le 11 avril 2012 mais jamais inscrit à l'ordre du jour d'une assemblée parlementaire. Comme ne manque pas de le relever le mémoire, la plus haute cour de l'ordre administratif y affirmait déjà qu'une telle disposition, « permettant d'appliquer des sanctions pénales [...] à raison de la seule consultation de

³⁵⁴Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010.

³⁵⁵Xavier Magnon, « La concurrence entre la constitutionnalité et la conventionnalité devant la Cour de cassation : la priorité de la question ne résout pas toutes les questions », Paris, France, 2014.

³⁵⁶Alain Supiot, « La guerre du dernier mot » dans *Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière : Droit social international et européen en mouvement*, Paris, LGDJ, 2019, p. 489-503.

³⁵⁷CE, avis, 5 avril 2012.

messages incitant au terrorisme », était « sans véritable précédent dans [la législation française] ni équivalent dans celles des autres États membres de l'Union Européenne » et portait atteinte « à la liberté de communication, dont une protection particulièrement rigoureuse est assurée tant par le Conseil constitutionnel que par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, une atteinte qui ne pouvait être regardée comme nécessaire, proportionnée et adaptée à l'objectif de lutte contre le terrorisme ». C'est en outre ce même avis du Conseil d'État, remarquant que la législation française « comportait déjà plusieurs « infractions obstacles » [...] permettant de procéder à l'arrestation de personnes préparant la commission d'actes de terrorisme sans attendre que leur projet soit entré dans une phase d'exécution » dont Me Toubian reprendra et radicalisera les arguments en affirmant, comme nous l'exposons plus haut, que l'arsenal législatif, qui s'est étoffé depuis cet avis, est suffisant de sorte que « l'avis défavorable du Conseil d'État doit être interprété comme d'autant plus pertinent aujourd'hui ». Si le Conseil constitutionnel ne reprend aucune des jurisprudences invoquées par Me Toubian dans ses deux décisions, pas plus qu'il ne fait de référence à l'avis explicite du Conseil d'État, il n'en développe pas moins une argumentation remarquablement proche du raisonnement suivi par la haute cour administrative.

<p>Conseil d'État, avis, 5 avril 2012</p> <p>Le Conseil d'État a par ailleurs relevé que notre législation comportait déjà plusieurs « infractions obstacles », au nombre desquelles, notamment, l'association de malfaiteurs terroriste prévue et réprimée par l'article 421-2-1 du Code Pénal, permettant de procéder à l'arrestation de personnes préparant la commission d'actes de terrorisme sans attendre que leur projet soit entré dans une phase d'exécution.</p>	<p>Conseil constitutionnel, décision 10 décembre 2017 QPC</p> <p>6. En premier lieu, comme le Conseil constitutionnel l'a relevé dans sa décision du 10 février 2017, la législation comprend un ensemble d'infractions pénales autres que celle prévue par l'article 421-2-5-2 du code pénal et de dispositions procédurales pénales spécifiques ayant pour objet de prévenir la commission d'actes de terrorisme.</p> <p>7. Ainsi, l'article 421-2-1 du code pénal réprime le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un acte de terrorisme.</p>
--	---

Le constat déjà posé par le Conseil d'État le 5 avril 2012 de l'absence de la nécessité d'une telle mesure de pénalisation de la consultation habituelle de site terroriste eu égard aux moyens déjà à disposition des autorités pour lutter contre le terrorisme, reprise comme moyen par Me Toubian, apparaît en effet au centre des deux déclarations d'inconstitutionnalité rendues par le juge constitutionnel. L'avocat souligne d'ailleurs explicitement l'homologie de la

première décision du Conseil constitutionnel à l'avis du Conseil d'État, au soutien de sa seconde saisine :

...l'avis défavorable du Conseil d'État doit être interprété comme d'autant plus pertinent aujourd'hui [...] cette incrimination n'apparaît aucunement « nécessaire, proportionnée et adaptée » à la lutte contre le terrorisme en comparaison des moyens, actuellement à disposition tant de la police et de l'institution judiciaires qu'à la police administrative. Force est de constater que le Conseil constitutionnel, dans sa décision QPC en date du 10 février 2017 rendue sur la première mouture du texte, a intégralement repris cette argumentation aux fins de le censurer en matérialisant l'absence de nécessité de créer une telle incrimination.

L'étude des actes d'écritures et de plaidoiries de Me Toubian et Me Weil permet ainsi une nouvelle fois de mettre en lumière le rôle pivot des représentants des parties dans l'organisation du dialogue des juges conformément à ce qui avait déjà pu être observé pour le cas n° 6³⁵⁸, à ceci près que celui-ci se trouve essentiellement orchestré par un avocat à la Cour.

2) La mise en concurrence de l'organe législatif et de l'autorité constitutionnelle : plaidoyer pour une Cour suprême

L'évocation de l'avis du Conseil d'État permet à l'avocat d'introduire au sein des écritures un autre argument pivot de sa stratégie. Remontant le fil du processus d'adoption du texte par le Parlement, l'avocat à la Cour rappelle comment l'article 421-2-5-2 du Code pénal dans sa version du 3 juin 2016 avait esquivé tout avis du Conseil d'État. En effet si le Conseil d'État avait émis un avis favorable à l'adoption du projet de loi dans le cadre duquel la disposition avait finalement été votée, celle-ci n'y fut jointe qu'ultérieurement, par un amendement voté au Sénat avant d'être définitivement intégrée à la loi en commission mixte paritaire, et finalement adoptée après une « lecture accélérée ». Relevant les réserves déjà exprimées par voie de presse, par le ministre de l'Intérieur et le garde des Sceaux sur la constitutionnalité du texte, l'avocat insiste sur l'existence d'un « désaccord politique » sur l'opportunité de la nouvelle disposition : « Par conséquent, il apparaît manifeste qu'un désaccord, certes politique et juridique, existait sur l'intégration de cette nouvelle incrimination au sein du Code Pénal ».

³⁵⁸Qui décrivait : « la navette entre le Palais-royal et la rue de Montpensier d'un dossier relatif à l'absence de recours des personnes en détention provisoire en matière, d'abord, de permis de visite et d'autorisation de téléphoner, puis de correspondance, de rapprochement familial et de translation judiciaire ».

L'introduction le 13 février 2017 d'un nouvel article en commission mixte paritaire explicitement intitulé « Rétablissement du délit de consultation habituelle des sites incitant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie » et soumettant au Parlement une version faiblement modifiée du texte dans les soixante-douze heures de sa censure, lui permet de reconvertir son argument lors de sa deuxième saisine, en situant cette fois le nœud de la controverse entre l'organe législatif et l'autorité constitutionnelle. L'avocat y revient lors de notre entretien :

« Ils transmettent la QPC à la Cour de cassation laquelle dit clairement dans son rapport que la première décision du Conseil constitutionnel avait bloqué toute les portes qu'un texte comme ça puisse passer dans notre droit. Surtout qu'il n'y a même pas eu de délais d'attente, de réflexion etc. C'est à dire que le législateur il a repris le texte dans les 48 heures après la décision du Conseil constitutionnel quoi. C'était vraiment une lutte entre le législatif et l'exécutif forcément et le Conseil constitutionnel, donc le judiciaire de l'autre côté... »

Le mémoire de la seconde QPC ne manque ainsi pas de remarquer le fait que le législateur a omis de soumettre ce nouvel article au contrôle constitutionnel *a priori*, comme semblait le réclamer la simple existence de la précédente censure du 10 février 2017. Et de conclure de nouveau « qu'un désaccord majeur, tant politique que juridique, existait sur la réintroduction de cette incrimination au sein du Code Pénal, même légèrement modifiée » avant de réaffirmer l'autorité de la chose jugée qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel : « Il sera ici rappelé que [selon] les dispositions prévues par l'article 62 de la Constitution "les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles" ». L'avocat soutient en outre que « le fait pour le Législateur d'avoir délibérément ignoré le motif principal de censure du Conseil constitutionnel, à savoir l'absence de nécessité de réprimer le comportement consistant à consulter des sites terroristes, en se contentant d'une modification purement textuelle ne peut aucunement être apprécié comme conforme au devoir d'appliquer les décisions du Conseil auquel il est soumis. » Il insiste enfin sur les effets pratiques qui en découlent : « le pouvoir judiciaire est désormais contraint d'appliquer un texte pénal dont le principe même a été jugé inconstitutionnel en raison de la résistance manifeste du Législateur, lequel a volontairement fait échec à tirer la totalité des conséquences juridiques portées par la décision de censure [...] ».

Si les mots convoqués par le mémoire de saisine sont sans ambages, la plaidoirie se révèle l'occasion d'une adresse encore plus franche :

« On se retrouve dans une situation où on a une cellule de résistance, si je peux m'exprimer ainsi, qui est constitué par le législatif et l'exécutif qui eux veulent absolument que ce texte reste dans le droit pénal français [...]. Ce qui s'est passé c'est que trois jours après votre décision vous avez un

tweet qui a été posté par Monsieur Ciotti pour ne pas le nommer et je vais vous le libeller exactement parce que ça veut dire beaucoup de choses [...]. Ce tweet c'est « Avec Philippe Bas, nous venons de rétablir en Commission mixte paritaire le délit de consultation des sites djihadistes [...] annulé de manière ahurissante – c'est les termes, « ahurissante » – par le Conseil constitutionnel ». Alors première chose on est à la limite et aux confins de l'infraction pénal de discrédit sur une décision de justice. Deuxième chose je ne vois pas comment deux parlementaires à eux seuls peuvent remettre en cause une décision d'un Conseil constitutionnel où il y a eu des heures de réflexions des écrits, fin tout ce que vous voulez y a des gens qui ont réfléchis sur ça pendant des heures et des heures et en un tweet qui fait 140 caractères on met un terme à vos sept considérants dans lesquels vous avez considéré que l'infraction n'était pas nécessaire dans une société démocratique. »

S'appuyant sur le tweet du député Éric Ciotti – parlementaire Les Républicains, revendiquant un intérêt particulier pour les questions de sécurité et volontiers clivant³⁵⁹ – et s'adressant directement aux conseillers constitutionnels en recourant à la deuxième personne du pluriel, Me Toubian personnalise l'opposition entre organe législatif et autorité constitutionnelle. L'avocat insiste ainsi sur le discours public disrespectueux de la décision de Conseil constitutionnel tenu par le parlementaire cependant qu'il prenait en charge explicitement le « rétablissement » du délit de consultation habituelle d'un site terroriste dans l'ordre juridique trois jours après sa suppression. Dépouillant ainsi le législateur de sa virtuelle impersonnalité, l'auxiliaire de justice oppose l'inconséquence d'un député prétendant « mettre un terme à [...] sept considérants » par un « tweet de 140 caractères », à la rigueur analytique et à la motivation circonstanciée de la plus haute cour de l'ordre juridique français – à laquelle il s'adresse.

« Vous savez il y a beaucoup de personnes qui dénie – et c'est vrai peut-être juridiquement – au Conseil constitutionnel son rôle de Cour suprême à la différence des États-Unis ou d'autres législations. Moi, modeste auxiliaire de justice, mais par rapport à ce que j'ai vécu la première fois, tout ce que je peux vous dire, c'est que justement je veux que ce Conseil constitutionnel soit cette Cour suprême qui soit capable d'être le dernier rempart quand on a des ouragans qu'on vit sur les libertés à l'heure actuelle comme on peut le voir et sur tous les niveaux. Y a pas que cette QPC là y a pas que cette consultation des sites djihadistes, et moi j'ai toute confiance pour que vous soyez ce dernier rempart et que finalement vous soyez la seule digue qui soit capable de résister. Et de résister non pas parce que vous considérez que, à l'image de monsieur Ciotti, ce soit un combat de cour de récré à qui va gagner, enfin ça n'a aucun sens. Que vous soyez capables de résister parce qu'il y a des principes presque millénaires de notre droit pénal qui ne peuvent pas tomber même sous les plus grosses déflagrations comme on a pu tous les connaître. Et c'est pour ça que je vous remets encore une fois toute ma confiance, à mon modeste niveau bien évidemment, pour que vous censuriez à nouveau ce texte. »

³⁵⁹Marie Huret et Pierre Gastineau, « Eric Ciotti, porte-flingue et Monsieur Sécurité de l'UMP », *L'Express.fr*, 10 août 2010p.

Face un organe législatif décrit comme peu soucieux des libertés et traversé des entreprises régressives de députés enferrés dans des querelles égotiques, l'avocat appelle le Conseil constitutionnel à se hisser au niveau d'une cour suprême qui puisse se dresser contre les « ouragans liberticides qui menacent ». L'opposition suggérée par le mémoire, entre organe législatif et autorité constitutionnelle, culmine ainsi dans la plaidoirie tandis que l'avocat enjoit les conseillers, interpellés directement par le « vous », à franchir la frontière qui distingue le Conseil constitutionnel de la Cour suprême telle qu'admise dans d'autres systèmes de droit. Classique chez les juristes, cette partition différencie généralement les cours suprêmes ayant « pour fonction première d'assurer l'unité de l'application et de l'interprétation du droit en contrôlant les décisions prises par l'ensemble des juridictions placées sous leur autorité » d'une part, et les « organes juridictionnels spécialisés, placés en dehors du système juridictionnel de l'État, et détenant le monopole du contentieux constitutionnel » d'autre part. Transformer le Conseil constitutionnel en cour suprême, consisterait alors, comme le note Charlotte Michelet, à « placer le Conseil d'État et la Cour de cassation sous son contrôle ». Il ne semble pourtant que ce soit à une telle réforme que Me Toubian invite le Conseil constitutionnel en l'enjoignant à revendiquer un statut de Cour suprême. Le geste d'interpellation lui-même, qui suppose que l'avocat à la Cour reconnaisse aux conseillers la capacité de transformer unilatéralement les contours de leur propre mission, permet en fait de saisir le sens de la distinction ici entendue. Comme le relève Xavier Magnon, normatives, les définitions exposées ci-dessus masquent la factualité des distinctions pratiques. Pour ce professeur de droit public, plaidant lui-même « pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle »³⁶⁰, si le Conseil constitutionnel n'est pas une cour suprême³⁶¹, c'est « *qu'il n'est pas un pouvoir d'opinion [...] un véritable pouvoir capable de se hisser au niveau des autres pouvoirs dans sa capacité de décider et de choisir* ». Et l'auteur d'insister : « *Tout au plus est-il un pouvoir juridictionnel aux yeux du pouvoir de révision constitutionnelle* ». Une telle remarque semble particulièrement capter l'enjeu de la controverse telle que dépeinte par Me Toubian, opposant à l'autorité constitutionnelle le relatif mépris d'un organe législatif capable, une fois réuni en sa formation constituante, de lui imposer ses décisions. L'avocat s'en inquiétera d'ailleurs très

³⁶⁰Xavier Magnon, « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, 2014, n° 100, n° 4, p. 999-1009.

³⁶¹ L'auteur parle plus précisément de cour constitutionnelle laissant le qualificatif de Cour Suprême à la Cour Suprême des États-Unis qui constituerait selon sa terminologie une variation maximaliste des premières.

explicitement lors de notre entretien : « *Quand on est repassé au Conseil constitutionnel ils ont censuré une deuxième fois, ce qui a mis un terme, je pense, définitif à ce que ce texte puisse intégrer notre corpus législatif. Enfin ça dépendra aussi des élections, parce qu'ils ont l'air d'être partis, Ciotti, etc., qui veulent absolument que le texte rentre dans notre code, ils ont l'air parti pour carrément modifier la Constitution complètement de manière à pouvoir permettre d'ouvrir dans la Constitution la possibilité d'intégrer ce texte* ». C'est ainsi bien à s'ériger en « symbole de la conscience juridique française » – pour détourner le mot de George Burdeau qualifiant la Cour Suprême des États-Unis – que l'auxiliaire de justice invite le Conseil constitutionnel afin de mettre un terme ce type de querelles, susceptibles, en cas de révision constitutionnelle d'en balayer l'autorité.

La stratégie retenue par Me Toubian semble ainsi relever d'un double effort de mise en discussion des juridictions³⁶² d'une part et de mise en opposition de l'organe législatif et de l'autorité constitutionnelle d'autre part. La capacité offerte à un avocat à la Cour de s'adresser de cette manière au Conseil constitutionnel – l'appelant à devenir une cour suprême – comme celle d'organiser un dialogue entre les hautes cours des différents ordres de juridictions de l'ordre interne, mais également comme nous l'avons vu entre le droit constitutionnel et le droit conventionnel³⁶³ résulte de la spécificité d'un Conseil constitutionnel qui, parmi les hautes cours, est la seule à autoriser pareil engagement des avocats à la Cour, à la fois en matière d'écriture et de représentation à l'audience. Cependant, si l'avocat à la Cour s'avère bien l'artisan principal du travail d'écriture, celui-ci a eu recours au service d'une avocate aux Conseils à partir du filtre de la Cour de cassation, avant de porter l'affaire et de plaider ensemble devant le Conseil constitutionnel. Leur collaboration, ainsi que les interventions volontaires de deux associations font de cette affaire un cas particulièrement intéressant en matière de configuration d'acteurs.

³⁶²Laquelle peut elle-même procéder d'une certaine mise en concurrence.

³⁶³Et ce bien qu'il soit difficile d'établir dans quelle mesure le Conseil a pu être sensible à la convocation de la jurisprudence de la CEDH.

C - Une configuration d'acteurs atypique

1) Avocat à la Cour et avocate aux Conseils : une affaire de style

Il est fréquent qu'en cas de QPC, passé le filtre des premières juridictions, les avocats à la Cour délèguent à un cabinet d'avocats aux Conseils l'entière responsabilité de porter saisine devant la cour régulatrice puis le Conseil constitutionnel. Disposant du monopole de la représentation devant le Conseil d'État et la Cour de cassation devant lesquels la théorie veut que se règlent de pures questions de droit, la prééminence coutumière des avocats aux Conseils devant le Conseil constitutionnel participe de l'élévation matérielle et symbolique d'affaires particulières en question de droit dépassant les enjeux d'espèce. L'ordinaire de la pratique d'avocate devant le Conseil constitutionnel ratifie ainsi les partitions institutionnellement garanties par ailleurs : aux avocats à la Cour la défense de clients, aux avocats aux Conseils celle de la qualité du droit et des libertés fondamentales. Plusieurs des cas présentés dans ces études se différencient pourtant d'une telle organisation, affectant une articulation plus équilibrée des contributions des avocats à la Cour et des avocats aux Conseils. Le présent cas s'en distingue également : bien qu'il fasse intervenir une avocate aux Conseils, l'avocat à la Cour reste largement chef d'orchestre du dispositif.

« Moi j'ai tout rédigé. Parce qu'en fait la QPC qui est déposée devant le tribunal correctionnel, la question c'est celle qui va être déposée devant le Conseil constitutionnel. Elle ne peut pas être changée ou retravaillée postérieurement. Ensuite ce qu'elle m'a apporté vraiment, parce que moi j'avais rédigé toute l'argumentation, ce qui a été intéressant c'est qu'ils ont une base beaucoup plus accessible à toutes [les jurisprudences]. Alors on peut les retrouver nous aussi, mais pour chercher 15 décisions du Conseil constitutionnel ça ne prend pas le même temps si c'est elle qui le fait à son niveau une fois que j'ai transmis tout le dossier, que si c'est moi qui fais. Donc ça a eu un intérêt de renforcer les moyens par des fondements jurisprudentiels, etc. »

Le rôle de l'avocat aux Conseils est alors envisagé comme pouvant renforcer les moyens grâce à des outils techniques, une base de données plus adaptée. Mais le recours aux services d'une avocate aux Conseils suit également un autre objectif :

« Vu l'enjeu de la question... On peut aller jusqu'au Conseil constitutionnel tout seul. On est pas obligé de prendre un avocat aux Conseils. Mais moi j'ai pensé que stratégiquement, et comme Me Weil est reconnue là-bas et intervient régulièrement, on aurait plus de poids vu l'enjeu de la question quoi. »

Il s'agit ainsi pour Me Toubian, non pas seulement de s'attacher les services d'une avocate aux Conseils de manière à bénéficier de ses facilités techniques pour la recherche de jurisprudence, mais de faire profiter à son affaire de l'aura d'une actrice familière de la salle d'audience de l'aile Montpensier et bénéficiant d'une certaine reconnaissance auprès des conseillers. C'est ainsi surtout à l'audience que le rôle de l'avocate aux Conseils s'affirme. Cependant, l'avocat à la Cour n'en délègue pas pour autant à sa consœur l'entière responsabilité de la plaidoirie. Laissant à l'avocate aux Conseils la priorité de la parole, il développe, à sa suite, une toute aussi longue démonstration de l'inconstitutionnalité de la disposition. L'analyse des quatre plaidoiries³⁶⁴ conduit néanmoins à remarquer les registres différents dans lesquels avocat à la Cour et avocate aux Conseils inscrivent leurs interventions respectives. Dans l'incapacité d'en reproduire l'étude exhaustive ici, la comparaison de deux extraits des plaidoiries ayant soutenu la première QPC servira à la mise en évidence de ces différences d'approches :

« Me Weil : La Cour de cassation vous dit : « ce texte pose un problème d'atteinte au principe de la liberté de communication. Le texte incrimine la seule consultation [elle insiste sur le terme] habituelle d'un service de communication au public en ligne. Et alors, c'est le paradoxe de la situation, le texte est en ligne destiné au public et le seul fait de recevoir cette communication, ou d'accéder devient une infraction. Autrement dit, alors que la communication est l'objet même, l'accès à l'information est l'objet même de l'infraction, c'est à dire que l'on vous dit « vous ne devez pas accéder à tel ou tel type d'informations ». Je sais bien que la communication est la pire des choses, mais c'est aussi la meilleure des choses et c'est celle qui garantit la société démocratique. Pas de communication, pas d'accès à l'information, pas de société démocratique. »

« Me Toubian : David Thomson connu pour être spécialisé dans le milieu du dit djihadisme a indiqué que les sites terroristes ça n'existait pas et que la loi était déjà dépassée. Pourquoi ? Parce que la majorité des radicalisations se font par l'intermédiaire des moyens de communications privées [il insiste sur le terme], c'est-à-dire Telegram, Facebook, WhatsApp et tout ce qu'on peut entendre, et que finalement le texte est inapplicable, et c'est le cas de monsieur P., parce que ce qu'on lui a reproché c'est d'avoir par l'intermédiaire de l'application telegram, pu consulter des vidéos. Or effectivement un site djihadiste ou terroriste on a du mal à voir ce que ça peut représenter dans le sens où tout le monde vous dit que le contact et ce qui fait la radicalisation c'est aussi une partie d'échanges par correspondance privée. Et l'accès à ces vidéos peut se faire par correspondance privée. Ce qui voudrait dire que deux personnes en train de discuter sur Telegram pourraient s'envoyer les vidéos sans être pénalisées par la loi. Ce qui est complètement incompréhensible parce que c'est justement l'objet de la loi de vouloir lutter contre. Vous avez la difficulté qui a été celle du SRPJ d'Angers, donc des enquêteurs dans ce dossier-là, de manière pratique, de pouvoir prouver la consultation. De pouvoir prouver la consultation pourquoi ? Parce que les vidéos étaient accessibles hors connexion. C'est à dire que vous avez le droit de les détenir quand on écoute le texte. C'est-à-dire vous avez le droit de les avoir sur votre téléphone portable, mais il faut pouvoir les consulter

³⁶⁴Deux concernant la première QPC, deux concernant la seconde.

par internet et pas hors ligne et là on a jamais pu prouver du côté des services de polices qu'il y avait eu une consultation de la vidéo, parce qu'il faut une exploitation avec des expertises qui sont très compliquées. Et ils ont été mis devant le fait accompli et ils ont dit « bah écoutez nous on ne peut pas prouver qu'il y a eu une consultation de la vidéo ». »

Convoquant, comme nous l'avons déjà noté, la décision de transmission de la Cour de cassation au soutien de son analyse, Me Weil s'emploie à décrire la manière dont le texte, sanctionnant le simple fait d'accéder à un certain type d'information, menacerait les fondements d'une société démocratique qui n'existe que dans la garantie qu'elle offre aux libertés d'information et de communication. S'appuyant sur les difficultés ayant émaillé l'affaire de son propre client, Me Toubian expose, quant à lui, les contraintes pratiques d'administration de la preuve rencontrées par des enquêteurs astreints par la disposition en cause à essayer de déterminer le contexte public ou privé de la consultation par lequel un individu aurait pris connaissance des informations jugées problématiques pour pouvoir le mettre en cause. Ayant ainsi signalé les obstacles posés par le nouvel article au travail policier, l'avocat souligne également, dans la suite de sa plaidoirie, ce que l'ambition de « prévention de la prévention » portée par le texte exigerait des juges appelés « à sonder les cœurs et les âmes » tandis que, s'exclame-t-il : « Pour un magistrat c'est impossible. Ils sont tous humains les magistrats et c'est la beauté de la justice humaine. ». Avenir de la société démocratique d'un côté, difficile administration de la preuve pénale de l'autre, l'hétérogénéité des styles d'interpellation adoptés par les deux auxiliaires de justice procède d'une véritable stratégie :

« On s'est partagé le travail en faisant en sorte que Me Weil axe vraiment sur les conséquences de ce texte par rapport au juridique pur et dur que j'avais soulevées dans la QPC mais que je pensais que venant de sa bouche, ça aurait peut-être un peu plus de poids, et que moi je leur démontre un petit peu par le côté pratique de comment j'ai vécu les choses au tribunal correctionnel lorsque l'audience s'est déroulée etc., que déjà le texte même, dans la manière dont il peut être appliqué dans la pratique, qu'il y a des gros problèmes qui se posent sur pas mal de points. Elle a plus fait, entre guillemets, de la « technique » juridique, moi, entre guillemets, j'ai plus de faits de la « polémique ». Enfin de la « polémique », je m'entends, mais par rapport à la manière dont peut être appliqué le texte, et les difficultés que ça crée à un auxiliaire de justice avocat de pouvoir gérer tout ça après dans la pratique et les dérives qui pourraient arriver. »

L'avocate aux Conseils est ainsi invitée par la stratégie retenue à incarner le souci des grands principes du droit, cependant que l'avocat à la Cour, habitué des défenses particulières et des cas d'espèce, insiste sur sa pratique quotidienne d'acteur de la justice de premier niveau. Le présent cas se caractérise ainsi par une configuration qui joue habilement des partitions

ordinaires entre avocat à la Cour et avocat aux Conseils pour déployer une argumentation s'organisant sur un double niveau : celui d'une théorie des principes démocratiques d'une part et celui de la pratique concrète des auxiliaires de justice de l'autre. Tandis que le premier mouvement invite les juges à prendre de la hauteur et à penser le sens de leur mission sur le temps long pour se faire gardiens d'une démocratie qui exige une fine conciliation des libertés fondamentales et de leur nécessaires limitations, le second les enjoint à l'inverse, mais de manière complémentaire, à observer les effets concrets du texte sur le présent des justiciables et des acteurs du droit, de la justice et de la police.

La centralité du rôle de l'avocat à la Cour dans le dispositif stratégique maintient en outre une certaine continuité symbolique et matérielle entre l'abstraction de la réflexion proposée sur les libertés fondamentales et le cas d'espèce lui-même, lequel fut par deux fois à l'origine des QPC déposées. Si traditionnellement, par la mention qu'il admet du nom du requérant, l'intitulé des décisions de Conseil constitutionnel agit lui-même comme un marquage généalogique signant en direction du cas d'initial ayant accueilli la question de constitutionnalité, l'enjeu de la procédure incite à l'inverse les débats à s'élever au-dessus de l'affaire d'origine. Ainsi, bien qu'effectué au nom du requérant, aucune mention de ce dernier n'intégrera les développements argumentatifs des écritures produites par Me Toubian. Mais ce qui vaut pour l'écrit ne vaut pas nécessairement pour l'oral et la plaidoirie s'avère ici le lieu d'en réparer, stratégiquement, l'oubli. Aussi Me Toubian y revendique-t-il d'appuyer sa saisine sur l'expérience concrète qu'il aura tiré du dossier d'Antoine P., insistant entre autres dans les quelques phrases d'introduction de la seconde : « Monsieur Antoine P. est celui qui a été à nouveau touché dans sa chair par cette loi parce que c'est à lui que ça a été appliqué ».

« C'est ça aussi qui m'a je pense choqué personnellement mais qui a renforcé au départ le fait que je trouve que ce texte était vraiment liberticide, c'est la façon dont il l'a vécu. Parce qu'en fait quand vous avez quelqu'un qui vous dit : « mais attendez moi je reçois de vidéos, je les regarde certes, mais vous croyez que je vais aller commettre un attentat », et qui vous parle de ça quand vous le voyez au moment de son déferrement et après quand vous allez voir en le détention en disant, « mais attendez c'est pas parce que je reçois une vidéo que je vais derrière... vous imaginez j'ai rien commis et là je me fais condamner à deux ans etc. » Lui comment il vit l'injustice par contre ça alimente la chose. »

C'est ainsi en partie l'observation par l'avocat à la Cour des effets produits par le texte sur son client qui aura alimenté sa conviction d'avoir affaire à une disposition qu'il décrit volontiers comme « liberticide », incompatible avec l'état de droit et fondamentalement

dangereuse. Symbole de la dette entretenue par la question de droit au cas initial, avocat à la Cour et avocate aux Conseils auront un temps envisagé d'inviter Antoine P. à les accompagner à la première audience du Conseil constitutionnel avant d'y renoncer devant le caractère « volubile » et les « tendances à la provocation » de leur client.

« L'enquêteur : Quelle était son implication dans le reste de la procédure ?

Me Toubian : Moi je le tenais au courant de tout. Déjà la QPC quand je l'ai soulevé avant même qu'on passe devant le tribunal correctionnel, je lui ai donné un tirage de mon mémoire. C'est quelqu'un d'intelligent qui avait les capacités au niveau réflexion, pour comprendre ce qu'il en était, donc je lui ai tout donné. Après on est passé au tribunal correctionnel, après je l'ai tenu au courant qu'à la Cour de cassation on avait Me Weil. Il pouvait même appeler Me Weil s'il le voulait etc. Tous les trois on était vraiment en synergie. Lui il était associé à tout ça, il connaissait le jour de l'audience, le moment où ça passait à la Cour de cassation pour savoir si ça allait être transmis au Conseil constitutionnel etc. Il était informé de tout tout le long. [...] Et après la relation s'est un peu pérennisée parce que lui comme il était assigné à résidence et qu'après il a été assigné [...] on s'est battu jusqu'au Conseil d'État pour que ça aussi ils lui sautent. Donc y a eu une relation qui s'est pérennisée ensuite et évidemment il l'avait régulièrement au téléphone s'il le souhaitait. »

Nourrie sur un plan symbolique des évocations fréquentes de son client par Me Toubian lors de ses plaidoiries, la connexion entre la question prioritaire de constitutionnalité et le cas d'origine s'actualise régulièrement des efforts déployés par l'avocat pour entretenir Monsieur Antoine P. des avancées de la procédure. Bien que ne disposant pas des compétences en droit nécessaires à l'élaboration de la stratégie juridique – et à l'inverse de ce qui aura été noté dans le cas n°1 afférant à un recours concernant la question de la PMA ou la proximité entre avocate à la Cour et requérante était pourtant attestée – le requérant se verra même, ici, adresser par son avocat un tirage du mémoire de QPC par son avocat.

Mais la spécificité la plus notable du cas dépeint par Me Toubian s'avère l'intégration aboutie d'une avocate aux Conseils, Me Weil, à la structure de soutien d'un particulier, avec lequel s'organisent des échanges sans médiation. Cette configuration singulière, pérennisée à l'occasion à d'autres contentieux ayant impliqué Monsieur Antoine P., tranche avec ce qui figure comme un résultat récurrent de cette étude : la quasi-systématique absence de contact entre les avocats aux Conseils et les clients des avocats à la Cour qui les sollicitent. L'étude du cas n° 1 elle-même, qui signalait pourtant une grande proximité entre l'avocate à la Cour et l'avocate aux Conseils en ayant porté la QPC, notait déjà : « les réflexes professionnels habituels ne sont pas pour autant bouleversés : le client (ou en l'occurrence les clientes) demeure une abstraction puisqu'il n'y a pas d'échange ».

De cette structure de soutien bicéphale, Me Toubian reste néanmoins la figure saillante, et identifiée médiatiquement comme telle. Parmi les dizaines d'articles ayant relayé les deux décisions de censure du Conseil constitutionnel, Me Weil, à l'inverse de son confrère n'est en effet presque jamais citée. Ce constat ne doit pourtant pas être trop rapidement rapporté à l'idée selon laquelle une telle asymétrie résulterait d'une stratégie de publicisation du cas que Me Toubian aurait veillé à lui-même porter. Publiés pour l'essentiel dans la foulée de chacune des décisions de censure, la vaste majorité des articles consultés se contentent de rappeler les arguments du requérant et de son avocat tel qu'exposés dans le texte de la décision, et d'indiquer les moyens retenus par le Conseil constitutionnel au soutien de sa déclaration d'inconstitutionnalité³⁶⁵. Seuls quelques papiers survenus après la seconde saisine relaient ainsi la parole de l'avocat lui-même, citant systématiquement dans ce dernier cas la même déclaration consentie à l'AFP : « On ne peut que se féliciter que le Conseil ait résisté au législateur, reste une digue qui permet à nos libertés de subsister dans notre État de droit »³⁶⁶. L'attention médiatique accordée à l'affaire semble ainsi davantage le produit d'une sensibilité des médias à la thématique terroriste avec laquelle Me Toubian aura eu à composer que le produit d'une stratégie de visibilité du cas. À noter néanmoins une interview accordée par Me Toubian au journal *L'Express* le 10 février 2017, jour de la première déclaration de censure, à l'occasion de laquelle l'avocat déclarait : « Cette décision va permettre, je le crois, de mettre un frein à la rédaction de projets de loi dans la précipitation, avec la main qui tremble. Les personnes qui écrivent la loi ne peuvent plus se permettre, sous le coup de l'émotion, de soumettre des textes qui violent des principes centenaires du droit pénal français »³⁶⁷. Si l'avocat à la Cour prend ici partiellement en charge la publicisation de cette procédure, ce n'est que rétrospectivement pour commenter la décision. C'est en outre non pas un engagement pour la cause des libertés en ligne qu'exprime le commentaire de Me Toubian, mais un souci général de la qualité du droit.

En dépit du fait que la disposition finalement censurée ait expressément pris pour cible l'internaute, tant que l'on s'en réfère aux opérations de cadrage produites par l'avocat lui-même, le statut du cas d'espèce vis-à-vis de la cause des libertés numériques demeure incertain. Aussi, bien que ces deux QPC aient été investies politiquement par un avocat à la Cour soucieux

³⁶⁵« Délit de consultation de sites djihadistes : le Conseil constitutionnel censure la loi », *LaProvence.com*, 11 févr. 2017.

³⁶⁶« Le délit de consultation de sites jihadistes à nouveau censuré », *Le Point*, 15 déc. 2017p.

³⁶⁷Caroline Piquet, « Sites djihadistes : “Ce texte aurait pu être utilisé à des fins terribles” », *L'Express.fr*, 10 févr. 2017.

des libertés publiques, et non vécues comme de simples actes de procédure opportunistes servant à la défense d'un client, c'est une autre facette de l'affaire qui en affirmera ainsi l'inscription au sein de la cause des liberté numériques : les interventions associatives.

2) L'intervention associative comme stratégie de construction de la cause des libertés numériques

Principaux acteurs du contentieux, Me Toubian et Me Weil n'en sont pas pour autant les seuls auxiliaires de justice à avoir pris part à son règlement devant la haute cour constitutionnelle. En effet, grâce à la procédure d'intervention volontaire autorisant les personnes de droit morales justifiant d'un intérêt à agir à présenter leurs observations écrites et orales au Conseil constitutionnel par l'intermédiaire de leur avocat, tandis que la première saisine avait déjà accueilli le soutien de la Ligue des droits de l'Homme (LDH), la seconde saisine connaîtra de surcroît le renfort de la Quadrature du Net.

Comme nous l'indique Me Toubian ces interventions au soutien de la contestation de la disposition ne font l'objet d'aucune « véritable coordination » si ce n'est un bref échange avec le cabinet d'avocats intervenant pour la LDH. De façon intéressante, comme nous l'explique notre enquêté, ce cabinet d'avocats familier du travail associatif et que nous avons déjà évoqué précédemment, avait en fait contacté Me Toubian pour lui proposer ses propres services de représentation au moment où la saisine arrivait en Cour de cassation. Alors que ce dernier déclinait, justifiant du fait qu'il collaborait déjà avec le cabinet de Me Weil, le cabinet en question avait alors demandé à ce que lui soit néanmoins envoyé le texte de la QPC.

« Derrière on a pas eu de véritable coordination dans le sens qu'une fois que je leur ai envoyé ma QPC etc. eux ils ont fait leurs écritures de leur côté pour intervenir à l'audience mais y a pas eu de réunion préparatoire, même téléphonique. »

L'intervention de la Quadrature du Net lors de la deuxième QPC s'avérera encore moins annoncée, puisque Me Toubian ne l'apprendra lui-même que par les services du Conseil constitutionnel. Ces interventions sont en tout état de cause bien accueillies par Me Toubian :

« C'est plus additif. Dans ce qui a été rédigé par Me Weil et également par la Ligue des droits de l'homme qui s'est joint par l'intermédiaire du cabinet X. [...]. Ça a renforcé encore plus, ça a mis un poids plus important vu qu'eux étaient là aussi. Et eux aussi on fait des écritures allant dans ce sens d'une atteinte à la liberté. Mais c'est plus additif en ce sens qu'ils rajoutent des jurisprudences, des éléments, etc. C'est mieux d'être à trois que d'être tout seul je pense. »

Si, comme l'a noté le Conseil constitutionnel, « les associations développent pour partie les mêmes griefs » que la saisine, Me Toubian y voit l'occasion d'un renfort symbolique de la part d'acteurs dont les compétences sont reconnues sur ces questions. Mais les interventions sont également l'occasion d'un renfort jurisprudentiel au sein des écritures tandis que malgré l'absence de coordination, l'audience laisse également se déployer des styles de plaidoirie complémentaires.

« Y a Me S. qui lui a fait plus de la « philosophie du droit », entre guillemets sur l'historique et sur l'atteinte énorme que créerait ce texte-là, et qu'au niveau sécurité ça deviendrait quelque chose qui se rapprocherait du fascisme. Avec Me S. on s'est pas vraiment coordonné mais bon c'est très bien tombé parce que les trois ont pas dit la même chose. Ça permettait quand même d'avoir une palette plus large. »

L'observation de l'enregistrement vidéo de la seconde audience de QPC permet en effet d'identifier des registres argumentatifs hétérogènes chez les avocats intervenants. Représentant de la LDH, Me E. s'applique ainsi à inscrire le cas dans une perspective historique, enjoignant les conseillers à considérer les leçons du passé en constatant que l'État lui-même « n'est pas pure innocence » : « On nous propose aujourd'hui de condamner des personnes à raison d'un acte cognitif parce que l'objet de cet acte nous répugne et à juste titre, mais demain une autre majorité changera d'objet, le nouveau sera peut-être moins blâmable ou ne le sera pas du tout ». Me M., avocat à la Cour représentant de la Quadrature du Net, insiste pour sa part – comme le faisait le mémoire de Me Toubian – sur les outils récents dont s'est doté l'État pour lutter contre le terrorisme. L'avocat les connaît bien, avec la Quadrature du Net il en a contesté un certain nombre. Son énonciation s'accroît d'ailleurs plus accentuée tandis que son énumération parvient aux « lois renseignements ». Et d'en conclure en se référant à l'avis du Conseil d'État du 5 avril 2012, « le législateur cherche à compenser son impuissance dans la sphère physique, en pénalisant au-delà du raisonnable dans la sphère numérique ». L'effort d'inscription du cas d'espèce au sein de la cause des libertés numériques que l'intervention de la Quadrature du Net elle-même a pour fonction de réaliser, est ici rendue plus explicite. Matérialisée par le *hoodie* (sweat-shirt à capuche) griffé du logo de la Quadrature du Net que veillent à arborer certains membres de l'association sur les bancs de la salle d'audience³⁶⁸, une telle opération n'a rien de rare pour les militants de l'association mais relève bien plutôt du positionnement stratégique

³⁶⁸Comme en atteste d'ailleurs l'enregistrement de l'audience de cette deuxième QPC, disponible sur le site du Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017682QPC.html>

opportuniste du collectif. Me M. se saisit en effet en de très nombreuses occasions de la possibilité de déposer des interventions volontaires³⁶⁹ devant le Conseil constitutionnel, profitant de ce qu'une QPC a été posée dans le cadre de procédures contentieuses initiées par d'autres devant les juridictions administratives ou judiciaires. Erwan, juriste de la Quadrature du Net commente cette stratégie :

« Erwan : Florent³⁷⁰ dernièrement le pauvre il y va un peu tout seul, a fait beaucoup beaucoup d'interventions dans des affaires soulevées par d'autres personnes, devant le Conseil constitutionnel, en QPC pour répéter la même chose à chaque fois. Et c'est trop cool ! C'est trop cool. Et à force apparemment, j'ai pas vu mais je crois que les dernières décisions le Conseil Constit commence à utiliser des nouveaux mots et peut-être à enfin comprendre qu'est-ce que c'est que ce merdier d'internet quoi !

L'enquêteur : Ah tu penses que ça devient de plus en plus efficace ?

Erwan : Ouais, bah bien sûr que ouais. Quand il est intervenu ça servait à rien, l'affaire était gagnée qu'il intervienne ou pas. Il est juste venu. Moi je pense, faudra lui demander, mais à ce que j'ai compris il est juste venu pour répéter des choses qu'il avait pas admis y a trois ans, et depuis Florent y va tous les six mois sur des affaires différentes pour leur dire : « ah mais cette affaire là c'est exactement la même chose que dans cette affaire, vous vous souvenez ? Y a ça, les données de connexion ça veut dire ça, ça et ça et ça. Je sais que c'est pas très clair mais je vais répéter ». »

La stratégie juridique du groupe contentieux de la Quadrature du Net dépasse la volonté d'obtenir des victoires juridiques ponctuelles pour dépeindre une conception de l'activisme juridictionnel comme effort de cadrage cognitif itératif de la justice visant à inciter cette dernière à se saisir systématiquement des enjeux numériques par le prisme des libertés fondamentales en y multipliant les interventions. Comme l'indique le militant, et à l'inverse des situations où elle initie elle-même le contentieux, la contribution concrète de l'association au succès d'une saisine s'avère alors une préoccupation secondaire. Dans ce cas d'étude lui-même, l'issue de la seconde décision du Conseil constitutionnel sur un texte faiblement remanié ne faisait guère de doute et fut surtout l'occasion pour l'association d'insister sur les risques qu'impliquait la disposition pour l'« internaute », terme totalement absent des écritures et plaidoiries respectives de Me Toubian et Me Weil :

Le droit de s'informer et son exercice ne sauraient être assimilés à une présomption d'intentionnalité criminelle susceptible d'entraîner des peines d'une telle gravité. Ces dispositions rattachent à la facilité d'accès à l'information aujourd'hui permise par la numérisation des contenus un caractère

³⁶⁹L'intervention volontaire désigne la possibilité pour un tiers de se joindre volontaire à un litige en cours.

³⁷⁰Il s'agit de Me M. Son prénom a également été changé.

de dangerosité latente, suscitant chez l'internaute à un sentiment de culpabilité lors de sa navigation, limitant ainsi de fait la liberté d'information et d'opinion.

L'opération par laquelle les militants du groupe contentieux viennent souligner au sein des écritures la façon dont le texte leur semble promettre d'affecter l'usage ordinaire d'internet est symptomatique de ce travail de construction au long cours du sujet des libertés informatiques dont ils s'appliquent à débusquer régulièrement les enjeux devant la justice. Comme l'illustre ce cas, c'est le Conseil constitutionnel, gardien des libertés fondamentales, que les militants cherchent plus spécialement à convertir.

« Erwan : Je crois que c'est surtout le Conseil Constit qu'on veut éduquer. Je crois que le Conseil d'État on a vite perdu espoir parce que je pense qu'on voulait aussi l'éduquer. Donc on a vraiment euh... Enfin si on avait des statuts, au groupe contentieux on en a pas, mais je pense vraiment l'un des objets ça serait faire de la pédagogie auprès des juges et le Conseil Constit. [...] Ce qui est bien au Conseil Constit c'est que c'est toujours les mêmes personnes. C'est pas eux qui prennent les décisions, ça doit être leur service, mais leur service est là aussi pour t'écouter. Donc c'est cool, on peut cibler une action pédagogique sur des gens. Et ça c'est vraiment un truc qu'on a toujours assumé. Et je me souviens à voir dit ça à d'autres associations genre le Gisti quand on leur disait ça ils disaient "ah c'est trop bien faut qu'on fasse ça aussi" quoi. C'est une vraie stratégie, tu vois c'est pas... Et ça demande de pas aller devant mille juges différents, mais vu que c'est pas ce qu'on fait à la base, c'est pertinent. Donc ça typiquement, ces interventions, pour choisir de les faire, alors y avait pas un grand débat parce que c'est surtout Florent qui faisait le travail. Enfin c'est surtout se déplacer en fait. Mais bon quand même dans les arguments je pense que l'argument pédagogique c'est voilà, c'est un des critères pour choisir une action. »

La stratégie du groupe contentieux tire ainsi partie de la fixité de la composition du Conseil constitutionnel pour envisager une « action pédagogique » ciblée sur les conseillers et leurs services, également présents dans la salle d'audience. La tactique suivie suppose alors d'y multiplier les interventions pour y répéter des expressions clés, dans ce qui s'apparente à une manœuvre volontariste de *socialisation linguistique*³⁷¹ des acteurs de la justice constitutionnelle. L'association lie ainsi des cas épars pour faire reconnaître par les acteurs du droit les linéaments de la cause des libertés numériques, avec l'ambition de participer ainsi à la construction d'un droit du numérique cohérent. Dès lors, l'attachement de l'association à la maîtrise et à la cohérence de ses écritures, que nous relevions dans l'affaire précédente (cas n°8), s'éclaire sous un nouveau jour, comme condition de possibilité de ce travail de long cours.

³⁷¹Nous entendons ici le concept de socialisation au sens de « socialisation manifeste » telle que définie par Michel Castra : Michel Castra, « Socialisation » dans *Les 100 mots de la sociologie*, s.l., 2013, p.

Une telle stratégie opportuniste s'appuie en outre sur la grande réactivité de l'association qu'autorisent les dynamiques d'internalisation et de professionnalisation des compétences juridiques qui caractérisent d'un groupe contentieux capable de porter saisines et interventions en parfaite autonomie. Me M. représentant de la Quadrature du Net dans cette intervention volontaire est ainsi un avocat-maison, membre de la Quadrature du Net ayant rejoint le groupe contentieux il y a plusieurs années, avant même d'obtenir son diplôme. Si ce dernier porte la quasi-totalité des contentieux de la Quadrature du Net, l'association salarie aussi deux autres juristes titulaires du diplôme d'avocat.

Conclusion

Le présent cas d'étude présente une configuration atypique en ce que son artisan principal s'avère être un avocat à la Cour. Non spécialiste de la cause des libertés numériques, la disposition qu'il conteste le heurte cependant politiquement voire philosophiquement. Dans les deux QPC qu'il produit (la seconde suite à la ré-adoption du texte par les parlementaires) il développe à la fois des moyens politiques de portée générale soulignant la labilité politique de la catégorie de terrorisme, et des moyens plus circonstanciés tenant au caractère déjà suffisant de l'arsenal pénal et administratif de lutte contre le terrorisme. Invoquant à la fois la jurisprudence de la Cour de cassation, un avis du Conseil d'État et la jurisprudence de la CEDH, il organise, à l'appui de sa demande, un dialogue des juges ascendant et semblant jouer de la concurrence entre juge constitutionnel et juge conventionnel. Mais la stratégie de l'avocat repose également sur un effort de mise en concurrence de l'autorité constitutionnelle et de l'organe législatif ayant immédiatement ré-adopté le texte dans une version faiblement amendée après la première censure du Conseil constitutionnel. Sur un plan pratique Me Toubian s'est adjoint, à partir du filtre de la Cassation, les services d'un cabinet d'avocat aux Conseils. Outre l'appui logistique offert par cette collaboration, l'intervention d'une avocate aux Conseils lors de l'audience poursuit surtout une stratégie d'incarnation de la cause par une figure respectée de cette enceinte. La répartition des rôles à l'audience joue ainsi habilement des partitions ordinaires entre avocat à la Cour et avocate aux Conseils. Tandis que la seconde est invitée par la stratégie retenue à incarner le souci de la cohérence interne du droit, le premier souligne sur les effets du texte sur les pratiques des auxiliaires de justice. Tirant partie du fait qu'à la différence des autres Hautes cours, le Conseil constitutionnel admet la représentation par un avocat à la Cour, ce dernier garde la maîtrise de la QPC qu'il a initiée et matérialise le lien de

la question abstraite de droit posée au Conseil constitutionnel au cas d'espèce l'ayant suscité par deux fois. La deuxième QPC accueille en outre l'intervention de deux associations : la Ligue des droits de l'Homme représentée par un cabinet d'avocats aux Conseils coutumier du travail avec les associations, et la Quadrature du Net représentée par un avocat à la Cour membre du collectif. L'intervention surprise de la Quadrature du Net illustre l'autonomie de son action, et s'inscrit dans une stratégie opportuniste de multiplications des interventions devant le Conseil constitutionnel comme travail de sensibilisation des conseillers constitutionnels aux enjeux des libertés numériques.

Le point de vue de la doctrine

Conseil constitutionnel, décision n° 2016-611 QPC du 10 févr. 2017, et n° 2017-682-QPC du 15 décembre 2017 (délit de consultation habituelle des sites terroristes)

Diane Roman

La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale a prévu un délit de consultation habituelle de sites terroristes. Alors que la loi n'avait pas été déférée au Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*³⁷², c'est une procédure de QPC qui a rapidement permis l'abrogation du dispositif (décision du 10 février 2017, n° 2016-611 QPC). Immédiatement, le législateur a, par la loi n° 2017-458 du 28 février 2017, relative à la sécurité intérieure, réintroduit la disposition censurée, en modifiant à la marge l'incrimination. Cette seconde version du délit a fait l'objet d'une nouvelle QPC, qui a conduit à la réitération de la censure (Décision du 15 décembre 2017, n° 2017-682-QPC). Selon certains auteurs, la décision de transmettre la seconde QPC aurait une signification particulière. Comme le suggèrent Bertrand Mathieu et Anne-Laure Cassard-Valembois, respectivement professeur agrégé des facultés de droit, conseiller d'État en service extraordinaire et maître de conférences à l'université de Bourgogne, « il semble qu'au-delà du caractère sérieux de la question, la Cour de cassation souhaite donner au Conseil l'occasion de vérifier que le législateur a bien procédé aux corrections nécessaires pour rendre conforme à la Constitution la mesure législative

³⁷² Ce point est déploré par certains auteurs, à l'instar de Xavier Latour, professeur de droit public, université Côte d'Azur : « Si le Conseil remplit difficilement son rôle dans le cadre du contrôle *a priori*, il se rattrape grâce à la QPC. Toute ingérence dans les libertés relève du législateur (article 34 de la Constitution). Or, le dysfonctionnement du contrôle de la loi avant son application suscite des interrogations. Un relatif consensus politique en matière de sécurité ne conduit pas seulement à neutraliser le débat démocratique. Il bloque les mécanismes de saisine *a priori* du Conseil constitutionnel. À cet égard, aucune des lois qui intéressent l'ingérence dans la liberté de communication n'a été soumise au contrôle du Conseil constitutionnel, pas plus celle de 2014, que celles de 2016 ou de 2017. Cela ne présage en rien de l'inconstitutionnalité systématique des textes. D'ailleurs et par analogie, les mesures relatives à la lutte contre la pédopornographie sont conformes à la Constitution. L'absence de saisine laisse cependant planer une incertitude. Elle alimente la suspicion sur les dispositifs en cause et conduit à les fragiliser tant politiquement que juridiquement si une censure, parfois prévisible, intervient *a posteriori*, une fois des illégalités commises. Par voie de conséquence, il est regrettable que ceux qui disposent de la faculté de saisir le Conseil n'en usent pas plus souvent en matière de sécurité » (Xavier Latour, « La lutte contre les sites djihadistes et la liberté de communication », *JCP Administrations et Collectivités territoriales* n° 7, 19 Février 2018.2056).

antérieurement censurée. (...) La Cour de cassation donne ainsi un droit de suite au Conseil constitutionnel qui s'apparente à une saisine en opportunité »³⁷³.

Plus généralement, deux éléments centraux ont retenu l'attention de la doctrine, dans l'analyse qu'elle a fait des deux QPC : d'une part, le raisonnement tenu par le Conseil, d'autre part le contexte dans lequel le Conseil constitutionnel s'est prononcé.

Le premier point porte sur la *ratio decidendi*, ou les motifs ayant conduit à la censure du délit. Selon Yves Mayaud³⁷⁴, professeur émérite de l'université Paris II Panthéon-Assas, la décision réitérée du Conseil constitutionnel constitue une double censure, à la fois de politique pénale et de technique pénale.

Une censure de politique pénale : le cœur du « conflit », pour reprendre le terme d'Yves Mayaud, réside dans l'articulation entre la lutte contre l'incitation et la provocation au terrorisme sur les services de communication au public en ligne, et l'exercice du droit de libre communication des pensées et des opinions qui, « en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, implique la liberté d'accéder à ces services », selon la formule du Conseil constitutionnel. Mais la décision réitérée de censurer l'incrimination de consultation des sites incitant au terrorisme ne doit pas, selon les auteurs, être comprise comme une primauté absolue conférée à la liberté d'expression : en effet, remarque Yves Mayaud, « cette censure n'est pas un affaiblissement de la lutte contre le terrorisme, au nom d'une liberté que certains pourraient considérer comme trop théorique dans le contexte des enjeux en cause. Si le libre accès aux services de communication en ligne l'a emporté, ce n'est que sur le fondement d'un bilan jugé par ailleurs suffisant au regard de l'antiterrorisme, et donc d'un équilibre possible en ce sens »³⁷⁵. C'est donc ici l'absence de nécessité de la nouvelle

³⁷³ Bertrand Mathieu et Anne-Laure Cassard-Valembois, « Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité - . - 5 juillet - 15 décembre 2017 », *JCP G* n° 4, 22 Janvier 2018, doctr. 90.

³⁷⁴ Yves Mayaud, « Consultation de site internet : seconde censure », *Rec. Dalloz* 2018. 97.

³⁷⁵ Yves Mayaud, précit.

incrimination qui est pointée du doigt, dans un contexte législatif déjà dense, considéré comme suffisant pour lutter contre le terrorisme (le Conseil constitutionnel rappelle en effet que les autorités administrative et judiciaire disposent déjà de nombreux autres outils leur permettant de contrôler les sites en ligne faisant l'apologie du terrorisme ou provoquant à de tels actes, notamment dans le cadre du renseignement ou en application de l'article 6-1 de la loi du 21 juin 2004 ou de l'article 706-23 du Code de procédure pénale mais aussi pour surveiller les personnes qui consulteraient de tels sites et qui s'inscriraient dans un projet terroriste).

Mais la censure du Conseil constitutionnel a également une autre dimension, davantage orientée vers la technique pénale, dans la mesure où un autre motif de censure réside dans la définition de l'élément intentionnel de l'infraction. En effet, le Conseil constitutionnel souligne que si « le législateur a ajouté à la consultation, comme élément constitutif de l'infraction, la manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services, cette consultation et cette manifestation ne sont pas susceptibles d'établir à elles seules l'existence d'une volonté de commettre des actes terroristes. Les dispositions contestées répriment donc d'une peine de deux ans d'emprisonnement le seul fait de consulter à plusieurs reprises un service de communication au public en ligne, sans que soit retenue l'intention terroriste de l'auteur de la consultation comme élément constitutif de l'infraction ». « La faiblesse des exigences de l'incrimination en termes d'intentionnalité est donc au cœur de la censure », note Julie Alix, professeur à l'université de Lille³⁷⁶, rejointe en ce sens par Olivier Cahn, professeur à l'université de Tours : « En d'autres termes, l'incrimination des actes préparatoires à une infraction terroriste n'est conforme à la Constitution qu'autant qu'ils procèdent d'une volonté de commettre un acte de terrorisme qui les inscrit dans un projet criminel et légitime leur répression malgré leur caractère équivoque »³⁷⁷

Mais un second élément, outre la *ratio decidendi*, retient l'attention de la doctrine : il porte sur le contexte général dans lequel ces deux censures constitutionnelles ont été prononcées. Dans ses commentaires sur les deux QPC, la doctrine souligne en effet le « bras de

³⁷⁶ Julie Alix, « Flux et reflux de l'intention terroriste », *RSC* 2019. 505.

³⁷⁷ Olivier Cahn, Délit de consultation des sites terroristes : ni fleurs, ni couronnes..., *Lexbase*, n° 1, 2018, p. 54.

fer » ou la « passe d'armes remarquée »³⁷⁸ entre Conseil constitutionnel et législateur qu'elle traduit. « Quand le législateur récidive, le Conseil constitutionnel bégaye », titre Anne Ponseille, maître de conférences à l'université de Montpellier, laquelle poursuit : « De mémoire de sages, pareille chose ne s'était jamais produite : la contestation, au cours de la même année, par deux fois devant le Conseil d'une même disposition incriminatrice, modifiée dans l'intervalle. Par ses deux décisions de censure du texte litigieux, le Conseil impose implicitement au législateur une politique pénale de modération dans le choix des moyens de la lutte contre le terrorisme »³⁷⁹. Cette censure, qui constitue pourtant le propre du contrôle de constitutionnalité des lois, a pu être déplorée. Ainsi, Philippe Conte, professeur à l'université Paris 2 Panthéon Assas, s'interroge sur l'appréciation faite par le Conseil constitutionnel « de la nécessité d'une telle incrimination puisque, par définition, la réponse relève d'une appréciation de pure opportunité. Mais en quoi l'opinion de conseillers élus par personne (et aux compétences que l'on sait) devrait-elle prévaloir sur celle qui a porté le Parlement à juger une telle incrimination utile ? »³⁸⁰. Une critique similaire, quoique plus technique, est portée par François Fourment, professeur de droit à Tours : « le Conseil constitutionnel ne s'aventure-t-il pas dans une entreprise hasardeuse de contrôle de constitutionnalité des conflits de qualifications et autres concours d'infractions, propre à le conduire à se déjuger, ou à tout le moins désorienter ses lecteurs ? »³⁸¹. D'autres auteurs préfèrent blâmer le législateur : « Les mésaventures de l'article 421-2-5-2 du Code pénal sont, hélas, une énième illustration de la mauvaise qualité de l'activité législative, d'autant plus regrettable et préoccupante qu'elle concerne ici la lutte contre le terrorisme et la liberté de communication, qui méritent, l'une et l'autre, mieux »³⁸². Et les auteurs, Amane Gogorza et Bertrand de Lamy, respectivement maître de conférences-HDR et professeur à l'université Toulouse I Capitole, de conclure « Espérons que le législateur ait cette fois-ci compris le cadre constitutionnel de son intervention. Ici comme ailleurs ».

³⁷⁸ Jean-Baptiste Perrier, « Les limites de l'anticipation de la répression : nouvelle abrogation du délit de consultation habituelle de sites internet terroristes », *AJ pénal* 2018. 148.

³⁷⁹ Anne Ponseille, « Quand le législateur récidive, le Conseil constitutionnel bégaye », *Constitutions* 2018. 99.

³⁸⁰ Philippe Conte, obs. sous Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC, *Dr. pénal* 2017, n° 85.

³⁸¹ François Fourment, « La loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique dans ses aspects de droit pénal », *Droit pénal* n° 5, Mai 2017, étude 12.

³⁸² Amane Gogorza et Bertrand de Lamy, « La seconde mort constitutionnelle du délit de consultation habituelle de sites terroristes », *JCP G.* n° 5, 29 Janvier 2018, 109.

De même, la leçon à tirer de l'apport des décisions du Conseil constitutionnel à l'effectivité de la protection des libertés est nuancée. Comme le remarque Jean-Baptiste Perrier, professeur à l'université d'Aix-Marseille : « En abrogeant pour la seconde fois l'article 421-2-5-2 du Code pénal, le Conseil réaffirme l'inconstitutionnalité du délit de consultation habituelle de sites terroristes et indique (fort heureusement, diront les optimistes) une limite (trop éloignée, diront les pessimistes) à l'anticipation chère au législateur antiterroriste et donc à l'incrimination des actes préparatoires, voire de la formation du projet criminel »³⁸³. La diversité des analyses s'explique par la spécificité des enjeux en cause : lutte contre le terrorisme *vs* liberté d'expression et légalité des délits et des peines. Car comme le souligne Xavier Latour, « la lutte contre les sites djihadistes traduit la difficulté rencontrée par un État de droit de s'adapter à un double défi, sécuritaire et technologique. Il tente d'agir par le biais de procédés apparemment classiques de police judiciaire et de police administrative. Il le fait cependant en les faisant évoluer en direction de toujours plus d'anticipation. Ce glissement n'échappe pas au regard des défenseurs des libertés fondamentales. Car, sans craindre de choquer, ils entendent que la liberté de communication tienne en échec une logique exagérément restrictive. En d'autres termes, la fin ne justifie pas encore tous les moyens »³⁸⁴.

³⁸³ Jean-Baptiste Perrier, « Les limites de l'anticipation de la répression : nouvelle abrogation du délit de consultation habituelle de sites internet terroristes », *AJ pénal* 2018. 148.

³⁸⁴ Xavier Latour, *précit.*

Conclusion

L'activité contentieuse de défense des libertés numériques devant les Hautes cours paraît essentiellement s'organiser autour deux pôles indépendants entre lesquels jaillissent quelques procédures ponctuelles. D'un côté un contentieux relativement massif des particuliers devant le Conseil d'État, consistant en la contestation de décisions individuelles implicites par lesquelles une autorité ministérielle leur refuse l'accès aux données personnelles les concernant potentiellement au sein d'un fichier informatisé. Contentieux largement verrouillé du fait de l'opacité des procédures de fichage, portant sur des décisions administratives individuelles, il n'offre que peu de perspectives d'évolution juridique, de sorte qu'en contradiction avec le volontarisme juridictionnel de certains de leurs clients, les avocats interrogés s'y décrivent avant tout comme des « courroies de transmission » au sein d'une procédure administrative de contrôle du fichage informatique. De l'autre côté, on peut souligner le dynamisme juridictionnel « insulaire » d'une association qui s'est imposée comme le principal chef d'orchestre de cette cause publique et juridique, et concentre ses efforts de contestation sur des normes de portée générale. Suivant une stratégie de montée puissance depuis les recours pour excès de pouvoir qu'elle initie devant le Conseil d'État jusqu'au dépôt de QPC devant le Conseil constitutionnel, la Quadrature du Net – figure paradigmatique du militantisme expert – s'appuie sur une très forte expertise juridique interne pour conserver la maîtrise de la traduction de sa cause devant les Hautes cours. Si cette association a pu offrir à la cause des libertés numériques un certain nombre de victoires marquantes (contre plusieurs lois renseignements notamment), cette dernière a également pu occasionnellement profiter de l'action contentieuse d'acteurs non militants. Notre dernier cas offre ainsi l'exemple d'un avocat à la Cour ayant su transformer une affaire pénale en un enjeu constitutionnel interrogeant spécifiquement le domaine des libertés numériques. Outre l'apport juridique objectif que de tels contentieux « spontanés » peuvent accorder à la cause des libertés numériques lorsqu'ils sont victorieux, ceux-ci nourrissent également la stratégie opportuniste de la Quadrature du Net qui n'hésite pas à multiplier les interventions volontaires devant la plus haute cour de l'ordre juridique français, dans un effort de cadrage itératif de la cause du numérique auprès des conseillers constitutionnels. Bien que son action demeure largement déconnectée du contentieux ordinaire des particuliers contestant leur fichage devant le Conseil d'État, la Quadrature du Net travaille ainsi à unifier la cause juridique des libertés numériques sous son égide.

IV. Causes médicales³⁸⁵

³⁸⁵ Cette partie a été rédigée par Sabrina Pastorelli.

Introduction

Par rapport aux autres causes étudiées dans les pages qui précèdent, celles qui ont trait au corps et à la santé se distinguent peut-être par la dimension proprement éthique de leurs enjeux, tout autant que par les préoccupations parfois très intimes qu'elles peuvent recouvrir. A l'intersection donc du plus intime et du plus général, elles ont pour particularité de retenir tout particulièrement l'attention des médias – par contraste par exemple avec la cause des prisonniers – et de donner lieu à des controverses particulièrement aiguës, dont le prétoire ne constitue en général qu'une arène parmi d'autres. Articulant des spécialités juridiques diverses que l'on retrouve dans ces différents cas (du droit de la responsabilité à celui de l'état civil en passant par les conventions internationales relatives au handicap), ces causes apparaissent plus ou moins structurées : la cause (anti-)vaccins regroupe un ensemble hétéroclite d'acteurs en tension, la cause de la reconnaissance de l'intersexuation est au contraire caractérisée par le fait qu'elle est portée par un petit nombre d'acteurs très organisés et orientés vers la visibilisation de la question, alors que l'affaire Lambert se caractérise par l'existence de deux cercles (les membres de la famille d'une part, les associations ou institutions concernées par le débat de l'autre), dont la dynamique est largement construite par la pratique de « forum shopping » visant, de la part des parents du malade, à chercher à différer au maximum l'arrêt des soins en déplaçant le problème devant des juridictions successives. Au-delà de la diversité des cas ainsi réunis, cette partie de l'enquête permet de faire apparaître de nombreuses stratégies d'acteurs, investis dans trois causes marquées par un contentieux « tous azimuts ».

Cas n°10 : Le contentieux des vaccinations obligatoires

La législation vaccinale en France remonte à 1902 au moment où la loi du 15 février prévoyait le vaccin antivariolique obligatoire.³⁸⁶ Au fil des années, elle s'est enrichie d'obligations et de recommandations qui n'ont pas toujours trouvé un écho unanimement favorable en France où diverses associations entretiennent le débat sur la vaccination et nourrissent des controverses sur l'utilité voire la nocivité des vaccins.

³⁸⁶Jean-Louis Vildé, « L'obligation vaccinale en question », *Laennec*, vol. tome 63, no. 3, 2015, pp. 8-23.

En 2019, une enquête Eurobaromètre sur les attitudes à l'égard de la vaccination en Europe, montre que 85 % des citoyens de l'UE estiment que la vaccination est un moyen efficace pour prévenir les maladies infectieuses et que près de la moitié des citoyens de l'Union ont été vaccinés au cours des cinq dernières années, mais 48 % des Européens pensent que les vaccins peuvent produire des effets indésirables graves, et 38 % estiment que les vaccins peuvent être à l'origine des maladies dont ils sont censés protéger.³⁸⁷

La question de l'obligation vaccinale constitue un enjeu politique et social débattu, dans lequel s'opposent des arguments de santé publique, avancés par le gouvernement et les sociétés savantes médicales³⁸⁸, et des arguments de liberté individuelle et d'autonomie personnelle, mobilisés par des réseaux informels, très présents sur Internet et les réseaux sociaux, et relayés par les associations plus structurées.

Nombre d'actions en justice portent sur le caractère obligatoire de la vaccination, mais aussi sur les effets collatéraux supposés de certains vaccins et les conséquences sur les familles ou individus se soustrayant à l'obligation vaccinale. Ils s'articulent autour de problématiques juridiques diverses : de la protection des droits fondamentaux (question du libre choix thérapeutique pour les parents vis-à-vis de leurs enfants³⁸⁹ ou pour les travailleurs³⁹⁰; du droit à pouvoir obtenir des vaccins sans aluminium, considérés comme nocifs pour la santé³⁹¹ ; du droit au respect de la vie privée³⁹²) à la mise en cause de la responsabilité du fait des dommages liés aux vaccinations (reconnaissance au droit à une indemnisation en cas de maladie survenue à la suite de l'inoculation d'un vaccin³⁹³ ; remise en cause des vaccins défectueux³⁹⁴). Ainsi, l'ordre judiciaire a été saisi tout comme la justice administrative et constitutionnelle dans un

³⁸⁷ <http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/survey/getsurveydetail/instruments/special/surveyky/2223>, consulté le 16 mai 2019.

³⁸⁸ V. le communiqué de presse du 26 juin 2017, soutenu par l'Académie de médecine et l'Académie des sciences, https://afpa.org/content/uploads/2017/06/cp_vaccinations_27-06-2017.pdf

³⁸⁹ Cour de Cassation, chambre criminelle, 13 janvier 2015, n° 14-90044. Renvoi au Conseil constitutionnel, QPC du 20 mars 2015, n° 2015-458.

³⁹⁰ Cour de Cassation, 2 novembre 2004, n° 03-30352.

³⁹¹ Conseil d'État, 6 mai 2019, n° 415694.

³⁹² Conseil d'État, 6 mai 2019, n° 419242.

³⁹³ Dans ce cadre, plusieurs dossiers concernent des demandes d'indemnisation auprès de l'ONIAM pour une maladie survenue à cause d'un vaccin.

³⁹⁴ Cour de Cassation, 2015, 2019 ; CJUE, 21 juin 2017 n° C-621/15.

panorama d'actions qui n'excluent pas le juge européen à l'échelle soit de l'Union Européenne (CJUE)³⁹⁵ soit du Conseil de l'Europe (CEDH).³⁹⁶

Parents, malades, associations accèdent au droit utilisé comme vecteur pour faire avancer leur cause. Trois types de recours au droit peuvent être grossièrement identifiés. Un recours au droit de type *utilitariste* visant à faire reconnaître un préjudice dû aux effets collatéraux d'un vaccin. Un recours de *principe* adopté par les associations qui s'opposent pour différentes raisons aux vaccins. Une approche plutôt *mixte* qui combine souvent refus de principe, et défense face aux conséquences concrètes du refus de vaccination – face au juge et aux services sociaux, pouvant accuser les parents de maltraitance envers leurs enfants non vaccinés. Dans le temps, les parents ou les malades ont tendance, selon les cas, après avoir fait face à un problème (supposé) lié aux vaccins et aux arènes judiciaires, soit à devenir des militants associatifs à leur tour, soit à disparaître de la scène médiatique et judiciaire.

C'est dans cette arène composée d'associations diverses, d'avocats plus ou moins militants, de malades, de parents impliqués à des degrés divers, que nous avons mené notre recherche de terrain et réalisé onze entretiens et une observation. Nous avons également analysé des décisions de justice, de la doctrine, des vidéos, des matériaux internes aux associations, des mémoires d'avocats.

Nous avons alors pu constater que les associations mobilisées contre la cause anti-vaccinale, les parents et les malades sont bien présents dans les palais de justice et souvent dans les médias, alors que les militants de celle qu'on pourrait définir comme la nébuleuse « nature et bien-être » agissent davantage derrière un écran d'ordinateur et par le biais de leur abonnement à des revues³⁹⁷.

Quant aux avocats à la Cour qui interviennent dans les affaires liées aux vaccins, nous avons rencontré souvent des militants, parfois des spécialistes du droit de la santé, mais aussi des anciens juges grands connaisseurs de celle qu'on pourrait définir comme « l'histoire » de la cause vaccinale avec des décisions de justice qui remontent aux années 1990³⁹⁸. Cet entremêlement nous a conduit à prendre en compte une diversité de décisions, même si nous

³⁹⁵ CJUE, 21 juin 2017, n° C-621/15.

³⁹⁶ CEDH, *Affaire Sanofi Pasteur c. France*, requête no 25137/16, 13 février 2020.

³⁹⁷ Ce qui ne les empêche pour autant de se joindre à une action collective auprès du Conseil d'État visant le retrait de l'aluminium dans les vaccins. Conseil d'État, 6 mai 2019, n° 415694.

³⁹⁸ TA Nanterre, 1998.

sommes parties d'une QPC précise (décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, Époux L.). En effet, ce qui nous est apparu en essayant d'abord d'analyser une décision puis de comprendre comment elle s'inscrivait dans un contentieux plus large, est d'abord le caractère hétéroclite des acteurs mobilisés contre l'obligation vaccinale au sens large (y compris la compensation de ses effets secondaires). La cause que nous avons choisie est donc peut-être avant tout un construit, dans la mesure où elle regroupe des acteurs non coalisés et dont les intérêts et les valeurs divergent en grande partie.

A - La QPC du 20 mars 2015 : « À qui appartiennent les enfants ? »

L'appartenance de l'enfant reste de nos jours une question ouverte et objet de débat, entre diverses « tutelles » parfois en concurrence : la famille, l'État ou l'école. Il est ainsi parfois fait référence à l'« enfant en multipropriété » qui est produit dans et pour le couple, mais également protégé par un corps de lois et appartenant à lui-même en tant que sujet de droit à la société³⁹⁹. Un de nos interviewés nous explique que « tant que l'enfant n'est pas vacciné, il appartient à l'État et que si vous n'êtes pas d'accord avec la politique vaccinale de l'État on vous prend vos enfants »⁴⁰⁰. C'est dans ce type de débat qui s'inscrit la QPC de 2015⁴⁰¹.

L'affaire concerne un couple qui refuse de vacciner leur enfant au motif que la vaccination obligatoire concerne trois maladies : la diphtérie, le tétanos et la poliomyélite (anciens articles L. 3111-1 à L. 3111-3 du Code de la santé publique)⁴⁰², mais qu'il est impossible de faire les vaccins obligatoires sans ceux qui sont simplement recommandés. En effet, le 12 juin 2008, Sanofi Pasteur a retiré du marché le vaccin DTP polio à cause d'une

³⁹⁹ Martine Segalen, *A qui appartiennent les enfants ?*, Paris, Tallandier, 2010, pp. 9-12.

⁴⁰⁰ Entretien réalisé le 11 avril 2019 avec le président d'une association qui milite contre les vaccinations obligatoires.

⁴⁰¹ Décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, Époux L.

⁴⁰² Les personnes titulaires de l'autorité parentale ou qui ont la charge de la tutelle des mineurs sont tenues personnellement responsables de l'exécution de cette mesure (cfr. vaccination obligatoire), dont la justification doit être fournie lors de l'admission dans toute école, garderie, colonie de vacances ou autre collectivité d'enfants (article L.3111-2, CSP).

Depuis le 1er janvier 2018, le code de la Santé a étendu l'obligation vaccinale à 11 maladies : la diphtérie, le tétanos, la poliomyélite (ces trois premiers vaccins étaient déjà obligatoires), la coqueluche, la rougeole, les oreillons, la rubéole, l'hépatite B, le méningocoque C, le pneumocoque et l'*haemophilus influenzae* B. Loi du 30 décembre 2017 et du décret du 25 janvier 2018.

augmentation importante des notifications de réactions allergiques.⁴⁰³ Par conséquent, le vaccin DTP polio obligatoire est combiné depuis avec d'autres (le vaccin contre la coqueluche, l'hépatite B et l'Haemophilus influenza). Ces valences non obligatoires contiennent, au dire de certains parents, des adjuvants dangereux pour la santé.⁴⁰⁴

Un de nos interviewés nous raconte comment, dans le cas qui nous intéresse, les parents ont d'abord exprimé leurs inquiétudes auprès du médecin pédiatre quant aux vaccins. Ce dernier a d'abord essayé de les convaincre des bienfaits des vaccins, avant de les signaler auprès des services du conseil général, tout comme la PMI qui avait également pris contact avec les parents au sujet de la dite vaccination.

Les époux L. font alors appel à une association pour demander un avis juridique. L'association leur conseille d'envoyer deux documents au médecin de la PMI : une lettre (dont elle leur fournit un modèle)⁴⁰⁵, demandant des informations écrites sur l'acte médical proposé ainsi qu'un questionnaire. La lettre fait référence à la loi Kouchner⁴⁰⁶ et à l'obligation par le médecin à donner au patient une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose.⁴⁰⁷ Deux arrêts de la Cour de Cassation sont également évoqués dans ce courrier : ceux du 25 février 1997 et 14 octobre 1997⁴⁰⁸. Les passages soulignés portent sur l'obligation faite au médecin d'informer les patients sur les risques éventuels d'un traitement, et sur le fait que c'est au médecin d'apporter la preuve de l'information qu'il a procurée au patient.⁴⁰⁹ Dans le questionnaire, on demande au médecin des

⁴⁰³ <https://ansm.sante.fr/S-informer/Communiqués-Communiqués-Points-presse/Vaccin-DTPolio-R-Diphterie-Tétanos-Poliomyélite-de-Sanofi-Pasteur-MSD-suspension-temporaire-de-distribution-par-mesure-de-precaution>

⁴⁰⁴ Jusqu'à la réforme de 2018, pour certains cas particuliers et sur demande du médecin, Sanofi Pasteur pouvait mettre à disposition DTVax et Imovax Polio, contenant que les valences DTP.

⁴⁰⁵ Sur les sites de diverses associations, on peut retrouver des modèles de lettres. Des exemples : <https://www.fovaccinsfrance.org/-/legislatif/la-lettre-qui-tue/>; <http://aluminiumvaccins.e-monsite.com/pages/vos-droits/lettre-type-dossier-pour-autorites-reclamant-vaccination.html>.

⁴⁰⁶ LOI n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Voir aussi : Claudine Bergoignan-Esper (2011), « Le consentement médical en droit français », *Laennec*, tome 59(4), 15-23 ; « Consentir à un acte médical ? », *Laennec*, 2011/4, tome 59.

⁴⁰⁷ Article 35, Information au patient, code de déontologie du médecin (article R.4127-35 du code de la santé publique).

⁴⁰⁸ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 25 février 1997, 94-19.685, publié au bulletin. Voir aussi : François Terré, Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 12e édition 2007, p. 123.

⁴⁰⁹ Sur ces deux arrêts et plus généralement sur la position de la cour de cassation au sujet de l'information que le médecin doit donner au patient voir : Jean-François Burgelin, « L'obligation d'informer le patient, expliquée aux médecins », Cour de Cassation, *Études et documents*,

détails sur les effets secondaires, la preuve scientifique de l'efficacité du vaccin, les chiffres officiels sur les maladies infectieuses, les accidents post-vaccinaux, les éventuels liens du médecin avec des laboratoires pharmaceutiques et la prime à la vaccination. Ces deux documents pourraient, au dire d'un de nos interviewés, répondre à l'obligation faite au médecin d'informer le patient, mais ce dernier n'aurait jamais répondu ni à la lettre ni au questionnaire⁴¹⁰. On peut ainsi identifier, dès ce premier moment, une stratégie légaliste qui s'appuie sur un formalisme juridique et la référence à des décisions venues du sommet de l'ordre judiciaire, pour justifier la volonté de se soustraire à une obligation légale ayant attiré l'attention des autorités sanitaires et sociales.

Jusqu'à la réforme de 2018, en cas de refus de vacciner un enfant, les parents étaient passibles de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende,⁴¹¹ sanction très rarement appliquée. Les parents peuvent également être poursuivis au titre de l'article 227-17 du Code pénal : privation de soins au point de compromettre la santé de l'enfant.⁴¹² Comme nous explique un de nos interviewés :

« D'habitude les parents sont d'abord convoqués par le juge des enfants, et sont alors poursuivis pour manquement à leurs obligations tirées de l'autorité parentale car puisque vous n'êtes pas d'accord avec nous, on vous enlève vos enfants. »⁴¹³

Les parents L. seront cités devant le tribunal correctionnel d'Auxerre au titre de l'article 227-17 du Code pénal et seront tout au long de ces procédures accompagnés par l'association

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_1999_91/etudes_documents_93/jean_fran_5787.html.

⁴¹⁰ Entretien réalisé le 11 avril 2019 avec le président d'une association qui milite contre les vaccinations obligatoires.

⁴¹¹ Le refus de se soumettre ou de soumettre ceux sur lesquels on exerce l'autorité parentale ou dont on assure la tutelle aux obligations de vaccination prévues aux articles L. 3111-2, L. 3111-3 et L. 3112-1 ou la volonté d'en entraver l'exécution sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 Euros d'amende.

Article abrogé par LOI n°2017-1836 du 30 décembre 2017.

⁴¹² Cette sanction demeure : elle n'a pas été abrogée par la réforme de 2017.

Article 227-17 code pénal : Le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

L'infraction prévue par le présent article est assimilée à un abandon de famille pour l'application du 3° de l'article 373 du code civil.

⁴¹³ Entretien réalisé le 11 avril 2019 avec le président d'une association qui milite contre les vaccinations obligatoires.

et, par son intermédiaire, par un avocat à la Cour. Ce dernier soulève une question prioritaire de constitutionnalité devant le tribunal correctionnel d'Auxerre, acceptée par la Cour de Cassation et transmise au Conseil constitutionnel.⁴¹⁴

C'est suite à cette saisine que ce dernier a déclaré les articles L. 3111-1 à L. 3111-3 du Code de la santé publique conformes à la Constitution, au motif :

qu'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective ; qu'il lui est également loisible de modifier les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques ; que, toutefois, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé.⁴¹⁵

Dans ce contexte, l'avocat des époux L. fait référence au préambule des Constitutions de 1946 et de 1958, et tout particulièrement au fait que la Nation garantit à tous la protection de la santé. Le propos porte sur la dangerosité des vaccins qui, selon plusieurs études scientifiques, pourrait produire des effets graves sur la santé des enfants. Il est question des adjuvants contenus dans les vaccins non seulement de l'aluminium, mais aussi du formaldéhyde, du mercure et d'autres substances susceptibles de provoquer des graves maladies. Surtout « tout en prévoyant une exception au caractère obligatoire des vaccins lorsque l'individu présente des contre-indications, la loi ne prévoit pas d'examen médical préalable permettant de déceler ces contre-indications que l'individu peut ignorer ».⁴¹⁶

Une décision du Conseil d'État est ainsi évoquée pour rendre compte du fait que la Haute cour n'a pas hésité à sanctionner l'État en cas d'accidents survenus à cause des vaccins, selon une jurisprudence constante qui fait référence à un faisceau d'indices pour démontrer le

⁴¹⁴ Cour de cassation chambre criminelle, 13 janvier 2015, n° 14-90044, Arrêt n° 7873.

⁴¹⁵ Décision n° 2015-458, QPC du 20 mars 2015, Époux L.

Pour des commentaires doctrinaux, v. Hakim Daïmallah, «L'obligation de vaccination des enfants mineurs devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, avril-juin 2015, n° 2015-2, p. 267-275 ; Karine Foucher; Véronique Rachet-Darfeuille , « L'autocensure du Conseil constitutionnel sur l'obligation vaccinale », *La Semaine juridique*. Édition générale, 1 juin 2015, n° 22, 1055-1058 ; Philippe Marin, « La vaccination en France. De la politique vaccinale à la QPC "obligation de vaccination" du Conseil constitutionnel du 20 mars 2015 », *Les Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, mars 2015, n° 353, 87-92 ; Michel Véron, « Défaut de vaccination : ne pas confondre Code pénal et Code de la santé publique », *Droit pénal*, juin 2015, n° 6, 31-32.

⁴¹⁶ Mémoire en réponse devant le Conseil constitutionnel.

lien de causalité entre le vaccin et la maladie survenue et que « l'imputabilité à un vaccin peut être apportée par tous moyens et non seulement par la production des pièces médicales ». ⁴¹⁷

La captation des séances du Conseil constitutionnel permet d'avoir un accès, sans équivalent pour les autres Hautes cours, à ce qui s'est passé lors de l'audience. Lors de celle-ci, il est possible de noter que l'accent est mis par l'avocat des époux L. sur le traitement atypique auquel est soumise la famille, notamment parce qu'il est rare de voir un procureur qui poursuit des parents au pénal dans une affaire de ce type. ⁴¹⁸ À un autre niveau, une décision de la CEDH est également évoquée pour rendre compte du fait que la Cour a reconnu qu'une ingérence dans la vie privée se justifie par la protection de la santé publique et de sa propre vie, dans le cadre du respect de la marge d'appréciation de l'État. ⁴¹⁹

L'avocat qui défend les époux L., tout comme l'association qui a assisté cette famille, estiment que leur cas peut être érigé en symbole de ce qu'ils considèrent être la politique vaccinale française, et surtout de ses travers ⁴²⁰. L'affaire est largement relayée par les médias, dont l'écho est recherché lorsqu'il est affirmé en entretien que ce sont « les médias qui servent la cause et pas l'inverse » et qu'« il faut interpeller les politiques par le biais des médias ». ⁴²¹ Dans ce cas, puisque la garde des enfants est en question cette médiatisation est considérée comme particulièrement importante : comme « les parents sont en correctionnelle, il faut que le débat soit public pour les protéger, pour éviter qu'on leur enlève les enfants. Si cette affaire n'avait pas paru dans les médias, les services sociaux auraient pris les enfants des époux L. Alors on publie partout les courriers, dans la presse, sur les réseaux sociaux etc. ». ⁴²² La question du rôle des médias dans la légitimation des causes politiques a déjà été longuement discutée dans la littérature, ainsi que leur effet de garant du succès des causes portées par des réseaux militants. Les médias peuvent ainsi devenir acteurs d'une cause collective au même titre que les militants associatifs et les professionnels du droit, même si certains auteurs mettent en garde sur la nécessité de « relativiser le poids des média dans la constitution des causes de victimes de scandales sanitaires ». ⁴²³ Ils peuvent ouvrir un « troisième acte » entre le secret de

⁴¹⁷ *Ibidem*.

⁴¹⁸ Conseil constitutionnel, vidéo de la séance.

⁴¹⁹ CEDH, 15 janvier 1998, *Boffa et autres c/ Saint Marin*, n° 26536/95.

⁴²⁰ Entretien du 11 avril 2019 avec le président d'une association qui milite contre les vaccinations obligatoires et entretien du 11 novembre 2019 avec un avocat à la Cour.

⁴²¹ Entretien du 11 novembre 2019 avec un avocat à la Cour.

⁴²² *Ibidem*.

⁴²³ Jean-Noël. Jouzel et Giovanni Prete, p. 168.

l'instruction et l'oubli, agissant à la fois en chroniqueurs d'une affaire, mais aussi en acteurs de la cause. Les médias ne sont pas sollicités partout de la même manière et on constate une différence entre la posture des associations militantes et celle des malades :

*« Je fais très attention aux patients et la plupart d'eux ne veulent pas qu'on parle de leur cas, ils expriment des sentiments de honte, de dégradation humaine et je respecte, en tant qu'avocat, leur volonté. Je sollicite la presse lorsqu'ils le veulent bien au titre des dossiers, mais je préfère utiliser ce que les associations disent et font. Le problème est que la presse aime les choses concrètes, facilement accessibles, simples. Or les débats qui touchent aux vaccins sont ni simples ni facilement accessibles. La presse ne prendra aucun risque à parler de ça tant que la médecine n'aura pas avancé ».*⁴²⁴

B - La reconnaissance du faisceau d'indices entre CJUE, Cour de Cassation et Conseil d'État : un dissensus persistant

Comme cela a été évoqué, la question du risque vaccinal a déjà été portée à plusieurs reprises devant les juridictions françaises. Ordres administratif et judiciaire ont été confrontés aux dossiers relatifs à l'indemnisation des victimes avec une approche diversifiée et par des solutions parfois divergentes⁴²⁵. En effet, alors que le Conseil d'État, dans le cadre d'une jurisprudence plutôt stable, applique ce qu'on définit comme la théorie du faisceau d'indices, la position du juge judiciaire se montre plus complexe.

Au sens de l'article 3111-9 du Code de santé publique, un agent public ayant développé une maladie en conséquence d'une vaccination obligatoire, peut demander réparation sur la base de la responsabilité de l'État,⁴²⁶ mais il peut aussi se prévaloir de la reconnaissance de la maladie professionnelle si le vaccin était préconisé dans le cadre de sa profession, qu'il soit employé dans la fonction publique ou privée.⁴²⁷ De ce fait, le Conseil d'État, depuis l'arrêt *Swartz* de 2007, considère qu'un lien entre la maladie et la vaccination peut être établi en présence de circonstances particulières, même si les rapports d'expertise n'affirment pas de lien de causalité entre la maladie survenue – à savoir la sclérose en plaques – et la vaccination. Cela

⁴²⁴ Entretien du 19 juin 2019 avec un avocat à la Cour.

⁴²⁵ Laurent Neyret, « L'imputabilité de la sclérose en plaques au vaccin contre l'hépatite B », *Recueil Dalloz*, 2007, n° 31.

⁴²⁶ Article 3111-9 du CSP :

Sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun, la réparation d'un dommage imputable directement à une vaccination obligatoire pratiquée dans les conditions mentionnées au présent chapitre, est supportée par l'État.

⁴²⁷ Sur ces points cf. Neyret, 2007, p. 31.

dit, dès lors que les rapports d'expertise *n'excluent pas* l'existence d'un tel lien de causalité, l'imputabilité de la maladie au vaccin peut être établie. Dans ce cadre, parmi les circonstances particulières à prendre en compte, figure l'état de (bonne) santé de l'individu avant la vaccination et l'exclusion d'antécédents de la maladie avant les injections.

Un avocat à la Cour nous explique ainsi que :

« Même s'il n'y pas de preuve au sens scientifique du terme que la maladie soit due à la vaccination, un faisceau d'indices permet de reconnaître qu'elle est la conséquence de la vaccination [...] Pour cela il faut apporter la preuve de la maladie, démontrer l'absence d'un état antérieur, établir un lien temporel pas trop long entre la vaccination et l'apparition des conséquences. La causalité peut donc être présumée.⁴²⁸ »

Cet avocat revendique le fait d'être militant, au service de la cause des malades : ceux à qui on a inoculé un vaccin et qui ont subi un effet collatéral, souvent grave, et qui estiment que c'est le vaccin qui a été à l'origine de leur sclérose en plaques, de la myofasciite à macrophages dont ils souffrent, ou d'autres pathologies invalidantes. Cet avocat qui se dit donc « au service des patients et jamais des laboratoires ou des établissements » tient à m'expliquer que « le droit va très souvent plus vite que la science » et, prenant l'exemple de l'amiante, souligne qu'« on a indemnisé beaucoup plus vite les victimes par rapport à ce que les scientifiques ont fait. L'aluminium c'est pareil : aujourd'hui nous avons des jurisprudences qui permettent l'indemnisation des victimes du myofasciite à macrophages à cause de l'aluminium, alors que la science officielle dit que ça n'existe pas ».⁴²⁹

Cet avocat suit plusieurs dossiers, concernant la myofasciite à macrophages, mais aussi la sclérose en plaques, deux pathologies qui pourraient être déclenchées par l'adjuvant aluminium contenu dans certains vaccins comme par exemple celui contre l'hépatite B ou C. À l'appui de cette thèse, l'avocat cite à plusieurs reprises un arrêt du Conseil d'État concernant un fonctionnaire de la ville de Paris ayant développé un myofasciite à macrophages à la suite des injections du vaccin contre l'hépatite B dans le cadre de son activité professionnelle⁴³⁰ :

⁴²⁸ Entretien du 19 juin 2019 avec un avocat à la cour spécialiste en droit de la santé.

⁴²⁹ *Ibidem*.

⁴³⁰ CE, 3^e et 8^e sous sections réunies, 21/11/2012, n°344561.

« Un dossier se gagne en amont et pas en aval : le plus important sont les pièces médicales qui montrent une histoire médicale cohérente. On va voir le juge pour une vérité juridique et pas médicale. [...] Ce sont les éléments médicaux qui vont faire avancer une cause juridique. ⁴³¹ »

Au sujet de la myofasciite à macrophages, plusieurs arrêts du Conseil d'État vont dans le même sens et considèrent que :

Dans le dernier état des connaissances scientifiques, l'existence d'un lien de causalité entre une vaccination contenant un adjuvant aluminique et la combinaison de symptômes constitués notamment par une fatigue chronique, des douleurs articulaires et musculaires et des troubles cognitifs n'est pas exclue et revêt une probabilité suffisante pour que ce lien puisse, sous certaines conditions, être regardé comme établi. Tel est le cas lorsque la personne vaccinée, présentant des lésions musculaires de myofasciite à macrophages à l'emplacement des injections, est atteinte de tels symptômes, soit que ces symptômes sont apparus postérieurement à la vaccination, dans un délai normal pour ce type d'affection, soit, si certains de ces symptômes préexistaient, qu'ils se sont aggravés à un rythme et avec une ampleur qui n'étaient pas prévisibles au vu de l'état de santé antérieur à la vaccination, et qu'il ne ressort pas des expertises versées au dossier que les symptômes pourraient résulter d'une autre cause que la vaccination. ⁴³²

Au sujet de la stratégie, l'avocat m'explique comment sa stratégie se déroule sur un temps long :

« Avoir raison trop tôt c'est avoir tort. Ce qu'on essaie de faire c'est de nourrir les jurisprudences positives pouvoir obtenir un changement de manière à ce que les régimes juridiques (administratif et judiciaire) doivent aller dans le même sens. Moi j'ai des dossiers qui attendent et je veux qu'ils attendent [...] »

Sur la question des vaccins, le blocage au niveau de l'État est total, ce n'est que par le nombre des décisions qu'on peut débloquer les choses. Comment on construit une décision du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation ? Ce n'est presque pas juridique, c'est beaucoup plus politique. C'est comment nous les avocats on décide d'y aller ou de ne pas y aller. [...] La stratégie de l'avocat donne une direction à la décision. Les décisions des hautes cours Conseil d'État et Cour de Cassation sont souvent des appels au gouvernement. La façon dont le juge va entreprendre de condamner ou pas l'État ou un laboratoire va avoir des conséquences sur la politique de l'État ou des laboratoires par la suite. »

Dans son travail de défense des victimes des effets collatéraux des vaccins, l'avocat travaille au plus près des clients pour collecter toutes les pièces médicales nécessaires.

⁴³¹ Entretien du 19 juin 2019 avec un avocat à la cour spécialiste en droit de la santé.

⁴³² Conseil d'État, 2013, 2015, 2016, 13/2/2020, n° 419329.

Toutefois, une fois le dossier médical reconstitué, le client est censé lui faire confiance, dans la mesure où selon lui « c'est l'avocat qui établit la stratégie et s'occupe du mémoire et des écritures ». Pour les dossiers qui vont suivre devant les hautes cours, il travaille toujours avec le même cabinet d'avocats aux Conseils à qui il transmet le dossier, et c'est bien ce dernier qui rédige le mémoire. Ils en discutent ensemble par la suite, mais « c'est bien lui qui fait tout ».⁴³³

Quant à la Cour de Cassation, elle s'est prononcée à diverses reprises sur les effets collatéraux des vaccins. Dans ce cadre, ce n'est pas l'État qui est en cause au sujet des vaccinations obligatoires, mais ce sont les laboratoires pharmaceutiques sur la base de la défectuosité des vaccins. La chambre sociale et la chambre civile de la Cour de Cassation décident sur les contentieux liés à l'imputabilité aux vaccins de certaines pathologies. Laurent Neyret évoque une géométrie variable dans les décisions des deux chambres tout en soulignant comment la Chambre sociale s'aligne sur les positions du Conseil d'État, alors que la chambre civile « tirerait du même état des connaissances scientifiques la conséquence exactement inverse de celle retenue par les autres juridictions ».⁴³⁴

En 2017, à la demande de la Cour de Cassation, la CJUE s'est prononcée sur la possibilité d'utiliser la théorie du faisceau d'indices dans le cadre d'un contentieux qui mettait en cause la responsabilité du laboratoire Sanofi Pasteur pour les défauts du vaccin contre l'hépatite B.⁴³⁵ La Cour européenne indique que l'article 4 de la directive 85/374 :

doit être interprété en ce sens qu' il s' oppose à un régime probatoire reposant sur des présomptions selon lequel, lorsque la recherche médicale n'établit ni n'infirme l'existence d'un lien entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie dont est atteinte la victime, l'existence d'un lien de causalité entre le défaut attribué à un vaccin et le dommage subi par la victime serait toujours considérée comme établie lorsque certains indices factuels prédéterminés de causalité sont réunis.

⁴³³ Entretien du 19 juin 2019 avec un avocat à la cour spécialiste en droit de la santé.

⁴³⁴ Laurent Neyret, « L'imputabilité de la sclérose en plaques au vaccin contre l'hépatite B », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2007, pp. 2204-2208, p. 2207. « La première Chambre civile décide sur la base du droit des contrats, la Chambre sociale sur le droit de sécurité sociale et dans ce cadre, sur les accidents de travail dans le privé. Alors que les décisions de Chambre sociale sont en général positives, avec la Chambre civile on a toujours perdu ». Entretien du 19 juin 2019 avec un avocat à la cour spécialiste en droit de la santé.

⁴³⁵ Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), 21 juin 2017 (C-621/15).

Par conséquent :

*Nonobstant la constatation que la recherche médicale n'établit ni n'infirmes l'existence d'un lien entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie dont est atteinte la victime, certains éléments de fait invoqués par le demandeur constituent des indices graves, précis et concordants permettant de conclure à l'existence d'un défaut du vaccin et à celle d'un lien de causalité entre ce défaut et ladite maladie.*⁴³⁶

En l'absence de consensus de la communauté scientifique, la CJUE valide donc l'utilisation de la théorie du faisceau d'indices par le juge national dans le cas de la sclérose en plaques, non pas comme une interprétation automatique d'un lien de causalité, mais tout en analysant *in concreto* chaque cas.⁴³⁷ Les associations qui militent contre l'aluminium dans les vaccins considèrent cette décision comme une victoire, puisque selon eux une cour européenne aurait reconnu la théorie du faisceau d'indices. Cependant, le 4 juillet 2019 la Cour de Cassation casse la décision de la cour d'appel de Bordeaux qui avait appliqué la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne tout en considérant que « la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis du rapport d'expertise ».⁴³⁸

C - La cause des vaccins : les associations et la nébuleuse « nature et bien-être » devant le Conseil d'État

La cause du combat contre l'aluminium dans les vaccins est portée par plusieurs associations tout comme la bataille contre l'obligation vaccinale. En 2019, deux décisions ont été rendues par le Conseil d'État au sujet de l'extension de l'obligation vaccinale à 11 vaccins et de l'aluminium utilisé en tant qu'adjuvant.⁴³⁹ Par ces décisions, le Conseil d'État valide

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ Voir aussi : Florian Kastler, « Union européenne, Hépatite B, incertitude scientifique et causalité juridique », *Les Tribunes de la santé*, 2017/3 n° 56, pp. 11-12 ; Gazette du Palais, Actualités juridiques, « Vaccination contre l'hépatite B : le faisceau d'indices, pas la présomption », 26 juin 2017, <https://www.gazette-du-palais.fr/actualites-juridiques/13105/>, dernière consultation avril 2020 ; Adeline Jeauneau, « Vaccination contre l'hépatite B : la Cour de justice livre sa conception de l'articulation de la science et du droit », *Actu-Juridique.fr*, dernière consultation avril 2020.

⁴³⁸ Cass. Civ. 1re, 04 juillet 2019, pourvoi n°18-16809.

⁴³⁹ Conseil d'État, 6 mai 2019, M. T. et autres, n°415694 ; Conseil d'État, 6 mai 2019, Ligue nationale pour la liberté des vaccinations, n°419242.

l'extension de la liste des vaccins obligatoires et rejette la demande de retrait de ceux qui contiennent de l'aluminium. Deux associations sont à l'initiative de ces décisions : la Ligue nationale pour la liberté des vaccinations (LNPLV) et l'Institut pour la protection de la santé naturelle (IPSN).⁴⁴⁰

Depuis 1954, la Ligue mène un combat contre l'obligation vaccinale évoquant le libre consentement aux vaccins. L'histoire de l'association est longue et marquée par des compromis et des scissions, des relations interpersonnelles parfois difficiles et nombre d'actions collectives. Au début, l'association – qui compte dans son comité des avocats de profession – suivait davantage les dossiers particuliers, se tournant par exemple vers l'aide aux parents en difficulté du fait de leur opposition à la vaccination obligatoires des enfants et des accusations de maltraitance. Depuis une dizaine d'années, elle est très peu active sur ces dossiers et s'attache davantage à la lutte contre l'obligation vaccinale.⁴⁴¹

En 2018, la Ligue saisit le Conseil d'État pour demander l'annulation du décret n° 2018-42 du 25 janvier 2018 relatif à la vaccination obligatoire (en application de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale) qui a porté de trois à onze le nombre de vaccins obligatoires. Il s'agit d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision de la ministre de la Santé et la requête s'appuie sur le principe du droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8 de la CEDH. Le Conseil d'État rejette la demande et considère dans sa décision que :

en rendant obligatoires les onze vaccins figurant déjà au calendrier des vaccinations rendu public par le ministre chargé de la santé, mais qui, pour huit d'entre eux, étaient antérieurement seulement recommandés, les dispositions législatives critiquées ont apporté au droit au respect de la vie privée une restriction justifiée par l'objectif poursuivi d'amélioration de la couverture vaccinale pour, en

Le Conseil d'État s'était déjà prononcé sur l'obligation vaccinale par la décision du 8 février 2017, n° 397151. Il s'agissait de l'obligation vaccinale obligatoire à dix-huit mois comprenant trois vaccins (DTP), sauf que sur le marché la disponibilité est des vaccins pentavalents ou hexavalents. Dans cette décision le Conseil d'État enjoint au Ministre des Affaires Sociales et de la Santé de prendre des mesures pour permettre la disponibilité des trois vaccins obligatoires sans association avec d'autres. Par la Loi du 30 décembre 2017 l'obligation vaccinale passe de trois à onze vaccins rendant cette décision plus d'actualité. Toutefois, la nouvelle loi n'est applicable qu'aux enfants nées après le premier janvier 2018.

⁴⁴⁰ La deuxième procédure n'est pas directement portée par IPSN : c'est un collectif d'environ 3000 individus qui se sont de fait mobilisés par le biais de l'association. Entretien du 5 juillet 2019 avec le directeur d'une association qui milite contre les effets indésirables des vaccins.

⁴⁴¹ Entretien du 19 avril 2019 avec le responsable d'une association pour la liberté de vaccination.

*particulier, atteindre le seuil nécessaire à une immunité de groupe au bénéfice de l'ensemble de la population, et proportionnée à ce but.*⁴⁴²

La Ligue, pour former ce recours pour excès de pouvoir, est assistée par une jeune avocate, mais il s'agit d'une « action mal engagée », une collaboration occasionnelle, qui s'arrêtera à la suite de la décision du Conseil d'État.⁴⁴³

Quant à l'Institut pour la protection de la santé naturelle il se fait l'écho, depuis mars 2011, de la mobilisation d'un groupe de citoyens sensibles aux problématiques de la médecine naturelle. Ils protestent contre l'entrée en vigueur d'une directive européenne restreignant la liberté de commercialisation des plantes médicinales, et militent plus en général pour la santé naturelle. Congrès, pétitions, actions militantes de tout genre ont été entrepris au fil des années par l'IPSN. Un site internet fait état des actions de l'association, et une revue sur la médecine naturelle fidélise un vaste réseau d'abonnés. Certains de nos interviewés d'autres associations contestent fortement le type d'actions que l'IPSN mène : « ce n'est qu'une affaire commerciale », souligne l'un d'eux⁴⁴⁴ (effectivement le site internet invite à l'achat de différents produits et brochures). Par ailleurs, est mis en avant le fait qu'ils disposent d'un porte-parole très médiatique en la personne du professeur Henri Joyeux, un ancien professeur de médecine très engagé dans le combat contre l'aluminium dans les vaccins.⁴⁴⁵ Certes, l'association, coordonnée par un ancien lobbyiste à la Commission européenne, affiche une approche très dynamique en direction des médias, sur les sites internet, dispose d'une revue sur abonnement, et soutient diverses mobilisations. D'après nos entretiens, elle se distingue fortement par le fait qu'elle ne se compose pas d'anciens malades, de parents d'enfants malades, ou de personnes directement concernées par les effets collatéraux des vaccins, comme c'est le cas dans la plupart d'autres associations dans le domaine de la vaccination. Les abonnés de la revue militent pour une santé naturelle et s'intéressent à divers aspects de la santé et du bien-être, leur action ne se limite pas aux vaccins, mais varie de l'accès à la médecine douce, à la possibilité de se soigner par les plantes, par l'homéopathie en passant par la question de divers risques tels que ceux qui seraient liés aux antennes 5 G.

⁴⁴² Conseil d'État, 1^{ère}- 4^{ème} chambres réunies, 6 mai 2019, n° 419242, publié au recueil Lebon.

⁴⁴³ Entretien du 19 avril 2019 et entretien du 15 mai 2019 avec des responsables associatifs.

⁴⁴⁴ Entretien du 15 mai 2019 avec un responsable associatif.

⁴⁴⁵ Professeur honoraire de la Faculté de Médecine de l'Université de Montpellier, Chirurgien Cancérologue.
<https://professeur-joyeux.com/>, dernière consultation avril 2020.

Les requérants auprès du Conseil d'État font valoir des suspicions relatives au fait que l'aluminium puisse présenter des risques pour la santé des enfants vaccinés concernés par la nouvelle législation qui rend obligatoire onze vaccins et demandent le retrait des vaccins qui contiennent de l'aluminium. Ils montrent les résultats des recherches en cours sur la myofasciite à macrophages, demandent l'imposition aux fabricants de vaccins de ne pas utiliser de sels d'aluminium comme adjuvants pour les vaccins obligatoires, et une mise sur le marché de vaccins dépourvus de tels adjuvants. Le Conseil d'État dans son arrêt du 6 mai 2019 considère que :

en l'état des connaissances scientifiques, les vaccins contenant des adjuvants aluminiques ne peuvent être qualifiés de spécialités nocives ou de spécialités pour lesquelles le rapport entre les bénéfices et les risques ne serait pas favorable⁴⁴⁶

et estime que les autorités sanitaires ont pu légalement refuser leur retrait.

L'avocat à la Cour qui est à l'origine de cette dernière action, au cours de nombreuses interventions sur des sites internet, sur le site de l'association et dans les media, défend l'action des requérants et la bataille contre l'aluminium, ne mentionnant jamais l'avocat aux Conseils qui a plaidé l'affaire devant le Conseil d'État.⁴⁴⁷ D'après certains de nos interviewés, il semblerait que la collaboration entre l'avocat à la Cour et celui aux Conseils soit relativement récente : il s'agirait d'une collaboration exceptionnelle constituée de manière ad hoc pour porter le dossier « aluminium » devant le Conseil d'État à l'occasion de ce contentieux. D'autres avocats, mais aussi des membres d'autres associations, ont expliqué que selon eux que cette action pouvait difficilement être accueillie par le Conseil d'État, d'une part parce qu'il s'agit d'un recours pour excès de pouvoir contre une décision de Ministre, d'autre part pour des raisons stratégiques, comme l'illustre cet extrait d'entretien :

« Stratégiquement il ne fallait pas faire ça, si avoir raison trop tôt c'est avoir tort, il faut aussi donner envie au juge de nous donner raison. En tant qu'avocat, je me saisis de ce que les autres avocats plaident, je me saisis de la décision de la CJUE, mais devant le Conseil d'État ce n'était pas le bon sujet. On n'arrêtera pas de vacciner, en revanche il ne faut pas laisser de côté ceux qui sont malades et il ne faut pas arrêter les recherches sur ce qui est dangereux pour la santé dans les vaccins [...] Je suis avocat et je suis là pour gagner : je ne vais pas engager un procès que je sais perdu.⁴⁴⁸ »

⁴⁴⁶ Conseil d'État, 1^{ère}- 4^{ème} chambres réunies, 6 mai 2019, n° 415694.

⁴⁴⁷ Malgré nos demandes répétées par l'intermédiaire des associations, nous n'avons pas pu obtenir un entretien avec l'avocat à la cour qui a toujours décliné nos sollicitations.

⁴⁴⁸ Entretien du 19 juin 2019 avec un avocat à la Cour qui travaille sur les dossiers concernant les effets indésirables des vaccins en responsabilité médicale et qui n'est pas intervenu dans les deux contentieux devant le Conseil d'État.

Selon certains de nos interviewés, l'action en justice, portée par un avocat qui n'est pas experte en droit de la santé, n'aurait pas été bien préparée, d'autant plus qu'elle n'aurait pas assez partagé le dossier avec son collègue avocat aux Conseils qui aurait plutôt « travaillé dans son coin ». ⁴⁴⁹ En conclusion, c'est le Conseil d'État qui a décidé de traiter les requêtes émanant de la LNPLV et de IPSN ensemble, même si elles sont fondées sur des motifs juridiques différents, et les deux associations ont présentés leurs requêtes de manière distincte et non coordonnée avec des avocats qui n'ont pas l'habitude de travailler ensemble.

Conclusion

Le dossier de la mobilisation contre l'obligation vaccinale est caractérisé par l'éclatement des acteurs mobilisés, porteurs d'intérêts plus ou moins directement impliqués dans cette cause particulière. Les acteurs sont divers, tout comme les causes à défendre, pouvant aller de la liberté de ne pas vacciner à la demande de vaccins sans certains adjuvants considérés comme nocifs, en passant par la défense des malades victimes des effets secondaires des vaccins.

De ce fait, l'accès au terrain a été plus compliqué et diversifié et la reconstruction de la stratégie des acteurs moins évidente à éclairer. Ces acteurs sont d'ailleurs souvent en compétition ou en désaccord entre eux et leurs actions ne sont pas concertées ou coordonnées. Il s'agit de mobilisations historiques qui se sont diversifiées au fil du temps. Même si au sein des associations étudiées des juristes sont parfois présents, ils ne participent pas réellement à la préparation des contentieux, les éléments étaient remis à l'avocat à la cour en charge du dossier, à qui il revenait donc de décider sur la base de quel fondement juridique construire l'affaire. S'il est vrai que certaines associations font appel de manière répétée au même avocat à la cour – c'est le cas par exemple de ceux qui militent pour la reconnaissance de la myofasciite à macrophages – d'autres changent d'interlocuteurs au fil du temps, rendant plus difficile l'identification d'une stratégie juridique sur le long terme.

⁴⁴⁹ Entretien du 19 avril 2019 avec le responsable d'une association pour la liberté de vaccination.

Le point de vue de la doctrine

Conseil constitutionnel, décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, Epoux L

Diane Roman

Le choix opéré par le Conseil constitutionnel de faire prévaloir l'impératif de protection de la santé publique sur les prétentions individuelles est relevé, tout en constatant qu'il s'agit d'une solution traditionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle. La solution apparaissait prévisible, au point que, selon Karine Fouchet et Véronique Rachet-Darfeuille, respectivement maître de conférences et avocate à Nantes, « Le choix des requérants de focaliser leur grief sur l'alinéa 11 du Préambule de 1946, en faisant valoir que les vaccins rendus obligatoires peuvent présenter un risque pour la santé (...) était probablement une erreur. La jurisprudence constitutionnelle en la matière n'est pas en effet particulièrement audacieuse ». La critique des auteures, dans un commentaire significativement titré « L'autocensure du Conseil constitutionnel »⁴⁵⁰ est rejointe par d'autres qui, à l'instar de Paul Véron maître de conférences en droit privé à l'université de Nantes, soulignent « le contrôle extrêmement timoré des dispositions législatives relatives aux obligations vaccinales » exercé par le Conseil⁴⁵¹

Le caractère sommaire de l'argumentation du Conseil a par ailleurs été critiqué : selon Karine Fouchet et Véronique Rachet-Darfeuille, « Par son mutisme, le Conseil constitutionnel contribue à laisser le dernier mot à la Cour de Strasbourg »⁴⁵². « Le juge aurait pourtant pu enrichir sa décision et surtout exercer un vrai contrôle de proportionnalité s'il avait choisi, comme il peut le faire, de soulever d'office le moyen tiré de l'atteinte à la liberté personnelle », soulignent de leur côté Nathalie Jacquinot et Alexandre Mangiavillano dans leur chronique de droit constitutionnel au Recueil Dalloz⁴⁵³. Mais, plus généralement, les auteurs expliquent la solution par la déférence du Conseil constitutionnel à l'égard du législateur, manifestée par l'affirmation selon laquelle le Conseil constitutionnel « ne dispose pas d'un pouvoir

⁴⁵⁰ Karine Fouchet et Véronique Rachet-Darfeuille, « L'autocensure du Conseil constitutionnel sur l'obligation vaccinale », *JCP G*, 2015, 634.

⁴⁵¹ Paul Véron, « Santé publique - La conventionnalité de l'obligation vaccinale confirmée par le Conseil d'État – Zoom », *JCP G* n° 20, 20 Mai 2019, 541.

⁴⁵² Karine Fouchet et Véronique Rachet-Darfeuille, précit.

⁴⁵³ Nathalie Jacquinot et Alexandre Mangiavillano, « Droit constitutionnel », chr. *Rec. Dalloz* 2016, 1461.

d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ». Ainsi, Daniele Cristol, maître de conférences à l'Université de Poitiers, remarque que « cette retenue n'est pas nouvelle et n'a rien de surprenant, dès lors qu'il s'agit de sujets sensibles (...) Le Conseil constitutionnel renvoie donc au législateur le soin de se prononcer sur l'obligation vaccinale, au regard des connaissances scientifiques. Ce choix de société ne saurait être entre les mains des juges »⁴⁵⁴.

Il est à noter qu'une conclusion identique a été faite à propos des décisions ultérieures rendues cette fois par le Conseil d'État, considérant la liste des vaccinations obligatoires comme conformes à la Convention européenne des droits de l'Homme (Conseil d'État, 6 mai 2019, n° 419242, Ligue nationale pour la liberté des vaccinations). La faiblesse du contrôle exercé par le juge administratif est relevée par Jean-Paul Markus, professeur de droit public à l'université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines : « Le Conseil d'État exerce bien un contrôle de proportionnalité, mais en apparence : si les dispositions rendant des vaccinations obligatoires « ont pour effet de porter une atteinte limitée aux principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain invoqués par les requérants, elles sont [...] proportionnées à cet objectif ». Circulez... »⁴⁵⁵. Commentées par André Legrand, professeur de droit public et président honoraire de l'université Paris-Nanterre, ces décisions sont lues comme « confirm(a)nt les prérogatives administratives dans la politique de protection de la santé »⁴⁵⁶. Leur caractère prévisible est souligné par Jérôme Peigné, professeur de droit privé à Paris Descartes, qui relève qu'« il ne fallait certainement pas s'attendre à ce que le Conseil d'État aille au-delà du contrôle de la disproportion. Reste à voir si la Cour européenne des droits de l'homme – actuellement saisie d'une affaire similaire concernant la législation tchèque, visant notamment la violation des articles 8 et 9 (Vavricka, n° 47621/13) – adoptera la même position, sachant qu'en matière de politique de santé publique, la jurisprudence de la Cour laisse généralement une certaine marge d'appréciation aux États »⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ Danièle Cristol, « Observations sous Conseil constitutionnel, 20 mars 2015, n° 2015-458 QPC », *RDSS* 2015. 364.

⁴⁵⁵ Jean-Paul Markus, « Bioéthique - Du vaccin obligatoire à l'obligation vaccinale », *Droit de la famille* n° 6, Juin 2018, 19.

⁴⁵⁶ André Legrand, « L'obligation vaccinale devant le juge », *AJDA* 2019. 2200.

⁴⁵⁷ Jérôme Peigné, « Observations sous Conseil d'État, 6 mai 2019, n° 419242, Ligue nationale pour la liberté des vaccinations », *RDSS* 2019. 558.

Cas n°11. Les droits des personnes intersexuées

La mobilisation autour des droits des personnes intersexuées est un bon exemple de l'utilisation du droit comme instrument pour faire avancer la cause d'une minorité encore non reconnue. La Cour de cassation, à deux occasions, a montré une certaine réticence des juges à donner droit à ces revendications : d'une part, en refusant la reconnaissance du « sexe neutre » à l'état civil, d'autre part, en refusant d'ouvrir la possibilité de poursuites pour mutilation à l'encontre de médecins ayant procédé à des opérations chirurgicales sur un mineur.⁴⁵⁸

A la suite de l'analyse de la doctrine et de la littérature sur le sujet, nous avons mené des entretiens avec une association et des avocats concernés par ces contentieux ainsi qu'avec d'autres chercheurs travaillant sur la question, nous avons suivi des événements scientifiques et nous avons assisté au tournage d'un film documentaire – qui nous ont donné l'occasion d'entendre comment les principaux porteurs de cette cause présentaient leur action à différents publics.⁴⁵⁹

A - La mobilisation sur le terrain juridique et judiciaire : les acteurs et les stratégies

Les actions pour la reconnaissance des droits des personnes intersexuées sont portées en France par plusieurs associations, plus ou moins actives dans le temps. Les associations Orfeo⁴⁶⁰ et l'OII (Organisation Internationale des Intersexes)⁴⁶¹ ont ouvert le chemin à des stratégies qui prévoient non seulement la sensibilisation de la société aux questions de

⁴⁵⁸ Civ. 1, 4 mai 2017, n° 16-17.189 ; Crim. 6 mars 2018.

⁴⁵⁹ Nous avons notamment assisté à une journée d'étude à l'EHESS sur le thème : *Recherches francophones sur l'intersexuation : état des lieux*, 24 septembre 2019. Nous avons également suivi l'enregistrement de la journée Bioéthique : *Reconnaître et respecter les droits des personnes intersexuées*, 17 juin 2019, Assemblée Nationale, <https://www.espace-ethique.org/ressources/captation-integrale/reconnaître-et-respecter-les-droits-des-personnes-intersexuees>, dernière consultation juin 2020.

⁴⁶⁰ <http://asso.orfeo.free.fr/topic/index.html>. L'association Orfeo, créée en 2009 par deux personnes intersexuées, n'est plus active.

⁴⁶¹ Pour en savoir plus sur l'OII et sur l'histoire des mouvements intersexe : Vincent Guillot, « Émergence et activités de l'organisation internationale des intersexué·e·s », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 27, no. 1, 2008, pp. 144-150 ; Lucie Gosselin, « Émergence de la parole intersexe francophone, de la conférence internationale de Montréal sur les droits humains LGBT aux premières universités d'été des intersexes et intergenres d'Europe », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 27, no. 1, 2008, pp. 128-134.

l'intersexuation, mais aussi la mise en place d'actions concrètes pour faire évoluer le droit, afin de le mettre en conformité avec les attentes de ces militant·e·s.⁴⁶²

Entre 2016 et 2017 ont été créées deux nouvelles associations relatives à cette question. La première vise à sensibiliser les autorités publiques via des actions contentieuses (le GISS – Alter corpus - Groupe d'Information et de Soutien sur les questions Sexuées et Sexuelles), et la seconde organise les militants intersexes autour d'actions communes (le CIA, Collectif Intersexe). L'association GISS-Alter Corpus vise à fournir principalement un travail juridique qui est à la base « d'actions de sensibilisation réalisées auprès d'autorités publiques ou [...] d'actions contentieuses visant à déférer au juge ce que les membres de l'association estiment être une violation des droits fondamentaux des minorités défendues ».⁴⁶³ Le chercheur, l'avocat et la personne intersexe qui constituent le GISS sont particulièrement focalisés sur la mise en œuvre de procédures sur le terrain judiciaire, et indiquent trouver leur source d'inspiration dans l'exemple du GISTI (Groupe d'Information et de Soutien aux Immigrés)⁴⁶⁴, qui s'est largement fait connaître depuis sa création au début des années 1970 par les décisions judiciaires obtenues devant différentes juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif. Le GISS, en tant qu'association de support, vise à « défendre et promouvoir les droits des minorités corporelles, c'est-à-dire ces personnes ayant un corps différent et exposées de ce fait à des discriminations, en particulier la normalisation non consentie de leur corps pour les faire correspondre à la norme dominante »⁴⁶⁵ tout en étant axé sur la recherche et la production de données via des contentieux juridiques. De ce fait, les acteurs sont aussi des chercheurs et les commentateurs juridiques de leur propre pratique militante.

Les militants intersexes sont maintenant organisés dans le cadre du Collectif Intersexes et Allié-e-s (CIA-OII France) qui se définit comme la « seule association par et pour les

⁴⁶² Entretien réalisé le 10 mai 2019.

Sur les acteurs et les stratégies, voir Anne Saris, et Benjamin Moron-Puech. « La lutte pour la reconnaissance des droits des personnes intersexuées », *Communications*, vol. 104, no. 1, 2019, pp. 131-147.

⁴⁶³ <https://www.alpheratz.fr/agir/giss-alter-corpus/>, dernière consultation juin 2020. L'association GISS Alter vise à défendre les droits des minorités corporelles, non seulement intersexes, d'autres actions sont menées en faveur de la communauté sourde par exemple.

⁴⁶⁴ Benjamin Moron-Puech, Mila Petkova, Arnaud Alessandrin, Johanna Dagorn, « Le GISS | Alter Corpus : Une association engagée auprès des personnes intersexuées », *Les Cahiers de la LCD*, L'Harmattan, Santé et discrimination, 5, pp.91-99. Sur l'histoire du GISTI et l'histoire des association en GI-, voir Liora Israël, « Faire émerger le droit en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix* n°62/2003, pp. 115-143

⁴⁶⁵ <https://www.alpheratz.fr/agir/giss-alter-corpus/> dernière consultation juin 2020.

personnes intersexes en France » lancé « par et pour les personnes intersexes. Il est ouvert aux allié-e-s en soutien mais les décisions seront prises exclusivement par les personnes intersexes ».⁴⁶⁶ Le collectif défend « une approche non-pathologisante des variations du développement sexué » ainsi que « l'autodétermination des personnes intersexes ».⁴⁶⁷ Le but du CIA, tel qu'il est défini sur son site, est de faire cesser les « mutilations, stérilisations, traitements hormonaux non consentis sur des personnes intersexes quel que soit leur âge, c'est-à-dire le respect de leur intégrité physique ».⁴⁶⁸

Au-delà de ces différences, le GISS et le CIA poursuivent le même combat et visent les mêmes objectifs, synthétisés par la formule : « laissez-nous choisir plus tard et ne choisissez pas pour nous »⁴⁶⁹. Le but principal de ces mobilisations est d'arrêter les opérations chirurgicales d'assignement sexué sur les enfants nés intersexe et de les laisser choisir, de leur propre gré, à l'âge adulte.

Les actions en faveur de la reconnaissance des droits des intersexes commencent à se dessiner un peu avant la création de ces deux associations :

« Déjà en 2014-2015, les dossiers arrivent à l'avocat, mais comme c'est difficile de gérer au jour le jour, [...], on réoriente la stratégie, on crée l'association en 2016 et on fait maintenant des contentieux objectifs : on attaque des normes et c'est l'association qui est en première ligne »⁴⁷⁰.

La stratégie qui va être adoptée dans ce cadre par le GISS prévoit une première phase pendant laquelle des actions en justice vont permettre de faire reconnaître la violation des droits fondamentaux et de sensibiliser à cette cause la société dans son ensemble, les administrations publiques concernées, et les acteurs politiques, y compris grâce à une couverture médiatique de ces affaires, qui sera accompagnée et amplifiée par l'action de l'association. C'est à partir de là qu'il est envisagé de pouvoir par la suite mener des actions visant à faire changer les dispositions légales existantes.⁴⁷¹

⁴⁶⁶ <https://cia-oiifrance.org/>, dernière consultation juin 2020.

⁴⁶⁷ Depuis le 3 juillet 2017, le collectif adhère à OII Europe. <https://cia-oiifrance.org/2019/05/01/qui-sommes-nous/>, dernière consultation juin 2020.

⁴⁶⁸ <https://cia-oiifrance.org/>, dernière consultation juin 2020.

⁴⁶⁹ Entretien réalisé le 10 mai 2019 avec un membre du GISS.

⁴⁷⁰ *Ibidem*.

⁴⁷¹ *Ibid.* et Anne Saris et Benjamin Moron-Puech. « La lutte pour la reconnaissance des droits des personnes intersexuées », *Communications*, vol. 104, no. 1, 2019, pp. 131-147, p. 138.

Dans cette perspective, il est possible d'opérer une distinction analytique entre les dossiers portés par des personnes individuelles et visant à faire changer leur situation personnelle, et les affaires soutenues explicitement par l'association qui visent plus largement à soutenir la *cause*. Toutefois, cas individuels et cause ne sont pas forcément faciles à distinguer dans les faits, et concourent à identifier le procès comme le lieu incontournable d'un possible changement :

*« Le procès c'est une manière de contraindre les acteurs à se confronter et de faire apparaître une question sociale que le politique ne veut pas traiter ».*⁴⁷²

D'ailleurs, comme pour mieux mettre en évidence la manière dont s'entremêlent cas personnels et mobilisation collective, le monde des militants intersexes interagit en permanence avec celui des avocats et des juristes pour aider à la construction des dossiers individuels. Les informations concernant les actes médicaux sur les personnes intersexes sont partagées, les cas sont parfois publicisés, des situations étrangères sont décrites, dans le cadre d'actions menées en direction d'institutions publiques ou de l'opinion publique. Progressivement, des personnalités – notamment politiques – ont pu se porter en soutien de cette cause, comme par exemple dans le cas de la mobilisation de la délégation aux droits des femmes du Sénat qui, à la suite des décisions de justice en 2015-2016, s'attache à examiner la situation des personnes intersexes en France.⁴⁷³ En 2018, des membres du GISS et du CIA rentrent en contact « avec des parlementaires pour tenter d'obtenir l'inscription dans la loi de révision de bioéthique des dispositions destinées à souligner le caractère illégal des traitements médicaux réalisés sur les enfants intersexués ».⁴⁷⁴ À l'occasion de la révision de la loi de bioéthique, l'étude demandée par le Premier ministre dédie un chapitre aux enfants dits « intersexes », à la prise en charge médicale et surtout à l'importance du consentement éclairé face aux opérations. Les

⁴⁷² Extrait de notes de terrain lors du tournage du film sur la question intersexe. 13 juin 2019. Nous avons assisté à une séance du tournage de ce film documentaire par une réalisatrice française. Le film porte essentiellement sur le procès pour la reconnaissance de la mention « sexe neutre » et les autres actions en justice menées en France et dans d'autres pays ainsi qu'au sein des cours internationales. Le chercheur qui travaille au sein du GISS est au centre du documentaire et explique le parcours d'une personne intersexe qui a vu se reconnaître, en première instance, la possibilité d'inscrire à l'état civil un sexe non binaire.

⁴⁷³ Sénat, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, 23 février 2017.

⁴⁷⁴ Sur ces aspects : Anne Saris et Benjamin Moron-Puech. « La lutte pour la reconnaissance des droits des personnes intersexuées », *Communications*, vol. 104, no. 1, 2019, p. 135-136.

représentants du GISS, l'avocat à la cour qui a porté le dossier devant les tribunaux et un membre de l'OII sont, à cette occasion, auditionnés.⁴⁷⁵ Dans le projet de loi relatif à la bioéthique, plusieurs amendements visant à arrêter les mutilations des enfants intersexes, sont présentés en commission spéciale à l'Assemblée nationale, mais ils seront, par la suite, soit retirés soit portés au vote, mais rejetés.⁴⁷⁶

B - La reconnaissance de la mention « sexe neutre »

Le contentieux sur la reconnaissance du sexe neutre commence en 2015 lorsque le tribunal de grande instance de Tours reconnaît la possibilité d'inscrire un sexe neutre à l'état civil. L'affaire concerne une personne intersexe, âgée de 66 ans « dont les organes génitaux ne correspondent pas à la norme habituelle de l'anatomie masculine ou féminine » qui affirme ne se sentir ni homme ni femme.⁴⁷⁷ Il est rappelé dans la décision que l'article 57 du Code civil n'impose pas la binarité des sexes, mais doit énoncer :

*le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant.*⁴⁷⁸

Dans les cas où il ne serait pas possible d'indiquer le sexe du nouveau-né, une circulaire de 2011 prévoit de le faire ultérieurement dans un délai d'un ou deux ans « à la suite de traitements appropriés ».⁴⁷⁹ La circulaire n'évoque pas la possibilité qu'il soit impossible d'indiquer le sexe, même après ce délai, ce qui est le cas de beaucoup de personnes intersexes, et le TGI reconnaissant être devant à un « vide juridique » déclarera, face à « l'impossibilité de

⁴⁷⁵ Conseil d'État, *Étude à la demande du Premier ministre. Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018.

⁴⁷⁶ Projet de loi, adopté avec modifications, par l'Assemblée nationale, en deuxième lecture, relatif à la bioéthique le 31 juillet 2020, T.A. n° 474. Pour une analyse détaillée des amendements déposés, v. B. Moron-Puech, *Intersexe et bioéthique – Examen des amendements déposés en séance relatifs aux mutilations génitales intersexuées*, <https://sexandlaw.hypotheses.org/895>, dernière consultation juin 2020.

⁴⁷⁷ TGI Tours, 20 août 2015.

⁴⁷⁸ Article 57 du Code civil.

⁴⁷⁹ Circulaire du 28 octobre 2011, article 55.

définir le sexe de M. d'un point de vue génital, hormonal et surtout psychologique », que « rien ne s'oppose en droit interne à ce que la demande de ce dernier soit accueillie favorablement ».⁴⁸⁰

Le droit du requérant tomberait, selon l'avis du juge, sous la protection de l'article 8 de la CEDH qui prévoit une notion large de la « vie privée » qui protège « l'intégrité physique et morale de la personne, mais elle englobe parfois des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu. Des éléments tels que par exemple l'identité sexuelle, (...) relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la convention. »⁴⁸¹.

Le TGI ordonne alors la rectification de la mention de l'état civil de masculin à *neutre* et souligne que cette décision ne vise pas à la création d'un nouveau genre et qu'elle ne concerne que le requérant.⁴⁸²

Il s'agit de la première fois, en France et en Europe, qu'une juridiction ordonne l'inscription à l'état civil de la mention « sexe neutre » au bénéfice d'une personne intersexuée déclarée à la naissance comme étant de sexe masculin⁴⁸³. Dans cette procédure, le plaignant est assisté par une avocate qui suivra également l'appel et qui fera partie quelques années plus tard des membres fondateurs de l'association GISS Alter Corpus. Elle est associée à un cabinet qui est connu pour ces actions *pro bono* et qui affiche le droit de la santé comme une de ses compétences.⁴⁸⁴

Dans les éléments explicatifs produits à l'occasion du tournage du film documentaire auquel nous avons assisté (non achevé à ce jour), il est souligné que le procès permet également de tester une hypothèse de recherche concernant l'application de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit au respect de la vie privée et familiale⁴⁸⁵ et

⁴⁸⁰ TGI Tours, 20 août 2015.

⁴⁸¹ TGI Tours, 20 août 2015.

⁴⁸² TGI Tours, 20 août 2015.

⁴⁸³ C'est une première décision pour la France, mais la même question a déjà été soulevée dans d'autres pays.

⁴⁸⁴ <http://www.pitcho.fr/competences/>, dernier accès juin 2020. En raison de cette spécialisation revendiquée et de la personification de la cause par les acteurs cités, ils n'ont pas été anonymisés.

Voir aussi Mila Petkova, « La reconnaissance d'un sexe « neutre » par le tribunal de grande instance de Tours », Analyse détaillée de Me Petkova, <http://www.pitcho.fr/blog/intersexe-rectification-etat-civil-mention-sexe-neutre/>, dernier accès juin 2020.

⁴⁸⁵ Notes de terrain lors du tournage du film sur la question intersexe. 13 juin 2019.

Article 8 de la CEDH :

surtout de porter à l'attention de l'opinion publique et du politique la situation des personnes intersexes grâce à une forte couverture médiatique de l'affaire. Le parquet se saisira en appel de cette décision, et la cour d'appel d'Orléans se prononcera le 22 mars 2016 pour infirmer le jugement du tribunal de Tours. Le procureur général près de la cour appel d'Orléans, par conclusion du 12 novembre 2015, cite une décision de la cour d'appel de Paris de 1974 et indique que tout individu doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes. La cour appel fait valoir que les articles 57 du Code civil et 55 de la circulaire de 2011 « ne prévoient en aucune façon la possibilité de porter la mention "sexe neutre" ou la mention "intersexe" sur l'acte de naissance » et font référence à la mention de l'identité sexuelle comme un « élément nécessaire à notre organisation sociale et juridique ». ⁴⁸⁶ La cour souligne d'ailleurs que le requérant – qui n'a « jamais souhaité choisir entre l'un des deux sexes » – présente une apparence masculine et a adopté un enfant avec son épouse, ce qui fait conclure que la demande de sexe neutre, ou à défaut intersexe, est en contradiction avec son apparence physique et son comportement social. D'autre part, il appartiendrait au législateur la création d'une nouvelle catégorie sexuelle car le juge judiciaire détient le « seul pouvoir d'interprétation de la norme ». ⁴⁸⁷ Enfin, la reconnaissance d'une nouvelle catégorie à l'état civil entraînerait de possibles risques de stigmatisation dont pourraient souffrir les personnes concernées, notamment pendant leur minorité. ⁴⁸⁸

-
1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

⁴⁸⁶ Cour appel d'Orléans, Chambres réunies, 22 mars 2016, n° 142.

⁴⁸⁷ Cour appel d'Orléans, 22 mars 2016.

Dans les notes d'audience, en Cour de cassation, B. Moron-Puech souligne que « il s'agit d'une précision apportée "au surplus" par la cour d'appel, ce qui signifie qu'elle n'est pas déterminante dans sa décision, laquelle repose avant tout sur d'autres éléments », <https://sexandlaw.hypotheses.org/145>, dernier accès juin 2020.

⁴⁸⁸ Aftassi, Damien. « Les hésitations jurisprudentielles en matière de protection des personnes intersexuées », *Droit, Santé et Société*, vol. 4, no. 4, 2016, pp. 11-14.

C - Devant la Cour de cassation : mutilation juridique⁴⁸⁹ et mutilation génitale

La stratégie engagée ne se limite pas au domaine judiciaire. Le cabinet d'avocats à la Cour qui intervient dans l'affaire relative à la reconnaissance du sexe neutre dépose en mai 2016, peu avant l'audience en Cour de cassation, une demande d'auto-saisine auprès du Comité consultatif national d'éthique, demandant à reconnaître « l'illégitimité des atteintes subies par les personnes intersexuées » et de « proposer les solutions permettant que notre pays assure la reconnaissance de ces personnes et de leurs droits fondamentaux ». ⁴⁹⁰ Dans le courrier envoyé, référence est faite au Comité d'éthique allemand et à la Commission nationale d'éthique suisse pour la médecine humaine qui se sont déjà prononcés sur la question des personnes intersexes. D'autres institutions internationales qui se sont saisies des revendications des personnes intersexes sont mentionnées, et il est rappelé qu'elles ont émis des recommandations « encourageant notamment les États-membres à reconnaître l'existence d'autres catégories de sexe que le masculin et le féminin ». ⁴⁹¹ En même temps, une conférence de presse est convoquée par le même cabinet d'avocats à l'occasion de l'arrêt de la Cour de cassation. L'avocat qui a porté l'affaire et son associée, qui l'a suivie tout le long des diverses procédures en justice, m'expliquent que la couverture médiatique avait déjà été très importante suite à la décision du tribunal de Tours, alors que le cabinet était déjà assez connu. Ils se sont trouvés vite dépassés toutefois par l'intérêt que cette affaire a suscité, et par les sollicitations d'interview par les médias. ⁴⁹² Toutefois, on constate que la couverture médiatique est constante sur ces actions visant à faire reconnaître les droits des personnes intersexuées et régulièrement, après chaque décision judiciaire, des communiqués sont publiés et des conférences de presse organisées par le cabinet d'avocats, dont les membres interviennent également sur les plateaux télé. ⁴⁹³

⁴⁸⁹ Nous avons ici volontairement repris le titre de l'article de B. Moron-Puech, « Rejet du sexe neutre : une mutilation juridique ? », *Recueil Dalloz*, 6 juillet 2017, n° 27.

⁴⁹⁰ Cabinet d'Avocats Benjamin Pitcho, Demande d'auto-saisine du Comité consultatif national d'éthique français, 23 février 2016, <http://www.pitcho.fr/blog/demande-dauto-saisine-du-comite-consultatif-national-dethique-francais/>, dernier accès juin 2020.

⁴⁹¹ Cabinet d'Avocats Benjamin Pitcho, Demande d'auto-saisine du Comité consultatif national d'éthique français, 23 février 2016, p. 8, <http://www.pitcho.fr/blog/demande-dauto-saisine-du-comite-consultatif-national-dethique-francais/>, dernier accès juin 2020.

⁴⁹² Entretien avec les avocats à la Cour, 18 juin 2019.

⁴⁹³ *Magazine de la Santé* de France 5, 25/05/2018 ; projection du film documentaire : *Ni d'Ève, ni d'Adam - Une histoire intersexe*, France 2, 16 octobre 2018 ; *Télérama*, 17/10/18.

A la suite de la décision, le cabinet considère l'arrêt de la cour appel d'Orléans comme « une violence supplémentaire – et inutile – imposée au demandeur en raison, à nouveau, de son seul état d'intersexuation. Un pourvoi devant la Cour de cassation s'avère donc aujourd'hui nécessaire ». ⁴⁹⁴

C'est un avocat aux Conseils qui a l'habitude de travailler avec ce cabinet qui portera l'affaire devant la Cour de cassation, à qui revient de répondre à la question : la mention « *sexe neutre* » peut-elle être inscrite dans les actes de l'état civil ?

Lors de l'audience⁴⁹⁵, rappel est fait de l'actualité de la question : un rapport d'information du Sénat a été rendu public le 7 mars 2017 et le président de la République de l'époque, François Hollande, s'est exprimé à l'occasion d'une cérémonie de remise de distinctions à celles et ceux qui se sont engagés contre la haine et les discriminations anti-LGBT, le 17 mars 2017. Il a manifesté, à cette occasion, son soutien aux personnes intersexes en demandant de cesser les opérations sur les enfants nés avec des variations du développement sexuel, opérations qui « sont de plus en plus considérées comme des mutilations ». ⁴⁹⁶

Quant au rapport du Sénat, à la suite des décisions de première instance et d'appel, la délégation aux droits des femmes du Sénat inscrit dans son programme de travail une réflexion sur la situation et les droits des personnes dites "intersexes" en France.⁴⁹⁷ Les deux sénatrices à l'initiative du rapport soulignent qu'il ne s'agit pas d'une initiative militante, mais qu'elles se considèrent comme des « lanceurs d'alerte institutionnels ». ⁴⁹⁸ Le rapport dessine un état des

Sur ces aspects, voir Anne Saris, Benjamin Moron-Puech. « La lutte pour la reconnaissance des droits des personnes intersexuées », *Communications*, vol. 104, no. 1, 2019, pp. 131-147. B. Moron-Puech souligne que la mobilisation du public via les médias est essentielle pour les actions judiciaires et extrajudiciaires et que « médiatiser un problème, c'est accroître les chances qu'une personne politique décide de s'en emparer et d'y trouver une solution, p. 141.

⁴⁹⁴ Cabinet d'Avocats Benjamin Pitcho, *Contraindre ou rendre invisible*, communiqué de presse, 22 mars 2016, <http://www.pitcho.fr/blog/intersexe-cour-dappel-orleans-mention-sexe-neutre/>, dernier accès juin 2020.

⁴⁹⁵ En ce qui concerne l'audience, nous utilisons les notes rédigées par B. Moron-Puech et publiées sur le carnet de recherche Hypothèses : *Intersexes et autres thèmes (juridiques)* : B. Moron-Puech *Notes d'audience – « sexe neutre » – Cour de cassation 21 mars 2017 – 9h30*, <https://sexandlaw.hypotheses.org/145>, dernier accès juin 2020.

⁴⁹⁶ François Hollande, Mobilisation contre la haine anti-LGBT, Élysée, 17 mars 2017, <https://www.dailymotion.com/video/x5f1wll>, dernier accès juin 2020.

⁴⁹⁷ Sénat, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, 23 février 2017.

⁴⁹⁸ Public Sénat, *Le Sénat brise le tabou des enfants intersexes*, 13 mars 2017, <https://www.publicsenat.fr/article/societe/le-senat-brise-le-tabou-des-enfants-intersexes-57143>, dernière consultation juin 2020.

lieux des aspects médicaux, juridiques et sociologiques concernant la situation des personnes présentant des variations du développement sexuel tout en soulignant le manque de statistiques sur la question. À la suite de nombre d'auditions de personnes concernées, des juristes et avocats, du Défenseur des droits, de membres du personnel médical, le document recommande de renforcer le respect du droit à l'intégrité physique et « préconise que, sur la base de la présomption de discernement de l'enfant, celui-ci soit associé dans la mesure du possible par les équipes médicales à toute décision le concernant » ; une amélioration de la prise en charge médicale et psychologique et l'accompagnement des familles ; lutter contre les tabous, l'exclusion et la stigmatisation envers les personnes intersexes.⁴⁹⁹

L'avocat aux Conseils reprend dans ses écritures la mention de l'article 57 qu'il estime ne pas interdire l'indication d'un sexe neutre, et la circulaire du 28 octobre 2011 qui permet de différer la mention du sexe, à titre exceptionnel. D'après l'avocat, l'état civil doit refléter la diversité des situations humaines et doit permettre d'intégrer la réalité. Il porte un exemple pour appuyer son propos : « si le droit disait qu'il y a les bruns et des blonds, que ferait-on des roux ? Soit on les teint, soit on les tond, soit on les reconnaît ».⁵⁰⁰ Il utilise la définition de « mutilation juridique » pour désigner la non-reconnaissance par le droit qui contribue à rendre possible la non-reconnaissance de personnes qui ont déjà enduré, le plus souvent, des mutilations chirurgicales d'assignation sexuée pendant leur enfance. L'avocat met l'accent également sur la compétence du juge sur la question de la mention du sexe neutre : « mille fois le juge a été précurseur », le ministère de la Justice, interrogé par la commission du Sénat au sujet de la reconnaissance juridique des personnes intersexes, ayant précisé « que la Cour de cassation se prononcera prochainement sur cette affaire et que la Chancellerie sera amenée à tirer les conséquences de cette décision. La situation connaîtra donc sans doute de nouveaux développements au cours de l'année 2017 ».⁵⁰¹

À l'audience, l'avocat général souligne en revanche que s'il est vrai que l'article 57 du Code civil ne fait pas mention de la binarité, elle est inscrite dans l'ensemble du système

⁴⁹⁹ Sénat, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, 23 février 2017.

⁵⁰⁰ Benjamin Moron-Puech, *Notes d'audience – « sexe neutre » – Cour de cassation 21 mars 2017 – 9h30*, <https://sexandlaw.hypotheses.org/145>, dernier accès juin 2020.

⁵⁰¹ Sénat, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, 23 février 2017, p. 86.

normatif. Dans la même veine, dans sa décision de rejet, la Cour de cassation précise que l'atteinte au droit au respect de sa vie privée (article 8 de la CEDH) n'est pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi, que la binarité masculin/féminin est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, que la création d'une troisième catégorie impliquerait de nombreuses modifications législatives.⁵⁰²

La question est encore pendante devant la Cour européenne des droits de l'Homme à laquelle un recours a été soumis. Considérée par les acteurs mobilisés comme une stratégie pertinente destinée à faire pression sur le juge national et à servir de levier juridique pour faire évoluer le droit, la CEDH a développé une jurisprudence protectrice du droit de choisir son identité sexuelle, relevant que le droit au respect de la vie privée, tiré de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les contentieux présentés à Strasbourg ont principalement concerné les demandes présentées par des personnes transgenres, et la Cour a reconnu la « liberté [...] de définir son appartenance sexuelle [...] comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination » qui implique le droit pour chacun « d'établir les détails de son identité d'être humain »⁵⁰³. Elle souligne que la « liberté (...) de définir son appartenance sexuelle [...] s'analyse comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination ».⁵⁰⁴

La Cour de cassation se prononcera une deuxième fois sur la question des personnes intersexes. Le 6 mars 2018, elle refuse d'ouvrir la possibilité de poursuites pour mutilation à l'encontre de médecins ayant procédé à des opérations chirurgicales sur un mineur.⁵⁰⁵ Ce contentieux, selon les membres du GISS, « représente le même combat et le même objectif :

⁵⁰² Cour de cassation, première chambre civile, arrêt n° 531 du 4 mai 2017.

Sur la décision de la Cour de cassation, voir : Marie-Xavière Catto, « Reconnaître un troisième sexe à l'état civil ? », *Délibérée*, vol. 4, no. 2, 2018, pp. 10-14 ; Damien Aftassi, obs., *RGDM* 2017, n° 64, p. 232 ; Jean-René Binet, « Sexe neutre : un refus catégorique », *Droit de la famille*, 2017, n° 7-8, p. 9 ; Michelle Gobert, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP G* n° 25, p. 1219 ; Adeline Gouttenoire, « Le refus bien compris de la Cour de cassation de créer un sexe neutre », *Lexbase Hebdo*, 2017, n° 600 ; Jean Hauser, « Un sexe que je veux et quand je veux... mais un sexe quand même, selon la loi », *RTCiv.*, 2017, p. 607 ; Stéphanie Mauclair, « De la non reconnaissance d'un 3e sexe », *RJPF* 2017, n° 6, p. 17 ; Benjamin Moron Puech, « Rejet du sexe neutre : une "mutilation juridique" ? », *Rec. Dalloz*, 2017, p. 1404 ; Jean-Philippe Vauthier, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *rec. Dalloz*, 2017, p. 1400.

⁵⁰³ CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, no 28957/95, § 90

⁵⁰⁴ CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. c. Turquie*, no 14793/08, § 102.

⁵⁰⁵ Cass. Crim, 6 mars 2018. V. Benjamin Moron-Puech, « Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes. Une nouvelle "mutilation juridique" par la Cour de cassation ? », *RJSP*, n° 15, 2018.

laissez-nous choisir plus tard et ne choisissez pas pour nous, même si du point de vue juridique les fondements sont différents »⁵⁰⁶.

Conclusion :

Malgré le caractère récent de sa mise en forme comme problème public, le thème de l'intersexuation a rapidement gagné en visibilité, en particulier grâce à un contentieux porté par des acteurs spécialisés particulièrement motivés, et dont l'activisme judiciaire se voit doublé par le travail de publicisation, mais aussi d'explicitation des enjeux juridiques, notamment dans les revues de la discipline, effectué par l'un d'entre eux, Benjamin Moron-Puech, maître de conférences à l'université Paris II Panthéon-Assas.

La recherche de terrain a permis de reconstruire la stratégie menée par des *cause lawyers* : des juristes qui « contribuent à la construction et la défense de causes politiques dans les arènes publiques et judiciaires »⁵⁰⁷ travaillant pour la reconnaissance des droits des minorités intersexes et s'inspirant explicitent aux actions qui sont menées par le GISTI en faveur des droits des immigrés.

Autour d'un problème ainsi qualifié juridiquement, y compris au regard d'innovations apparues dans d'autres pays, le politique et le judiciaire ont semblé dans ces affaires attendre que l'autre partie se prononce : comme on l'a vu, le politique semblait attendre de la Cour de Cassation qu'elle entérine sur un plan juridique l'existence d'un sexe neutre, ce qu'elle s'est refusée à faire de manière « catégorique », comme l'a identifié l'un de ses commentateurs.

⁵⁰⁶ Entretien réalisé le 10 mai 2019 avec un membre du GISS.

⁵⁰⁷ Liora Israel, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », *Droit et Société*, 49-2001, pp. 793-824, p. 794.

Le point de vue de la doctrine

Civ. 1, 4 mai 2017, n° 16-17.189

Diane Roman

L'arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 2017 a retenu l'attention de la doctrine au point de susciter une de ses célèbres « joutes doctrinales », à travers la publication d'un article en réponse à un précédent (ici en l'occurrence, Michelle Gobert, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », JCP 2017. 922 et la réponse de Frédéric Rouvière, « La difficulté d'exister du sexe neutre », RTD civ. 2017. 947 ; la première critiquant la solution rendue par la Cour de cassation, le second l'approuvant). Indépendamment de ce débat par revues interposées, dans l'ensemble, les auteurs se sont révélés assez critiques à l'égard des deux arguments mobilisés par la Cour pour rejeter la possibilité d'une reconnaissance d'un sexe neutre à l'état civil.

Sur le premier argument, avancé par la Cour selon lequel « la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique dont elle constitue un élément fondateur », la doctrine, à l'instar de Jean Hauser, professeur émérite de l'université de Bordeaux, s'est déclarée peu convaincue : « après tout puisque l'égalité des sexes, la parité, etc., sont heureusement proclamées depuis longtemps et qu'on chercherait vainement – hors le droit de la filiation (en attendant ?) – une référence à l'un ou l'autre sexe (les époux, les parents, etc.) dans le code civil, il est permis de se demander si l'indication d'un sexe précis a encore un intérêt »⁵⁰⁸. Le doute est partagé par de nombreux commentateurs, comme Benjamin Moron-Puech, maître de conférences à l'université Paris II Panthéon-Assas, selon qui « L'argument n'apparaît (...) pas pertinent à deux égards. Premièrement, le but légitime avancé n'est pas tout à fait exact : si l'on peut éventuellement approuver – mais encore faudrait-il le démontrer via les sciences sociales – l'idée selon laquelle notre organisation sociale serait fondée sur la binarité des sexes, cela est impossible pour l'organisation juridique. Le fondement de l'organisation juridique, c'est la Constitution de 1958. Or, nulle part dans cette Constitution il n'est affirmé qu'il ne pourrait

⁵⁰⁸ Jean Hauser, « Un sexe que je veux et quand je veux... mais un sexe quand même, selon la loi », *RTD civ.* 2017. 607.

exister que deux sexes. Certes l'homme et la femme sont mentionnés, mais sans volonté expresse d'exclure les personnes intersexuées. Deuxièmement, le but légitime invoqué par la Cour de cassation ne correspond expressément à aucun des buts limitativement énumérés dans l'article 8 de la Convention EDH. Dès lors, l'argument est inopérant »⁵⁰⁹. Jean-Philippe Vauthier et François Vialla, respectivement docteur en droit juriste-assistant dans un tribunal de grande instance et professeur à l'université de Montpellier, expriment des réserves identiques⁵¹⁰. En définitive, souligne Marie-Xavière Catto, « La décision illustre ainsi parfaitement ce que les « études de genre », en sciences sociales, enseignent depuis longtemps. Le sexe de l'état civil a très peu à voir avec la réalité du sexe biologique (qui n'est pas binaire), mais bien plus avec le genre qui, en tant qu'opérateur de la bicatégorisation sexuée, surdétermine et reconstruit la réalité »⁵¹¹.

S'agissant du second argument avancé par la Cour de cassation, les critiques sont plus partagées. L'idée selon laquelle l'intervention du législateur serait juridiquement indispensable n'a pas convaincu tous les auteurs : ainsi, Jean-Philippe Vauthier et François Vialla relèvent qu'une telle intervention n'est pas nécessaire « si l'on considère que la loi, notamment l'article 57 du code civil, ne prévoit pas de liste exhaustive de sexes auxquels doivent être rattachées les personnes malgré ce qui s'est toujours pratiqué jusqu'alors. Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. Par ailleurs, quelles sont donc ces « nombreuses modifications législatives de coordination » redoutées ? L'arrêt du 4 mai 2017 ne les explicite pas, ni le rapport de Mme Le Cotty, pourtant très richement documenté »⁵¹². De même, Michelle Gobert, professeur émérite de l'université Paris II Panthéon-Assas, souligne le « manque d'audace » d'une Cour de cassation, qui « nous a pourtant habitués à innover, anticipant pour suivre la société en mouvement parce qu'elle est la première à y être sensible et la première, surtout, en capacité de répondre à l'écho dès qu'interpellée »⁵¹³. Une position opposée est défendue par d'autres auteurs, à l'instar de Frédéric Rouvière, professeur à l'université d'Aix-Marseille, selon qui « le juge ne saurait se substituer au législateur »⁵¹⁴, ou de Jean Hauser, pour qui « on doutera

⁵⁰⁹ Benjamin Moron-Puech, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », *Rec. Dalloz* 2017. 1404.

⁵¹⁰ Jean-Philippe Vauthier et François Vialla, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *Rec. Dalloz* 2017. 1399.

⁵¹¹ Marie Xavière Catto, chr. « Droit et genre – RÉGINE », *Rec. Dalloz* 2018. 919.

⁵¹² Jean-Philippe Vauthier et François Vialla, précit.

⁵¹³ Michelle Gobert, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP G.* 2017. 922.

⁵¹⁴ Frédéric Rouvière, « La difficulté d'exister du sexe neutre », *RTD civ.* 2017. 947.

moins de l'attendu suivant selon lequel « la reconnaissance par le juge d'un "sexe neutre" aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications ». Il nous semble qu'on est bien là au coeur de l'interrogation qui se situe plus sur le terrain de la compétence normative que sur celui du fond : tout ceci est de la compétence du législateur et le juge n'a pas les moyens de reconstruire le système jusque dans ses détails. On ne boudera pas son plaisir en voyant la Cour de cassation reconnaître qu'elle ne peut pas tout ! »⁵¹⁵.

Incidemment, la question de la discrimination, peu présente dans le raisonnement de la Cour mais centrale dans l'argumentation de la cause portée par les personnes intersexuées, est largement ignorée de la doctrine, à l'exception de Benjamin Moron-Puech, qui s'interroge : « Peut-on, toutefois, persister à ne pas reconnaître la situation des personnes intersexes au risque de la discrimination. Il faut se réjouir qu'aujourd'hui les préjugés soient en passe d'être dépassés »⁵¹⁶. Mais la remarque est loin d'être reprise par les auteurs, comme en témoigne l'échange, par revues interposées, entre Michelle Gobert et Frédéric Rouvière : à la première qui insiste sur la souffrance et la marginalisation des personnes intersexuées, le second répond que la fonction du droit n'est pas de répondre à la souffrance et que les catégories juridiques n'ont pas nécessairement à refléter exactement le réel.

⁵¹⁵ Jean Hauser, précit.

⁵¹⁶ Jean-Philippe Vauthier et François Vialla, précit.

Cas n°12 : L'affaire Vincent Lambert. Quand un cas individuel devient une cause

« Des parents empêchent l'euthanasie passive de leur fils »⁵¹⁷, c'est ainsi que semble commencer la « douloureuse affaire amplement médiatisée »⁵¹⁸ concernant Vincent Lambert. Le début de l'affaire Vincent Lambert croise en effet le débat, déjà en cours, sur la fin de vie et l'euthanasie depuis la remise du rapport Sicard au président de la République, le 18 décembre 2012.⁵¹⁹ Le débat médiatique, qui oppose les tenants de la vie à tout prix aux militants favorables à l'euthanasie, semble résumer ce dont il s'agit. Pourtant, autour du thème de l'euthanasie vont être largement confondus, débattus, comparés, les différents modes opératoires que sont en particulier la sédation, l'arrêt de traitements et l'injection létale.⁵²⁰

L'affaire Vincent Lambert est aussi celle d'une famille déchirée par les avis opposés des parents, de la femme, du neveu... relativement à la situation d'une personne qui, suite à un grave accident, se trouve en état de conscience altérée. Cette dispute familiale largement publicisée va progressivement devenir l'affaire de nombre de protagonistes, directs ou indirects (représentant des patients, des médecins en particulier), dont certaines associations de défense des droits des personnes traumatisés crâniens ou polyhandicapées qui vont être amenées à intervenir dans le contentieux. Tout ceci dans le cadre d'un débat sociétal qui oppose les tenants de la vie à tout prix à ceux qui sont favorables à l'arrêt des traitements médicaux en situation d'obstination déraisonnable, mais aussi les défenseurs du droit à l'euthanasie, soit autant de courants religieux, philosophiques, éthiques qui vont autour de ce cas se manifester et souvent s'opposer.

Le débat médiatique sur la fin de vie et sur l'euthanasie est très riche tout au long de l'année 2012-2013. Avant la première décision sur l'affaire Vincent Lambert, rendue par le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne (Marne) en mai 2013,⁵²¹ la presse nationale

⁵¹⁷ AFP, « Des parents empêchent l'euthanasie passive de leur fils », 16 mai 2013.

⁵¹⁸ Cour de Cassation, communiqué Arrêt d'assemblée plénière du 28 juin 2019, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/decisions_relatives_8004/28_juin_9397/lire_communique_43006.html, dernière consultation avril 2020.

⁵¹⁹⁵¹⁹ *Penser solidairement la fin de vie*, Rapport à François Hollande Président de la République Française, 18 décembre 2012. Sur le rapport Sicard voir : Dominique Mallet, Donatien Jacquemin, « Le rapport Sicard : une étape au milieu du gué », Revue d'éthique et de théologie morale, juin 2013, n° 274, pp. 53-90.

⁵²⁰ Entretien 10 avril 2019 avec un des représentants de l'association de familles de cérébro-lésés.

⁵²¹ Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, 11 mai 2013, n°1300740.

compte déjà nombre d'articles sur des sujets proches, qui confondent souvent la question de l'euthanasie de celle la fin de vie. Très vite, en mai 2013, les médias parlent de l'affaire Lambert, souvent sans faire de distinction entre un arrêt de traitement et l'euthanasie, c'est-à-dire le fait de provoquer intentionnellement le décès d'un patient.⁵²²

Une forte médiatisation comme celle de l'affaire Lambert peut transformer un cas individuel en symbole d'une cause, dont vont se saisir différents acteurs, y compris des associations qui s'estiment concernées par les décisions que les juges vont prendre au sens où elles pourraient impacter à l'avenir les valeurs ou les personnes que l'association défend. Dans un tel contexte, la forte médiatisation d'une affaire devenue une cause accroît la difficulté pour les magistrats de juger⁵²³, tant ils et elles se voient confrontés à des attentes et pressions multiples. Parmi les nombreuses décisions ayant jalonné cette longue affaire, et portée par une nébuleuse d'acteurs, on s'intéressera en particulier à la décision du Conseil d'État dans sa formation d'assemblée du 14 février et 24 juin 2014, à travers le prisme des actions portées par une association de familles de cérébro-lésés⁵²⁴, avant d'évoquer certains rebondissements parallèles à la réalisation de cette enquête.

A - Procédures collégiales et arrêts des traitements : allers-retours

Entre cours nationales et internationales, environ une quarantaine de décisions de justice concernent l'affaire dite Vincent Lambert. Elles ont certainement contribué à faire évoluer l'état du droit, depuis la première loi Leonetti de 2005 à la loi Claeys Leonetti de 2016⁵²⁵ prenant en compte les évolutions de la jurisprudence et les arrêts très circonstanciés du Conseil d'État sur la fin de vie.⁵²⁶ L'ordre administratif a été saisi tout comme l'ordre judiciaire, ainsi que le

⁵²² A partir de la base de données Europresse, nous avons répertorié sur la presse nationale de janvier 2012 à avril 2013, 807 articles sur la fin de vie et 647 sur l'euthanasie, plus 263 associant les deux termes. Depuis la première décision sur l'affaire Vincent Lambert, dont font état 1251 articles de 2013 à avril 2020, 336 associent Vincent Lambert et l'euthanasie.

⁵²³ Propos tenu par un conseiller d'état lors d'une conférence, printemps 2019. Sur le forçage médiatique et l'influence sur les décisions de justice voir aussi Aline Cheynet de Beaupré, « Entre la vie et la mort : juger la fin de vie », *Le cahiers de justice*, 2017, pp. 413-425, p. 424.

⁵²⁴ Conseil d'État, ass., 14 février 2014 et 24 juin 2014, n°375081, 375090, 375091.

⁵²⁵ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 *relative aux droits des malades et à la fin de vie* ; Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 *créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*.

⁵²⁶ Conseil d'État, 14 février 2014 et 24 juin 2014, n°375081, 375090, 375091 ; CE, 19 juillet 2017, n° 402472, 403377 ; CE, 24 avril 2019, n° 428117.

Conseil constitutionnel via une décision QPC,⁵²⁷ la CEDH⁵²⁸ et le Comité des droits des personnes handicapées au sein de l'ONU.

Dans le cadre de cette recherche, nous avons choisi de nous pencher prioritairement sur les décisions rendues par le Conseil d'État dans sa formation d'assemblée du 14 février et du 24 juin 2014. La particularité du contentieux noué devant le Conseil d'État est de s'être fondé sur une expertise médicale et de nombreuses observations présentées par différentes instances, telles que le Conseil national de l'ordre des médecins, l'Académie nationale de médecine, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) afin de « l'éclairer utilement sur l'application des notions d'obstination déraisonnable et de maintien artificiel de la vie » au sens du Code de la santé publique. Nous avons pris contact avec des associations de défense de droits des traumatismes crâniens et des polyhandicapés, et également interviewé des avocats à la cour et aux conseils intervenus à différents moments des contentieux de l'affaire Vincent Lambert.

Au sens de la loi dite Leonetti de 2005, une première procédure collégiale en vue de l'appréciation du caractère déraisonnable ou non de l'obstination thérapeutique avait été entamée le 10 avril 2013 au CHU de Reims où le patient Vincent Lambert, qui avait subi un traumatisme crânien lors d'un accident de la circulation, se trouvait en état de conscience altérée et, selon de le docteur Kariger, responsable du service, en situation dite d'obstination déraisonnable.⁵²⁹ La procédure collégiale, qui a aussi pour objet l'identification de la volonté présumée du patient, fut contestée par les parents du patient qui n'avaient pas été informés de l'initiative du médecin responsable, prise en consultant seulement sa femme. Dans sa première décision, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne leur donna raison en estimant que « la procédure prévue à l'article R. 4127-37 du code de la santé publique a été méconnue ».⁵³⁰

Suite à une deuxième procédure collégiale, le 11 janvier 2014, le médecin en charge de Vincent Lambert ordonna à nouveau de supprimer l'alimentation et l'hydratation. Les parents

⁵²⁷ Conseil constitutionnel, QPC du 2 juin 2017, n° 2017-632.

⁵²⁸ CEDH, GC, 5 juin 2014, n°46043/14 ; CEDH, 30 avril 2019 et 20 mai 2019, n° 21675/19.

⁵²⁹ Au sens de la loi Leonetti, la procédure collégiale a une valeur consultative : ce n'est pas une délibération collective, mais une décision du médecin prise en consultant d'autres confrères (les membres présents de l'équipe de soins et l'avis motivé d'un autre médecin sans lien de nature hiérarchique), ainsi que la personne de confiance, la famille, les proches du patient qui ne peut pas exprimer sa volonté et n'a pas laissé des directives anticipées. Conseil constitutionnel, *Commentaire* décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017.

⁵³⁰ Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, n° 1300740, 11 mai 2013.

La décision d'arrêt des traitements prise par le médecin peut être contestée via un recours de droit commun, administratif ou civil éventuellement en référé.

de Vincent Lambert s'y opposèrent une fois de plus, en saisissant en référé le tribunal administratif qui décida de suspendre l'exécution de la décision du 11 janvier, en considérant qu'« aucunes contraintes ou souffrances qui seraient engendrées par le traitement [n'étant mentionnées par le CHU de Reims], celui-ci ne peut être qualifié d'inutile ou de disproportionné, de sorte qu'il n'est pas constitutif d'une obstination déraisonnable au sens des dispositions combinées des articles L. 1110-5, L. 1111-4 et R. 4127-37 du code de la santé publique [...] considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la décision du 11 janvier 2014 de cesser l'alimentation et l'hydratation artificielles de B. caractérisent une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la vie de B. »⁵³¹

L'épouse et le neveu de Vincent Lambert ainsi que le CHU de Reims décident alors de déposer un recours contre cette décision devant le Conseil d'État. C'est à ce moment qu'une association des familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés, apprenant que le Conseil d'État se prononcera sur l'affaire Vincent Lambert et notamment sur la question de l'arrêt des traitements (pour savoir si la nutrition et l'hydratation peuvent être considérés comme des traitements au même titre que d'autres soins) commence à se soucier sérieusement de ce cas :

« Je suis militant parce que le traumatisme crânien m'a choisi [...] j'ai un fils qui a subi un traumatisme crânien et est en état végétatif/pauci-relationnel. Si demain il aura un pépin, je peux me retrouver dans la même situation et un médecin pourrait demander l'arrêt des traitements [...] »

*Entre Noël et le nouvel an, j'apprends que le Conseil d'État va prendre une décision qui pourrait faire jurisprudence et peser beaucoup sur toutes les prises en charge [...] on ne peut pas rester silencieux parce que si nous on n'a rien à dire sur un sujet comme ça, alors on ne sert à rien en tant qu'association [...] Je me renseigne et j'apprends alors qu'on a droit de se présenter en tant qu'intervenant volontaire, dans une affaire privée et on prend contact avec un avocat aux conseils en urgence ».*⁵³²

L'avocat aux Conseils saisi de l'affaire nous explique que l'urgence est souvent la règle en revenant sur les modalités de cette saisine :

« Je reçois un coup de téléphone un soir : il faut intervenir très vite [...] est-ce que ça m'intéresse ? Est-ce que j'ai le temps ? Est-ce qu'on peut intervenir en tant qu'association dans l'affaire d'une famille ? [...] En général, le dossier arrive au cabinet, on fait une première analyse, on mesure l'ampleur du travail, on décide de la stratégie et on organise le travail. Il faut au moins trois personnes : un associé, un assistant en charge de la vie administrative du dossier pour les aspects non juridiques et un collaborateur responsable de l'écriture des projets de mémoire [...] »

⁵³¹ Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, n°1400029, 16 janvier 2014.

⁵³² Entretien 10 avril 2019 avec un des représentants de l'association de familles de cérébro-lésés

On ne connaît pas le client et il faut bâtir un argumentaire [...] On travaille de manière très étroite avec le client qui donne les matériaux, souvent des documents très volumineux qu'on n'a pas forcément le temps de lire lorsque on doit intervenir en référé, donc on le fait plutôt parler [...] Je ne peux pas déposer un acte de procédure sans lui montrer et dans la mesure du possible on doit tenir compte de son argumentation. Cela dit, c'est moi qui décide in fine ce qu'on soutient et si le client n'est pas d'accord, il peut nous retirer le mandat et la relation de confiance peut se briser [...] il y a un système de navette pour les documents plus ou moins rapide selon les cas.⁵³³ »

Malgré tout l'avocat décide d'accepter de représenter l'association, en nous expliquant que la possibilité d'intervenir n'allait pas de soi. Toutefois le Conseil d'État a considéré que l'association justifiait bien, « eu égard à son objet statutaire et aux questions soulevées par le litige, d'un intérêt de nature à la rendre recevable à intervenir dans la présente instance ».⁵³⁴ Alors s'enclenche le travail, avec un collaborateur, sur cette affaire « très médiatisée, beaucoup plus que maintenant »⁵³⁵ : les critères que le Conseil d'État allait poser, l'interprétation de la loi Leonetti allaient potentiellement concerner de près l'association et les familles qu'elle représente.

C'est ce que va expliquer, lors de l'audience, le représentant de l'association :

« On m'a donné la parole et j'ai dit que je suis porteur de l'inquiétude des familles que nous représentons, mais nous ne sommes pas partie prenante dans le conflit familial, ce conflit exprime avant tout de la souffrance et nous sommes solidaires de la souffrance des deux côtés. Si nous intervenons c'est dans l'intérêt des personnes en situation comparable parce que demain ces personnes pourront être confrontées à un médecin qui pourrait décider d'arrêter la nutrition et l'hydratation si vous l'autorisez. »

L'inquiétude des familles est aussi le leitmotiv de la plaidoirie de l'avocat qui nous explique :

« Il s'agit de la valeur d'une vie et de la mise en œuvre d'un traitement dans des conditions non concertées avec la famille, non voulues par la famille [...] Il y avait du droit à créer, la loi étant très générale.⁵³⁶ »

L'avocat et le représentant associatif soulignent que l'association n'a pas de dogme moral, pas de prise de position monolithique, et qu'en son sein coexistent différentes opinions :

⁵³³ Entretien du 16 mai 2019 avec un avocat aux Conseils.

⁵³⁴ Conseil d'État, 14 février 2014, n° 375081.

⁵³⁵ Entretien du 16 mai 2019 avec un avocat aux Conseils.

⁵³⁶ *Ibidem*.

l'association ne milite pas pour la vie à tout prix ou pour le droit à l'euthanasie, pas plus qu'elle ne se réfère à un dogme religieux unique :

« Il y a des sensibilités différentes au sein de l'association et toutes les positions sont respectables à condition que le processus de décision soit respecté. Ce processus est décrit par le Comité Consultatif d'Éthique tel qu'il a été rendu lors de la première décision du Conseil d'État [...] l'avis du CCNE est la référence absolue pour l'association : la volonté de la personne doit être respectée quand on la connaît, mais quand on ne la connaît pas on doit rechercher un consensus par tous les moyens et en absence de consensus on ne peut pas décider d'arrêter un traitement [...] Il faut instaurer une procédure de délibération collective qui permet de faire émerger un consensus derrière lequel tout le monde peut se ranger : tous les proches, pas que la famille, tout ceux qui ont quelque chose à dire. Et le médecin doit accompagner cette décision. Les médecins disent que quand on prend le temps la décision s'achemine, arrive, mais il faut prendre le temps [...] On ne peut pas imposer l'arrêt de la vie à quelqu'un surtout quand on ne connaît pas la volonté de la personne [...] Comme la loi veut un seul décideur, un seul responsable, elle délègue ce pouvoir au médecin. »⁵³⁷

Le Conseil d'État dans sa première décision de février 2014, statue que :

« L'Académie nationale de médecine, le Comité consultatif national d'éthique et le Conseil national de l'Ordre des médecins ainsi que M. B... K...⁵³⁸ sont invités, en application de l'article R. 625-3 du code de justice administrative, à présenter au Conseil d'État, conformément aux motifs de la présente décision et avant la fin du mois d'avril 2014, des observations écrites de caractère général de nature à l'éclairer utilement sur l'application des notions d'obstination déraisonnable et de maintien artificiel de la vie au sens de l'article L. 1110-5 du code de la santé publique, en particulier à l'égard des personnes qui sont, comme M. G...⁵³⁹, dans un état pauci-relationnel⁵⁴⁰. »

C'est en réponse à cette demande qu'en mai 2014, le CCNE, sollicité, en se référant à la procédure collégiale, souligne que lorsque le patient n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté sur les soins, le médecin doit, à la fois, décider d'un point de vue médical s'il y a ou non obstination déraisonnable, mais aussi reconstruire la volonté antérieure du patient.⁵⁴¹ De cette manière, il est « juge et partie dans l'établissement de ce jugement » et, de fait, « il prend sa décision seul, après avoir consulté les différents intervenants et avoir recueilli leur avis »⁵⁴². Le CCNE et les responsables des associations que nous avons interviewés souhaiteraient une

⁵³⁷ Entretien 10 avril 2019 avec un des représentants de l'association de familles de cérébro-lésés.

⁵³⁸ M. Jean Leonetti, rapporteur de la loi du 22 avril 2005.

⁵³⁹ Anonymisation du cas par le CE

⁵⁴⁰ Conseil d'État, 14 février 2014, n° 375081.

⁵⁴¹ Observations du CCNE à l'attention du Conseil d'État, 5 mai 2014, https://www.ccneethique.fr/sites/default/files/publications/observations_generales_du_ccne_pour_le_conseil_detat_-5_mai_2014-1.pdf, dernière consultation avril 2020.

⁵⁴² Observations du CCNE à l'attention du Conseil d'État, 5 mai 2014.

modification de la procédure collégiale qui prenne la forme d'une véritable décision collective entre le médecin, les soignants non médicaux, les proches du patient⁵⁴³, afin « de ne pas considérer le point de vue médical comme le seul habilité à rendre le “verdict” d'une décision », mais en permettant que « ce processus de délibération collective puisse aboutir à un véritable processus de décision collective ». Dans les situations où on ne parviendrait pas à un consensus entre le corps médical et la famille, un médiateur « un tiers – impartial, indépendant, neutre, sans pouvoir décisionnel, avec la seule autorité que lui reconnaissent les participants au processus de délibération collective – favorise par des entretiens confidentiels l'établissement ou le rétablissement du dialogue, le lien social, et la capacité de prendre une décision partagée ». ⁵⁴⁴

C'est d'ailleurs pendant une réunion au sein de l'association à laquelle nous avons pu assister⁵⁴⁵ que les mêmes propos sont réitérés. Un des invités, un adjoint du Défenseur des droits, rappelle que parmi les facteurs de discrimination légalement reconnus on trouve le handicap, la maladie, l'âge, soulignant que le Défenseur est également chargé de la mise en œuvre de la convention des Nations Unies sur les droits des handicapés. Cependant, le Défenseur des droits venait d'estimer qu'il « ne lui appartient pas » de décider sur l'arrêt des traitements de Vincent Lambert⁵⁴⁶, suite à sa saisine par les parents de Vincent Lambert, demandant qu'il intervienne pour faire appliquer les mesures provisoires demandées par le Comité international des droits des personnes handicapées (CIDPH) de l'Organisation des Nations Unies (ONU). Au cours de la même réunion, le manque d'une instance de médiation entre la famille et le médecin en cas de désaccord sur l'arrêt des traitements a fait l'objet d'un long débat au sein de l'association. ⁵⁴⁷

En juin 2014, le Conseil d'État, dans sa formation la plus solennelle d'Assemblée du contentieux, rend publique sa décision et l'avocat nous explique :

⁵⁴³ Non seulement les membres de la famille du patient.

⁵⁴⁴ Observations du CCNE à l'attention du Conseil d'État, 5 mai 2014, pp. 35-37.

⁵⁴⁵ Observation réalisée le 24 mai 2019.

⁵⁴⁶ Le Monde, « Il « n'appartient pas » au Défenseur des droits de décider du sort de Vincent Lambert », 17 mai 2019, https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/05/17/arrets-des-soins-de-vincent-lambert-il-n-appartient-pas-au-defenseur-des-droits-de-trancher_5463623_3224.html. Les parents de M. Lambert, ont saisi le Défenseur des droits pour suspendre la décision d'arrêt des soins, prévu le 20 mai 2019.

⁵⁴⁷ Observation du 24 mai 2019.

« Alors que la plupart des associations plaident pour le fait de ne pas pouvoir imposer un arrêt de traitements sans qu'une forme de consensus au sein de la famille, sur cette position qu'on a plaidé on a échoué [...] La jurisprudence administrative est une source de droit à part entière, car le législateur ne peut pas penser à tout et il n'y a pas eu tellement de réflexion au moment de la loi Leonetti sur les personnes à conscience altérée [...] De ce rôle créateur de la jurisprudence on arrive à considérer que l'hydratation et l'alimentation artificielles sont des traitements pour le Conseil d'État. Cette jurisprudence a été reprise par la seconde loi Leonetti et c'est en combinant les deux décisions de 2014 qu'on peut voir que les principes des décisions ont été intégrés dans la loi. »⁵⁴⁸

Le Conseil d'État a considéré que « la décision du 11 janvier 2014 du Dr Kariger de mettre fin à l'alimentation et à l'hydratation artificielles de M. [Vincent Lambert] ne peut, en conséquence, être tenue pour illégale » et que l'alimentation et l'hydratation artificielles sont au nombre des traitements susceptibles d'être arrêtés lorsque leur poursuite traduirait une obstination déraisonnable.⁵⁴⁹

B - Le chemin vers la QPC

À la suite de la décision du Conseil d'État, les parents de Vincent Lambert ont saisi la CEDH. L'association de défense des traumatisés crâniens et cérébro-lésés est également intervenue, au nom des familles qu'elle représente avec le même avocat aux Conseils qui l'avaient représentée devant le Conseil d'État.

L'association partage souvent ces actions avec une autre groupe de défense des droits de personnes polyhandicapées, qui aurait dû intervenir dans la procédure devant le Conseil d'État, mais qui finalement n'a pas été en mesure de le faire pour des questions de procédure, comme m'explique l'un de ses représentants.⁵⁵⁰ Ceci dit, un réseau national d'associations est actif au niveau local derrière celle qui participe au contentieux, tout comme une nébuleuse d'associations qui défendent des principes comparables au niveau de familles des patients ou d'associations de professionnels.⁵⁵¹ Les réflexions sont collectives, m'explique un des représentants, et s'articulent souvent avec plusieurs années d'études sur la situation des personnes en situation de conscience altérée en lien avec le personnel qui s'occupe de ces

⁵⁴⁸ Entretien du 16 mai 2019 avec un avocat aux Conseils.

⁵⁴⁹ Conseil d'État, 24 juin 2014, n° 375081.

⁵⁵⁰ Entretien du 24 avril 2019 avec le membre d'une association qui rassemble des parents, des professionnels et des associations travaillant sur le handicap.

⁵⁵¹ *Ibidem*.

patients. Ainsi, un réseau de chercheurs travaille sur les établissements d'accueil des patients en état végétatif :

« Pour étudier comment ils vivent, quelle est leur vie quotidienne, leur projet de vie, est-ce que la vie dans cet état a du sens [...] Il s'agit de croiser le regard des familles avec celui de professionnels en charge de ces patients, c'est un travail de longue période de 2012 à 2018, dont les résultats ont été rendu publics en 2019.⁵⁵² »

Dans la procédure devant la CEDH, l'association souligne encore une fois que :

« Les patients en état végétatif chronique et en état pauci-relationnel ne sont pas en fin de vie et ne sont pas maintenus artificiellement en vie ; lorsque le pronostic vital n'est pas engagé, l'alimentation et l'hydratation artificielles ne doivent pas être considérées comme un traitement susceptible d'être arrêté [...] On considère que la volonté d'un patient ne peut être reconstituée à partir de propos oraux rapportés par une partie des membres de la famille, soutient que le doute doit toujours profiter à la vie et qu'en tout état de cause, en l'absence de directives anticipées et d'une personne de confiance, une décision d'arrêt de traitement ne peut être prise en l'absence de consensus familial.⁵⁵³ »

La CEDH, par un arrêt de Grande Chambre, a considéré qu'il n'y a pas eu de violation de l'article 2 « droits à la vie » dans la décision du 24 juin 2014 du Conseil d'État, tout en rappelant qu'elle « n'a jamais statué sur la question qui fait l'objet de la présente requête, mais elle a eu à connaître d'un certain nombre d'affaires qui portaient sur des problèmes voisins »⁵⁵⁴ concernant notamment le suicide assisté et l'euthanasie volontaire.⁵⁵⁵

⁵⁵² Entretien 10 avril 2019 avec un des représentants de l'association de familles de cérébro-lésés.

Voir l'étude : *La vie au quotidien des personnes en État Végétatif Chronique (EVC) ou en État Pauci-Relationnel (EPR) dans les unités dédiées, regards croisés des familles et des professionnels. Regards croisés des familles et des professionnels*, Université de Rouen Normandie, UNAFTC, France Traumatisme Crânien, 2019.

En 2002, le ministre de la santé Kouchner avait impulsé la création de petites unités EVC-EPC, à proximité des centres de rééducation neurologique, pour accueillir les patients en état végétatif ou pauci-relationnel. Aujourd'hui, ils existent environ 1500-2000 personnes qui se trouvent dans ces unités ou sont suivies à la maison. Pendant le contentieux Vincent Lambert, les parents ont demandé à plusieurs reprises via les instances judiciaires le transfert de leur fils dans une unité dédiée au lieu de l'hospitalisation au CHU en soins palliatifs. Leur demande n'a jamais été accueillie.

Les juges de la CEDH qui ont donné une opinion en partie dissidente lors du jugement de la CEDH ont aussi souligné « nous ne comprenons pas, même après avoir entendu les plaidoiries dans cette affaire, pourquoi le transfert de Vincent Lambert dans une clinique spécialisée (la maison santé Bethel) où l'on pourrait s'occuper de lui (et donc soulager l'hôpital universitaire de Reims de ce devoir) a été bloqué par les autorités. CEDH, Affaire Lambert et autres c. France, Grande Chambre, requête no 46043/14, 5 juin 2015, pp. 57-58.

⁵⁵³ CEDH, Affaire Lambert et autres c. France, Grande Chambre, requête no 46043/14, 5 juin 2015, p. 41

⁵⁵⁴ CEDH, Affaire Lambert et autres c. France, Grande Chambre, requête no 46043/14, 5 juin 2015.

⁵⁵⁵ Affaires : Sanles Sanles, Pretty, Haas et Koch, Glass, Burke, Ada Rossi.

La décision de la CEDH, loin d'être unanime,⁵⁵⁶ reconnaît que sur les « questions scientifiques, juridiques et éthiques complexes portant en particulier sur le début ou la fin de la vie et en l'absence de consensus entre les États membres » il est laissé à ces derniers une certaine marge d'appréciation. Les requérants « se plaignent du manque de précision et de clarté de la loi (Leonetti), dont ils estiment qu'elle ne s'applique pas au cas de Vincent Lambert, qui n'est ni malade ni en fin de vie. Ils considèrent également que les notions d'obstination déraisonnable et de traitement pouvant être arrêté ne sont pas définies par la loi avec suffisamment de précision », mais la Cour a jugé la loi suffisamment claire grâce aussi aux décisions du Conseil d'État qui en a défini les notions de « traitements » et d' « obstination déraisonnable ». La Cour observe que :

« Si la procédure en droit français est appelée « collégiale » et qu'elle comporte plusieurs phases de consultation (de l'équipe soignante, d'au moins un autre médecin, de la personne de confiance, de la famille ou des proches), c'est au seul médecin en charge du patient que revient la décision. La volonté du patient doit être prise en compte. La décision elle-même doit être motivée et elle est versée au dossier du patient. Dans ses observations en qualité d'amicus curiae, M. Jean Leonetti a rappelé que la loi fait porter la responsabilité de la décision d'arrêt de traitement au seul médecin et n'a pas voulu transférer cette responsabilité à la famille, pour éviter tout sentiment de culpabilité et pour que la personne qui a pris la décision soit identifiée.⁵⁵⁷ »

C - Procédure collégiale et arrêt des traitements : une défaite ou une victoire ? (QPC du 2 juin 2017)

Les juges de la CEDH qui ont manifesté des opinions en partie dissidentes soulignaient le manque de clarté de la loi Leonetti, notamment « sur ce qui constitue un traitement ordinaire et un traitement extraordinaire, sur ce qui constitue une obstination déraisonnable et, plus important, sur ce qui prolonge (ou maintient) la vie artificiellement. »⁵⁵⁸

La mission confiée aux députés Jean Leonetti (UMP) et Alain Claeys (PS) en vue de proposer des aménagements à la loi de 2005 se voulait un signe d'apaisement dans le débat sur la fin de vie en France comme l'avait préconisé le président de la République lors de sa

⁵⁵⁶ Douze voix contre cinq.

⁵⁵⁷ CEDH, Affaire Lambert et autres c. France, Grande Chambre, requête no 46043/14, 5 juin 2015, p. 48-49.

⁵⁵⁸ CEDH, Affaire Lambert et autres c. France, Grande Chambre, requête n° 46043/14, 5 juin 2015, p. 61.

campagne électorale.⁵⁵⁹ Pendant presque deux ans, des auditions ont eu lieu, mais en l'absence des associations qui ont participé (directement ou indirectement) au contentieux sur l'affaire Vincent Lambert. Un de nos interviewés nous explique d'ailleurs que malgré leur demande, les associations n'ont pas été auditionnées par la mission, peut-être à cause de leur position au cours de l'affaire Lambert.⁵⁶⁰

La loi dite Claeys Leonetti sera approuvée le 2 février 2016 par 436 voix pour et 34 contre.

Quand les décrets d'application de cette loi ont été publiés, l'association décide d'en contester un et « d'attaquer la loi »⁵⁶¹. C'est le même avocat aux Conseils en charge du dépôt de cette QPC qui nous explique :

« La QPC est un dossier général qui n'est pas lié à l'affaire Vincent Lambert, il s'agit de l'application de la loi Claeys Leonetti. L'affaire Vincent Lambert a permis au juge administratif, européen et constitutionnel de poser l'essentiel des règles d'interprétation qui vont ensuite permettre au médecin de savoir s'il a le droit ou pas et comment le faire [...] »

Une fois la loi approuvée, il a fallu modifier les décrets d'application de la loi et ces décrets sont susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État. C'est ainsi que l'association change de casquette et de partie intervenante devient acteur de ces questions éthiques et décide d'agir elle-même contre les textes en posant les principes qu'elle considèrerait comment n'étant pas favorables aux familles qu'elle représente [...] la loi méconnaît certains principes constitutionnels comme le droit d'accéder au juge quand on est dans ce genre de situations, les textes ne disent pas que l'on peut aller voir un juge. »⁵⁶²

⁵⁵⁹ *Débat sur la fin de vie : ce qu'il faut savoir*, www.gouvernement.fr, Actualité, 6 octobre 2015, <https://www.gouvernement.fr/fin-de-vie-ce-qu-il-faut-savoir-avant-l-ouverture-du-debat>, dernière consultation avril 2020.

⁵⁶⁰ Entretien 10 avril 2019 avec un des représentants de l'association de familles de cérébro-lésés.

⁵⁶¹ *Ibidem*.

L'association fait recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État contre le décret du 3 août 2016 d'application de la loi du 2 février 2016.

« Les articles L. 1110-5-1 et L. 1110-5-2 du CSP précisent que la procédure collégiale est définie par voie réglementaire. Depuis le décret du 3 août 2016, pris en application de la loi du 2 février 2016, ses modalités en sont fixées à l'article R. 4127-37-2 du même code, dans la partie consacrée au code de déontologie médicale, plus précisément à la sous-section 2 sur les "Devoirs envers les patients" », Conseil constitutionnel, *Commentaire* décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017.

⁵⁶² Entretien du 16 mai 2019 avec un avocat aux Conseils.

Le 6 mars 2017, le Conseil constitutionnel a été saisi par le Conseil d'État⁵⁶³ d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles L. 1110-5-1, L. 1110-5-2 et L. 1111-4 du Code de la santé publique, modifiés par la loi Claeys Leonetti de 2016.⁵⁶⁴ Pour l'association, l'enjeu de la requête au Conseil d'État et de la QPC porte à nouveau sur le recours contre une décision médicale d'arrêt de traitements suite à une procédure collégiale. En droit de la santé, en règle générale, on peut faire recours contre la décision d'un médecin *après* qu'elle ait été prise et éventuellement entamer une action en responsabilité médicale. Dans le cas de l'obstination déraisonnable, c'est en *amont* qu'on doit saisir le juge, avant que l'acte médical soit exécuté, même si parfois, entre la décision du médecin d'arrêt des traitements et sa mise en exécution et la saisie du juge en référé contre l'interruption de ces traitements, le patient décède dans l'attente de la décision du tribunal.

L'avocat aux Conseils nous explique alors qu'à travers la décision obtenue via la QPC, il y a eu un vrai apport du Conseil constitutionnel qui permet une protection supplémentaire :

« On a le droit de contester la décision médicale devant le juge et tant que le juge ne s'est pas prononcé, le médecin n'a pas le droit d'arrêter les traitements. Le législateur n'avait pas cru mettre cela en dur dans la loi [...] Déjà le Conseil d'État dans l'affaire Vincent Lambert avait posé le principe selon lequel on peut faire un recours devant le juge et le Conseil constitutionnel a ajouté la règle que non seulement on peut faire ce recours, mais il a un effet suspensif : suite à la décision du Conseil constitutionnel, un médecin qui a connaissance de l'exercice du recours doit tout bloquer pour éviter la faute médicale ».

En effet, même si le Conseil constitutionnel statue en confirmant la conformité des normes contestées de la loi de 2016 à la Constitution⁵⁶⁵, il émet deux réserves.⁵⁶⁶ La première

⁵⁶³ Conseil d'État, décision n° 403944, 3 mars 2017. « Le Conseil d'État a décidé de renvoyer la question au Conseil constitutionnel en se fondant sur le caractère nouveau de la question posée », Conseil constitutionnel, *Commentaire* décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017, p. 12.

⁵⁶⁴ Loi n° 2016-87 du 2 février 2016.

⁵⁶⁵ Les mots « et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire » figurant au premier alinéa de l'article L. 1110-5-1 du CSP, le cinquième alinéa de l'article L. 1110-5-2 du même code et les mots « la procédure collégiale mentionnée à l'article L. 1110-5-1 et » figurant au sixième alinéa de l'article L. 1111-4 du même code. Conseil constitutionnel, *Commentaire* décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017.

⁵⁶⁶ Sur les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel voir : Alexandre Viala, « Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *LGDJ*, 2002. Les réserves d'interprétation permettent de juger une disposition conforme à condition qu'elle soit interprétée d'une certaine façon.

concerne le *droit au recours juridictionnel effectif*, à travers la notification de la décision d'arrêt des traitements à la personne de confiance, ou, à défaut, la famille, ou l'un des proches du patient leur permettant d'exercer un recours en temps utile. La deuxième porte sur l'existence d'un *recours efficace*, soit l'effet suspensif du recours en référé devant le tribunal contre la décision d'arrêt des traitements, surtout compte tenu du caractère irrémédiable des conséquences de cet arrêt qui prévoit depuis la loi de 2016, une sédation profonde et continue.⁵⁶⁷

A ce sujet, un de nos interviewés précise :

« Pour nous c'est un garde-feu puissant parce que tout médecin qui décide d'arrêter la nutrition et l'hydratation sait que la décision qu'il prend est prise sous le contrôle possible du juge et que si quelqu'un n'est pas d'accord il ne peut pas la mettre en œuvre tant que le juge n'a pas examiné la situation. A notre avis, le Conseil constitutionnel n'a pas voulu sanctionner la loi pour éviter un nouveau débat sur l'euthanasie présentant déjà un équilibre fragile [...] cette décision a calmé, de fait, les ardeurs des tenants d'écourter la fin de vie y compris chez les médecins. »⁵⁶⁸

D - Ultime rebondissement : l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'affaire Vincent Lambert

Lorsque nous avons envisagé de travailler sur la fin de vie et le contentieux concernant Vincent Lambert, le patient était toujours hospitalisé et la troisième procédure collégiale d'arrêt des traitements, prise par le docteur Simon en 2015, n'avait pas été appliquée, car les conditions de sérénité n'étaient pas rassemblées nonobstant les décisions la CEDH et du Conseil d'État.⁵⁶⁹ Bien qu'elle ne soit pas anticipée, la décision a donc été prise de suivre ce nouveau rebondissement du contentieux, qui bien sûr mobilisait à nouveau les acteurs étudiés.

Le 9 avril 2018, le nouveau médecin en charge de Vincent Lambert, le docteur Sanchez, à la suite d'une nouvelle procédure collégiale, annonce la décision d'arrêt des traitements pour

⁵⁶⁷ Voir aussi Aline Cheynet de Beaupré, « Entre la vie et la mort : juger la fin de vie », *Le cahiers de justice*, 2017, pp. 413-425 ; Marie Grosset, « Le médecin, le juge, et la fin de vie du patient », *Commentaire SA*, 2019, 3, pp. 579-586.

⁵⁶⁸ Entretien 10 avril 2019 avec un des représentants de l'association de familles de cérébro-lésés

⁵⁶⁹ CEDH, Affaire Lambert et autres c. France, Grande Chambre, requête no 46043/14, 5 juin 2015 ; Conseil d'État, 19 juillet 2017, n° 402472, 403377. « Si le Conseil d'État, en juin 2014, a jugé légale la décision médicale de mettre fin aux traitements et si la Cour Européenne n'y a rien trouvé à redire, le poids médiatique et familial a rendu le corps médical (pourtant à l'origine de la demande de cessation des traitements) dans l'incapacité de mettre en œuvre sereinement la décision de justice », « Entre la vie et la mort. Juger de la fin de vie », Aline Cheynet de Beaupré, *Les cahiers de justice*, 2017, 3, p. 423.

obstination déraisonnable, tout en accompagnant cette interruption des traitements à une sédation profonde et continue, au sens de la loi Clayes Leonetti de 2016. Les parents et d'autres membres de la famille Lambert saisissent alors le tribunal administratif et, face au rejet de leur requête,⁵⁷⁰ font appel en référé au Conseil d'État qui, statuant en formation collégiale à trois juges, juge légale la décision d'arrêt des soins.⁵⁷¹ La CEDH, saisie à nouveau sur l'affaire Vincent Lambert, indiquera qu'aucun élément nouveau apporté par les requérants, ne lui a permis d'adopter une position différente.⁵⁷²

Les requérants saisissent au même temps le Comité des droits des personnes handicapées au sein de l'ONU (CDPH), la France étant signataire de la Convention sur les droits des personnes handicapées. Le comité donne six mois à la France pour présenter des observations et demande la poursuite des soins en attendant de rendre sa décision. Cependant, la ministre de la Santé, Agnès Buzyn tout en annonçant que la France répondrait à la demande du CDPH, souligne qu'elle « n'était pas tenue légalement de la respecter » et considère que le comité s'occupe des personnes en état d'handicap et non pas en état végétatif⁵⁷³. La réponse officielle du gouvernement français au comité, rendue le 7 mai 2019, notifie le refus de maintenir les soins à Vincent Lambert afin de ne pas lui faire subir d'obstination déraisonnable.⁵⁷⁴ C'est le début d'une nouvelle série d'actions qui vont se suivre très rapidement et conduiront à la procédure pour « voie de fait » qui sera portée devant la Cour de cassation.

Changeant à nouveau d'instance, les parents de Vincent Lambert par l'intermédiaire de leur avocat saisissent le TGI de Paris afin de constater l'existence d'une voie de fait, posant la question suivante : « l'État français est-il l'auteur d'une voie de fait (porte-il atteinte à la liberté individuelle qui n'est manifestement pas rattachée à un pouvoir lui appartenant) lorsqu'il refuse d'ordonner le maintien des soins vitaux prodigués à M X... le temps nécessaire au comité des

⁵⁷⁰ Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, 31 janvier 2019.

⁵⁷¹ Conseil d'État, 24 avril 2019, n° 428117.

L'association des familles des traumatisés crâniens et de cérébro-lésés est admise dans la procédure.

Le Conseil d'État considère notamment que la procédure collégiale a été respectée, que les témoignages collectés lors de la procédure permettent de retracer une probable volonté de Vincent Lambert à ne pas être maintenu en vie en situation de grande dépendance physique, que les experts ont confirmé qu'aucune amélioration de l'état de santé de Vincent Lambert n'est envisageable. Conseil d'État, 24 avril 2019, n° 428117.

⁵⁷² CEDH, Lambert et autres c. France, 30 avril 2019, n° 21675/19.

⁵⁷³ « Affaire Lambert: la France n'est "pas tenue" par l'avis du comité ONU », *Le Monde*, 5 mai 2019.

⁵⁷⁴ Paul Véron, Marie Baudel, « L'affaire Lambert et la Convention Internationale relative aux Droits des Personnes Handicapées (CIDPH) », *Médecine & droit*, 2020, pp. 1-5.

droits des personnes handicapées de l'ONU d'examiner le dossier ? ». ⁵⁷⁵ La voie de fait n'est pas reconnue, mais elle le sera par la cour d'appel de Paris, qui ordonnera l'exécution des mesures provisoires de maintien de l'alimentation et de la nutrition de Vincent Lambert. La cour d'appel considère en effet dans son arrêt qu'« indépendamment du caractère obligatoire ou contraignant de la mesure de suspension demandée par le Comité, l'État français s'est engagé à respecter ce pacte international » ⁵⁷⁶ et estime que ne pas déférer à la décision du Comité serait constitutif d'une voie de fait.

En effet, « en se dispensant d'exécuter les mesures provisoires demandées par le Comité, l'État français a pris une décision insusceptible de se rattacher à ses prérogatives puisqu'elle porte atteinte à l'exercice d'un droit dont la privation a des conséquences irréversibles en ce qu'elle attrait au droit à la vie, consacré par l'article 2 de la CEDH, qui constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme, et donc dans celle des libertés individuelles ». ⁵⁷⁷ Par conséquent, la cour d'appel autorise la reprise des traitements accordés à Vincent Lambert.

Suite au pourvoi du CHU de Reims (où Vincent Lambert se trouve encore hospitalisé) et de l'État, la Cour de cassation aura à se prononcer sur l'existence de la voie de fait lors d'un jugement réunissant les 19 magistrats en assemblée plénière. Elle cassera sans renvoi à cette occasion l'arrêt de la cour d'appel de Paris. La Cour de cassation a considéré que « seules les privations de libertés peuvent être qualifiées d'atteintes à la « liberté individuelle » ⁵⁷⁸ et que le droit à la vie n'entre pas dans le champ de l'article 66 de la Constitution de 1958 qui indique le juge judiciaire comme le gardien de la liberté individuelle. ⁵⁷⁹

Nous avons pu observer, avec Elias Habib, stagiaire au Centre Maurice Halbwachs, cette audience exceptionnelle de la Cour de cassation :

⁵⁷⁵ Cour de Cassation, Arrêt d'assemblée plénière du 28 juin 2019, *Communiqué*, Arrêt d'assemblée plénière du 28 juin 2019.

⁵⁷⁶ Cour de Cassation, Arrêt d'assemblée plénière du 28 juin 2019, Arrêt d'assemblée plénière du 28 juin 2019. Cour Appel Paris, 20 mai 2019, n° 19/08858

⁵⁷⁷ Cour Appel Paris, 20 mai 2019, n° 19/08858.

⁵⁷⁸ Cour de Cassation, Arrêt d'assemblée plénière du 28 juin 2019, *Communiqué*, Arrêt d'assemblée plénière du 28 juin 2019.

⁵⁷⁹ Dans l'arrêt Bergoend du Conseil constitutionnel, la notion de liberté individuelle s'est substituée à celle de liberté fondamentale et couvre un champ plus restreint que celui des libertés fondamentales comme le droit au respect à la vie. Margaux Rioualen, « Affaire Vincent Lambert : une bien surprenante voie de fait », *Dalloz actualité*, 4 juin 2019.

L'audience⁵⁸⁰ commence à 14h, mais avant l'auditoire et les journalistes s'installent. Ces derniers semblent esquisser des croquis ou des plans de la salle qui se remplit rapidement. Une partie des personnes sont installées dans l'atrium où l'audience est retransmise grâce à des écrans de télévision. Juxtant la salle d'audience, cette salle accueille compte environ quatre-vingt places, qui ne vont pas toutes se remplir. Les spectateurs semblent être, pour la plupart, des étudiants ou des chercheurs venus observer l'audience, qui vont commenter de manière discrète les interventions au fur et à mesure de l'avancée des débats.

L'audience s'ouvre de manière très solennelle par les propos du rapporteur.⁵⁸¹ Il commence par évoquer quelques éléments de contexte concernant l'affaire avant de rappeler à la Cour les différentes décisions rendues par les juridictions nationales, européennes et internationales. Dans son discours, il laisse apparaître les différents points de débat qui seront abordés par la suite, tels que le « droit à la vie », l'« obstination déraisonnable » et la « voie de fait » qui constitue le point strictement juridique sur lequel la formation plénière de la Cour de cassation est amenée à statuer.

Le premier avocat à s'exprimer est l'avocat de l'État, qui défend l'absence d'une voie de fait et souligne que l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, ajouté aux décisions antérieures, a suscité une « guérilla juridictionnelle tous azimuts ». En déclarant l'incompétence de la cour d'appel à ordonner la reprise des traitements de Vincent Lambert, il évoque le « potentiel désordre institutionnel » créé, en insistant sur les compétences des juridictions saisies tout au long de cette affaire. Il rappelle aussi les décisions rendues par les instances européennes et internationales, et précise que « le corps juridique européen est indifférent à la dualité institutionnelle française » tout en insistant sur le fait que la « marge d'appréciation des États reste très importante dans l'application des décisions en droit interne ».

L'avocat du CHU de Reims est le deuxième à s'exprimer et développe, sans lire de notes, un discours très construit. Il commence son exposé en indiquant qu'il y a dans l'affaire Vincent Lambert quatre éléments importants : « l'État, les membres de la famille, le juge et le médecin ». Il insiste sur les deux temps du jugement : d'abord statuer sur la légalité de la décision du médecin puis un « effacement » progressif du juge s'avère nécessaire, car il ne

⁵⁸⁰ Observation d'audience réalisée avec Elias Habib, le 28 juin 2019.

⁵⁸¹ https://www.courdecassation.fr/IMG/20190624_rapport_19-17.330_ano.pdf, dernière consultation avril 2020.

possède qu'une fonction d'assistance. Au sujet de l'arrêt des traitements, il affirme que c'est « le médecin qui décide » et que le « juge doit s'effacer ». Dans sa plaidoirie, il évoque quatre conséquences de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris. La première est l'« incompréhension d'aller voir un autre juge », en référence au fait, pour la mère de Vincent Lambert, de s'être tournée vers les juridictions des deux ordres. La deuxième conséquence concerne l'incompatibilité de l'arrêt de la cour d'appel avec l'autorité de la chose jugée car « il vient trancher une nouvelle fois une question identique déjà traitée auparavant ». L'avocat indique comme troisième conséquence « l'incompatibilité de l'arrêt avec les faits » et, en conclusion, il évoque un « processus administratif qui mêle le judiciaire », reprenant les propos de l'avocat de l'État sur la dualité de l'ordre juridique français. A cet égard, et après avoir rappelé l'existence des trente-quatre décisions concernant l'affaire Vincent Lambert, il réaffirme la « situation juridique indivisible » de l'affaire en précisant « que l'État ne s'est conformé qu'à des décisions ».

Le troisième avocat à s'exprimer contre l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris⁵⁸², qui représente l'État français, le ministère des Solidarités et de la Santé, le ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, développe un plaidoyer axé sur l'application et les effets des traités internationaux. En rappelant que « la France a ratifié la Charte sociale européenne », il entame une plaidoirie d'ordre technique en s'attaquant au sujet du Comité des droits des personnes handicapées des Nations Unies (CDPH), évoquant « l'absence d'effet direct des décisions ». Il rappelle que les mesures conservatoires existent car les délais d'instruction du Comité sont très longs, mais que « les États peuvent les refuser ».

Une critique sévère l'arrêt de la cour d'appel de Paris est ensuite rendue par l'avocat de l'épouse de Vincent Lambert. Il explique que « des juges se sont initiés des droits où ils n'avaient nullement leur place ». Dans une allocution rhétorique d'une grande théâtralité, il évoque un « coup de force juridique » et une « mauvaise décision impensable » de la part des juges de la cour d'appel de Paris. Appelant à « ne pas jouer ici la comédie du droit », l'avocat de l'épouse de Vincent Lambert réaffirme à plusieurs reprises l'illégalité de cette décision en demandant « où est le droit dans cette décision ? ». Il défend l'idée que « la passion ne doit pas l'emporter sur la raison » et qu'« après vous – la Cour de cassation – il n'y aura plus rien à juger ! ».

⁵⁸² Avocat qui représente l'État français, le Ministère des solidarités et de la santé, le Ministère de l'Europe et des affaires étrangères.

C'est ensuite le moment de l'avocat du neveu de Vincent Lambert qui intervient en faveur de l'arrêt des traitements, critique la « voie de fait » tout en soulignant comment un « procès inéquitable provoque une insécurité juridique » et affirmant que la décision de la cour d'appel est une décision prise sur la base de considérations politiques. Le comité onusien aurait, d'autre part, « semé le chaos ». En articulant son discours aux prismes d'arguments juridiques et politiques, il rappelle que l' « on a perdu de vue l'essentiel : Vincent » et invite la Cour à se concentrer sur le point central de l'affaire, c'est-à-dire Vincent Lambert.

L'avocate des parents de Vincent Lambert verse ensuite au débat des éléments en faveur du maintien de l'alimentation et de l'hydratation. En affirmant qu'« il n'y a aucune urgence à tuer Vincent Lambert », elle développe un argumentaire en faveur du caractère urgent et primordial de la décision qui doit être prise par le comité onusien. Contrairement à ses confrères, elle avance que les indications du Comité des Nations Unies pour la défense des droits des personnes handicapés (CDPH) sont « des mesures conservatoires applicables » et au sujet de la dualité juridictionnelle, assure que « l'autorité judiciaire reste gardienne de la liberté individuelle » et que « le droit à la vie conditionne tous les autres ». Plaidant pour un maintien des soins accordés à Vincent Lambert, l'avocat finit par s'exclamer face à la Cour que « Vincent n'est pas un dossier, Vincent est un Homme ! ».

L'avocat de l'association qui défend les droits des traumatisés crâniens est le dernier à s'exprimer, en faveur du rejet du pourvoi de l'État et du CHU de Reims. Affirmant qu'il n'a « pas d'hostilité à la loi Leonetti », et tout en regrettant le fait que l'affaire Vincent Lambert prenne une telle tournure, il rappelle qu'« il n'y a pas de mesures effectives sans mesures conservatoires ». Il plaide en faveur de la compétence du juge judiciaire et ajoute que « les compétences des juges peuvent être concurrentes », c'est-à-dire que les juges judiciaire et administratif pourraient juger un même litige.

En guise de clôture, c'est le procureur général qui présente ses réquisitions à l'Assemblée.⁵⁸³ Après avoir rappelé les faits, la procédure et exprimé, au même titre que le rapporteur, les questions de droit posées à la Cour, il entame une explication détaillée de la voie de fait, qui constitue la question centrale de l'audience, en rappelant « le principe de séparation des autorités judiciaires et administratives » qui découle des dispositions des lois des 16 et 24 août 1790. Il rappelle ensuite le champ d'application de la voie de fait et précise qu'en l'espèce

⁵⁸³ https://www.courdecassation.fr/IMG///20190624_avis_19-17.330_ano.pdf, dernière consultation avril 2020.

il s'agit de vérifier si les « deux conditions cumulatives de la mise en œuvre de la voie de fait sont réunies » à savoir une atteinte à une liberté individuelle et une décision manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative. Le procureur général propose, pour ces deux points, une minutieuse analyse jurisprudentielle. Au terme de ses réquisitions, il déclare que « la décision manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative n'étant pas caractérisée, la seconde condition cumulative de la voie de fait n'est pas davantage remplie ». A ce titre, il requiert la cassation de l'arrêt sans renvoi, avis qui sera suivi par les magistrats de la Cour de cassation dans l'arrêt qui sera rendu.

À la suite de la décision de la Cour de cassation, les traitements prodigués à Vincent Lambert seront arrêtés et accompagnés d'une sédation profonde et continue, au sens de la loi Leonetti de 2016. La procédure devant le Comité des droits des personnes handicapées (CDPH) est encore en cours. En revanche, l'autre procédure des parents pour non-assistance à personne en danger contre le médecin en charge de Vincent Lambert a été rejetée par le tribunal correctionnel de Reims en janvier 2020.

Conclusion

Les procédures relatives à l'affaire Lambert sont exceptionnelles, que ce soit par leur durée, par la violence des échanges interpersonnels qui s'y sont manifestés, par la nature presque philosophique des questions posées ainsi que par leur retentissement politique et social de l'ensemble du processus. Elles ont donné lieu, en particulier de la part des parents, à un acharnement judiciaire ressemblant à une sorte de « forum shopping »⁵⁸⁴, c'est-à-dire de recherche d'une juridiction « accueillante » susceptible plus qu'une autre d'obtenir l'issue souhaitée d'un contentieux, comme on l'a vu en ouvrant l'analyse au-delà des décisions de 2014 du Conseil d'État. Cherchant à empêcher qu'une cour suprême puisse dire « le dernier mot » tant qu'il n'était pas celui attendu, cette attitude a conduit à un étirement spectaculaire de

⁵⁸⁴ Benoît Frydman et Ludovic Hennebel, « Le contentieux transnational des droits de l'Homme : Une analyse stratégique », *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*, 73, 2009.

l'affaire, conduisant à une succession de décisions judiciaires retardant d'autant ce qui était au cœur même du débat, le droit de mourir dans la dignité.

Le point de vue de la doctrine

Conseil d'État, ord., 14 février 2014, n° 375081 et 24 juin 2014, n° 375081

Ce qu'il est convenu d'appeler « l'affaire Lambert » a suscité trop de commentaires doctrinaux pour qu'il soit possible d'en tenter une analyse exhaustive. La base de données Dalloz recense ainsi plus de 400 articles qui lui sont consacrés, directement ou indirectement tandis que celle Lexisnexis affiche 95 commentaires doctrinaux dans les revues juridiques qu'elle propose. Par choix méthodologique, seront donc mentionnés ici seuls les commentaires ayant immédiatement suivi les arrêts commentés et publiés en 2014. Brièvement synthétisés, les commentaires formulent deux remarques générales.

La première porte sur le bien-fondé de la procédure suivie : le choix de la procédure de référé-liberté a pu être discuté, au regard des critères stricts posés par le Code de justice administrative, à l'égard desquelles le juge a pu prendre certaines libertés⁵⁸⁵. Néanmoins, Didier Truchet constate que « la question appelle, à [son] avis, une réponse positive. D'abord, c'était le choix des parents de M. Lambert : il était plus simple pour le juge de le suivre que de réorienter la demande avec le même résultat concret, ce que, dans les circonstances de l'espèce, les parties et l'opinion publique auraient sans doute mal compris »⁵⁸⁶.

La seconde série de remarques porte, au fond, sur l'efficience de la réponse législative à une situation dont les auteurs soulignent qu'elle est à la fois exceptionnelle, par sa médiatisation et les procédures judiciaires entreprises, mais aussi banale (mille cinq cents personnes seraient dans une situation voisine de celle de M. Lambert). Qu'ils approuvent ou critiquent la solution du juge administratif, les auteurs soulignent tous les insuffisances du cadre législatif. Les décisions du Conseil d'État de 2014, en laissant à une équipe collégiale de médecins le soin de décider d'un arrêt de traitement, seraient le « miroir des limites de la loi du 22 avril 2005, dite

⁵⁸⁵ Paul Cassia, « Arrêt de traitement médical : un bien étrange référé-liberté », *AJDA* 2014. 1225 ; Paul Delvolvé, « Glissements », *RFDA* 2014. 702 ; Mathieu Touzeil-Divina, « Ultima ne cat ? Quatrième décision « Lambert » en six mois : non à l'acharnement ? – Veille », *JCP Administrations et Collectivités territoriales* n° 26, 30 Juin 2014, act. 539.

⁵⁸⁶ Didier Truchet, « L'affaire Lambert », *AJDA* 2014. 1669.

loi Leonetti »⁵⁸⁷, selon Dominique Thouvenin, professeure à l'EHESP Rennes. Une idée identique est reprise par Daniel Vigneau, professeur de droit privé à Pau : « L'arrêt rendu par le Conseil d'État révèle, par l'interprétation qu'il en donne, les limites les plus extrêmes des dispositions de la loi « Leonetti »⁵⁸⁸. L'auteur explique : « Le problème posé n'est pas ici de savoir si une personne peut, au nom du principe d'autonomie personnelle que la Cour de Strasbourg regarde comme un corollaire du droit au respect de la vie privée, prendre elle-même, de façon explicite et insistante et avec l'aide du médecin, des décisions concernant sa fin de vie, ce qui est déjà discutable, mais bien de savoir s'il est admissible que la loi permette à autrui, fût-il un médecin, de prendre une décision devant causer la mort d'une personne inconsciente n'ayant formulé en ce sens aucune volonté explicite ». En effet, poursuit l'auteur, « si impressionnantes que soient les conclusions des experts, et elles ont manifestement convaincu le Conseil d'État, l'analyse menée jette un regard qualitatif sur une vie qui n'est pas encore parvenue à sa fin et dans un but qui n'est pas de la préserver. C'est bien l'une des difficultés majeures soulevées par cette affaire. Procéder ainsi pour décider que le maintien d'une telle vie est artificiel et donc déraisonnable est une démarche qui, intellectuellement et en éthique, peut ne pas convaincre. Humainement, il est permis de comprendre qu'elle ait pu heurter certains proches de Vincent Lambert »⁵⁸⁹. Face aux différentes questions posées par l'affaire Lambert (fin de vie, obstination déraisonnable et acharnement thérapeutique, arrêt des traitements, etc.), les auteurs soulignent l'incomplétude de la loi Léonetti et appellent à une réforme législative. Sur ce point, ils seront entendus, le législateur ayant adopté ultérieurement à l'affaire Lambert la loi n°2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des personnes malades et des personnes en fin de vie.

⁵⁸⁷ Dominique Thouvenin, « L'arrêt « Lambert », miroir des limites de la loi du 22 avril 2005, dite loi Leonetti », *RDSS* 2014. 1101.

⁵⁸⁸ Daniel Vigneau, « L'affaire Vincent Lambert et le Conseil d'État », *D.* 2014. 1856.

⁵⁸⁹ Daniel Vigneau, précit.

Conclusion

Les trois contentieux relatifs au droit de la santé permettent de montrer le décalage existant entre des mobilisations sociales fortes sur les enjeux du droit à disposer de son corps dans le champ médical et la réponse apportée par les juges qui semble révéler une approche souvent conservatrice du droit, orientée vers la protection de l'institution médicale et de la santé publique. Les mobilisations plus anciennes – comme celles concernant les vaccinations ou les enjeux de la fin de vie et la plus récente à propos des droits des personnes intersexe – montrent les difficultés de la puissance publique à construire des politiques de santé publique sur des questions émergentes et souvent clivantes, et le rôle central dévolu au juge en l'absence de choix politique fort, tout en montrant comme « la voie contentieuse, avec sa dimension conflictuelle, exacerbe les passions sur des cas particuliers, au risque de distordre la perception de la réalité des enjeux »⁵⁹⁰.

Qu'il s'agisse des droits des personnes intersexes, des vaccinations ou de la fin de vie, le rôle des médias demeure une variable importante à prendre en compte. Les médias « utilisés » pour défendre les victimes et pour sensibiliser l'opinion publique à une cause rendent les décisions des juges particulièrement difficiles les obligeant à se confronter à des attentes et à des pressions diverses.

La recherche de terrain a permis de mettre en exergue comment les mobilisations autour des questions de santé se construisent et comment les stratégies se mettent en place et se réadaptent en fonction du contexte et des décisions de justice en cours ou à préparer. Il ne s'agit pas que de l'analyse de la décision, mais de l'analyse de sa construction en amont, d'observer les choix stratégiques des acteurs et de comprendre comment et pourquoi ils décident de saisir telle ou autre juridiction en fonction de l'évolution de la jurisprudence et de la conscience de la société qu'ils contribuent à faire évoluer via des actions souvent amplifiées par l'utilisation des médias.

Nous avons pu observer que les avocats à la Cour sont les plus spécialisés en droit de la santé et qu'ils se définissent souvent comme des militants engagés pour défendre les droits des victimes ou des minorités et mènent des stratégies sur le long terme de manière à faire évoluer

⁵⁹⁰ Conseil d'État, *Étude à la demande du Premier ministre. Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018.

les jurisprudences pour « *donner envie au juge de nous donner raison* ». ⁵⁹¹ Agissant en concertation avec les associations, ils utilisent le droit pour faire valoir les droits des minorités intersexes, des victimes des effets collatéraux des vaccins ou encore pour défendre les droits des personnes en situation de handicap, parfois en agissant *pro bono* ou étant rémunérés via l'aide juridictionnelle. Les contentieux deviennent alors stratégiques et visent à cumuler un certain nombre de décisions avec le but final de faire évoluer la législation, comme le montre l'exemple du contentieux concernant les personnes intersexes, ou alors cherchent à « provoquer » une interprétation de la loi qui puisse par exemple empêcher l'arrêt des soins pour les personnes en situation de coma prolongé sans perspective de réveil. Quand il s'agit de contentieux stratégiques de long terme, les avocats à la Cour travaillent alors presque toujours avec le même avocat aux Conseils, qui tout en se revendiquant comme non spécialiste de telle ou telle branche du droit, se trouve à suivre plusieurs affaires en droit de la santé. Ce contentieux peut d'ailleurs chercher à se poursuivre à d'autres échelles, européenne voire transnationale.

⁵⁹¹ Entretien du 19 juin 2019 avec un avocat à la Cour spécialiste en droit de la santé.

Conclusion⁵⁹²

⁵⁹² La conclusion a été rédigée par Liora Israël et Corentin Durand.

Une fois achevée la lecture de cette succession de cas, eux-mêmes reliés à d'autres cas et étayés par des enquêtes multidirectionnelles et fragmentaires à la fois, quelles conclusions en tirer ? Nos analyses ont cherché à comprendre ce qui se joue lorsque l'on tente d'articuler certains cas portés devant les plus hautes cours et les causes qui les sous-tendent, tout en faisant apparaître les acteurs et actrices de ces formes de traduction et de retraduction, qu'il s'agisse des activistes, des avocat·e·s à la Cour, des avocat·e·s aux Conseils mais aussi des juges ou du public qui, en particulier par le truchement des médias, est dans certain cas un acteur à part entière.

La juxtaposition des résultats issus de l'enquête sociologique et du point de vue de la doctrine pour chaque cas étudié reste sans doute à ce stade insatisfaisant, tant un moment ultérieur de l'enquête – déjà fort longue – aurait pu porter sur ce que permettent de dire l'une et l'autre, et de comprendre les raisons pour lesquelles elles divergent (mais cela sortirait du cadre de l'analyse en invitant à se préoccuper davantage de la sociologie des juristes académiques). Un premier résultat, sans doute le plus attendu mais néanmoins utile à rappeler, consiste à souligner l'attention portée à certaines affaires n'intéressant pas ou peu la doctrine, notamment parce qu'elles ne donnent pas lieu à de « vraies » décisions, et qui n'en sont pas moins intéressantes pour la ou le sociologue, comme l'illustre le cas n°2 qui se solde par un rejet non spécialement motivé. Si aucun article de doctrine ne s'est intéressé à ce cas, il a pourtant constitué pour ceux qu'il concernait en premier lieu, Monsieur Hamimi et sa fille, mais aussi à un moindre degré leur avocat à la Cour, et de manière plus distante leur avocat aux Conseils, une source de préoccupation, d'espoir et de déception pendant de longs mois. *A contrario*, le cas n°5 correspond à une situation où la victoire jurisprudentielle, publiée au *Lebon* et abondamment commentée par la doctrine, a été accueillie comme un non-événement par les acteurs militants. C'est un arrêt important du point de vue de la construction prétorienne du droit, mais qui se contente finalement de valider *a posteriori* une solution déjà adoptée en pratique par les juridictions inférieures et qui n'offre aucune nouvelle garantie aux plaignant.e.s. Au-delà de la distance entre conséquences individuelles et portée jurisprudentielle d'un cas, à un autre niveau, l'étude des interactions que nous avons conduite sur certaines affaires individuelles, qui n'ont pas forcément eu de portée jurisprudentielle (cas n°1, n°2, n°7 par exemple), concourt certainement autant que l'analyse menée sur des cas plus célèbres – et dont les interprétations sont en partie plus figées – à la compréhension des logiques de transformation de cas en cause tout au long de la chaîne judiciaire jusqu'aux plus Hautes Cours.

Il ne faudrait pas pour autant surestimer l'écart dans ce travail entre droit et sociologie : les articles de doctrine ont aussi été intégrés à l'analyse proprement sociologique en tant qu'ils permettent d'éclairer les logiques d'action des professionnel·le·s du droit – attentifs à cette littérature, sur laquelle ils et elles appuient évidemment leurs écritures, et à laquelle ils et elles contribuent parfois. Toutefois, ce qui apparaît saillant dans la mise en parallèle entre analyse sociologique et analyse doctrinale renvoie au fait que l'invisibilisation des circonstances individuelles ou émotionnelles du cas⁵⁹³, se retrouve finalement moins dans son traitement au niveau du contentieux que dans l'analyse doctrinale. En effet, la dimension personnelle voire émotionnelle impliquée par chaque cas apparaît prise en compte par les praticien·ne·s du droit, que ce soit dans la relation avocat·e-client·e, dans l'engagement d'avocat·e·s pour une cause qui leur tient à coeur, dans la tentative d'anticipation par les avocat·e·s des arguments susceptibles de convaincre mais aussi de toucher les juges, ou même dans la prise en compte par les magistrat·e·s de l'émotion collective impliquée par une affaire, par exemple en prévoyant une salle d'audience ou une composition élargie au regard de la portée médiatique, par exemple dans l'affaire Lambert mais aussi dans le cas n°3. Toutefois, tout ce que ces affaires comportent d'arrangements et de négociations interpersonnelles dans le traitement du dossier est non seulement gommé progressivement par les acteurs·trices eux-mêmes au fur et à mesure de la progression du dossier au sein de la pyramide judiciaire (en particulier dans les écritures), mais aussi oblitéré en dernier lieu par les juristes commentateurs, qui font d'autant plus abstraction du contexte interpersonnel qu'ils ne se saisissent en règle générale que de la décision finale – et non par exemple de l'ensemble du dossier, sans même parler d'assister aux audiences ou de rencontrer les protagonistes. Ceci est moins vrai des universitaires qui sont d'ailleurs parfois engagé·e·s ouvertement dans la cause dont ils ou elles peuvent être des protagonistes, des défenseurs et des commentateurs, comme l'illustrent les cas de Serge Slama sur la discrimination ou de Benjamin Moron-Puech pour le cas des intersexes. En outre, certain·e·s professeur·e·s du droit – sans doute avant tout du fait de leur rôle dans la production de la doctrine – se tiennent et sont tenus avertis des audiences relatives aux cas qui peuvent les intéresser, comme l'indique l'avocate aux Conseils qui intervient régulièrement dans les affaires relatives aux droits LGBTQI.

⁵⁹³ Elizabeth Mertz a montré combien l'enseignement du droit aux USA consiste très largement à apprendre à suspendre son appréciation morale ou sociale d'un cas pour en rendre compte de manière adéquate en droit. Elizabeth Mertz, *The language of law school: learning to « think like a lawyer »*, Oxford [England] ; New York, Oxford University Press, 2007, 308 p.

Plutôt que de s'obstiner, parfois vainement⁵⁹⁴, à chercher l'alchimie interdisciplinaire adéquate à une approche de sociologie du droit, cette enquête permet de souligner l'importance des modes de circulation et d'appropriation des textes juridiques : la séparation classique depuis les réalistes entre *law in books* et *law in action* résiste mal en effet au fait que certain·e·s producteur·e·s de doctrine sont elles-mêmes ou eux-mêmes parfois présent·e·s dans le contentieux à divers titres (comme juriste au sein d'une association militante, ou comme collaborateur·trice occasionnel·le d'un cabinet d'avocat·e·s aux Conseils par exemple). Symétriquement, le droit en actes des protagonistes les plus directement impliqu·e·s dans l'enceinte judiciaire est lui-même largement informé par un droit académique sans cesse remobilisé dans les écritures et potentiellement appelé, en cas de « belle »⁵⁹⁵ décision obtenue, à devenir à son tour objet de l'analyse doctrinale (à laquelle participent aussi, d'ailleurs des avocats à la Cour ou aux Conseils). L'intérêt pour la vie sociale du droit ne peut ainsi signifier de porter seulement attention à ses protagonistes et à leurs coordonnées sociales : il suppose de s'intéresser à la manière dont la dimension proprement textuelle du droit irrigue leurs manières de faire et est en retour au cœur de nombre de tentatives d'appropriation, de captation et de transformation qui constituent de fait le cœur même de ce qu'il est convenu d'appeler agir par le droit.

Au-delà des enjeux méthodologiques de cette enquête, pour en présenter quelques résultats il peut être intéressant de reprendre la trilogie proposée en introduction : acteurs/stratégies/causes.

I - Acteurs, actrices

Les acteurs·trices auxquels nous avons le plus porté attention dans cette enquête sont indéniablement les avocat·e·s à la Cour, les avocat·e·s aux Conseils, et leurs client·e·s (qu'ils

⁵⁹⁴ Pour un rappel de certains de ces débats, Liora Israël, « Question(s) de méthodes. Se saisir du droit en sociologue », *Droit et Société*, 2008/2, n° 69-70, p. 381-395.

⁵⁹⁵ Le choix de cet adjectif tend à souligner à dessein ce qu'ont de relatif et de socialement construit les critères d'appréciation de l'importance d'une décision ou d'un arrêt.

soient des particuliers ou des collectifs, notamment des associations, des groupes militants ou des syndicats). Les interprétations doctrinales ou les décisions de justice dans leur rédaction font apparaître comme se faisant face-à-face des requérants ou des parties d'une part et des cours ou des juges de l'autre. Elles invisibilisent ainsi ce qui fait selon notre enquête la consistance même du cas, la manière dont il se trame et se construit par l'intermédiaire des auxiliaires de justice dont le rôle ne se limite jamais à une simple traduction, catégorisation ou même qualification⁵⁹⁶. Ce que dans leur diversité et parfois leur incomplétude nos enquêtes thématiques ont montré est sans doute combien, autour de ces affaires, qui réunissent un nombre variable de personnes, depuis les cas personnels jusqu'aux grandes affaires médiatisées, s'activent différents stratèges du droit, qui actualisent de manière répétée leurs attentes et leurs façons d'agir au regard de l'évolution du cas et de son contexte. Cette évaluation est fonction non seulement d'éléments objectifs – décision, modification législative, évolution de la situation visée – mais aussi des réactualisations de leurs attentes et de leurs anticipations au regard des comportements des autres acteurs présents dans le jeu. Dans une telle perspective, la coupure entre juristes et non-juristes prend un sens différent : elle correspond bien à des pouvoirs d'agir distincts, y compris entre avocat·e·s à la Cour et avocat·e·s aux Conseils, s'agissant de la possibilité d'intervenir devant certaines juridictions et notamment devant le Conseil d'État et la Cour de cassation. Mais elle ne peut totalement être assimilée à une coupure *a priori* entre sachants et non-sachants en matière juridique, tant les militant·e·s voire les acteurs d'une cause, par goût ou par les circonstances de l'existence (comme dans les affaires de santé), peuvent parfois, on l'a vu, devenir les meilleures spécialistes du droit de la cause dont ils ou elles sont les porteur·e·s – et qui ne correspond pas forcément à une spécialité juridique identifiée ou à une branche ou sous-branche du droit (qu'elle soit trop circonscrite ou située au croisement de domaines de spécialité peu souvent compatibles théoriquement).

Dans cet ensemble de protagonistes, nous avons porté particulièrement à celles et ceux qui sont liés par des relations de clientèle, de collaboration et de « correspondance » pour reprendre le terme qui régit les rapports entre avocat·e·s à la Cour et avocat·e·s aux Conseils. Les liens identifiés se nouent de façon différente autour de causes : ces dernières sont à même de susciter des collaborations quasi automatiques, fondées sur des valeurs communes et des

⁵⁹⁶ Olivier Cayla, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits, revue française de théorie juridique*, 1993, n° 18, p. 3-16.

collaborations répétées, comme dans le cas des deux avocates du cas n°1, ou entre l’avocat à la Cour membre et défenseur de la Quadrature du net et le cabinet d’avocats aux Conseils qui agit en *pro bono* de manière répétée dans ce contentieux. Toutefois dans ce dernier cas la relation se tend progressivement entre l’association et le cabinet d’avocats aux Conseils, à mesure des différences d’appréciations apparaissant entre la volonté des membres de l’association de défense des libertés numériques de contrôler la stratégie jusque dans son élaboration au sein des productions destinées aux cours, et le souhait du cabinet de garder la main sur des écritures non seulement signées par les titulaires de la charge mais aussi porteuses d’une manière de faire revendiquée dans sa singularité et son autonomie. Qu’ils ou elles soient sollicités en dernière minute par un avocat à la Cour (cas n°10 sur les vaccinations obligatoires), requis·e·s en commission d’office comme pour nombre d’affaires disciplinaires relatives à des détenu·e·s, appelé·e·s en renfort par un·e correspondant·e, ou qu’ils ou elles contactent un avocat à la Cour dont la dossier les intéresse au service d’une cause (cas des libertés numériques), les avocat·e·s aux Conseils sont apparus dans notre recherche comme le maillon crucial permettant de comprendre les modalités particulières de structuration d’un contentieux visant les hautes cours (« à hauteur de cassation », cas n°2), et par là-même d’atteindre non seulement « le dernier mot » juridique pour clore ou transformer une situation, mais bien aussi dans un certain nombre de cas la transformation du droit lui-même, avec des formes de mise en tension explicites entre pouvoir législatif et pouvoir judiciaire.

On peut ajouter que les plaignant·e·s, ni totalement passifs ou passives ni complètement acteur·trices du contentieux comme le prétend la doctrine⁵⁹⁷, sont parfois les véritables agents de la politisation du cas, voire véritable moteur de la dimension politique du contentieux (cas n°2) ; parfois assisté·e·s d’un·e avocat·e militant·e qui épouse leur combat contre l’administration pénitentiaire et prend en charge sa traduction juridique (n°4 et 9) ; parfois quasi « prête-nom » volontaires (et conscients des coûts) de stratégies juridiques en manque de cas concrets à porter devant les juridictions. Les cas 5, 6 et 8 donnent à voir une autre configuration

⁵⁹⁷ A travers des formules comme « *Le choix des requérants de focaliser leur grief sur l’alinéa 11 du Préambule de 1946, en faisant valoir que les vaccins rendus obligatoires peuvent présenter un risque pour la santé (...) était probablement une erreur* » *infra.* p. 176, comme si ce choix n’avait pas été opéré par leur avocat·e dans ses écritures...

où, pour avancer, les associations se passent de plaignant·e·s directement concerné·e·s pour aller vers des actions « au nom de ».

II - Stratégies.

Sans vouloir refaire ici l'histoire de l'articulation entre grandes causes et procès⁵⁹⁸, il est notable qu'une des associations suivies dans ces pages, le GISTI (cas n°3) constitue un exemple revendiqué aussi bien pour le GISS (cas n°11, dont le nom même y fait référence) mais aussi l'OIP (cas n°5 et 6) ou encore la Quadrature du Net (cas n°8 et 9). L'élaboration d'un militantisme expert fondé sur le droit au profit de causes minoritaires et subversives, innovant lors de son invention au début des années 1970⁵⁹⁹, apparaît ainsi susceptible d'être répliqué au profit de causes nouvelles. Ce modèle repose sur un positionnement de la stratégie judiciaire au cœur de la constitution même du groupe, et sur le rôle central des juristes en son sein, ces juristes (académiques, salarié·e·s ou avocat·e·s, parfois même autodidactes) étant en règle générale à la fois des acteurs·trices du contentieux et des commentateurs·trices autorisé·e·s de leur propre pratique (au sens large) pour celles et ceux qui disposent d'un ancrage académique à même de légitimer cette prétention.

Malgré sa centralité, le contentieux est toutefois dans la plupart des cas étudiés articulé à d'autres formes d'action (information, sensibilisation, plaidoyer...). En outre, il peut être utilisé tous azimuts, en tentant de saisir toute opportunité de défendre les cas relevant de la cause pour la faire connaître, ou au contraire être manié de façon plus mesurée, en portant attention aux conséquences de la décision et notamment au risque d'obtention d'une jurisprudence jugée peu souhaitable, ou risquant de contrevenir à des avancées recherchées devant d'autres juridictions (comme le montre le cas n°6 en matière pénitentiaire). Dès lors, dans la compréhension même des stratégies qui orientent l'accompagnement plus ou moins actif de cas représentatifs de causes vers les hautes cours, notre enquête invite – comme le font certain·e·s des protagonistes étudié·e·s – à sortir de la simple dichotomie entre victoire et défaite judiciaires pour apprécier la contribution d'un arrêt ou d'une décision à une mobilisation ou à la mise en débat d'une

⁵⁹⁸ Luc Boltanski et al., *Affaires, scandales et grandes causes : de Socrate à Pinochet*, Paris, Stock, 2007, vol. 1/, 457 p.

⁵⁹⁹ Liora Israël, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix*, 2003, vol. 16, n° 62, p. 115-143.

question politique ou sociale. Dans le cas n°6 déjà évoqué, la défaite fait partie de la stratégie lorsqu'il s'agit certes d'obtenir quelques aménagements des conditions de détention par le Conseil d'État, mais surtout de prouver à force de décisions à la CEDH que celui-ci n'est pas un recours effectif permettant d'apporter des solutions structurelles à ce problème.

Les stratégies étudiées se caractérisent également par leur caractère largement évolutif, la contrainte principale étant la temporalité propre des instances juridictionnelles auxquelles sont soumis les cas. La prise en compte de la temporalité est donc particulièrement importante, la bonne stratégie étant aussi celle qui sait se montrer opportuniste (comme le montre l'exemple de l'intervention volontaire non sollicitée de la Quadrature du net dans le cas n°9), quitte à construire de toute pièce une structure à même d'appuyer dans le temps un contentieux émergent et de rassembler progressivement des cas, comme le montre l'exemple du GISS – Altercorpus (cas n°11).

En termes de réparation des tâches, la dimension politique – militante est apparue plus fréquemment portée explicitement par les avocat·e·s à la Cour, les (cabinets d') avocat·e·s aux Conseils qui s'engagent de manière parfois répétée, et souvent en *pro bono*, pour certaines de ces causes, utilisant plutôt des formes de justifications moins clivantes : des valeurs, des principes, le fait que ces dossiers « posent des questions de principe ». La dimension financière parfois mentionnée est intéressante même si des données précises restent manquantes. De manière approximative, il apparaît que le *pro bono* est parfois de mise en soutien à une association et non dans les cas individuels, même si ces derniers peuvent dans certains cas relever de l'aide juridictionnelle ou de la commission d'office (pour les détenus notamment), et se voient parfois consentir des honoraires réduits en particulier par les avocats aux Conseils (cas n°1). Si le caractère central du binôme avocat·e à la Cour – avocat·e aux Conseils a été mis en évidence, cela ne signifie pas pour autant que les justiciables, même individuels, ne sont pas porteurs de stratégies : au contraire, ceux que l'on peut qualifier de « procéduriers » (en matière pénitentiaire, dans le cas n°7 sur l'effacement des données personnelles pour les fichés S) peuvent être l'aiguillon structurant des actions portés par les auxiliaires de justice qui les représentent.

III - Causes

Les cas étudiés ont permis de mettre en évidence le fait que si des stratégies judiciaires peuvent être patiemment construites en soutien de causes identifiées et revendiquées, il arrive également que la cause « émerge » en quelque sorte, de manière moins concertée, de la succession de contentieux divers non coordonnés (comme le montre l'exemple de la « cause » de la lutte contre l'obligation vaccinale). La coalescence de ces cas ne résulte pourtant pas totalement du pouvoir d'invention du chercheur ou de la chercheuse, mais bien de dynamiques propres au champ juridique qui font, comme on l'a vu, que les cours elles-mêmes peuvent rassembler des contentieux proches sur une même audience, que la spécialisation des chambres comme des défenseur·e·s peuvent les conduire à être confrontés à nombre de cas similaires et à en tirer des conclusions plus générales... L'« intéressement » d'acteur·trice·s distinct·e·s à une même décision d'une haute cour peut conduire à des formes d'articulation ou à des interconnaissances nouvelles, qui peuvent à leur tour contribuer à donner consistance à la cause, même si ce n'est pas sans tensions (cas de l'affaire Lambert – cas n°12 - et de la position de l'association de défense des cérébro-lésés par rapport aux parents Lambert). Dans le cas n°4, c'est la rapporteure publique et la formation de jugement qui profitent d'un recours pour faire avancer la jurisprudence, tendant presque à autonomiser la cause de ses porteurs.

Si nous avons étudié la manière dont des causes sont portées devant des hautes cours et s'y trouvent transformées et souvent amplifiées, il ne faut pas non plus négliger la dimension de dépolitisation et donc d'invisibilisation des causes qui peut être produite par ces hautes juridictions, même en cas de décision favorable. Ainsi, comme le montre Serge Slama dans son analyse (doctrine du cas n°3), la décision du conseil d'État dans le contentieux sur les concours de l'enseignement privé ne fait nullement apparaître la question de la discrimination, qui était pourtant le motif principal d'intervention de l'association ayant joué un rôle moteur dans l'organisation du contentieux. La question de la politisation – dépolitisation est aussi celle de la visibilité ou de l'invisibilité de la cause produite par le passage devant les hautes cours. Dans ce cadre, le rôle des médias peut être important pour stabiliser les interprétations et donc inciter les militant·e·s à orienter les retraductions publiques qui seront données des décisions, notamment par l'organisation de conférences de presse ou la production de communiqués.

BIBLIOGRAPHIE

AFTASSI Damien, obs., *RGDM* 2017, n° 64, p. 232.

ALBISTON Catherine R., EDELMAN Lauren B. et MILLIGAN Joy, « The Dispute Tree and the Legal Forest », *Annual Review of Law and Social Science*, 3 novembre 2014, vol. 10, no 1, p. 105-131.

ALLARD Julie et VAN WAHEYENBERGE Arnaud, « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2008, vol. 61, n° 2, p. 109-129.

ARTIÈRES Philippe, QUÉRO Laurent et ZANCARINI-FOURNEL Michelle (dir.), *Le groupe d'information sur les prisons : Archives d'une lutte, 1970-1972*, Paris, IMEC, 2001, 350 p.

BARNES Jeb E. et BURKE Thomas F., *How Policy Shapes Politics: Rights, Courts, Litigation, and the Struggle Over Injury Compensation*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2015, 272 p.

BÉRARD Jean, « Genèse et structure des conflits politiques sur les droits des détenus dans la France contemporaine », *Déviance et Société*, 2014, vol. 38, n° 4, p. 449-468.

BÉRARD Jean, *La justice en procès. Les mouvements de contestation face au système pénal (1968-1983)*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013, 304 p.

BERGOIGNAN-ESPER Claudine « Le consentement médical en droit français », *Laennec*, tome 59(4), 15-23 ;

BINET Jean-René, « Sexe neutre : un refus catégorique », *Droit de la famille*, 2017, n° 7-8.

BLANCO Florent, « L'action de groupe en reconnaissance de responsabilité devant le juge administratif », *AJDA* 2016, 2256.

BLANKENBURG Erhard, « La mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non-recours à la Justice », *Droit et Société*, 1994, vol. 28, no 1, p. 691-703.

BLIC Damien de et LEMIEUX Cyril, « Le scandale comme épreuve. Éléments de sociologie pragmatique », *Politix*, 2005, vol. 71, n° 3, p. 9-38.

BOLTANSKI Luc, « La dénonciation », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1984, vol. 51, n° 1, p. 3-40.

BONNET Julien, « Les perspectives de la protection constitutionnelle des détenus » dans CNCDH (dir.), *Défendre en justice la cause des personnes détenues. Actes du colloque CREDOF-OIP-CNCDH*, Paris, La Documentation française, 2014, p. 247.

BOUJU David, « Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1 janvier 2005, t.121, n° 3, p. 597-634.

BOURDIEU Pierre, « La force du droit: Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, vol. 64, n° 1, p. 3-19.

BRETONNEAU Aurélie et Jean Lessi, *AJDA*, 2013, 2432.

BRETONNEAU Aurélie, « Le plein contrôle disciplinaire franchit le seuil des prisons », *AJDA*, 2015, 1596.

CASSIA Paul, « Arrêt de traitement médical : un bien étrange référé-liberté », *AJDA* 2014. 1225.

CATTO Marie Xavière, chr. « Droit et genre – RÉGINE », *Rec. Dalloz* 2018. 919.

CATTO Marie-Xavière, « Reconnaître un troisième sexe à l'état civil ? », *Délibérée*, vol. 4, no. 2, 2018, pp. 10-14.

CEFAÏ Daniel, « La construction des problèmes publics. Définitions de situations dans des arènes publiques », *Réseaux*, 1996, vol. 14, n° 75, p. 43-66.

CÉRÉ Jean-Paul, « Le procès disciplinaire pénitentiaire sous le prisme de la Convention européenne des droits de l'homme : un respect en trompe-l'œil ? », *Recueil Dalloz*, 2017, p.1720.

CÉRÉ Jean-Paul, *Droit disciplinaire pénitentiaire*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 128.

CHABBAL Jeanne, *Changer la prison : rôles et enjeux parlementaires*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2016, 234 p.

CHAPPE Vincent-Arnaud et KEYHANI Narguesse, « La fabrique d'un collectif judiciaire », *Revue française de science politique*, 14 mai 2018, Vol. 68, n° 1, p. 7-29.

CHARBIT Joël et RICORDEAU Gwénola, « Syndiquer les prisonniers, abolir la prison. L'Association Syndicale des Prisonniers de France », *Champ pénal/ Penal field*, 23 mars 2015, Vol. XII.

CHARBIT Joël, « Une institutionnalisation contestée. La participation des personnes détenues à la gestion de la prison », *Déviante et Société*, 29 mars 2018, vol. 42, n° 1, p. 207-236.

CHEYNET DE BEAUPRÉ Aline, « Entre la vie et la mort : juger la fin de vie », *Le cahiers de justice*, 2017, pp. 413-425.

CLAVERIE Elisabeth, « Procès, affaire, cause. Voltaire et l'innovation critique », *Politix. Revue des sciences sociales du politique*, 1994, vol. 7, n° 26, p. 76-85.

CRISTOL Danièle, « Observations sous Conseil constitutionnel, 20 mars 2015, n° 2015-458 QPC », *RDSS* 2015, 364.

DAÏMALLAH Hakim, « L'obligation de vaccination des enfants mineurs devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, avril-juin 2015, n° 2015-2, p. 267-275.

DAMIEN Aftassi, « Les hésitations jurisprudentielles en matière de protection des personnes intersexuées », *Droit, Santé et Société*, vol. 4, no. 4, 2016, pp. 11-14.

DANET Jean, « Les conditions de détention et l'article 225-14 du code pénal », *Recueil Dalloz*, 2007.

DAVID Benoît, « Le contentieux des droits des détenus depuis la loi pénitentiaire », *AJ pénal*, 2019, 535.

DE MONTALIVET Pierre, « QPC et “dialogue des juges” », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 116, no. 4, 2018, pp. 919-932.

DELVOLVÉ Paul, « Glissements », *RFDA* 2014. 702.

DEUMIER Pascale, « QPC et procédures (15 mai 2018 – 30 septembre 2019) », *Procédures* n° 1, Janvier 2020, chron. 1.

DOMINO X. et BRETONNEAU A., « Custodire ipsos custodes : le juge administratif face à la prison », *AJDA*, 2011, pp. 1364-1375.

DUFOUR Olivia, « Les avocats de l'ombre », *La gazette du Palais*, 14 mai 2019.

DURAND Corentin, « La figure du détenu procédurier, cristallisation des usages illégitimes du droit » dans CNCDH (ed.), *Défendre en justice la cause des personnes détenues. Actes du colloque CREDOF-OIP-CNCDH*, Paris, La Documentation française, 2014, p.

EVEILLARD Gweltaz, « Requiem pour le contrôle minimal en matière de sanctions prononcées contre les détenus », note sous CE, 1er juin 2015, *Rev.DA*, n° 11, nov. 2015, comm. 68.

EWICK Patricia et SILBEY Susan S., *The Common Place of Law - Stories from Everyday Life*, Chicago, University of Chicago Press, 1998, 332 p.

FAUGERON Claude, CHAUVENET Antoinette et COMBESSIE Philippe (dir.), *Approches de la prison*, Paris, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 1996, p. 304

FEELEY Malcolm et RUBIN Edward L., *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 2000 [1989], 516 p.

FEELEY Malcolm, « Hollow Hopes, Flypaper, and Metaphors », *Law & Social Inquiry*, 1 octobre 1992, p. 745.

FELSTINER William L.F., ABEL Richard L. et SARAT Austin, « The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming . . . », *Law & Society Review*, 1 janvier 1980, vol. 15, 3/4, p. 631-654.

FERRAN Nicolas, « Respect au droit au maintien des liens personnels et familiaux des personnes détenues ayant le statut de prévenues : histoire d'une “course-poursuite” » dans Julia Schmitz (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues*, Clermont-Ferrand, Institut Universitaire Varenne, 2017.

FOUCHER Karine, RACHET-DARFEUILLE Véronique, « L'autocensure du Conseil constitutionnel sur l'obligation vaccinale », *La Semaine juridique. Édition générale*, 1 juin 2015, n° 22, 1055-1058.

FOUCHET Karine et RACHET-DARFEUILLE Véronique, « L'autocensure du Conseil constitutionnel sur l'obligation vaccinale », *JCP G.* 2015, 634.

FRYDMAN Benoît et HENNEBEL Ludovic, « Le contentieux transnational des droits de l'Homme : Une analyse stratégique », *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*, 73, 2009.

GAÏTI Brigitte et ISRAËL Liora, « Sur l'engagement du droit dans la construction des causes », *Politix. Revue des sciences sociales du politique*, 2003, vol. 16, n° 62, p. 17-30.

GAUCHÉ Sylvain, « A la recherche du recours effectif : responsabilité et référés en droit pénitentiaire », *AJDA* 2017, 1837.

GAUCHÉ Sylvain, « À la recherche du recours effectif. Responsabilité et référés en droit pénitentiaire », *ADJA*, 2017, p. 1837.

GOBERT Michelle, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP G* n° 25.

GOBERT Michelle, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP G.* 2017. 922.

GOSSELIN Lucie, « Émergence de la parole intersexe francophone, de la conférence internationale de Montréal sur les droits humains LGBT aux premières universités d'été des intersexes et intergenres d'Europe », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 27, no. 1, 2008, pp. 128-134.

GOUTTENOIRE Adeline, « Le refus bien compris de la Cour de cassation de créer un sexe neutre », *Lexbase Hebdo*, 2017, n° 600.

GROSSET Marie, « Le médecin, le juge, et la fin de vie du patient », *Commentaire SA*, 2019, 3, pp. 579-586.

GUILLOT Vincent, « Émergence et activités de l'organisation internationale des intersexué·e·s », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 27, no. 1, 2008, pp. 144-150.

HAUSER Jean, « Un sexe que je veux et quand je veux... mais un sexe quand même, selon la loi », *RTCiv.*, 2017.

ISRAËL Liora, « Conseils de sociologues. Bruno Latour et Dominique Schnapper face au droit », *Genèses*, 1 septembre 2012, n° 87, n° 2, p. 136-152.

ISRAËL Liora, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix*, 2003, vol. 16, n° 62.

ISRAËL Liora, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le cause lawyering », *Droit et société*, 2001, vol. 49, n° 3, p. 793-824.

ISRAËL Liora, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix*, 2003, vol. 16, n° 62.

ISRAËL Liora, « Un droit de gauche ? Rénovation des pratiques professionnelles et nouvelles formes de militantisme des juristes engagés dans les années 1970 », *Sociétés contemporaines*, 2009, n° 73, p. 47-72.

JACOBS James B., « The Prisoners' Rights Movement and Its Impacts, 1960-80 », *Crime and Justice*, 1 janvier 1980, vol. 2, p. 434.

JACQUINOT Nathalie et MANGIAVILLANO Alexandre, « Droit constitutionnel », chr. *Rec. Dalloz* 2016, 1461.

JEAUNEAU Adeline, « Vaccination contre l'hépatite B : la Cour de justice livre sa conception de l'articulation de la science et du droit », *Actu-Juridique.fr*, dernière consultation avril 2020.

KASTLER Florian, « Union européenne, Hépatite B, incertitude scientifique et causalité juridique », *Les Tribunes de la santé*, 2017/3 n° 56, pp. 11-12.

KINGDON John W., *Agendas, alternatives, and public policies*, Boston, Little, Brown, 1984, 240 p.

KRISHNAN Jayanth, « Cause lawyering et transgression dans un pays en développement : le cas de l'Inde », *Droit et société*, 2003, n°55, n° 3, p. 629-655.

LANGELIER Élise, « Contentieux administratif - Feu le contentieux restreint des sanctions disciplinaires en prison – Veille », *JCP G.* n° 24, 15 Juin 2015, 705.

LATOURE Bruno, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, Éd. la Découverte (coll. « La Découverte-poche »), 2004, 319 p.

LE BOT Olivier, « Référé-liberté à la maison d'arrêt de Fresnes : les limites de l'article L. 521-2 », *AJDA* 2017. 2540.

LEGRAND André, « L'obligation vaccinale devant le juge », *AJDA* 2019. 2200.

MAGNON Xavier et al. (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 230 p.

MARIN Philippe, « La vaccination en France. De la politique vaccinale à la QPC "obligation de vaccination" du Conseil constitutionnel du 20 mars 2015 », *Les Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, mars 2015, n° 353, 87-92.

MARKUS Jean-Paul, « Bioéthique - Du vaccin obligatoire à l'obligation vaccinale », *Droit de la famille* n° 6, Juin 2018, 19.

MAUCLAIR Stéphanie, « De la non reconnaissance d'un 3e sexe », *RJPF* 2017, n° 6.

McCann Michael W., *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago, University of Chicago Press (coll. « Language and legal discourse »), 1994, 358 p.

MELCHIOR Jean-Philippe et ZANNA Omar, « Travailler dans les nouvelles prisons françaises », *La Nouvelle Revue du Travail*, 15 novembre 2019, n° 15.

MONTALIVET Pierre de, « QPC et "dialogue des juges" », *Revue française de droit constitutionnel*, 2018, vol. 116, n° 4, p. 919-932.

MORON-PUECH Benjamin, « Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes. Une nouvelle "mutilation juridique" par la Cour de cassation ? », *RJSP*, n° 15, 2018.

MORON-PUECH Benjamin, « Rejet du sexe neutre : une ‘ ’ mutilation juridique’ ? », *Rec. Dalloz*, 2017.

MORON-PUECH Benjamin, PETKOVA Mila, ALESSANDRIN Arnaud, DAGORN Johanna, « Le GISS | Alter Corpus : Une association engagée auprès des personnes intersexuées », *Les Cahiers de la LCD*, L'Harmattan, Santé et discrimination, 5, pp.91-99

NEYRET Laurent, « L'imputabilité de la sclérose en plaques au vaccin contre l'hépatite B », *Recueil Dalloz*, 2007, n° 31.

OFFENSTADT Nicolas, Boltanski Luc, Claverie Elisabeth et Damme Stéphane Van, *Affaires, scandales et grandes causes : De Socrate à Pinochet*, Paris, Stock, 2007, 457 p.

OTERO Ch., « Grandeur de l'office du juge des référés et décadence du centre pénitentiaire de Rémire-Montjoly – Conseil d'Etat 4 avril 2019 », *AJ pénal* 2019. 342.

PÉCHILLON Eric, « Extension du contrôle juridictionnel en matière disciplinaire : examen par le juge administratif de la proportionnalité des sanctions prononcées », *AJ pénal*, 2015, 447.

PEIGNÉ Jérôme, « Observations sous Conseil d'État, 6 mai 2019, n° 419242, Ligue nationale pour la liberté des vaccinations », *RDSS* 2019. 558.

PERROUD Thomas, CAILLOSSE Jacques, CHEVALLIER Jacques et LOCHAK Danièle (eds.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ (coll. « Les grandes décisions »), 2019, 567 p.

PETIT Jacques-Guy, « Obscurité des Lumières : les prisons d'Europe, d'après John Howard, autour de 1780 », *Criminologie*, 1995, vol. 28, n° 1, p. 5-22.

POLLET-PANOUSSIS Delphine, « Les sanctions disciplinaires pénitentiaires soumises à un contrôle entier du juge de l'excès de pouvoir. Note sous Conseil d'État, 1^{er} juin 2015, *M. B.*, n° 380449 », *RFDA*, 2016, p.1212.

PONSEILLE Anne, « Cons. const., 24 mai 2016, n° 2016-543 QPC, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, JO 29 mai 2016 », *Constitutions*, 2017.

PUJALTE Christian et LAMAZE Édouard de, « Les recours administratifs facultatifs ou obligatoires » dans *L'avocat et les juridictions administratives*, Paris, Presses Universitaires de France (coll. « Questions judiciaires »), 2014, p. 61-70.

RIOUALEN Margaux, « Affaire Vincent Lambert : une bien surprenante voie de fait », *Dalloz actualité*, 4 juin 2019.

ROSENBERG Gerald N., « Substituting Symbol for Substance: What Did Brown Really Accomplish? », *PS: Political Science and Politics*, 2004, vol. 37, n° 2, p. 205-209.

ROSENBERG Gerald N., *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago, University Of Chicago Press, 1991, 437 p.

ROUJOU DE BOUBÉE Pierre, « Necessitas est lex temporis : à propos de la décision n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018 », *Rec. Dalloz* 2018, 2287.

ROUVIÈRE Frédéric, « La difficulté d'exister du sexe neutre », *RTD civ.* 2017. 947.

SALLE Grégory et CHANTRAINE Gilles, « Le droit emprisonné ? », *Politix*, 23 octobre 2009, vol. 87, n° 3, p. 93-117.

SALLE Grégory, « Mettre la prison à l'épreuve. Le GIP en guerre contre l'«Intolérable» », *Cultures & Conflits*, 1 septembre 2004, vol. 55, n° 3.

SARAT Austin et SCHEINGOLD Stuart, *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 571 p.

SARIS Anne et MORON-PUECH Benjamin. « La lutte pour la reconnaissance des droits des personnes intersexuées », *Communications*, vol. 104, no. 1, 2019, pp. 131-147.

SCHEINGOLD Stuart A., *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1974, 277 p.

SCHMITZ Julia (dir.), *Le droit à la réinsertion des personnes détenues*, Clermont-Ferrand, Institut Universitaire Varenne, 2017, pp. 102-112.

SCHMITZ Julia, « Le droit au recours effectif des personnes placées en détention provisoire : Un long chemin contentieux », *AJDA* 2019, 825.

SCHOENFELD Heather, « Mass Incarceration and the Paradox of Prison Conditions Litigation », *Law & Society Review*, 1 septembre 2010, vol. 44, n° 3-4, p. 731-768.

SEGALEN Martine, *A qui appartiennent les enfants?*, Paris, Tallandier, 2010.

SENNA Eric, « Une situation complexe et contrastée de l'outre-mer pénitentiaire », *AJ pénal* 2019, 74.

SIMON Jonathan, *Mass Incarceration on Trial: A Remarkable Court Decision and the Future of Prisons in America*, New York, The New Press, 2014, 224 p.

SNOW David A. et BENFORD Robert D., « Ideology, Frame Resonance and Participant Mobilization », *International Social Movement Research*, 1988, vol. 1, p. 197-217.

STAGGENBORG Suzanne, *The Pro-Choice Movement: Organization and Activism in the Abortion Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1991, 246 p.

TERRÉ François, LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 12e édition 2007.

THOUVENIN Dominique, « L'arrêt « Lambert », miroir des limites de la loi du 22 avril 2005, dite loi Leonetti », *RDSS* 2014. 1101.

TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « Ultima nequit ? Quatrième décision « Lambert » en six mois : non à l'acharnement ? – Veille », *JCP Administrations et Collectivités territoriales* n° 26, 30 Juin 2014, act. 539.

TRUCHET Didier, « L'affaire Lambert », *AJDA* 2014. 1669.

VAUTHIER Jean-Philippe et VIALLA François, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *Rec. Dalloz* 2017. 1399.

VÉRON Michel, « Défaut de vaccination : ne pas confondre Code pénal et Code de la santé publique », *Droit pénal*, juin 2015, n° 6.

VÉRON Paul, « Santé publique - La conventionnalité de l'obligation vaccinale confirmée par le Conseil d'État – Zoom », *JCP G* n° 20, 20 Mai 2019, 541.

VÉRON Paul, BAUDEL Marie, « L'affaire Lambert et la Convention Internationale relative aux Droits des Personnes Handicapées (CIDPH) », *Médecine & droit*, 2020, pp. 1-5.

VIALA Alexandre, « Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *LGDJ*, 2002.

VIGNEAU Daniel, « L'affaire Vincent Lambert et le Conseil d'État », *D.* 2014. 1856.

VILDÉ Jean-Louis, « L'obligation vaccinale en question », *Laennec*, vol. tome 63, no. 3, 2015, pp. 8-23.

WOODS Patricia, « Normes juridiques et changement politique en Israël », *Droit et société*, 2003, vol. 55, n° 3, p. 605-626.