

LE PROFESSEUR DES FACULTÉS DE DROIT ENTRE « AUTONOMIE » ET « INDÉPENDANCE »

Si l'on se reporte exactement quarante ans en arrière, jour pour jour, le 21 mars 1968, en imaginant une journée de réflexion identique, ayant le même objet, dans le même local surplombant la rue Soufflot, il aurait pu y être affirmé que le professeur des Facultés de droit est un fonctionnaire indépendant exerçant ses fonctions dans un établissement public jouissant d'une large autonomie. Cette affirmation reste tout à fait exacte aujourd'hui. Faut-il en déduire que rien n'a changé ? Même les non-juristes perçoivent aisément que des évolutions profondes se sont produites. Depuis l'année 1968, les professeurs de droit français ont été tiraillés entre « autonomie » et « indépendance » dans un contexte de « pluridisciplinarité » et de « participation ». Vocables nouveaux, au moins par l'usage qui en a été fait, s'inscrivant dans une philosophie de « progrès », en réponse à des postures de type « révolutionnaire » inaugurées par le grand mouvement de « rupture », puis de « réforme », amorcé en mai-juin 1968¹.

Tous ces mots n'étaient pas à proprement parler absents du vocabulaire utilisé avant cette année cruciale. Ils eurent, en revanche, une portée différente en raison de la perspective générale dans laquelle on concevait l'enseignement supérieur. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter au tome III du *Traité élémentaire de droit administratif (Grands services publics et entreprises nationales)*, du professeur André de Laubadère, dans sa première édition datant de 1966. Dans un

1. Cet article reprend la trame de la conférence prononcée le 21 mars 2008. Il s'inspire de deux études publiées antérieurement : « La liberté du professeur des Facultés de droit », Préface en l'honneur de Jean-François Lachaume, *Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, p. 755-775. Texte complété et publié à nouveau avec l'aimable autorisation du dédicataire et des éditions Dalloz, à la *RDP*, 2008, n° 1, p. 54-79. La perspective de la présente étude est sensiblement différente même si elle reprend quelques éléments des précédentes. Elle a été mise à jour le 28 février 2009 dans une nouvelle période de « réformes » du statut des universitaires, dont l'issue n'est pas encore connue.

paragraphe consacré aux « institutions et établissements d'enseignement supérieur », l'auteur commençait par définir les Universités : elles « sont des établissements publics formés de la réunion des Facultés et plus généralement de tous les établissements publics d'enseignement supérieur dépendant du ministère de l'Éducation nationale de leur ressort, lequel correspond au ressort académique »². Puis, après une description de leur organisation administrative et financière, il notait : « L'autonomie réelle des Universités est faible », avant d'ajouter de façon perspicace : « Le développement des disciplines nouvelles et de la recherche scientifique fait particulièrement ressentir ces insuffisances et un courant d'opinion s'est développé dans le sens d'une revalorisation des universités, dont certains souhaiteraient qu'elles aient à leur tête des recteurs élus »³. Car, à l'époque, les institutions centrales étaient les Facultés, établissements publics ayant une double fonction, l'enseignement des « sciences approfondies » et la « collation des grades ». Chaque Faculté était administrée par le doyen, le conseil de la Faculté et l'assemblée de la Faculté. Le doyen était nommé pour trois ans par le ministre, sur une double liste de présentation, mais « pratiquement cette élection équivaut à l'élection par l'assemblée de la Faculté »⁴. Ces structures et procédures étaient l'un des éléments garantissant les « libertés universitaires ». « Un ensemble de considérations, consacrées et fortifiées par un long passé de traditions auxquelles l'université est particulièrement attachée, justifient la présence, dans le régime juridique de l'enseignement, de garanties et franchises qui forment ce que l'on appelle couramment les *libertés universitaires* et figurent à coup sûr au premier rang des « principes fondamentaux de l'enseignement ». « Les fondements de ces privilèges se ramènent à l'exigence d'une certaine *indépendance*, nécessaire à la fois pour assurer le prestige et l'efficacité de l'enseignement, de la recherche scientifique et du progrès intellectuel et aussi pour entourer de garanties la collation des grades dont l'université est responsable »⁵. Ce sont, en effet, les libertés universitaires qui sont la justification d'un ensemble de règles

2. A. de Laubadère, *op. cit.*, p. 244, n° 389.

3. A. de Laubadère, *op. cit.*, p. 245, n° 394.

4. A. de Laubadère, *op. cit.*, p. 246, n° 395 et s. Le conseil de la Faculté comprend les professeurs titulaires. Il délibère sur la gestion financière, donne son avis sur les déclarations de chaires vacantes et présente les candidatures à celles-ci. L'assemblée de la Faculté comprend tout le personnel enseignant. Le conseil et l'assemblée présentent au ministre les deux listes au sein desquelles il nomme le doyen. En fait, ce dernier apparaît comme élu par ses pairs.

5. A. de Laubadère, *op. cit.*, p. 211, n° 332 § 1 et 2.

relatives aux institutions, caractérisées par leur autonomie, et aux universitaires, dont le statut garantit l'indépendance. Le professeur de droit bénéficiait, pour remplir au mieux sa mission, de l'autonomie des institutions et d'un statut d'indépendance. Apparemment donc, rien n'a changé. Les libertés universitaires reposent toujours sur ces mêmes notions d'autonomie et d'indépendance. Mais, pour les universitaires en général et les professeurs de droit en particulier, les perspectives se sont profondément modifiées ⁶.

I. – L'autonomie des institutions

Depuis 1968, l'autonomie s'est trouvée au cœur des débats portant sur la politique universitaire. Un mouvement bien connu, constant dans les textes, de plus en plus marqué, a contribué à un accroissement de l'autonomie des Universités et à un amoindrissement, voire à une disparition de l'autonomie des Facultés de droit.

1) Un accroissement considérable de l'autonomie des Universités

Cet accroissement est facile à décrire même s'il s'est accompagné de la mise en place de structures particulièrement complexes. La réorganisation de l'enseignement supérieur, à laquelle il a été procédé en réponse aux « événements de mai-juin 1968 », a été réalisée par la loi d'orientation du 12 novembre de la même année ⁷.

6. L'étude a été centrée sur les « professeurs », seule catégorie existante depuis l'époque souvent citée en référence, la III^e République, et qui constitue le terme potentiel d'une carrière universitaire. Mais, en réalité, le sort de l'ensemble des universitaires est largement commun, ainsi que le prouvent les réactions à la réforme de leurs statuts envisagée en ce début de l'année 2009.

7. Le cadre général a été régulièrement présenté dans les éditions successives du tome III du *Traité de droit administratif* de A. de Laubadère par J.-C. Venezia. Le droit positif normatif est désormais inclus dans le Code de l'Éducation. Parmi d'autres ouvrages : *RFAP*, 1980, n° 14, avec les articles de J. Boulouis, « Observations sur les structures des universités » (p. 14) ; Y. Gaudemet, « La situation du personnel des universités » (p. 27) ; G. Vedel, « Autonomie et participation, bilan de la loi d'orientation » (p. 55) ; P. Gaudemet, « L'autonomie des Universités françaises », *RDP*, 1961-21 ; A. de Laubadère, « La loi d'orientation de l'enseignement supérieur », *AJDA*, déc. 1968 et janv. 1969 ; F. Gazier et J. Robert, « L'autonomie des universités depuis 1968 », *EDCE*, 1980, n° 31, p. 47 ; J.-Y. Plouvin, *Le régime juridique des universités depuis la loi d'orientation*, Paris, Economica 1980 ; B. Toulemonde, *Les libertés et franchises universitaires en France*, thèse, Lille, 1971, 2 tomes ; G. Drago, « Les libertés universitaires », in *La liberté dans tous ses états, Liber amicorum en l'honneur de Jacques Georgel*, Éditions Apogée, Rennes, 1999. Dans le numéro 1, de 2008, de la *Revue du Droit Public*, Y. Gaudemet a introduit un « débat » portant sur « Les Facultés de droit dans la réforme universitaire » (p. 51). À partir de ce numéro ont été régulièrement publiés des articles très variés sur la question. D'autres vont suivre. Ils permettront de mieux comprendre les liens divers entre la qualité de la formation universitaire et l'autonomie et l'indépendance des institutions.

La reconstruction s'est opérée autour des Universités dont le nombre a immédiatement triplé. Ce choix correspondait, en lui-même, à un affaiblissement des Facultés qui ont, ainsi, brutalement cessé d'être le cadre de référence de l'organisation universitaire. La loi d'orientation a constitué le tournant de principe. La loi du 26 janvier 1984 en a sensiblement modifié la portée. Elle a mis en place une surprenante polysynodie : trois conseils centraux, se réunissant en collège électoral pour désigner le président. Ils devaient, pour chacun, comprendre un pourcentage variable de représentants des enseignants et chercheurs, des personnels non-enseignants, des étudiants ainsi que des personnalités extérieures. La loi déterminait les fourchettes en laissant aux statuts de chaque Université le soin de prévoir les répartitions⁸. Apparemment la loi était souple voire libérale puisqu'elle laissait une grande latitude dans la détermination de la composition des Conseils. En réalité, elle permit des manœuvres complexes afin de constituer des collèges électoraux sur mesure...

En outre, les nouvelles Universités ne correspondaient que très partiellement aux anciennes, fondamentalement pluridisciplinaires. Cela n'a été le cas que pour les anciennes « petites » Universités ou pour les nouvelles entrant dans la même catégorie. Dans les villes moyennes de province on a ainsi mis en place des Universités correspondant, de fait, au regroupement des anciennes Facultés qui y préexistaient, ou qui ont été créées en 1968 ou postérieurement, conformément à un schéma fédéral. En revanche, dans les grandes agglomérations et, *a fortiori*, à Paris où l'on se trouvait en présence de grandes, voire de très grandes Facultés, la réorganisation a été beaucoup plus profonde. Certaines Universités ont repris la succession de tout ou partie d'une ancienne Faculté, constituant ainsi des ensembles plus ou moins monodisciplinaires, ce qui, historiquement, n'avait jamais été possible. Le phénomène a été très marqué à Paris avec les Universités de Paris II (Droit et Sciences économiques), Paris IV (Lettres), Paris VI (Sciences). On l'a immédiatement retrouvé, pour le droit, à Toulouse I et, un peu plus tard, à Aix-Marseille III puis Bordeaux IV.

8. Le plus important, le conseil d'administration comprend de 30 à 60 membres ainsi répartis : de 40 à 45 % de représentants des enseignants et des chercheurs ; de 20 à 30 % de personnalités extérieures ; de 20 à 25 % de représentants d'étudiants ; de 10 à 15 % de représentants des personnels non enseignants. Le Conseil scientifique comprend de 60 à 80 % de représentants des personnels dont la moitié de professeurs ou autres personnes habilitées à diriger des recherches mais il comprend aussi 10 à 30 % de personnalités extérieures pour un total de 20 à 40 membres. Le Conseil des études et de la vie universitaire, qui comprend à parts égales de 75 à 80 % d'enseignants et d'étudiants, a un rôle purement consultatif mais ses membres participent aussi à l'élection du président.

D'autres Universités ont regroupé une discipline principale avec d'autres ou ont regroupé, plus ou moins à égalité, deux ou plusieurs disciplines, toujours par démantèlement des anciennes Facultés. L'ancienne Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris a été démantelée entre Paris I et II, tandis que son annexe territoriale de Nanterre devenait un élément de l'Université à dominante littéraire de Paris X. Par la suite, des filières juridiques ont été créées dans d'autres Universités (Paris V, VIII, XI, XII, XIII)... Il n'est pas évident, pour un observateur extérieur peu averti, y compris étudiant ou juriste étranger, de localiser l'enseignement de sa discipline en France, et encore plus à Paris.

Les structures mises en place par la loi d'orientation de 1968 ne reposent, pour la majorité d'entre elles, sur aucun projet global, logique, cohérent. Auparavant toutes les Universités étaient par définition pluridisciplinaires. Au nom du principe de pluridisciplinarité on a paradoxalement permis la création d'Universités monodisciplinaires mais, aussi, d'Universités faussement pluridisciplinaires regroupant des composantes, non pas sur la base d'un projet commun mais, plutôt, à partir d'affinités politiques, syndicales ou, encore plus pragmatiquement, en fonction de sympathies ou d'antipathies plus ou moins avouées ou dissimulées pour les événements qui venaient de se dérouler. L'opinion avertie a désormais, parfois non sans raisons, distingué entre les Universités progressistes ou conservatrices. Le mode d'élection choisi (proportionnelle) a, en effet, été de pair avec une politisation et une syndicalisation accrues. Seules des affinités de ce type sont susceptibles de permettre de dégager des majorités dans des instances disparates où la qualification personnelle n'apparaît pas comme le critère essentiel de choix et dont les membres ne se connaissent guère.

Le bilan exact, « scientifique » et objectif, des événements de mai-juin 1968 n'est toujours pas réalisé et il ne le sera peut-être jamais. C'est certainement dans le domaine des relations sociales, des comportements ou des mœurs que leur portée a été la plus grande, mais aussi la plus difficile à déterminer, de même que leur signification. Ont-ils révélé, accompagné ou déclenché nombre d'évolutions ? Là encore les interprétations sont éminemment subjectives. En revanche, même si elle n'a pas été négligeable, leur portée dans le domaine institutionnel, politique ou administratif, a été moindre, au moins à court terme. Les élections de juin 1968 ont exprimé clairement la volonté de la majorité du corps électoral de conserver l'organisation politique et administrative du pays.

Il y a, cependant, eu une exception majeure que l'on n'a pas assez remarquée en tant que telle. L'organisation universitaire a été profondément bouleversée dans ses fondements mêmes. Paradoxalement, les manifestations étudiantes, les « émeutes » du cinquième arrondissement qui, à maints égards, avaient inscrit leur mouvement dans une imagerie révolutionnaire vieillotte en brandissant des drapeaux rouges et noirs et en dressant des barricades dans les lieux les plus symboliques du Quartier latin, ont été à l'origine du vote quasi unanime, par les parlementaires de tous bords, d'une loi qui, du passé universitaire, a fait « table rase » en remplaçant les qualifications symboliques, issues de l'histoire universitaire, par une numérotation illisible, ou en avalisant le développement, au milieu des terrains vagues, du « campus » de l'Université de Nanterre (Paris X) ⁹.

On peut y voir le triomphe partiel d'une sorte de « maoïsme intellectuel » ou de révolution culturelle dans un secteur bien délimité. La relégation ou la dégradation de locaux prestigieux, la disparition de nombreux symboles (toges universitaires, rentrées solennelles) ont, sans doute plus que l'on ne croit, contribué à un affaiblissement du prestige des Universités françaises qui ne se maintient, souvent, que grâce à des références artificielles comme celle faite à la Sorbonne, institution historique mais aussi simple bâtiment partagé entre trois Universités à dominante littéraire, ou aux vieilles Facultés. C'est ainsi que le prestigieux bâtiment édifié sous l'ancienne monarchie à la fin du XVIII^e siècle, place du Panthéon, porte encore fièrement sur son fronton, « Faculté de droit ». Il demeure le symbole d'une grande tradition. Il n'empêche qu'il a été fortement dégradé, dès le début de la V^e République d'ailleurs, sur son aile Cujas et à l'intérieur, qu'il est loin d'être bien entretenu et surtout qu'il sert de siège central à deux Universités, Paris I Panthéon-Sorbonne, à dominante littéraire mais ayant une importante composante juridique, et Paris II Panthéon-Assas, à forte dominante juridique mais où l'on enseigne également l'économie, la gestion, les sciences de l'information et d'autres disciplines relevant des sciences humaines. Le partage des locaux est loin d'être une garantie de leur bon entretien ou d'une gestion efficace. En outre, le droit est enseigné dans d'autres Universités de Paris ou d'Île-de-France. Les diplômes nationaux délivrés ont

9. La conception même de cette implantation révélait déjà une volonté d'américaniser les Universités françaises. Le modèle sera suivi. Ce qui, à l'origine, n'était qu'un domaine annexe de l'Université de Paris se situait dans un décor fort éloigné de celui du Quartier latin. La très modeste station ferroviaire, constituée pour partie de baraquements de bois, s'intitulait : « La Folie » (!).

officiellement la même valeur. L'organisation et la conception des enseignements voire, selon certains, leur qualité, ne sont pourtant pas identiques. Les spécialistes peuvent émettre des appréciations qui sont sujettes à controverses. Toutes ces nuances et subtilités sont sans doute inhérentes à la vie universitaire. Elles n'en rendent pas moins totalement illisible le système français, pour les étudiants ou les universitaires étrangers, mais aussi, pour tous les Français qui ne font pas partie du sérail.

La réorganisation de l'enseignement supérieur français a, en réalité, été réalisée dans le désordre, sans plan d'ensemble, avec pour seul souci de mettre fin à une période de troubles. Les mots-clés de l'époque, « autonomie », « pluridisciplinarité », « participation », ont été largement utilisés pour donner le sentiment d'une transformation profonde, d'une « révolution », alors qu'ils ne correspondaient pas à un projet cohérent. La cohérence n'est pas plus apparue ultérieurement et la terminologie a conservé et conserve son caractère incantatoire. Les défauts originels de cette reconstruction ont eu, en revanche, une portée permanente et durable. Les grands secteurs de recherche et d'enseignement ont, depuis cette époque, perdu toute visibilité. Indépendamment même des alternances politiques, les pouvoirs publics ont continué à procéder à de nouvelles implantations universitaires pour répondre à des demandes locales, tout en commençant depuis une période plus récente à inciter à des regroupements dont le principe et les modalités n'ont jamais été définis clairement.

Enfin, l'un des effets les moins visibles de cette politique aura été le nivellement des disciplines, une uniformisation qui va automatiquement de pair avec une inadaptation des politiques. Depuis 1968, et de façon variable mais constante, l'Administration universitaire centrale a pour interlocuteurs exclusifs ou principaux les présidents d'université et non plus les doyens. Dès lors, les mêmes schémas se sont imposés uniformément au lieu de prendre en compte les spécificités, et le modèle dominant a été le modèle scientifique auquel on attribue un peu rapidement une rationalité universelle dont ceux qui y évoluent ne sont pas toujours eux-mêmes convaincus. Il en résulte que toutes ces évolutions ne concernent pas uniquement les juristes mais, précisément pour cette raison, elles ont largement contribué à faire disparaître leur spécificité.

C'est dans une totale continuité que se situe la nouvelle réforme opérée par la loi du 10 août 2007 relative aux libertés et responsa-

bilités des Universités ¹⁰. Lors de sa préparation et de sa discussion, elle a souvent été qualifiée de loi sur l'autonomie des Universités. En réalité, cette loi ne réalise pas un bouleversement. Une fois de plus on fait semblant de régler les problèmes de fond par une loi structurelle. La loi de 2007 se situe dans le prolongement des lois antérieures, la loi d'orientation de 1968 et la loi Savary de 1984. Elle prend pour acquise la situation universitaire issue des événements de mai-juin 1968, en dépit de toute son irrationalité. Elle conserve les structures polysynodiques mises en place en 1984 en se contentant de déplacer le centre de gravité du pouvoir vers le Conseil d'administration composé d'un nombre de membres réduit et dont les pouvoirs sont sensiblement renforcés ¹¹. Les autres conseils, conseil scientifique et le Conseil des Études et de la Vie Universitaire (CEVU), subsistent avec des attributions consultatives. Mais, les principaux bénéficiaires de la réforme ont été les présidents d'Université qui deviennent les éléments dynamiques de la gestion. Précédemment élus par l'ensemble des membres des trois conseils, les présidents le seront désormais par les seuls membres élus du Conseil d'administration ¹². Ce changement risque de ne pas avoir beaucoup d'incidences car c'est en amont que se produisent nécessairement et logiquement une syndicalisation et une politisation des élections universitaires. Dans la plupart des Universités pluridisciplinaires, les nombreux électeurs des divers collèges, ceux des deux catégories d'enseignants, des étudiants, des personnels non-enseignants, ne peuvent que difficilement apprécier les qualités scientifiques de candidats qu'ils ne connaissent pas. Ils sont donc incités à faire un choix « politique », d'autant plus que le scrutin de liste à la proportionnelle a été imposé. Dans ces conditions, les présidents sont élus dans la plupart des cas en raison de leur appartenance politique et syndicale, par des coalitions hétéroclites comprenant des représentants des multiples catégories juxtaposées

10. Loi n° 2007-1199 du 10 août 2007, *J.O.* 11 août 2007, p. 13468 ; A. Legrand, « La démocratie de délégation, un pari pour l'université », *AJDA*, 2007, p. 2135 et s.

11. Les ambitions affichées ne correspondaient pas à cette réalité. La loi a été présentée par le Premier Ministre comme « peut être la plus importante de la législature ». Quant à l'exposé des motifs du projet de loi relatif aux libertés universitaires, il s'ouvrait avec le paragraphe suivant : « La nouvelle université, celle que les Français attendent est une université ouverte à la jeunesse de notre pays, une université de l'excellence scientifique ; une université riche des talents et des ambitions qui partout sur le territoire national éclosent ; une université de l'égalité des chances retrouvées ». Dans ces conditions, que faut-il penser de l'actuelle université et de ceux qui y ont œuvré, dans des conditions difficiles, depuis quarante ans ?

12. L'exposé des motifs du projet de loi relatif aux libertés des universitaires qualifiait les présidents de « porteurs du projet d'établissement » chargés d'en assurer le « pilotage stratégique ».

au sein de ces assemblées. Il existe quelques exceptions parmi lesquelles la principale concerne les présidents d'Universités monodisciplinaires et quelques autres exceptions qui ne font que... confirmer la règle. Près des trois quarts des présidents se situent dans une mouvance politico-syndicale de gauche allant du sympathisant dévoué à l'« apparatchik ». Très peu d'entre eux auraient été élus par leurs pairs. Cette syndicalisation de la gestion des Universités avait été clairement recherchée en 1984. On peut en donner la preuve inverse en rappelant que l'une des premières préoccupations du ministre de l'éducation nommé en 1981 fut de faire abroger la règle du quorum qui permettait de réduire la représentation des étudiants lorsque la participation avait été très faible dans ce collège électoral. De même avait été jugée urgente l'abrogation de la loi du 21 juillet 1980 qui avait réservé 50 % des sièges dans les Conseils aux seuls professeurs¹³. Leur marginalisation dans les instances universitaires a découlé d'un choix politique clair. Il n'a jamais pu être remis en cause et une infime minorité d'étudiants, moins de 10 % parfois, peut toujours désigner un nombre de représentants très supérieur à celui des professeurs.

Dans le système mis en place en 2007, les collèges électoraux restent les mêmes. On applique le scrutin de liste à la proportionnelle et répartition au plus fort reste avec une prime pour la liste majoritaire. Il y a donc tout lieu penser que le profil moyen des présidents restera à peu près le même. On risque de se trouver fréquemment en présence d'un syndicaliste-manager, d'une présidentialisation de la gestion dont il reste à savoir si elle va échoir à des personnalités compétentes et qualifiées. À cet égard un certain scepticisme paraît s'imposer.

Pourtant, les pouvoirs publics n'ont pas ménagé leurs efforts en direction des présidents d'Université : non seulement en leur prodiguant des attentions verbales, mais également en admettant une possibilité de réélection, voire l'annonce de décharges de service et de primes relativement substantielles. En outre, la loi de 2007 a institutionnalisé la Conférence des présidents d'Université (CPU), donnant ainsi le sentiment que celle-ci représentait l'ensemble de l'Université française. Or, rien n'est moins sûr.... En effet, sans vouloir porter aucune appréciation au cas par cas, et en étant tout à fait conscient que les appréciations globales sont presque toujours injustes dans les

13. Non seulement la loi du 10 novembre 1981 abroge la loi du 21 juillet 1980, mais elle met fin aux mandats des présidents d'Université élus après le 1^{er} juillet 1980 et non de ceux élus antérieurement, comme si leur seule élection par un collège composé pour moitié de professeurs les rendait illégitimes !

cas particuliers, il est difficile d'admettre que les présidents d'Université « représentent » le milieu universitaire. Sauf exceptions, encore une fois, liées à l'appartenance à certaines disciplines, par rapport auxquelles l'exercice de fonctions administratives peut constituer une source d'expérience et d'enrichissement personnel, ou de caractère individuel, lorsqu'on se trouve en présence de personnalités exceptionnelles capables de cumuler des engagements divers, il semble logique d'admettre qu'un universitaire qui exercera un voire deux mandats présidentiels s'éloignera de la recherche, surtout lorsqu'elle est sans rapport avec les fonctions exercées, ainsi que de l'enseignement. Pour certains, assurer une présidence peut aussi correspondre à une fuite loin des grandeurs et des servitudes universitaires. En valorisant de telles fonctions, les gouvernements de gauche ont probablement eu l'intention de valoriser des relais d'influence utiles et dévoués. Il est plus difficile de comprendre les intentions de l'actuel président de la République et de son gouvernement, à moins d'imaginer qu'il n'ait voulu acheter la « paix universitaire » en reconnaissant l'indépendance de « grands féodaux », a priori hostiles, auxquels il abandonne un monde universitaire qu'il ne comprend guère plus que ses prédécesseurs. En leur donnant le pouvoir, il les place devant leurs responsabilités, redoutables à long terme car, du fait de l'autonomie et de la concurrence affirmée par ailleurs, elles ne peuvent s'exercer que dans le cadre d'un « darwinisme universitaire » qui ne laissera surnager que les établissements les mieux placés. Établissements universitaires en l'occurrence, car la centralisation et la personification de leur gestion ne pourront que contribuer à niveler l'ensemble des disciplines dont le droit. La loi du 10 août 2007 ne constitue qu'une étape de plus vers la disparition de toute autonomie institutionnelle des Facultés de droit.

2) Une disparition de l'autonomie des Facultés de droit

On pourrait procéder à une affirmation encore plus brutale. Institutionnellement, juridiquement, les Facultés de droit françaises ont disparu depuis 1968.

Les Facultés de droit ont constitué jusqu'en 1968 une composante et un pilier de l'Université française, jouissant d'une très forte et très ancienne autonomie. Pour s'en tenir à la période post-révolutionnaire, elles ont été réorganisées dans le cadre de l'Université impériale avec un objectif de professionnalisation très marqué. Puis, elles ont, par la suite, bénéficié de la libéralisation des institu-

tions universitaires et d'une ouverture très significative de leurs programmes. Elles ont largement contribué, au XIX^e siècle, à l'essor et au rayonnement du droit privé puis du droit public français ¹⁴.

L'organisation universitaire de la III^e République avait situé le pouvoir de gestion au niveau des Facultés, gérées par un doyen élu par les professeurs siégeant au sein de leur Conseil. L'indépendance et la crédibilité scientifique de l'institution étaient ainsi garanties. Il en était de même pour les autres Facultés (Lettres, Sciences, Médecine et Pharmacie), l'Université apparaissant comme une structure de coordination. La perspective change radicalement à partir de 1968. Les anciennes Facultés ont été diluées dans des Universités au niveau desquelles se déplace le pouvoir de décision. Elles ne disposent plus que de la compétence que l'Université veut bien leur laisser. Quelles que soient leurs origines, elles ne seront qualifiées que d'U.E.R. (Universités d'Enseignement et de Recherche), puis, à partir de 1984 d'U.F.R. (Unités de Formation et de Recherche) ayant à leur tête un « directeur ». Ce n'est qu'en marge de la loi qu'elles ont pu, dans leurs statuts, utiliser les qualifications de « Facultés » et de « doyen ». Aux termes de la loi du 10 août 2007, les anciennes Facultés, U.F.R., ne sont plus que des « composantes » parmi d'autres de l'Université, créée par délibération du Conseil d'administration après avis du Conseil scientifique ¹⁵.

Leur conseil d'administration, dont l'effectif ne peut dépasser 40 membres, comprend des personnalités extérieures dans une proportion de 20 à 50 % (!). Dans tous les cas, les personnels enseignants doivent être en nombre au moins égal à celui des autres personnels et des étudiants. Comme on peut aisément le constater, les professeurs, qui ne correspondent qu'à une partie des enseignants, sont relégués à un rôle très secondaire tant au niveau de l'Université qu'à celui des U.F.R. dont certaines correspondent aux anciennes Facultés de droit. Chacun d'entre eux a vocation à faire partie de cinq Conseils différents (trois au niveau de l'Université et deux pour chaque U.F.R.) même si les possibilités de cumul sont limitées. Ceci aboutit à une totale dilution des responsabilités.

Toutes les tentatives de réformes ayant eu pour but de modifier ces règles de fonctionnement ou de redonner plus d'autonomie aux

14. J. Bonnet, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, 2 volumes, Bordeaux, 1933.

15. Article 14, qui ajoute que « la création, la suppression ou le regroupement de composantes sont inscrites dans le contrat pluriannuel d'établissement, le cas échéant, par voie d'avenant ».

composantes internes des Universités ont échoué. Tel fut le cas du projet de loi « Devaquet », abandonné à la suite de grèves et manifestations de rue en 1986. Il aurait pu permettre aux Facultés de droit de retrouver une plus grande indépendance... Ces dernières ont, en effet, contrairement aux apparences, plus souffert que d'autres de l'organisation générale des Universités, et ceci pour diverses raisons tenant d'abord à ce que les juristes ont peut-être, plus que les spécialistes d'autres disciplines, le sens du service public ou de l'intérêt général et sont moins habitués aux querelles de clans sur fond politico-syndical. Les Facultés de droit, qui se caractérisent, comme celles de médecine et de pharmacie, par le fait qu'elles dispensent un enseignement à vocation professionnelle, n'ont jamais obtenu un statut dérogatoire. Elles ont, pourtant, des méthodes spécifiques, de nombreux étudiants et un nombre proportionnellement plus réduit d'enseignants et de professeurs, en particulier ¹⁶. Il en résulte pour ces derniers des charges accrues lorsqu'ils doivent être tout simplement présents dans les multiples instances dont les réunions sont fort longues et... fort ennuyeuses ! En outre, on ne trouve guère, dans les Facultés de droit, beaucoup de professeurs prêts à abandonner enseignement et recherches pour « faire de la gestion ». Ceci, joint au fait que les juristes sont moins syndicalisés que d'autres, a eu pour conséquence qu'ils ne disposent que de peu de fonctions électives dans les institutions actuelles.

En outre, le mode de scrutin, adopté pour les instances centrales de l'Université ne donne aux juristes qu'une place incertaine. En effet, si la loi prévoit que « chaque liste assure la représentation des grands secteurs de formation enseignés dans l'Université concernée, à savoir les disciplines juridiques, économiques et de gestion, les lettres et sciences humaines et sociales, les sciences et technologies et les disciplines de santé » (article 11), elle n'impose, malheureusement, aucun ordre de présentation. Quant au scrutin qui donne une prime à la liste arrivée en tête (elle obtient la moitié des sièges ou le nombre immédiatement supérieur si le nombre de sièges à pourvoir est impair, les autres sièges à pourvoir étant répartis entre toutes les listes à la représentation proportionnelle au plus fort reste), il peut très bien aboutir à ce que certaines disciplines soient sur-représentées et que

16. Pour donner un ordre de grandeur, les étudiants en droit et en science politique représentent 12,5 % de l'effectif total des étudiants. Les professeurs de droit, 6 % de celui des professeurs et les maîtres de conférences de droit et science politique 5,5 % de celui des maîtres de conférences. Il y a 81 Universités en France dont 8 à dominante juridique et 55 Facultés de droit. Ces chiffres sont extraits du « Rapport Truchet » (*infra* note suivante).

d'autres ne le soient pas. Il n'est pas du tout certain que les juristes, qui auront éventuellement été choisis, seront vraiment représentatifs de leurs collègues. Des personnes proches du président de l'Université peuvent tout à fait être considérées comme marginales dans leur propre discipline. Tout ceci est naturellement d'autant plus regrettable que le Conseil d'administration et le président déterminent tous les objectifs de la politique universitaire et que leurs choix sont essentiels pour chacune des disciplines, dont le droit.

Il aurait été, à tous égards, beaucoup plus satisfaisant d'adopter une « logique facultaire » pour reprendre l'heureuse formule utilisée dans le « rapport Truchet »¹⁷. De façon très nuancée et équilibrée, ce rapport met en valeur la spécificité des Facultés de droit et de l'enseignement qui y est dispensé, même si celle-ci n'est que relative et ne doit pas conduire à l'isolement. Cependant, au-delà de leur incontestable diversité, toutes les Facultés de droit sont aussi des « écoles de droit » dont l'enseignement a une orientation professionnelle depuis la première année. De ce fait, non seulement l'enseignement mais aussi également la recherche étroitement liée à ce dernier, y ont des caractères originaux¹⁸. Le droit conserve également un caractère national, justifiant qu'il soit abordé de façon homogène et cohérente sur l'ensemble du territoire étatique. Mais, y compris dans les domaines où il est très marqué, ce caractère national n'a pas empêché le droit français de contribuer au rayonnement intellectuel et culturel de la France dans le monde.

Une dernière considération paraît s'imposer. La logique facultaire constitue une réalité dans la quasi-totalité des grandes démocraties libérales. La filière juridique y dispose d'une autonomie scientifique effective. En France même, alors que celle-ci a disparu de la loi, depuis maintenant plus de quarante ans, elle est loin d'avoir perdu toute consistance. Si les étudiants continuent à parler couramment de leur « Faculté » alors que celle-ci a disparu aux yeux du Ministère bien avant leur naissance, c'est sans doute en raison du poids de l'histoire, mais aussi, parce qu'au-delà de leur extrême faiblesse voire de leur inexistence juridique, les Facultés de droit correspondent toujours à

17. Rapport intitulé : « 76 recommandations pour l'enseignement du droit », remis le 22 janvier 2007 au Directeur de l'enseignement supérieur par le groupe de travail sur l'enseignement juridique.

18. On ne peut pas en droit opposer la recherche individuelle et la recherche collective, supposant l'une et l'autre un travail en réseau. De même, on ne peut pas opposer une recherche théorique et fondamentale à une recherche pratique et professionnelle. Il a été proposé, par le rapport, la mise en place d'une Institution des hautes études juridiques se substituant au CNRS, pour les disciplines juridiques.

une réalité intellectuelle et sociale. Cette dernière n'est pas sans rapport avec l'unité de la matière qui y est étudiée et enseignée, avec une certaine homogénéité du personnel enseignant due à son recrutement en partie spécifique et à la compétence de sections déterminées du Conseil National des Universités (CNU). D'autres facteurs peuvent jouer dans le même sens, y compris des éléments matériels tels que l'existence de locaux distincts et identifiables. On peut enfin noter que, même s'ils exercent des fonctions très diverses, les professionnels du droit ont en commun un esprit et un langage qu'ils ont appris et entretiennent en liaison avec les Facultés de droit. La création d'un « Conseil National du Droit » regroupant des universitaires et des professionnels, permettant aux seconds d'exprimer leurs souhaits en matière de formation et de recherche et aux premiers de mieux adapter les méthodes et les programmes est une initiative très positive¹⁹. La seule persistance d'un tel phénomène social devrait conduire les pouvoirs publics à s'interroger sur leur politique universitaire. Et ceci d'autant plus qu'il n'a jamais existé aucun fondement rationnel justifiant l'abandon de la « logique facultaire ». Ce dernier s'est réalisé dans le contexte troublé de 1968. L'objectif était de sortir de la crise et la reconstruction universitaire a plus procédé de l'idéologie que de la logique, celle qui a permis aux filières de la santé (médecine, pharmacie) de bénéficier d'un statut de relative autonomie qui aurait dû bénéficier aussi aux Facultés de droit. Depuis 1968, la politique universitaire résulte de luttes d'influences, elle est dictée par des phénomènes de pouvoir, plus que par des réflexions sur les finalités de l'enseignement et de la recherche. La question de savoir ce qu'ont apporté les nouvelles structures n'est jamais posée, pas plus que celle d'un rétablissement de l'autonomie des grandes disciplines (Une telle autonomie ne constitue pas un obstacle aux projets de coopération avec d'autres disciplines qui supposent, par définition, une complémentarité et un fondement clairs.) Il y aurait, pourtant, beaucoup d'arguments qui prouveraient que le « déclin » de l'Université française n'est sans doute pas sans rapport avec les bouleversements qu'elle a connus depuis 1968, tandis que l'on pourrait constater que les Universités plus ou moins monodisciplinaires sont les mieux placées dans les évaluations.

19. Elle résulte de la recommandation 401 du « Rapport Truchet », précité. La séance inaugurale a eu lieu le 3 mai 2007 à l'Université Panthéon-Assas, Paris II. Le Conseil est apparu comme « une nécessité d'ouverture réciproque. Il doit permettre aux deux pôles du monde juridique français, le pôle non universitaire et le pôle universitaire, de dialoguer et de travailler ensemble dans une logique de réseau ».

Pas plus qu'il n'est prouvé que la disparition de l'autonomie des Facultés a été positive, il n'apparaît évident que la société française aurait à gagner à une remise en cause de l'indépendance des universitaires et des professeurs.

II. – L'indépendance des professeurs

La situation des professeurs est fondée sur des données contradictoires. Leur indépendance n'a jamais et n'est toujours pas contestée. Elle reposait sur une tradition. Elle a désormais pour fondement un principe de valeur constitutionnelle dont on ne sait pas jusqu'à quel point il inclut tout ou partie du legs de l'histoire. Il en résulte que cette indépendance apparaît complexe lorsqu'il s'agit de la définir ou de lui donner une consistance. Or, cette complexité a pour conséquence fâcheuse de fragiliser la notion d'indépendance elle-même.

1) Une indépendance complexe

La première raison de la complexité de cette indépendance résulte de ce qu'elle reposait sur une tradition, correspondant elle-même, en partie à des réalités, en partie à des mythes. Cette tradition avait été confortée par les réformes de la III^e République qui lui avaient donné des assises plus solides. Elle reposait sur des éléments variés de nature différente.

Certains d'entre eux servaient à assurer indifféremment l'indépendance de l'ensemble des universitaires. Il s'agit des fameuses franchises ainsi que du statut disciplinaire des universitaires. Les principes en sont simples. Ils ont été globalement conservés depuis 1968. Il en va de même de la traditionnelle liberté d'expression des universitaires. En réalité, la portée de celle-ci n'a pas toujours été bien comprise. On l'a, parfois, présentée comme la liberté de tenir n'importe quel propos sans courir le risque d'avoir à en rendre compte. Tel n'est pas le cas. Les universitaires ne peuvent posséder plus de droits que le citoyen ordinaire. Leur liberté d'expression s'inscrit dans le cadre constitutionnel de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. La liberté de communiquer des idées et des opinions est un des droits les plus précieux pour tout universitaire, sauf à répondre des abus de ce droit dans les cas déterminés par la loi. La spécificité de la liberté d'expression des universitaires ne se situe pas par rapport à ce principe constitutionnel fondamental. Elle réside plutôt dans le fait que cette

liberté est le support même de leur fonction principale qui est de communiquer et que l'on ne peut leur opposer l'obligation de réserve qui s'impose plus ou moins à tout agent public. En revanche, ils n'ont jamais bénéficié, au moins en droit, de la même « irresponsabilité » que les parlementaires. Ils peuvent être conduits à rendre des comptes devant les juridictions de droit commun, civiles ou pénales, mais aussi devant les juridictions disciplinaires. C'est à ce dernier niveau que se manifeste le plus nettement l'originalité de leur statut. Ce sont leurs « pairs » qui apprécieront l'« abus » éventuel dans le cadre de leurs fonctions et un grand libéralisme s'est traditionnellement manifesté à cet égard donnant, à tort, le sentiment d'une liberté illimitée. La liberté n'a été très étendue que parce qu'elle s'exerçait dans le cadre d'une recherche ou d'un enseignement universitaire supposant une certaine méthode, une honnêteté intellectuelle et une réelle tolérance²⁰.

L'indépendance plus spécifique des juristes relevait aussi de quelques autres éléments, au premier rang desquels il convient, toujours, de citer le recrutement des professeurs par le biais des concours d'agrégation. Au-delà de leurs mérites intrinsèques pour assurer la qualité du recrutement, ces concours ont beaucoup contribué à réaliser la cohésion de l'ensemble des enseignants des Facultés de droit et de ces Facultés elles-mêmes. Ils constituent une référence non seulement pour ceux qui les ont passés avec succès, ou qui s'y sont présentés, mais aussi pour tous ceux qui enseignent à leurs côtés. En exigeant de solides connaissances sur les matières fondamentales ils ont évité la spécialisation excessive et l'émiettement des enseignements, si fréquent dans d'autres disciplines. Nationaux, ils ont aussi permis d'éviter dans une large mesure le localisme et l'esprit de clan. Ils ont enfin selon une expression parfaitement bien choisie,

20. On peut parler d'une véritable et effective inamovibilité : A. Mestre, « Les statuts des universitaires », *AJDA*, 1979, p. 21 ; Y. Gaudemet, « L'indépendance des professeurs d'université, principe commun des droits constitutionnels européens », *D.* 1984, Chron., p. 125-128. Sur le pouvoir disciplinaire : A. Paysant, « Le régime disciplinaire du personnel de l'enseignement supérieur », *AJDA*, 1966, p. 287 ; G. Vedel, « Réflexions sur la justice universitaire », *Mélanges offerts à M. le Doyen Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p. 559 et s. Parmi les libertés dont jouissent les universitaires, il convient de citer au premier rang la liberté d'expression. Sur cette question essentielle, même si elle ne concerne pas les seuls professeurs de droit : O. Gohin, « La liberté d'expression dans l'enseignement supérieur : le cas des universitaires », *Politeia*, 2006, n° 10, p. 125 et s. ; G. Drago, « La liberté de critique universitaire », in *La liberté de critique*, Litec, 2006, p. 65 et s. ; C. Moniolle, « Indépendance et liberté d'expression des enseignants-chercheurs », *AJDA*, 2001, n° 3, p. 226 et s. Sur les divers aspects d'un contentieux récent : C.E., Ord. 14 mars 2005, *B. Gollnisch*, *AJDA*, 2005-29, p. 1632 et s., n L. Burgogne-Larsen ; C.E., 26 octobre 2005, *M. Gollnisch* (2 espèces), *RFDA*, 2005-5, p. 1223.

constitué des « accélérateurs de carrière » permettant aux juristes d'accéder très tôt au statut de professeur²¹. On en retient souvent seulement l'intérêt que cela représente pour les carrières individuelles. On oublie trop les incidences considérables que cela peut avoir sur la psychologie individuelle et collective des agrégés ainsi que sur la gestion des Facultés de droit. Dès lors qu'il était agrégé le jeune docteur en droit était professeur. Il devenait ainsi l'égal, le « pair » de ses anciens professeurs, y compris de son directeur de thèse ... Sans doute restait-il à gravir quelques échelons dans le grade de professeur. Le respect de l'ancienneté et une certaine déférence pouvaient se manifester dans un milieu que l'on qualifie, trop facilement, de conservateur. L'essentiel réside dans le fait que le jeune professeur se trouvait immédiatement dans une société d'égaux au sein de laquelle sa voix aurait la même valeur que celle de ses aînés dont il ne dépendait plus dans le déroulement de sa carrière. Alors qu'il existe, dans d'autres disciplines, de complexes féodalités avec des liens tout aussi complexes de vassalité, l'esprit d'indépendance et de liberté a fortement marqué les Facultés de droit. On a parfois reproché à ce système de ne plus stimuler ceux dont la carrière ressemblait trop à « un long fleuve tranquille ». Cette objection est tout à fait compréhensible dans son principe. Elle ne semble guère étayée dans la réalité. Les Facultés de droit ont été plus dynamiques que d'autres. Elles se sont globalement bien adaptées aux évolutions rapides de la matière et les professeurs de droit, individuellement, ont, dans la très grande majorité des cas, su associer des qualités d'enseignants et de chercheurs. La recherche juridique a toujours alimenté les enseignements. Sans doute pourrait-on citer des exceptions, mais elles ne paraissent pas plus nombreuses, bien au contraire, que dans les autres disciplines²².

Il convient d'aller plus loin dans la réflexion relative à la motivation des individus et des moyens de les stimuler. Dans les Universités, comme dans toutes les entreprises à caractère intellectuel, il est difficile de concilier les incitations avec l'esprit de liberté. On a parfois recours à des systèmes extrêmement hiérarchisés supposant, pour qu'une carrière soit réussie, que l'on grave un à un tous les échelons. Les « démocraties socialistes », mais également d'autres régimes autoritaires, l'ont largement utilisé parce qu'il favorise la multiplication des contrôles et la soumission des individus. Il entraîne aussi,

21. D. Truchet, « À propos du concours d'agrégation et de sa préparation », *Droits*, n° 22, 1995, p. 175 et s.

22. J.-M. Carbasse, « Professeurs à la Faculté de droit, hier et aujourd'hui », in *De l'école de droit à la Faculté de droit de Grenoble (1806-2006)*, PUG, 2007, p. 213-225.

indirectement, une sclérose et une inadaptation de l'institution. Celle-ci finit, en effet, par fonctionner en référence aux intérêts de ses membres, dont on veut récompenser la docilité, et non de ses finalités. Dans certaines disciplines de l'Université française, les créations de centres de recherche, de cours, d'emplois se font plus, sous des pressions syndicales, en fonction des nécessités de carrière, que par rapport aux besoins. Tel n'a guère été le cas dans les Facultés de droit.

Une autre menace, de plus en plus répandue dans les démocraties contemporaines, provient de l'influence d'une idéologie libérale, interprétée de façon « fondamentaliste », dont on déduit que les Universités doivent être mises en concurrence et gérées comme des entreprises. Les recrutements, les carrières pourraient suivre la même logique, avancement et rémunérations récompensant des performances. Il n'est pas du tout certain que cette logique permette de satisfaire tous les besoins de formation et notamment ceux qui se situent hors du marché, parce qu'ils correspondent à ceux de l'État par exemple. Les Facultés de droit sont largement concernées par ce type de formation et il est indispensable qu'elles continuent à les assurer dans les meilleures conditions.

Aussi, avant de les contraindre à poursuivre leur transformation, plus du fait des pressions extérieures venant de l'Administration centrale, des conseils d'administration et des présidents d'Universités, que de leurs propres choix, il ne serait pas inutile, et il eût été préférable de l'avoir fait plus tôt, de s'interroger sur ce qu'elles ont été et ce qu'elles ont pu signifier. Dans le modèle de la III^e République, ce sont, sans doute, elles qui ont le plus constitué ces petites sociétés intellectuelles composées d'individus libres et égaux en droit. C'est peut-être aussi parce que ces sociétés réduites n'étaient pas si éloignées des sociétés utopiques conçues au XVIII^e siècle, que les règles écrites étaient si peu nombreuses, laissant une place importante aux pratiques, comportements ou traditions. Ces sociétés peuvent également faire penser aux sociétés monarchiques dont les membres émissaient, parmi eux, leurs supérieurs. Il serait plaisant d'imaginer que la III^e République laïque avait conçu l'organisation des Facultés en mêlant traditions religieuses et utopistes aux principes de 1789.

Quoi qu'il en soit la référence à quelques principes simples, que l'on trouve dans la Déclaration de 1789 a servi, effectivement, de fondement à la vie de l'institution. Les professeurs ont été choisis parmi les citoyens « également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leur mérite et de leurs talents ». La procédure du concours a permis

de garantir un recrutement fondé sur la qualification des intéressés, à l'exclusion de toute prise en considération d'éléments idéologiques ou politiques. Une fois « nés » professeurs, ces derniers étaient libres et égaux en droits, se soumettant à la volonté générale du groupe à la formation de laquelle ils avaient le droit de concourir personnellement. Dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, « la libre communication des pensées et des opinions » apparaissait réellement comme un de leurs « droits les plus précieux », sauf à répondre de son « abus » dans les cas déterminés par la loi, c'est à dire par le droit commun valable pour l'ensemble des citoyens. Il leur suffisait de ne nuire ni à autrui, leurs pairs et leurs étudiants, ni à la société. L'intervention, peu probable, des juridictions répressives leur permettait de disposer des droits de tout citoyen. Les procédures disciplinaires, faisant intervenir leurs pairs, les mettaient à l'abri du pouvoir politique. La III^e République a eu ses mérites et ses faiblesses. Elle a, notamment en matière universitaire, mis en œuvre un programme libéral qui était sous-jacent à la société française depuis le XVIII^e siècle et qui puisait ses sources beaucoup plus loin.

L'organisation des Universités et des Facultés a constitué l'une de ses plus grandes réussites. Elle a su ne pas s'opposer à l'apport de l'histoire, y compris celle de la Monarchie et de l'Église, et traduire concrètement les aspirations les plus idéalistes du XVIII^e siècle, telles qu'elles s'étaient exprimées dans la Déclaration de 1789. Elle a su, enfin, dans le cadre de principes simples et clairs, laisser la place aux traditions et aux comportements. On peut constater, ici, le poids que peuvent avoir de telles traditions comme garanties de la liberté individuelle. En l'espèce, il conviendrait, sans doute, de se demander, aussi, ce qui correspond à la notion de tradition et ce qui relève plutôt de l'idée de coutume. La répétition de précédents, dont on considère qu'ils correspondent à une obligation en droit, a joué un rôle non négligeable dans la vie universitaire.

Pour des raisons qui restent encore à éclaircir et à expliquer, la III^e République a manifesté en l'occurrence une grande confiance dans la liberté humaine et la régulation de sociétés particulières. Les Facultés de droit doivent probablement cette heure de gloire à des facteurs variés. Les poids politique et culturel de la France n'y sont sûrement pas étrangers. Les juristes du monde entier sont instinctivement attirés par le droit de la plus grande puissance du moment, dont l'intérêt pratique n'est pas négligeable, et qui est supposé lui avoir donné cet avantage, alors que cette dernière affirmation est très loin de se vérifier systématiquement. En tout cas, sous la III^e République,

les Facultés de droit ont largement contribué au prestige d'un modèle politique et social mais aussi d'une culture. De très nombreux étudiants, de pays fort variés, dont beaucoup se situaient hors de l'aire francophone ou de la zone traditionnelle d'influence de la France, ont fréquenté ses Facultés de droit, y ont soutenu des thèses, et devenus chez eux des diffuseurs d'idées ou des décideurs, ont été les meilleurs ambassadeurs de notre pays. Les droits de l'homme, le code civil, le droit administratif ont été des objets d'exportation. Ils le devaient, certainement, à leurs qualités intrinsèques et aux talents du constituant, du législateur et des juridictions mais aussi et surtout à la façon dont ils ont été présentés et commentés dans les cours, les traités et les revues... Jouissant de la stabilité politique du pays, mais aussi de celle des institutions universitaires, les professeurs ont pu pleinement se consacrer à ce qui est l'essence même de leur métier : l'enseignement et la recherche. Les grandes constructions doctrinales, toujours citées, sont là pour le prouver. Elles doivent, entre autre, beaucoup aux vacances universitaires...²³.

On peut donc affirmer, non sans arguments, que l'« utopie universitaire », conçue sous la III^e République, a constitué une très grande réussite. Elle avait, de surcroît, montré qu'une société fondée sur les principes de 1789 était envisageable. Or, si ce cadre constitutionnel, qui a duré sous la IV^e République puis au début de la Cinquième, a été profondément remis en cause à partir de 1968, c'est pour des raisons dont il n'était pas en lui-même responsable. Entre autres, on pouvait difficilement admettre une augmentation considérable et incontrôlée du nombre des étudiants, sans réfléchir profondément aux finalités, à l'organisation et au fonctionnement de l'enseignement supérieur dans son ensemble. Or, absolument rien de tel ne s'est produit. Les Facultés de droit ont été contraintes d'accueillir tous les étudiants qui s'y inscrivaient, quitte à se voir reprocher à la fois le pourcentage d'échecs et la dévalorisation des diplômes. Dans le monde universitaire, seules les Facultés de médecine ou les Instituts universitaires de Technologie se sont vu reconnaître la possibilité

23. À l'époque contemporaine, les Facultés de droit ont été incitées à s'ouvrir aux interventions extérieures, ce qui est tout à fait positif en soi. Des universitaires étrangers y interviennent, en qualité d'invités, et des spécialistes, dont de nombreux hauts fonctionnaires et magistrats (judiciaires et administratifs), comme professeurs ou maîtres de conférences associés. Ils y effectuent la part la plus intéressante du travail universitaire, à savoir des enseignements de haut niveau. En revanche, les professeurs et maîtres de conférences n'ont plus guère, eux, l'occasion de faire profiter la société de leurs compétences, en partie parce que trop de fonctions sont de fait réservées aux membres des « grands corps de l'État » issus de l'ENA. Voir F. Melleray, « Sur une exception française », *AJDA*, 2007, p. 553.

de sélectionner leurs étudiants selon des modalités plus ou moins bien adaptées. Quant aux autres filières, les « écoles », grandes, moyennes ou petites, indépendamment d'une meilleure adaptation du contenu de leurs enseignements ou de leurs méthodes, elles ont bénéficié du prestige lié à leur recrutement sélectif associé automatiquement à l'idée de qualité. On a abouti à valoriser de très nombreuses formations, jadis médiocres, à vocation professionnelle ou pratique, au détriment des formations théoriques. Les Universités n'ont pu que suivre et s'adapter plus ou moins à des évolutions qu'elles n'avaient pas les moyens de maîtriser.

Il faut fortement mettre en relief que, depuis quarante ans, les pouvoirs publics nationaux n'ont rien maîtrisé non plus. Aucune politique universitaire durable et réfléchie n'a été conçue. Globalement, une idéologie de gauche a dominé, à cause du poids des organisations syndicales les plus structurées et les plus actives, tant enseignantes qu'étudiantes. Leurs revendications ont été mises en œuvre de façon continue, aussi bien par des gouvernements de « droite », par résignation et par peur des désordres, que par des gouvernements de « gauche » de façon plus systématique mais pas nécessairement consensuelle²⁴. Progressivement, on s'est orienté vers une « secondarisation » des Universités et l'on pourrait faire un parallèle entre l'évolution qu'elles ont connue et celle qu'ont connue, depuis plus longtemps, les établissements de l'enseignement secondaire (Enseignement de masse, manque de prestige, multiplication des recrutements divers, égalité formelle.). En revanche, ces évolutions n'ont pas été véritablement voulues et encore moins n'ont été justifiées par une critique rationnelle et argumentée du modèle de la III^e République. Ce dernier aurait pu subsister si, comme aux États-Unis et au Royaume-Uni, on avait laissé aux Universités la formation la plus élitiste en organisant d'autres filières pour répondre aux nouveaux besoins. En l'état actuel, l'autonomie proclamée ne peut être qu'une fausse autonomie et ne sera guère de nature à conforter l'indépendance des acteurs.

24. Par exemple, l'une des plus fortes dégradations du statut des Facultés de droit et de leurs professeurs s'est produite en 1984, avec la loi Savary, sous la présidence de F. Mitterrand, contre le vœu, semble-t-il du président de la République, régulièrement exprimé. Ce dernier ne voulait ni de la création d'un corps unique, ni de la suppression de l'agrégation, pas plus que de la remise en cause des obligations de service, « les trois heures ». Sur tous ces points, les propos cités par J. Attali (*Verbatim*, t. I, 1981-1986, Fayard, 1993) sont sans ambiguïtés. Pour des références plus précises : Jean Morange, « La liberté du professeur des Faculté de droit », *RDP*, 2008-1, p. 66 et s.

2) Une indépendance fragile

Paradoxalement, l'indépendance des universitaires en général et celle des professeurs de droit en particulier semble, non sans raisons, moins bien assurée depuis qu'elle a acquis valeur constitutionnelle, qu'auparavant. Le respect des traditions serait-il un meilleur garant de la liberté que celui des droits de l'homme proclamés par la Constitution, donnant ainsi raison, plus de deux siècles plus tard, au courant dit « traditionnaliste » ? Il convient au moins de poser sérieusement la question.

Dans sa célèbre décision du 20 janvier 1984 (*Libertés universitaires*), le Conseil constitutionnel a estimé que l'ensemble des enseignants devaient bénéficier de certaines garanties : « L'abrogation totale de la loi d'orientation du 12 novembre 1968, dont certaines dispositions donnaient aux enseignants des garanties conformes aux exigences constitutionnelles qui n'ont pas été remplacées dans la présente loi (celle de 1984) par des garanties équivalentes, n'est pas conforme à la Constitution » (§ 42). Il en va ainsi du dernier alinéa de l'article 68 qui, de façon superfétatoire, abrogeait celles de l'ancienne loi. Le problème est que ni le Conseil, ni le législateur, ultérieurement, n'ont indiqué quelles étaient ces dispositions, ni quelles étaient ces garanties indispensables²⁵. Tel est peut-être le point de départ de beaucoup d'ambiguïtés... Le Conseil a été, en revanche, beaucoup plus clair s'agissant du principe d'indépendance : « En ce qui concerne les professeurs auxquels l'article 55 de la loi confie des responsabilités particulières, la garantie de l'indépendance résulte en outre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et notamment par les dispositions relatives à la réglementation des incompatibilités entre le mandat parlementaire et les fonctions publiques » (§ 11). En l'espèce, le Conseil en tire une conséquence immédiate : la mise en place d'un collège électoral unique au niveau des Universités est non conforme au principe constitutionnel d'indépendance. Le raisonnement mérite d'être intégralement rappelé : « 25. – Considérant qu'il est constant que, en raison de la disproportion numérique existant entre les corps des professeurs et celui des autres corps d'enseignants-chercheurs, l'indépendance des professeurs serait menacée à divers points de vue par le système ainsi institué ; que, notamment le libre exercice des responsabilités particulières qui leur

25. Y. Gaudemet, « Les bases constitutionnelles du droit universitaire », *RDP*, 2008-3, p. 680-700.

sont attribuées par l'article 55, avant-dernier alinéa, en ce qui concerne la préparation des programmes, l'orientation des étudiants et la coordination des équipes pédagogiques et par leur participation obligatoire aux décisions individuelles concernant la carrière des autres enseignants-chercheurs prévue par l'article 56, al. 2, serait altérée par l'existence d'un collège électoral unique ; que cette indépendance serait d'autant plus atteinte que du fait qu'au sein de la juridiction disciplinaire prévue par l'article 29 de la loi, les professeurs devant composer la formation chargée de juger les professeurs seraient désignés par l'ensemble des représentants des enseignants-chercheurs eux-mêmes élus par l'ensemble des enseignants-chercheurs toutes catégories confondues, sans que, parmi leurs juges, les professeurs puissent compter des représentants émanant de leur propre vote ; 26. – Considérant, d'autre part, que l'indépendance des enseignants-chercheurs autres que les professeurs et la sincérité de leur suffrage risqueraient elles-mêmes, compte tenu des articles 55, avant-dernier alinéa et 56, al. 2, sus-rappelés, d'être mise en cause dans le cadre d'un collège électoral unique ; 27. – Considérant que l'indépendance des professeurs comme celle des enseignants-chercheurs ayant une autre qualité suppose, pour chacun de ces deux ensembles, une représentation propre et authentique dans les conseils de la communauté universitaire ; 28. – Considérant, dès lors, sans qu'il soit besoin d'examiner la portée que pourrait avoir un « principe de représentation de caractère général, l'alinéa 2 de l'article 39 et l'alinéa 2 de l'article 29 ne sont pas conformes à la Constitution ».

La décision de 1984 a incontestablement eu le mérite de rappeler l'exigence d'indépendance des universitaires en général. Celle des professeurs, qui se voit reconnaître une valeur constitutionnelle, est, elle-même, garante de celle des autres catégories d'enseignants, un peu comme l'indépendance des membres du Conseil d'État l'est de celle de l'ensemble des magistrats administratifs. Elle ne constitue pas un privilège, mais la garantie d'une qualité de l'enseignement et de la recherche conforme, sur le long terme, à l'intérêt général et à l'abri de choix politiques ou partisans. Le Conseil a donc affirmé un principe dont il a fait une application concrète. Mais, et c'est la faiblesse de la décision, il n'a pas été plus loin. Par exemple, s'il a condamné la mise en place d'un collège électoral regroupant toutes les catégories d'« enseignants-chercheurs », il ne s'est pas opposé à l'existence de collèges interdisciplinaires au niveau de chaque catégorie d'enseignants alors qu'elle peut entraîner la sous-représentation manifeste

d'une discipline comme celle des juristes. Il n'a pas, comme il le dit lui-même, éprouvé le besoin d'examiner la portée que pourrait avoir un « principe de représentation » de portée générale, allant plus loin dans la recherche de ce que doit être une « représentation propre et authentique » dans les conseils de la communauté universitaire.

On peut le déplorer, d'autant plus que le Conseil a eu peu d'occasions de réexaminer la portée du principe d'indépendance. Il a cependant pu rappeler que « le statut des établissements d'enseignement supérieur ne saurait limiter le droit à la libre communication des pensées et des opinions garanti par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que dans la seule mesure des exigences du service public en cause ; que par leur nature, les fonctions d'enseignement et de recherche exigent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des enseignants-chercheurs soient garanties ; qu'en ce qui concerne les professeurs, la garantie de l'indépendance résulte en outre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République »²⁶.

Cette rareté des décisions du Conseil constitutionnel ne tient, hélas, pas à la rareté des atteintes possibles au principe d'indépendance, mais plutôt, à la rareté regrettable des interventions du législateur en la matière. Il serait, en effet, dans la logique même de l'existence d'un principe constitutionnel d'indépendance que les modalités de mise en œuvre et de garantie de celui-ci soient déterminées par le Parlement. Tel n'est pas, effectivement, le cas. Quant aux lois qui ont sérieusement modifié directement ou indirectement les principes, elles n'ont pas toutes été déférées au Conseil. C'est notamment vrai des plus importantes, de celles qui ont le plus bouleversé l'organisation universitaire, mise à part la loi de 1984. C'est ainsi que la loi de 1968 a été adoptée à une époque où le Conseil n'effectuait pas encore un véritable contrôle de constitutionnalité. En tout état de cause, votée à la quasi-unanimité, elle ne lui aurait pas été déférée. Il en a été de même de la loi de 2007, présentée comme la première et plus grande loi de réforme du nouveau président, élu quelques semaines auparavant. Elle n'a été votée qu'à la majorité et avait suscité des critiques apparemment vigoureuses de la part de l'opposition socialiste. La non-saisine du Conseil constitutionnel tendrait à prouver que cette dernière n'était pas tout à fait hostile à la loi, ce qui n'a rien de véritablement surprenant puisque celle-ci se situe dans le prolonge-

26. Décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993 relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, *LPA*, 4 mars 1994, n° 27, p. 4, n. M. Verpeaux.

ment direct, à la fois de la loi de 1984 et, dans plusieurs de ses aspects majeurs, de propositions faites par des organisations proches des socialistes. Cette absence de saisine est très fâcheuse. Certaines dispositions de la loi de 2007 étaient, et restent, d'une constitutionnalité douteuse. D'autres auraient pu donner lieu à des réserves d'interprétation qui auraient pu stimuler une jurisprudence administrative terne et peu audacieuse.

Le Conseil d'État avait, pourtant, les moyens de donner une substance au principe d'indépendance des universitaires. Il avait commencé à le faire dans un arrêt prometteur rendu, il faut le remarquer, quelques années après l'entrée en vigueur de la loi de 1968 et bien avant la décision du Conseil constitutionnel. Dans ses conclusions sur cet arrêt de section du 5 avril 1974²⁷, le commissaire du gouvernement, Jacques Théry, estimait que, d'une façon générale, « aucun agent public ne doit dans son recrutement ou dans sa carrière être placé sous la dépendance des usagers du service public auquel il appartient » ou, de façon plus spécifique, qu'aucun maître ne doit être placé dans les mêmes hypothèses sous la dépendance de ses élèves ou étudiants. Plutôt que de proposer un nouveau principe général du droit, il préférait se placer sur le terrain de la compétence et « conclure en conséquence qu'une novation d'une telle importance touchant à des matières de l'article 34 de la Constitution ne pouvait être décidée que par le législateur ». Il a été suivi par la formation de jugement. Mais, en outre, son argumentation mérite d'être rappelée : « C'est l'esprit même du service public qui risque de se trouver compromis si l'agent public, par intérêt de carrière, juge opportun de plaire, de rechercher la popularité, voire de se constituer, face au pouvoir dont il dépend, une clientèle ». L'exposé des motifs du projet de loi d'orientation, cité dans les conclusions, allait dans le même sens en définissant « les fonctions qui échappent à la participation, soit parce qu'elles sont de la compétence exclusive des enseignants, ainsi en est-il de la vérification des connaissances, soit parce qu'il convient de préserver les principes essentiels de la vie de l'Université, ainsi la nécessaire indépendance des enseignants commande-t-elle que leur recrutement, leur carrière et la répartition de leurs enseignements soient confiés à eux seuls ».

Les conclusions montrent très clairement que le commissaire du gouvernement avait parfaitement discerné les difficultés. D'une part, il revient au seul législateur d'intervenir lorsque des principes fonda-

27. *Sieur Leroy* (AJDA, 1974, p. 441).

mentaux sont en cause et, d'autre part, l'état d'esprit des agents publics en général est autant à prendre en considération que leur statut *stricto sensu*. Il est certain que l'indépendance des universitaires suppose, pour reprendre la célèbre formulation de Montesquieu, « une tranquillité d'esprit », le sentiment d'être indépendant et de ne pas avoir à se comporter en « courtisan » vis-à-vis de qui que ce soit. Tout ceci aurait pu orienter la jurisprudence ultérieure. Or, fâcheusement, cette dernière a adopté une conception restrictive, purement formelle, de l'indépendance, tout en admettant une compétence très élargie du pouvoir réglementaire.

Dans un long arrêt du 2 mars 1988, *Fédération nationale des syndicats autonomes de l'enseignement supérieur et de la recherche*, le Conseil d'État estimait « que les dispositions relatives aux professeurs d'Université contenues dans la loi du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur et destinées, notamment, à mettre en œuvre les garanties d'indépendance reconnue à ces agents par les lois de la République, n'ont eu ni pour objet ni pour effet de donner au législateur compétence pour fixer leur statut particulier »²⁸. Dans le même arrêt, le Conseil considère « que [...] la suppression du concours d'agrégation de pharmacie est une mesure d'ordre statutaire, qui ne porte pas, par elle-même, atteinte à l'indépendance des professeurs et que le gouvernement a pu prendre par décret en Conseil d'État »²⁹. Toujours dans le même arrêt du 2 mars 1988, le Conseil affirme « qu'aucune disposition législative ni aucun principe général n'ont donné aux seuls professeurs la "compétence exclusive" pour effectuer la répartition des enseignements ; que les requérants ne sont pas fondés à soutenir que la participation des maîtres de conférences à cette opération [...], d'ailleurs déjà prévue par l'article 33 de la loi précitée, porterait atteinte à leur indépendance »³⁰.

28. C.E., 2 mars 1988, *Rec.* 94.

29. Quelques années plus tard, il estime, dans un arrêt du 9 février 1996, *M. A. Pouille* (Req. 111 807), « qu'aucune disposition législative ni aucun principe ne limite la proportion des recrutements respectivement assurés par chacun des concours prévus par les dispositions législatives précitées ; que rien ne s'oppose à ce qu'un candidat puisse se présenter à la fois à un concours interne et à un concours externe s'il remplit les conditions exigées dans chaque cas [...], que les modalités du déroulement de l'épreuve ne sont pas des règles de caractère statutaire et peuvent, dans le cadre de l'habilitation donnée par le décret, être fixées par arrêté ministériel ».

30. Le Conseil d'État donne une portée surprenante, à l'article 33 de la loi de 1968, pourtant abrogé en 1984 à l'exception des garanties d'indépendance qu'elle conférait. Cet article précisait que les professeurs, maîtres de conférences et maîtres assistants avaient « compétence exclusive » pour effectuer la répartition des fonctions d'enseignements et des activités de recherche au sein d'un même établissement ». Il s'agissait de les mettre à l'abri de décisions prises par les étudiants ou les personnalités extérieures et non de les

Dans la même « logique », ni le principe d'indépendance, ni les dispositions législatives qui l'expriment « ne font obstacle à ce que l'organisation des commissions de spécialistes appelées à se prononcer sur les mesures individuelles relatives aux professeurs des universités, aux maîtres de conférences, aux maîtres assistants, aux chefs de travaux et aux assistants soit fixée par voie réglementaire » dès lors que l'examen des questions individuelles relève des membres d'un rang au moins égal à celui postulé ou détenu par l'intéressé. Peu importe au regard du (ou des) principe(s) que le chef d'établissements puisse désigner jusqu'à 70 % de l'effectif de ces commissions parmi des membres élus appartenant à des commissions de spécialistes d'autres établissements³¹. Un décret peut permettre l'accès aux corps des maîtres de conférences ou des professeurs selon des procédures « qui ne comportent pas la reconnaissance de cette qualification par une instance nationale », y compris si les candidats ne possèdent pas le titre de docteur. De même, les propositions d'avancement peuvent être décidées, pour partie, au sein de chaque établissement et échapper au Conseil national des Universités³². Le ministre de l'éducation

faire dépendre de ceux d'une vaste assemblée générale de toutes catégories et disciplines confondues ! Cette solution est pourtant confirmée le 26 avril 1993 dans un arrêt *M. Roche* (Req. 75593) : « la participation des maîtres de conférences ou d'autres enseignants chercheurs n'appartenant pas au corps des professeurs des universités au conseil d'administration siégeant en formation restreinte qui a proposé le service d'enseignement de M. Roche, professeur des universités, au président de l'université de Caen, n'a pas porté atteinte au principe d'indépendance des professeurs des universités ».

31. C.E., 12 décembre 1994, (Req. 135 553), *Syndicat autonome du personnel enseignant des services juridiques, politiques, économiques et de gestion des Universités*.

32. C.E., 12 décembre 1994, *MM Cottereau, Ghozi et al.* (Req. 135 460, 135 530). Le raisonnement du Conseil d'État est tellement surprenant sur ce point qu'il convient de le citer intégralement : « Considérant en premier lieu, qu'en prévoyant que les propositions d'avancement de la seconde à la première classe des maîtres de conférences et des professeurs pourraient être décidés pour partie au sein de chaque établissement, les dispositions attaquées n'ont pas méconnu la règle posée par l'article 56 de la loi du 26 janvier 1984 selon laquelle la qualification des enseignants-chercheurs est reconnue par une instance nationale, dès lors que l'avancement à la première classe du corps des maîtres de conférences ou des professeurs n'implique pas une appréciation de leur qualification distincte de celle qui est faite, le cas échéant, lors de l'accès au corps concerné ; qu'elles ne portent pas davantage une atteinte illégale au principe d'égalité entre agents d'un même corps, dès lors qu'elles sont motivées par l'intérêt du service et que sont fixés des seuils d'effectifs au-delà desquels les propositions d'avancement sont formulées au niveau national par le conseil national des universités ; que les seuils retenus en l'espèce, respectivement de trente agents pour les professeurs et cinquante agents pour les maîtres de conférence, sont de nature à permettre le respect du principe d'égalité dans le cas où une partie des propositions d'avancement est établie au niveau de l'établissement ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'application des règles relatives à la répartition des propositions d'avancement entre les établissements et le conseil national des universités ait pour effet de priver les professeurs affectés dans certains établissements de toute possibilité concrète d'avancement ».

nationale tenait, des dispositions de la loi de 1984, compétence pour prévoir par arrêté la faculté pour les conseils d'administration des Universités d'établir une procédure d'évaluation des enseignements, car celle-ci « ne comporte aucune incidence sur les prérogatives ou la carrière des enseignants ; qu'ainsi cet arrêté ne saurait être regardé comme portant par lui-même atteinte au principe d'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur »³³. Dans un arrêt du 20 mars 2000, il admet aussi la légalité de l'arrêté ministériel relatif à la charte des thèses car elle « ne contient aucune disposition qui imposerait de nouvelles obligations de caractère statutaire aux enseignants-chercheurs ». Le recours prévu à un médiateur, en cas de conflit, n'ayant pas un caractère obligatoire, la consultation du doctorant sur la composition du jury ne pouvant s'imposer, il n'y a pas d'atteinte au principe d'indépendance des enseignants-chercheurs³⁴. L'encadrement des prérogatives traditionnelles des directeurs de thèses n'a pas non plus été jugé attentatoire au principe d'indépendance³⁵.

Il ressort de cette jurisprudence que seule une atteinte directe au principe dégagé par le juge constitutionnel serait illégale. Par exemple, le fait d'inclure « des personnels scientifiques des bibliothèques dans le collège des professeurs [a] privé ces derniers de la représentation propre et authentique nécessaire à l'exercice de leurs responsabilités particulières et a ainsi porté atteinte au principe à valeur constitutionnelle d'indépendance des professeurs d'université »³⁶. Serait très vraisemblablement annulée une disposition réglementaire qui ne respecterait pas, en matière disciplinaire, le principe d'un jugement par les pairs. Mais les hypothèses d'une atteinte au principe d'indépendance sont limitées puisque y échappent les règles relatives aux modalités de recrutement, à la répartition des enseignements, à la composition des commissions de spécialistes, aux avancements, à l'évaluation des enseignements, au rôle des directeurs de thèses... Le Conseil d'État a réduit à peu de chose la portée du principe constitutionnel d'indépendance qui ne garantit plus que la liberté d'un universitaire passablement

33. C.E., 13 mars 1996, *M. Gobin*, *AJDA*, 1996, p. 699, n. J. Mekhantar ; voir également C.E., 29 décembre 1997, *Tranquard et autres*, *Rec.*, 497.

34. *M. Mayer*, *M. Richer*, *AJDA*, 2000, p. 756, n. Y. Jegouzo.

35. C.E., 5 décembre 2007, *M. Jouanjan*, *AJDA*, 2007, p. 2343.

36. C.E., 9 juillet 1997, *M. Picard*, *Rec.*, 294. Un décret du 18 janvier 1985 s'était fondé sur l'article 60 de la loi du 26 janvier 1984 assimilant les personnels scientifiques des bibliothèques aux enseignants-chercheurs pour leur participation aux différents conseils.

désincarné !³⁷. Le contraste est frappant lorsqu'on compare cette indépendance avec celle des magistrats du siège. Le principe constitutionnel est mis en œuvre par des lois organiques nécessairement contrôlées par le juge constitutionnel. Le recrutement, l'avancement, les modalités d'exercice des fonctions sont strictement encadrées et permettent aux magistrats d'échapper aux pressions du pouvoir politique et des usagers. Dans le cadre de ses compétences, le Conseil d'État en a tiré les conséquences, contrairement à ce qu'il a fait pour les universitaires. Un contentieux banal permet de clairement mesurer cette différence de traitement.

Parmi les quelques primes que peuvent se voir attribuer les universitaires, et dont le rapport Schwartz a récemment constaté la modicité, la plus importante est la prime d'encadrement doctoral et de recherche. Le décret du 12 janvier 1990 qui l'instituait avait prévu une procédure d'attribution nationale et centralisée³⁸. Le ministre disposait d'un pouvoir absolument discrétionnaire. Aucune procédure n'étant prévue, celle qui était mise en œuvre était totalement opaque et inconnue des demandeurs. Le ministre prenait une décision non motivée. En cas de refus, un recours était possible toujours auprès du ministre qui statuait, pour attribuer les quelques primes restantes, après un simple avis d'une commission « composée de représentants des enseignants-chercheurs »³⁹. Ayant rappelé que « la garantie de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République », le Conseil d'État ajoute « que cette indépendance impose notamment, sous la seule réserve des prérogatives inhérentes à l'autorité investie du pouvoir de nomination, que, dans le cadre du déroulement de leur carrière, l'appréciation portée sur la qualité scientifique des travaux de ces enseignants ne puisse émaner que d'organismes où les intéressés disposent d'une représentation propre

37. Comment réagirait le Conseil d'État si un décret donnait compétence à un organisme élu par l'ensemble des magistrats de tous ordres pour déterminer les recrutements, les avancements, la répartition des fonctions le concernant ?

38. Désormais, la prime sera attribuée par les présidents d'Université conformément aux critères déterminés par les Conseils d'administration.

39. Article 4 du décret du 12 janvier 1990. Les modalités sont prévues par un arrêté du 7 juin 1990 : la moitié des membres était désignée par le ministre sur proposition des syndicats représentatifs, l'autre moitié étant choisie par lui, parmi les enseignants-chercheurs élus du Conseil National des Universités, du Conseil National de l'Enseignement supérieur et de la recherche ou des commissions de spécialistes. Ce système n'est pas sans rappeler celui des « listes de confiance ». Si l'on se souvient qu'il fut une époque (décret du 24 août 1982) où la désignation des membres du Conseil National des Universités fut opérée par tirage au sort et non par l'élection, doit-on en conclure que le milieu universitaire serait réfractaire à la démocratie électorale ?

et authentique impliquant qu'ils ne puissent être jugés que par leurs pairs ». Or, tel a été le cas en l'espèce puisque la commission a siégé dans une « formation restreinte aux seuls professeurs des Universités ». Peu importe donc, aux yeux du Conseil, que le pouvoir de décision finale appartienne au ministre, dont il convient au passage de noter qu'il n'est pourtant pas « l'autorité investie du pouvoir de nomination », qui est, en l'occurrence, le président de la République... Le ministre « a pu sans erreur de droit se fonder notamment sur des motifs budgétaires pour opérer, après avis de la commission de recours, une sélection entre les candidats à l'attribution de cette prime ». Pour le Conseil, « il ne ressort pas [...] des pièces du dossier que le ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche se soit fondé sur des éléments autres qu'une appréciation portée sur l'activité de M. A. en matière de recherche et de formation à la recherche ou qu'il ait commis une erreur manifeste d'appréciation, en estimant au vu de l'avis formulé par la commission de recours, et compte tenu des crédits disponibles, que le requérant ne pouvait bénéficier de la prime d'encadrement et de recherche au titre de l'année 2005 ».

Dans cet arrêt, qui n'est pas un grand arrêt, et qui n'a d'ailleurs jamais été publié, le Conseil d'État a fait preuve d'un remarquable exercice intellectuel qui permet de vider de son contenu un principe fondamental reconnu par les lois de la République au nom d'un raisonnement qui relèverait plutôt de la logique d'une société de type aristocratique. Ce qui importe, au terme de cet arrêt, c'est que l'on ne puisse être « jugé » que par des personnes de son rang, seules aptes à porter des « appréciations », à partir desquelles le prince ou son ministre prendront une décision en fonction de leur capacité financière. La décision du ministre est régulière dès lors qu'elle n'est pas entachée d'une irrégularité formelle et qu'il n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation presque impossible à prouver. En outre, le recours administratif étant, selon le juge, un préalable obligatoire au recours contentieux, la décision finale s'est substituée à celle prise à l'issue de la première phase au cours de laquelle le ministre a procédé à la répartition de la grande majorité des primes sans être soumis à une quelconque contrainte et qui échappera ainsi à tout contrôle. Quelle est, dans ces conditions, la portée du principe constitutionnel d'indépendance qui permet au prince, au pouvoir politique d'octroyer ou de refuser aux universitaires une prime correspondant à un peu plus de 10 % de leurs revenus annuels, selon son « bon plaisir », à la seule condition, s'ils

font un recours, de consulter quelques uns de leurs « pairs » qu'il aura désignés à cet effet ?⁴⁰

Le contraste est frappant si l'on oppose cette solution à celle qui découle d'un arrêt relatif à la « prime modulable » attribuée « en fonction de la contribution du magistrat au bon fonctionnement de l'institution judiciaire ». Calculée en pourcentage du traitement indiciaire brut, son taux est fixé par le premier président de la Cour d'appel pour chaque magistrat du siège de son ressort. L'un d'entre eux avait, après un recours gracieux, effectué un recours hiérarchique auprès du garde des sceaux. À juste titre, le Conseil d'État rappelle « que ces dispositions qui sont de nature indemnitaire et n'ont, dès lors, pas de caractère statutaire, conduisent les chefs de cours, chargés de fixer le taux individuel de la prime modulable, à porter une appréciation sur la manière de servir des magistrats, que le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire et la nature des fonctions exercées par les magistrats excluent, pour ces derniers, la possibilité d'un recours hiérarchique auprès du garde des sceaux portant sur les décisions relatives à leur manière de servir »⁴¹. Cette jurisprudence, tout à fait justifiée, n'en rend que plus regrettable l'attitude du Conseil d'État lorsqu'il admet que le ministre puisse porter des appréciations sur l'exercice de leurs fonctions par les universitaires. L'absence de garanties effectives qui en découle est particulièrement inquiétante dans le contexte actuel.

Depuis l'adoption de la loi de 2007, l'évaluation des Universités et des universitaires est au centre de nombreux débats et controverses⁴². Il convient peut-être de rappeler quelques principes

40. C.E., 25 mai 2007, *M. Guy A.* (Req. 296 014). Cet arrêt ne fait que confirmer une jurisprudence antérieure. Ainsi, dans un arrêt du 7 juin 2000, *M. Jean-Marie X.* (Req. 209 901), le Conseil estime « que si M. X [...] soutient que la commission n'aurait comporté aucun spécialiste de sciences de l'Antiquité, cette circonstance, à la supposer établie, ne révèle pas par elle-même que la commission n'aurait pas rendu son avis avec l'impartialité requise ». Il y était déjà précisé que la décision ministérielle n'a pas à être motivée car « l'attribution de la prime [...] ne constitue pas un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour obtenir cet avantage ». De même, dans un arrêt du 30 juillet 2003, *M. Jean-Richard YX.* (Req. 246 666), « la circonstance alléguée que la prime d'encadrement doctoral et de recherche aurait été accordée à des enseignants-chercheurs n'ayant en réalité aucune activité de recherche est, à la supposer établie, sans influence sur la légalité de la décision par laquelle la prime d'encadrement doctoral et de recherche a été refusée au requérant ». Tous ces arrêts sont inédits au recueil Lebon.

41. C.E., 10 octobre 2007, *M. J. A.* (Req. 295 455), *AJDA*, 2007-36, p. 1961. Au fond, le Conseil d'État rejette le recours car il ne ressort pas des pièces du dossier que le premier président de la Cour d'appel ait entaché sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation.

42. Le statut des universitaires a fourni la matière à de nombreux rapports officiels. Le dernier en date, le « Rapport de la Commission de réflexion sur l'avenir des personnels

simples. L'évaluation des compétences a toujours été au cœur même de la fonction universitaire : évaluations régulières lors du très long cursus d'études préparatoires à la carrière jusqu'au doctorat ; évaluation lors de toutes les étapes de la carrière depuis les premières, antérieures au doctorat (concernant les allocataires de recherches, moniteurs, attachés d'enseignement et de recherche), jusqu'au recrutement des maîtres de conférences et des professeurs. Pour les juristes, le concours d'agrégation correspond à une évaluation particulièrement complète et minutieuse des capacités à l'enseignement, à la recherche et au travail en équipe. L'évaluation, enfin, conditionne tous les avancements. Ce qui la rendait légitime est le fait qu'elle relevait de commissions de spécialistes ou d'un organe national (actuellement, le Conseil National des Universités), composé de pairs, spécialistes de la discipline de l'intéressé et majoritairement élus ou, dans le cas de l'agrégation, d'un jury qualifié et impartial.

La dégradation de ces principes a commencé avec les promotions partiellement décidées au niveau local. Elle se poursuit avec le rôle croissant de l'administration centrale, de la direction générale de l'enseignement supérieur, de ses « experts » et de l'AERES (Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur) dont la légitimité est incertaine, d'une part, et avec la volonté affichée de donner aux présidents des Universités un rôle déterminant dans le recrutement, les avancements, la modulation des services et l'octroi des primes ou des congés pour recherche ou conversion thématique, après de simples avis de conseils, d'autre part ⁴³.

Non seulement ces orientations sont incompatibles avec toute la tradition d'indépendance des universitaires, que l'on fait souvent remonter à la suppression de l'inspection sous la III^e République, mais rien ne prouve par ailleurs son efficacité. La justice judiciaire fait l'objet de multiples évaluations internes. Les enseignements primaires et secondaires et ceux qui y exercent sont inspectés, évalués et contrôlés par l'administration centrale. Dans les deux cas, le résultat n'apparaît guère pleinement satisfaisant !

de l'Enseignement supérieur» (Rapport de M. Rémy Schwartz, 2008) fait référence à certains rapports précédents (Belloc, Espéret). Il a noté la faiblesse des rémunérations des universitaires et notamment des primes. Il semble que le ministère ait surtout retenu les possibles modulations de services proposées, en oubliant les garanties qui y étaient prévues (intervention du CNU).

43. Projet de décret du 6 janvier 2009 modifiant le décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences et portant diverses dispositions relatives aux enseignants-chercheurs.

Il ne s'agit pas, comme l'ont rappelé des universitaires de tous bords, de rejeter le principe d'évaluation mais de faire en sorte qu'il soit mis en œuvre de façon compatible avec le respect de la liberté et de l'indépendance des universitaires. La procédure doit être transparente et contradictoire. La décision ne peut être prise que par un organe qualifié, composé de spécialistes qui, selon la tradition, doit être majoritairement élu, ce qui lui confère une légitimité reconnue et assure la responsabilité de ses membres. Dans la mesure où il s'agit de choisir des personnes dont la qualification et l'honnêteté doivent être admises par l'ensemble de la communauté universitaire, le scrutin uninominal ou le scrutin de liste assorti d'un recours possible au panachage devrait s'imposer.

En outre, il convient d'être réaliste. Une véritable évaluation, effectuée avec sérieux, prend du temps. Elle ne peut être réalisée qu'à l'occasion de certaines étapes de la carrière, ce qui est déjà largement le cas. Une fréquence trop rapprochée, par exemple tous les quatre ans, comme cela est actuellement proposé, risque d'avoir des effets pervers variés. Réalisée trop superficiellement ou par des « experts » peu qualifiés ou à la légitimité non reconnue, l'évaluation peut développer des sentiments d'injustice et de rejet. Mais, même si ce n'est pas le cas, elle ne permet pas nécessairement de disposer d'un recul suffisant pour apprécier un travail universitaire mené sur le long terme. Elle inciterait à délaisser les investissements dans un travail de recherche difficile et à long terme, pour des travaux plus superficiels, plus rapidement menés ou plus en phase avec les modes. Certains grands travaux universitaires n'auraient peut être jamais vu le jour dans de telles conditions.

Les projets actuels sont d'autant plus préoccupants qu'ils ont un objectif d'évaluation plus globale : recherche, mais aussi enseignements et autres activités d'animation ou d'administration. On ne voit guère au moyen de quels critères objectifs et indiscutables tous ces éléments divers pourraient être évalués et, par qui. Il faut peut-être admettre que le temps réel de travail d'un universitaire, du début à la fin de sa carrière, est quasiment impossible à évaluer. Il ne faut pas non plus exclure qu'il est très fréquemment bien supérieur à la durée annuelle légale du travail et englobe beaucoup d'heures supplémentaires non rétribuées. En fixant très bas les obligations statutaires, la III^e République avait fait preuve d'une sagesse raisonnable en misant sur la confiance faite aux individus. Il n'est pas du tout avéré qu'une méfiance systématique soit plus productive. Quant à l'alourdissement constant et régulier des charges, il y a tout lieu de craindre qu'il ne se

réalise au détriment de la qualité des prestations universitaires. Nul ne peut nier que, dans ce domaine comme dans beaucoup d'autres, la qualité est inversement proportionnelle à la quantité ⁴⁴.

Plus on multipliera les contraintes, plus on risque d'être confronté à une dégradation de la qualité des enseignements et des recherches. Les prestations imposées le seront au détriment de celles qui échappent à tout contrôle (acquisition et mise à jour des connaissances, encadrement et écoute des étudiants, par exemple). Il est un certain nombre de réflexions que peut faire tout universitaire au bout d'un certain temps de carrière, en toute honnêteté, mais sans beaucoup d'espoir d'être cru sur parole. Le temps de préparation d'une heure de cours peut varier de 1 à 10 et probablement plus encore en fonction du niveau du cours mais aussi de l'apport original qu'on y intègre. Un article d'un nombre de pages déterminées suppose un temps de travail tout aussi variable selon le temps de réflexion qui l'a précédé. Il en va de même des directions de mémoires, thèses et de tous les autres travaux universitaires. Le travail de réflexion ne s'effectue pas seulement, et peut-être pas principalement, dans un bureau, surtout si celui-ci n'est pas isolé et calme. Il peut occuper l'intégralité, ou presque, de la vie quotidienne et parfois les périodes de sommeil... Cette expérience a été vécue par tous ceux qui ont essayé de faire leur travail le mieux possible. Mais elle échappe à tout contrôle et à toute vérification comptable. En dernier ressort, elle ne relève que de la conscience individuelle.

La multiplication des contraintes ou, en l'état actuel, leur simple maintien, entraîne automatiquement une multiplication et un renforcement des structures de contrôle tant au niveau national que local. Dans le premier cas, on va à l'encontre du principe de l'autonomie des Universités en contrôlant leurs objectifs (contrats d'établissements), les conditions de délivrance de leurs diplômes, leurs centres de recherches, leurs chercheurs. On développe alors une bureaucratie

44. Il y a peu de professions auxquelles on rappelle régulièrement la durée légale du travail comme cela se fait régulièrement pour les universitaires (depuis une circulaire du 17 août 1982). Ce n'est pas le cas pour les enseignants du primaire et du secondaire ou pour les magistrats par exemple. Il y a également peu de catégories d'agents publics dont les charges ont été officiellement augmentées comme l'a fait le décret du 6 juin 1984 pour les professeurs des Universités. Ce temps n'a jamais été réduit lorsque la durée hebdomadaire du temps de travail est passée de 39 heures à 35 heures. Il est, à nouveau, prévu de permettre aux présidents d'Université de le moduler en augmentant les services d'enseignements de ceux dont les recherches apparaîtraient insuffisantes... Le fait de prévoir que les membres de l'Institut universitaire de France, créé en 1991 comme un service rattaché au ministère, seront dispensés des 2/3 de leur service d'enseignement, est venu rappeler, s'il en était besoin, qu'un service trop lourd d'enseignement est incompatible avec un travail de recherche digne de ce nom.

tatillonne, peu efficace, lente et fort coûteuse. Dans le second cas, on risque de remettre le pouvoir à des « potentats locaux », à des petites féodalités, de développer le localisme et le clientélisme. En outre, il est patent que, depuis plus de quarante ans, on n'a jamais évalué les incessantes réformes imposées par les pouvoirs publics aux Universités. Le bilan « coût-avantages » serait vraisemblablement catastrophique !

En définitive, le choix déterminant pour l'avenir des Universités et des Facultés de droit est un choix entre la méfiance et la confiance faite aux acteurs. Les régimes fondés sur la méfiance ont rarement prospéré ⁴⁵. La confiance est plus productive. C'est un pari qui vaut d'autant plus la peine d'être fait qu'il est le plus en conformité avec la démocratie et avec les valeurs qui la sous-tendent, dont la liberté.

Jean MORANGE
Professeur agrégé des Faculté de droit

45. Les marques de méfiance injustifiées se sont multipliées au fil du temps. On peut en citer deux exemples :

– les jurys de thèse : non seulement les deux rapporteurs doivent être extérieurs à l'Université mais, depuis l'arrêté du 7 août 2006 relatif à la formation doctorale, le jury doit comprendre au minimum un nombre de membres extérieurs égal à ceux de l'Université. En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'une thèse de l'Université de X ne comprenne aucun enseignant de celle-ci.

– Les comités de sélection qui donnent un avis sur les recrutements ou mutations d'universitaires doivent, eux aussi, comprendre un nombre de membres extérieurs au moins égal ou supérieur à ceux de l'Université. Ils ne peuvent effectivement siéger que dans les mêmes conditions. C'est l'un des paradoxes de la loi de 2007 et de ses textes d'application. Les pouvoirs des présidents sont excessivement renforcés en la matière. Ils sont simplement tenus de prendre l'avis de spécialistes à condition que ceux-ci n'appartiennent pas majoritairement à son Université (décret du 10 avril 2008 relatif aux comités de sélection des enseignants-chercheurs, *J.O.* du 12 avril 2008). On pourrait ajouter que cette méfiance a un coût non négligeable (frais de déplacement et perte de temps).