

CONTRIBUTION PERSONNELLE ET SPONTANEE
AUX DEBATS DES ASSISES DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR
« INDEPENDANCE & DIVERSITE » DE L'ENSEIGNEMENT ET DE LA RECHERCHE

Mathieu TOUZEIL-DIVINA
Professeur des Universités (Université du Maine ; Pres UNAM)
Co-directeur du laboratoire THEMIS-UM (EA 4333)
Directeur adjoint de l'Ecole doctorale Pierre COUVRAT (ED 88)
Président du COLLECTIF L'UNITE DU DROIT (unitedudroit.org)

Les présents propos, librement inspirés d'articles et de contributions personnellement réalisés pour des échanges universitaires et / ou associatifs, n'engagent que leur auteur et non les institutions ou personnes de droit privé dont il émane.

1. Démocratie universitaire

Il est suffisamment rare que la parole soit donnée aux usagers et agents du service public universitaire pour ne pas la saisir lorsqu'elle nous est proposée, fut-ce dans la précipitation. Oui, la démocratie universitaire a encore du chemin à parcourir mais – pour ce faire – l'ensemble des membres de la communauté universitaire (étudiants et personnels non enseignants-chercheurs compris) doit être associé et ces derniers doivent faire l'effort de réellement participer. C'est ce que je tenterais de faire ici par les présents développements.

2. Diversité dans l'Université !

D'un point de vue scientifique, il y a une quasi-unanimité à reconnaître les bienfaits de l'interdisciplinarité qui est la raison d'être même de l'existence des Universités républicaines ; établissements concentrant et brassant en un même lieu la diversité des enseignements et des recherches mais cette diversité, cette pluralité, ne doit jamais entraîner comme elle le fait parfois (et de plus en plus) une unité des vues et des procédures.

Il n'existe pas qu'une seule façon d'enseigner. Il n'existe pas qu'une seule façon d'étudier.

Il n'existe pas qu'une seule façon de faire de la ou des recherches.

En ce sens, même s'il doit bien entendu y avoir quelques lignes directrices, imposer – unilatéralement de surcroît – une seule vision (généralement issue des sciences dites dures) de faire est proprement destructrice. Ainsi, par exemple, les doctorants scientifiques font-ils des posters et apprennent-ils à les faire dans leurs études. Il y a un sens à cette démarche mais celle-ci est peu connue en sciences humaines et notamment chez les juristes¹. Pourquoi alors obliger ces derniers à matérialiser un tel support qui – concrètement – ne leur servira jamais dans leurs vies professionnelles ? Les y inciter est une bonne chose. Leur faire découvrir d'autres manières de recherches est excellent mais l'imposer ?

Respectons à nouveau la diversité des enseignants-chercheurs.

¹ Dont la Cour des Comptes elle-même reconnaît la singularité et le délaissement en matière de recherches : « *La filière en tant que telle a fait l'objet d'une attention que la Cour juge insuffisante de la part des universités et des pouvoirs publics* » ; « *elle n'est pas suffisamment perçue comme un enjeu stratégique, même pour des établissements à dominante juridique* » (référé n° 64148 sur la « filière droit » en date du 20 juin 2012).

3. Urgences & appel pour une Université qui n'est pas et ne doit pas être une Entreprise

Avant les dernières élections présidentielles, le présent « appel » avait été envoyé par plusieurs membres de la communauté universitaire (*étudiants, enseignants-chercheurs, chercheurs et autres personnels*), je me permets de le réaffirmer car j'y souscris pleinement en qualité de premier signataire :

- I. **SERVICE PUBLIC** : l'enseignement supérieur et la recherche doivent être au service de l'intérêt général, de la science et de la société. Les étudiants en sont les principaux usagers.
- II. **ÉGALITÉ** : il faut réaffirmer le caractère national et républicain du service public de l'enseignement supérieur et de la recherche pour garantir une égalité concrète des usagers – sans conditions notamment de ressources et de nationalité – et entre tous les établissements.
- III. **NON-PRIVATISATION** : les recherches fondamentales ne doivent plus autant s'effacer derrière les recherches appliquées, guidées par le profit direct.
- IV. **NON-POLITISATION** : le service public universitaire et de la recherche doit être mû par les seules considérations scientifiques exprimées et évaluées par la seule communauté des chercheurs et enseignants-chercheurs et non par le choix politique, ainsi qu'en a témoigné la création de la section du Conseil National des Universités (CNU) dite de « criminologie »².
- V. **GOVERNANCE : INDEPENDANCE ET DEMOCRATIE**. Face à l'hyper-présidentialisation et à la « managérialisation » entrepreneuriale de l'Université réalisées au détriment de la communauté des enseignants-chercheurs et de l'ensemble du personnel, il faut redistribuer le pouvoir à ceux qui font vivre le service public.
- VI. **JUSTICE : INDEPENDANCE ET IMPARTIALITE**. La juridiction académique, hors de toutes influences, doit assumer pleinement ses missions pour mettre un terme à certains comportements néfastes à l'ensemble de la communauté universitaire et ce, à l'instar du plagiat de la recherche.
- VII. **STATUTS** : le temps de la recherche et de l'enseignement doit principalement s'apprécier en termes de qualité et non uniquement de quantité (notamment en termes de publications). Les statuts des chercheurs et enseignants-chercheurs doivent permettre la maîtrise de ce temps en toute indépendance.
- VIII. **NON-PRECARISATION** : créer les conditions d'une recherche et d'un enseignement supérieur de qualité nécessite des moyens humains et matériels renforcés. Au lieu d'encourager chercheurs et enseignants-chercheurs à cumuler leur activité principale avec des activités privées accessoires, il est nécessaire d'harmoniser les conditions universitaires avec celles des standards européens.
- IX. **AVENIR DE LA RECHERCHE** : il est fondamental pour le service public de l'enseignement supérieur et de la recherche de garantir à ses étudiants, à ses doctorants et à ses jeunes chercheurs des conditions générales optimales pour leurs activités.
- X. **NON-BUREAUCRATISATION** : alors que se multiplient de façon exponentielle les démarches, contrôles, évaluations, règlements internes universitaires, statuts de laboratoires (*etc.*), ce qui entraîne un formalisme excessif, il faut mettre un terme à un tel processus qui entrave l'activité scientifique et détourne le service et ses agents de leurs objectifs.

² Heureusement disparue depuis !

Je développerai ci-dessous certains de ces points fondamentaux.

4. Indépendance & Gouvernance !

S'il est un principe que les enseignants-chercheurs aiment rappeler et expliquer pendant leurs leçons, devant un parterre d'étudiants envieux de cette liberté de parole et d'expression, c'est bien le principe constitutionnel d'indépendance qui les protège au sommet de la hiérarchie normative. Grâce à lui, les maîtres de conférences des Facultés et les professeurs agrégés des Universités peuvent sereinement critiquer, proposer, décrire et leur parole n'est pas enfermée dans un carcan d'interdits. Tous, puisque ce n'est évidemment pas l'appât du gain qui les motive lorsqu'ils se consacrent pleinement ou principalement à leur mission, ont conquis diplômes et concours les plus ardues de la République dans un but principal : être libre. Et, si cette liberté est réelle et tangible, nous comprenons qu'elle n'a précisément pas de prix.

Dans tous les pays de traditions et de libertés universitaires, l'enseignant-chercheur (dont on conviendra que le terme technique est bien moins agréable et adapté que celui d'*universitaire*³ ou tout simplement de *professeur*⁴) n'est pas un fonctionnaire comme les autres. Même au XIX^{ème} siècle lorsque les agents étaient soumis au principe strict d'obéissance et de hiérarchie, la doctrine prônait déjà l'existence et ou la promotion de libertés universitaires. Ainsi, pouvait-on lire que tous les employés de la fonction publique se devaient d'être totalement soumis à leurs supérieurs mais ce, à l'exception de trois catégories : les magistrats du siège, les élus et les membres du corps universitaire. Ces derniers ne faisant⁵ « *qu'enseigner sous la surveillance de l'administration qui les a choisis* » et non sous son contrôle direct à l'instar des autres fonctionnaires. Ce point est alors capital : oui, les enseignants-chercheurs sont bien des fonctionnaires de l'Etat et doivent à ce titre, et en tant que citoyens, respecter les Lois y compris dans leur liberté d'expression. Ainsi, ne doivent-ils pas, par exemple, tenir des propos pénalement répréhensibles à l'instar de ceux prônant la xénophobie ou l'incitation au suicide⁶. En pareil cas, leur indépendance ne les protégerait pas : la liberté n'est pas absolue et ne permet pas de dire tout et n'importe quoi. En revanche les enseignants-chercheurs ne sont pas des fonctionnaires comme les autres : ils ont en ce sens une protection et un statut particuliers. Ils ne sont pas strictement soumis à une hiérarchie (et n'ont d'ailleurs pas de supérieurs (à part de façon administrative) véritables) ; ils sont ainsi évalués sous l'œil vigilant de leurs seuls pairs. C'est précisément cette liberté et cette indépendance qui sont aujourd'hui remises en question(s) et tout au moins interpellées par les récentes réformes de l'Université et du statut de l'enseignant-chercheur ce dont témoigne la récente publication de nombreuses contributions⁷ (ouvrages et articles) sincèrement inquiets quant à l'existence (et parfois concernant la survie) de ces libertés universitaires.

³ *A pari* : BEAUD Olivier, *Note de Qualité de la Science Française (QSF) sur le projet de décret (oct. 2008) modifiant le décret du 06 juin 1984 [statut des universitaires]* ; Paris, décembre 2008 ; note n° 2.

⁴ Au sens large puisque maîtres de conférences et agrégés le sont évidemment tous deux.

⁵ FOUCAULT Emile-Victor-Masséna, *Précis de droit public et administratif* ; Paris, Videcoq ; 1844 ; p. 27.

⁶ En ce sens : C.E., 28 septembre 1998 (requête n°159236) : Rec. tables, p. 907. En règle générale, lorsque de tels propos sont tenus (et *a priori* avérés), l'Université prend une mesure (préventive) de suspension. Sur cette dernière : JEAN-PIERRE Didier, « De quelques difficultés récurrentes à propos de la suspension des fonctionnaires » in *Collectivités territoriales Intercommunalité* n° 7, Juillet 2006, Etude 7.

⁷ Parmi lesquelles on retiendra notamment : CABANIS André & LOUIS-MARTIN Michel, *L'Universitaire dans tous ses états* ; Paris, Hourvari ; 2010 ; BEAUD Olivier, CAILLE Alain, ENCRENAZ Pierre, GAUCHET Marcel & VATIN François, *Refonder l'Université* ; Paris, La Découverte ; 2010 ; BEAUD Olivier, *Les libertés universitaires à l'abandon ?* ; Paris, Dalloz ; 2010 ; FORTIER Charles (dir.), *Université, Universités* ; Paris, Dalloz ; 2010 ; VOGEL Louis, *L'Université, une chance pour la France* ; Paris, PUF ; 2010. Citons également le 33^{ème} numéro de la revue du MAUSS (Paris, La Découverte ; 2009) intitulé « L'Université en crise. Mort ou résurrection ? » ainsi que l'ouvrage collectif *Le cauchemar de Humboldt ; les réformes de l'enseignement supérieur européen* (Paris, Raisons d'agir ; 2008).

Ici, nous voudrions envisager, suite à trois décisions importantes du Conseil constitutionnel⁸ et du Conseil d'Etat⁹, comment et en quoi la question prioritaire de constitutionnalité relative à cette thématique a pu réengager le débat, réaffirmer le principe constitutionnel précité¹⁰ (I) mais aussi fournir plus d'inquiétudes qu'elle n'a permis de rassurer la communauté universitaire (II). De nombreuses questions sont désormais, en pratique, en suspens (III). Nous suivrons en effet pour ce faire un raisonnement en trois temps (et en l'occurrence en trois actes) pour décrire en quoi l'invocation du principe constitutionnel d'indépendance des enseignants-chercheurs à travers une question prioritaire de constitutionnalité ne va finalement pas véritablement être traitée lors des deux premiers actes mais est en attente d'une application concrète.

Acte I : La décision 2010-20/21 QPC du Conseil constitutionnel (06 août 2010)¹¹

La réaffirmation du principe par le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

Le traitement contentieux de cette question débute principalement en 2009. Après un semestre socialement mouvementé de tentatives (parfois vaines) de dialogues entre le ministère et la communauté universitaire, plusieurs décrets sont pris en application de la Loi dite « LRU » (loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités). C'est alors à l'occasion de deux recours en excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat (respectivement contre les décrets n°2008-333 du 10 avril 2008 relatif aux comités de sélection et à la procédure de recrutement et n°2009-460 du 23 avril 2009 s'agissant du statut des enseignants-chercheurs) que la constitutionnalité de quatre articles de la LRU intégrée au Code de l'Éducation a été discutée. En effet, et pour une raison que l'on ne s'explique toujours pas, la Loi, pourtant relative à d'importantes libertés et à l'avenir national de l'enseignement supérieur et de la recherche, n'a pas fait l'objet d'un contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel. Peut-être que le fait qu'elle ait été adoptée pendant les vacances estivales y a contribué.

La vingt et vingt-et-unième décision(s) dite « QPC » du Conseil constitutionnel fait donc suite à deux arrêts de renvoi du juge administratif¹² à propos desquels le Conseil d'Etat a suivi son rapporteur public en refusant la transmission pour contrôle de constitutionnalité de plusieurs autres dispositions contestées¹³. C'est alors suite à la jonction pour connexité de deux questions prioritaires de constitutionnalité que le Conseil constitutionnel a confirmé la conformité à la norme fondamentale des articles L 712-2 (4^{ème} alinéa 2 – à propos des pouvoirs du Président), L 7128-8 (concernant le passage des établissements aux compétences dites élargies), L 954-1 (relatif aux pouvoirs du conseil d'administration) et L 952-6-1 (s'agissant des comités de sélection) du Code de

⁸ Décision n° 2010-20/21 du Conseil constitutionnel en date du 06 août 2010 : MATHIEU Bertrand, « De la disparition d'un principe constitutionnel : l'indépendance des professeurs d'université » in *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 36, 6 Septembre 2010, 862 ; MELLERAY Fabrice, « Le Conseil constitutionnel au secours de la loi relative aux libertés et responsabilités des universités » in *Recueil Dalloz* ; 2010 ; 2335 et notre propre commentaire cité *infra*. Plutôt qu'une « disparition » du principe ou encore d'une « négation » de celui-ci comme d'aucuns la décrivent, nous préférons – dans la vision pessimiste – y voir « l'énucléation » que décrit parfaitement notre collègue, le professeur BEAUD ; (*op. cit.*) ; p. 291.

⁹ CE, 15 décembre 2010, COLLECTIF POUR LA DEFENSE DE L'UNIVERSITE & ALII. (requêtes n° 329056 et s. ; 329205 et s. ; 329242) et du même jour : SNES & ALII. (requêtes n°316927 & 316986). in *JCP A* ; 03 janvier 2011 ; act. 08.

¹⁰ Les plus pessimistes y ont vu l'abandon dudit principe. Voyez ainsi le commentaire (*préc.*) du prof. MATHIEU.

¹¹ La présente partie est essentiellement issue d'un précédent commentaire paru in *La Gazette du Palais* ; n° 251-252 ; en date du 09 septembre 2010 ; p. 14 et s.

¹² Respectivement : C.E., 11 juin 2010, décisions n° 316986 et n° 329056 (et s.).

¹³ Ainsi, s'agissant notamment des articles 952-3 et 954-2 du code de l'Éducation (concernant pour ce dernier point l'attribution de primes par le Président d'Université) ou encore de la nécessité avancée d'un statut législatif (et non réglementaire) des enseignants-chercheurs : cf. dépêche AFP : AEF n° 132518 du 27 mai 2010. Sur ce dernier point, le Conseil d'Etat ne fait que confirmer une jurisprudence constante (par exemple C.E., 12 décembre 1994, COTTEREAU (requête n° 135460)) et selon laquelle le principe d'indépendance n'implique pas que le statut des universitaires soit nécessairement déterminé par la seule Loi.

l'Education. Figuraient ainsi au cœur de l'examen constitutionnel non seulement la procédure de recrutement des universitaires (considérents 3 à 16) mais également leur statut (considérents 17 à 23). La décision a alors pu surprendre quelques-uns de nos collègues engagés dans le combat en faveur des libertés académiques. La décision surprend également en ce que l'un des juges nouvellement nommés a participé au délibéré et ce, alors qu'il avait publiquement et explicitement indiqué en toute partialité ce qu'il pensait de l'indépendance des universitaires¹⁴.

A priori en effet, et alors que le Président SARKOZY feignait avec mépris d'ignorer les derniers mouvements de résistance universitaire (pourtant supérieurs en nombre à ceux que connurent mai 1968)¹⁵, la décision 2010-20/21 peut sembler rejeter les arguments des défenseurs de l'Université. Mais ne demandons pas au Conseil constitutionnel ce qu'il n'est objectivement pas en mesure de donner. C'est ce que nous nous proposons ici de distinguer en rappelant d'une part la consécration certes trop formelle *mais étendue* du principe d'indépendance des enseignants-chercheurs (§ I) par un juge constitutionnel qui ne peut que renvoyer au juge administratif quant à l'application concrète dudit principe (§ II).

I. Une indépendance *formelle* des universitaires

La décision du 06 aout 2010 renferme plusieurs points, pour ceux qui, à l'instar du professeur GAUDEMET, souhaitent rappeler les « *principes et les choix historiques qui, ignorés en tant que tels par l'approximatif Code de l'Education (...) sont ceux en considération desquels [devrait] être pensé et organisé l'avenir des Facultés de droit dans l'Université française* »¹⁶. Il en est ainsi du principe – désormais étendu – de l'indépendance des enseignants-chercheurs (A) au nom duquel une réserve d'interprétation a été rédigée par le Conseil constitutionnel (B).

A – L'extension du principe d'indépendance des enseignants-chercheurs

La valeur constitutionnelle du principe d'indépendance des universitaires a été consacrée par la décision n° 165 DC du 20 janvier 1984 et elle s'incarne par un principe fondamental reconnu par les Lois de la République ; Lois, du reste, que la doctrine identifie traditionnellement dans l'existence, dès la Loi organique du 15 mars 1849 notamment, de normes organisant au profit des universitaires la possibilité d'être élu député ou sénateur et ce, par exception au régime des incompatibilités parlementaires. Une exception justifiée au nom de l'indépendance et appréciée de façon stricte puisque les professeurs et maîtres de conférences¹⁷ associés n'en bénéficient pas¹⁸. De ce principe constitutionnel d'indépendance, deux importantes applications ont déjà été tirées. D'abord, en complément de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, c'est la liberté de communication (d'opinion et d'expression) des universitaires qui a été proclamée. Pour assurer leur mission, il faut effectivement, dans les limites posées par le droit pénal, que les

¹⁴ Ces derniers étant affublés et dénigrés du sobriquet « d'épiciers » ne s'intéressant qu'à leur propre « boutique ».

¹⁵ « Avez-vous remarqué que le collectif "*Sauvons la recherche*" ne s'exprime plus ? » ; « que depuis que je suis Président de la République il n'y a plus eu de grève de chercheurs » (sic) ? a-t-il ainsi déclaré lors de l'interview du 12 juillet 2010.

¹⁶ « Les Facultés de droit dans la réforme universitaire » in RDP ; 2008 n° 1 ; p. 53.

¹⁷ Alors que certains semblaient le voir (ou le vouloir) réservé aux seuls professeurs agrégés, le Conseil constitutionnel a explicitement affirmé que le principe englobait évidemment professeurs (au sens strict) et maîtres de conférences, c'est-à-dire à l'ensemble des professeurs universitaires (décision n°94-355 DC du 10 janvier 1995). Une réflexion sur cette distinction mériterait d'ailleurs d'être approfondie et l'instauration d'un statut unique de l'enseignant-chercheur serait sûrement en ce sens une très bonne solution.

¹⁸ Ainsi qu'il en ressort des décisions en incompatibilités I-2008-24 et s. (14 février 2008) où, rappelle le juge (électoral dans cette fonction), l'article LO 142 du code électoral est réservé aux « titulaires de chaire » ! L'expression est alors surprenante puisque depuis 1968 il n'existe en France ni chaires ni Facultés (mais respectivement des postes d'emploi et des UFR).

enseignants-chercheurs soient libres de leurs propos et qu'ils puissent notamment critiquer et proposer sans craindre de représailles de la part de l'Université ou du gouvernement. D'autre part, ainsi que le rappelle le considérant 05 de la décision 2010-20/21, l'indépendance ne peut s'exercer que par une « *représentation propre et authentique* ». Or, c'est précisément à cet égard que le premier bât va blesser. En effet, si l'on peut aux côtés de la « doctrine autorisée » des *Cahiers du Conseil constitutionnel* se réjouir de l'extension du principe d'indépendance non seulement (depuis 1984) lors de l'exercice même de l'activité universitaire mais encore (depuis 2010) au stade du recrutement, cette extension demeure bien formelle sinon platonique.

Ainsi, dès le sixième considérant de sa décision, le juge signale-t-il « *que, si le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs implique que les professeurs et maîtres de conférences soient associés au choix de leurs pairs, il n'impose pas que toutes les personnes intervenant dans la procédure de sélection soient elles-mêmes des enseignants-chercheurs d'un grade au moins égal à celui de l'emploi à pourvoir* ». Autrement dit, il suffit qu'à un moment donné de la procédure des représentants des enseignants-chercheurs puissent participer au recrutement pour que celui-ci soit garanti comme réalisé en toute indépendance ! Il suffit qu'on daigne les y associer pour affirmer qu'indirectement ce sont eux qui organisent ledit recrutement. Peu importe le pouvoir du Président (de l'Université) quant à la composition des comités de sélection (considérant 08) ; peu importe que le conseil scientifique ne soit pas composé uniquement d'enseignants-chercheurs (puisqu'il n'émet « *qu'un simple avis* » (considérant 09)) et peu importe, surtout, que les comités de sélection soient composés d'enseignants-chercheurs (et de personnels assimilés) choisis seulement « *en majorité parmi les spécialistes de la discipline en cause* » (considérant 11). Car, si nous sommes – d'un point de vue scientifique – de fervents promoteurs de l'interdisciplinarité¹⁹ qui pourrait justifier la présence dans les comités de sélection de non spécialistes de la discipline concernée par un recrutement, nous sommes persuadés que seuls les pairs d'un même champ scientifique peuvent apprécier les mérites et compétences d'un de leurs futurs potentiels collègues²⁰. Toute chose égale par ailleurs, c'est exactement ce que pratique le juge administratif lorsqu'il se refuse, en cas de pouvoir discrétionnaire de l'administration d'exercer un contrôle normal lorsqu'il s'agit d'un domaine trop technique. Précisément, en matière de concours et d'examens, les magistrats s'en remettent-ils à la sagesse souveraine des spécialistes sans oser s'immiscer dans leur champ de compétences²¹. Comment en conséquence accepter que des non spécialistes - comme des juristes ou des médecins par exemple - puissent être capables de juger les mérites d'un futur enseignant en langues orientales ou en sport ? C'est pourtant l'optique qui a déjà été validée. Ainsi, lors du contentieux relatif aux primes d'encadrement doctoral²², fut-il jugé qu'en cas de contestations desdites primes, serait constituée une commission « *composée de représentants des enseignants-chercheurs* » certes du même rang au moins que l'intéressé mais ce, pas forcément en fonction de sa spécialité : « *peu importe que ces derniers n'aient aucune compétence scientifique pour apprécier les mérites de l'intéressé* ». Alors, relève à juste titre le professeur MORANGE²³ : « *dans ces conditions la garantie d'indépendance perd toute consistance réelle* » et c'est pourquoi nous la qualifions ici de *formelle*.

¹⁹ Si chère à Léon BOURGEOIS lorsqu'il fait instaurer par la Loi du 10 juillet 1896 la reconnaissance républicaine d'Universités précisément formées par la réunion de différentes Facultés. Sur ce point : AUDIER Serge, « Léon BOURGEOIS, l'Université et l'idéal républicain » in *Revue (préc.) du Mauss* ; (op. cit.) ; p. 35 et s.

²⁰ Le recrutement des universitaires par leurs pairs est en effet la première traduction de la liberté académique « *comme protection contre des pouvoirs extérieurs* » : BEAUD Olivier, « Les libertés universitaires » in FORTIER Charles (dir.), *Université, Universités* ; Paris, Dalloz ; 2010, p. 323 et s.

²¹ Ainsi qu'en témoigne la jurisprudence « classique » CE, sect., 10 juin 1983, RAOULT ; Rev. adm. 1983, p. 370, note PACTEAU.

²² CE, 25 mai 2007, Guy BURGEL (req. N° 296014).

²³ MORANGE Jean, « La liberté du professeur des Facultés de droit » in *Mélanges LACHAUME* ; Paris, Dalloz 2007 ; p. 755 et s.

En outre, **d'un recrutement par les pairs, l'on est passé à un recrutement organisé « en majorité » par ceux-ci.** Pourtant, même si l'on préserve cette obligation majoritaire, chacun sait que ce chiffre ne permet pas une véritable représentation « *propre et authentique* ». Seule une majorité qualifiée (75 %) ou purement et simplement la présence (à 100 %) des seuls enseignants-chercheurs le permet. Dans tous les autres cas (y compris en majorité relative à 50 %) le recrutement n'est pas « *propre et authentique* » et réalisé par les pairs mais simplement avec « l'accompagnement » de ceux-ci. Et l'on s'attend presque à ce que demain, comme en contentieux administratif, il soit établi le parallèle suivant où il est reconnu qu'une délégation de service public se caractérise par une rémunération réalisée non *majoritairement* mais *substantiellement* par les résultats d'exploitation de l'activité considérée puisque la jurisprudence et la Loi ont opté pour une définition qui consacre l'essence de ce contrat comme *substantiellement* assuré par lesdits résultats. Et cette substance ne s'identifie pas dès 50 % mais bien avant (autour de 30 % en l'occurrence²⁴). Alors, même si *majoritairement*, ce sont bien des pairs qui recrutent les futurs universitaires, ne va-t-on pas bientôt nous affirmer que cela serait encore le cas *substantiellement* ? Si « *l'indépendance (...) suppose (...) une représentation propre et authentique dans les conseils de la communauté universitaire* », il apparaît clairement que l'adjectif « *propre* » est devenu synonyme de « *majoritaire* » ce qui n'est pourtant pas identique. Certes, souligne avec mérites, le Conseil constitutionnel (considérant 12), le conseil d'administration ne pourra imposer « son » candidat si celui n'a pas été retenu par le comité de sélection mais est-ce bien suffisant pour qu'effectivement l'indépendance soit préservée ? Car, si l'on considère qu'en pratique²⁵ il n'y a pas violation du principe d'indépendance et qu'est considérée comme respectée une représentation « *propre et authentique* » des professeurs lorsqu'un conseil d'administration en comprend seulement 13 sur 60 membres sans même respecter de quorum spécifique ... la porte est grande ouverte aux abus²⁶.

B - Une réserve d'interprétation face au « pouvoir de veto » présidentiel

Heureusement, et c'est l'un des autres mérites de la décision 2010-20/21, le Conseil constitutionnel a semble-t-il désiré rassurer les requérants des deux questions prioritaires de constitutionnalité en entourant *a minima* le pouvoir du personnage désormais le plus craint des enseignants-chercheurs : leur Président²⁷.

Il y en a pourtant d'exceptionnels et de dévoués mais la tentation du pouvoir (que ne démentirait pas MONTESQUIEU) et la nature humaine (contre laquelle Saint AUGUSTIN nous a pourtant mis en garde) étant ce qu'elles sont, des dérives surviennent et il convient de les prévenir. Et, c'est de cette prévention qu'à fait usage le Conseil constitutionnel en émettant une réserve d'interprétation. En effet, si le Président dispose bien d'un pouvoir de veto en ayant la possibilité, aux termes de l'article L 712-2 du code de l'éducation, de s'opposer (sauf pour la première affectation des nouveaux agrégés) au « *recrutement, à la mutation ou au détachement de candidats dont les mérites ont été au préalable distingués par un comité de sélection* », ce pouvoir implique non seulement que le Président motive sa décision mais surtout s'oppose, dit le juge, à « *ce que le Président de l'université fonde son appréciation sur des motifs étrangers à l'administration de l'université et, en particulier, sur la qualification scientifique* » des universitaires (considérant 16).

²⁴ Cf. CE, 15 avril 1996, Commune de Lambesc : Rec., p. 274 ; CJEG 1996, p. 270, note SAVIGNAT.

²⁵ Ce qu'a validé le Conseil d'Etat par sa décision du 08 juillet 2005 (req. 266900).

²⁶ Pour une appréciation globale et critique du nouveau mode de recrutement : LEGRAND André, « Pour la crédibilité du recrutement des enseignants-chercheurs » in AJDA 2009.1527.

²⁷ Certains, dont nous sommes, ont heureusement la chance d'avoir pour Président un homme (ou une femme) *a priori* non corrompu et non avide de pouvoir mais ceci n'est pas le cas dans toutes les Universités.

Autrement dit, le Conseil constitutionnel nous rappelle (mais après tout cela va mieux en le disant) que le Président n'a pas le droit d'intervenir en qualité d'enseignant-chercheur (il peut d'ailleurs ne pas l'être ni même être docteur ce qui est une ineptie supplémentaire) mais uniquement en défenseur des intérêts de son établissements : intérêts purement administratifs et comptables. Ce que, du reste, la juridiction administrative pratiquait déjà²⁸.

II. Un Conseil Constitutionnel, juge nécessairement abstrait

L'une des premières questions qui s'est posée parmi les constitutionnalistes lorsque l'on a envisagé de façon plus concrète ce qui allait devenir la question prioritaire de constitutionnalité, est le rôle que prendrait désormais le Conseil constitutionnel. Deviendrait-il enfin un véritable juge rencontrant les parties à un procès et jugeant pour elles (et grâce à elles) de la constitutionnalité *a posteriori* d'une Loi déjà en vigueur ? Pas plus qu'avant 2008 les sages de la rue de Montpensier ne se sont départis de leur contrôle *in abstracto* (B) et l'invocation du principe d'Égalité le matérialise parfaitement (A).

A – Une appréciation abstraite du principe d'Égalité

Outre le principe d'indépendance (*préc.*) c'est le principe constitutionnel d'Égalité que les requérants ont invoqué. Pourtant, à deux reprises, et dans une acception traditionnelle et relativement abstraite dudit principe, le Conseil va rejeter les atteintes présumées. D'abord (considérant 14), le juge rappelle que puisque tous les candidats (au recrutement, à la mutation ou au détachement) sont soumis aux mêmes règles, il ne peut exister de rupture d'égalité. Il est alors intéressant de noter le commentaire des *Cahiers du Conseil constitutionnel* qui relève que la « *formule ne doit pas être lue a contrario* » c'est-à-dire condamner la jurisprudence 82-153 DC (statut général des fonctionnaires) qui, précisément, permettait l'établissement de procédures différenciées ! Ensuite (considéphants 18 à 22) c'est l'évidente distorsion entre les Universités passées ou non au régime des compétences dites élargies qui est analysée « *dès lors que les intéressés pourront être soumis à des obligations de service différentes, selon qu'ils exercent leurs fonctions dans une université bénéficiant ou non des responsabilités et compétences élargies* ». Pourtant, ici encore, aucune rupture d'égalité ne va être sanctionnée puisque, relève le juge, les différences existant (et notamment la possibilité de modulation des services par le conseil d'administration²⁹) reposent « *sur des critères objectifs et rationnels* » qui, les différences étant temporaires, s'effaceront dans tous les cas le 12 août 2012 lorsque tous les établissements seront soumis au régime de la LRU. Peu importe donc qu'existe durant cinq ans une différence avérée de traitements³⁰.

²⁸ Par la décision COTTEREAU du 12 décembre 1994 (n° 135460) le Conseil d'Etat considère que le conseil d'administration peut s'opposer au recrutement de candidats choisis par l'ancienne commission de spécialistes puisque, sans porter d'appréciation scientifique, ce choix reflète une appréciation strictement administrative de l'opportunité d'un recrutement. Autrement dit, et ainsi que le soutenait Martine LAROQUE dans ses conclusions sur l'affaire *Association nationale des chargés de conférences des sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion* (CE, 02 mars 1988 : Rec. p. 104), l'exécutif local peut faire comprendre aux universitaires qu'ils sont (avant d'être indépendants) des fonctionnaires soumis aux « *besoins et nécessités du bon fonctionnement du service public* » interprétés seuls par le conseil d'administration.

²⁹ On peut toutefois espérer que le Conseil d'Etat, maintenant sa jurisprudence MELKI (CE, 12 décembre 1984 : Req. 17130) imposera, comme il l'a fait jusqu'à aujourd'hui, que seuls des enseignants-chercheurs aient « *compétence exclusive* » pour définir leurs services.

³⁰ Sur l'acception du principe constitutionnel d'Égalité tant par le Conseil constitutionnel que par les deux juridictions suprêmes ordinaires, on renverra à la très belle et récente thèse de SWEENEY Morgan, *L'égalité en droit social, au prise de la diversité et du dialogue des juges* ; Paris ; 2010 (thèse multigraphiée de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense).

B – Chacun son office : le renvoi au politique et aux juges ordinaires

Mais ce qu'il ne faut surtout pas perdre de vue c'est que nous sommes, dans ce premier acte, en présence non d'un arrêt du juge administratif analysant concrètement une atteinte aux libertés universitaires mais d'une décision du Conseil constitutionnel, qui selon l'office qui lui incombe par la Constitution, ne peut qu'apprécier *in abstracto* un texte général (et non des actions). Car les atteintes potentielles à l'indépendance des enseignants-chercheurs vont surtout (si elles ont lieu) se produire dans la pratique et ce sera au juge administratif d'en assurer le respect. Sur ce point, une nouvelle fois, c'est donc avec sagesse et tempérance que les juges constitutionnels s'en remettent au politique et aux juges ordinaires.

Au politique tout d'abord puisque, par peur peut-être d'être soupçonné d'opérer un gouvernement des juges, le Conseil constitutionnel a cherché, comme il le fait fréquemment, l'intention du législateur³¹ : seul souverain et dépositaire de l'intérêt général. Dans son huitième considérant, ainsi, le juge relève-t-il que la LRU a voulu renforcer « *les pouvoirs des organes permanents des universités et notamment les attributions du Président* ». Il n'est donc pas question pour les sages de le contrer prenant alors acte d'une volonté politique explicite ce qu'ils feront également s'agissant du principe même du passage à l'autonomie des Universités.

Mais, surtout, le renvoi opéré par les juges s'effectue en faveur des magistrats administratifs. En effet, c'est « *sous le contrôle* » de ces derniers que seront ou non concrètement respectées les libertés universitaires. C'est ainsi lui – et lui seul – qui pourra sanctionner, comme il l'a fait en juin 2009, une Université qui « *a porté une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale* » qu'est « *l'indépendance des professeurs* » lors de la désignation des membres d'un comité de sélection relevant du grade de professeur³² ou un conseil d'administration qui se serait « *notamment fondé sur les mérites* » scientifiques des candidats alors qu'il n'est pas compétent en la matière³³.

Il ne sert en outre à rien de proclamer tel ou tel principe – même constitutionnel – si son efficience n'est ni assurée ni contrôlée. Or c'est bien au juge ordinaire que revient cet office et c'est d'ailleurs au cours de deux contentieux administratifs (contre les décrets (*préc.*) n° 2008-333 & 2009-460) que les questions prioritaires de constitutionnalité ont été formées. Et ce sont bien leurs applications futures qui potentiellement porteront atteinte à l'indépendance des enseignants-chercheurs et ce sont donc ces futures décisions (évoquées *infra* dans « l'acte III »), plus encore que celle commentée en premier lieu (qui ne porte *in fine* que sur quatre articles), qu'il convient d'attendre pour connaître le sort réservé aux libertés universitaires.

³¹ Le Conseil constitutionnel préférant toujours renvoyer à celle-ci et ne (presque) jamais prendre la place du politique, seul *a priori* compétent, légitime et détenteur du pouvoir de décision. Ceci est d'autant plus explicite pour toutes les questions dites de société ainsi qu'en témoigne la récente décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 (à propos de l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe). En ce sens, M. Marc GUILLAUME, secrétaire général de l'Institution écrit : « *à chaque fois le Conseil constitutionnel a souligné que son pouvoir d'appréciation n'est pas de la même nature que celui du Parlement. Il n'a pas à se substituer à ce dernier* » in TOUZEIL-DIVINA Mathieu (dir.), *Initiation encyclopédique au Droit* ; Paris, Lextenso (en cours de publication) ; occurrence « contentieux constitutionnel ».

³² CE, Ord. Référé, 22 juin 2009, Université de Picardie Jules VERNE (req. n°328756) : chron. In JCP G n° 52, 2009, 601.

³³ CE, 13 janvier 2010, TAMRU (req. n° 319245).

Acte II : Les décisions 329056 et s. & du Conseil d'Etat (15 décembre 2010)
L'intégration de la QPC dans le contrôle de légalité

Il ne suffit effectivement pas de regarder et d'analyser la décision (*préc.*) du 06 août 2010 du Conseil constitutionnel pour comprendre le sort qui sera réservé au principe constitutionnel d'indépendance des enseignants-chercheurs ainsi qu'à leurs libertés. Les questions prioritaires qui y ont été traitées *in abstracto* doivent ensuite être intégrées aux contentieux pendants devant le juge ordinaire et en l'occurrence devant le Conseil d'Etat. Pour ce faire, examinons rapidement les décisions du 15 décembre 2010³⁴ rendues par les quatrième et cinquième sous-sections réunies³⁵.

Ici encore, les plus pessimistes y liront un *mépris* des juges envers la fonction universitaire mais nous n'y cèderont pas. Il est en effet facile de crier au scandale d'une disparition présumée du principe d'indépendance des enseignants-chercheurs et dangereux, à nos yeux, de renvoyer parmi eux dos à dos les maîtres de conférences et agrégés pour tenter de ne « sauver » et de ne considérer que les seconds. L'Université doit être forte et non divisée. En outre, malgré les déceptions et les espoirs en faveur du renouveau des libertés universitaires, ne demandons pas plus que nous n'avons demandé *supra* au Conseil constitutionnel au Conseil d'Etat et qu'il n'est en mesure de donner. En effet, comme dans l'Acte premier, la haute juridiction administrative n'avait pas dans ces deux espèces à examiner concrètement une ou plusieurs affaires données. Il s'agissait de confronter la légalité (entendue au sens large c'est-à-dire par le biais de l'expression de « principe de légalité ») de deux décrets mettant en œuvre la Loi dite LRU. Autrement dit, ce ne sera, même si l'on peut évidemment émettre des craintes, qu'à l'acte III que la pièce se jouera vraiment. Cela rappelé, quels sont les apports des deux décisions (*préc.*) du 15 décembre et intègrent-elles ou partagent-elles la vision première des juges constitutionnels ? Nous pouvons y voir des confirmations plutôt rassurantes (I) mais également soulever quelques inquiétudes (II).

I. Les confirmations rassurantes (pour l'indépendance)

Les requérants³⁶ avaient soulevé de très nombreuses illégalités externes (considérants 01 à 07 de la décision 329056 et s.) : vices de procédure, de formes, incompétences : tout l'arsenal des moyens avait été tenté et il est vrai que de nombreuses irrégularités avaient été réalisées par l'administration éditrice du second décret litigieux. Toutefois, aucune ne fut retenue (les vices étant estimés non substantiels) et ce, malgré une consultation particulièrement capilotractée du comité technique paritaire des personnels enseignants (titulaires & stagiaires) de statut universitaire³⁷ ainsi que du conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat. En effet, les deux versions soumises à ces autorités n'étaient pas identiques ce qui n'a pas empêché les juges d'y voir une procédure régulière³⁸. Cela dit, l'arrêt emporte alors le mérite ce confirmer deux craintes désormais vaines : les

³⁴ CE, 15 décembre 2010, COLLECTIF POUR LA DEFENSE DE L'UNIVERSITE & ALII. (requêtes n° 329056 et s. ; 329205 et s. ; 329242) ; du même jour : SNES & ALII. (requêtes n°316927 & 316986).

³⁵ L'affaire a failli retenir l'attention de l'assemblée du contentieux mais, semble-t-il parce qu'il ne restait plus au Conseil d'Etat qu'à appliquer « simplement » la jurisprudence constitutionnelle du 06 août 2010, ce sont deux sous-sections qui en ont été chargé.

³⁶ **Parmi lesquels, par intégrité, il est important et opportun d'énoncer que nous nous trouvions.**

³⁷ Sur ce point, le rapporteur public convient aisément que « la procédure est contraire à l'article 28 du décret du 28 mai 1982 » et que « ce n'est (...) qu'une fois l'absence de quorum constatée que la décision de convoquer une nouvelle réunion » aurait du « être prise ». La régularisation sera néanmoins opérée, les organisations syndicales ayant été suffisamment informées ... puisque présentes lors de la seconde réunion (considérant 03).

³⁸ Le procédé est fréquent au contentieux ainsi qu'il en ressort par exemple de : C.E., Sect., 08 juillet 2009, Commune de Saint-Dié-des-Vosges (I), CGT (II), Synd. Nat. C. Justice (III), Commune de Nogent-le-Rotrou (4 arrêts) : avec une note TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « La redistribution ... des cartes judiciaires » in *AJDA* 2010, p. 398 et s.

universitaires titulaires sont (et demeurent) des agents de la fonction publique d'Etat (A) et le recrutement des agents devra principalement être réalisé par les comités de sélection, seuls jurys de concours reconnus (B).

A – L'appartenance à la fonction publique d'Etat

Parmi les nombreux visas opérés par le juge administratif, outre l'article 62 de la Constitution et la référence à la question prioritaire de constitutionnalité soulevée, remarquons celui de la Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 (c'est-à-dire le statut général des fonctionnaires de l'Etat). Une telle mention, dont le Conseil d'Etat aurait fort bien pu s'abstenir, vient infirmer un doute (ou plutôt une appréhension). Ainsi, alors qu'avec la LRU l'Etat est de moins en moins compétent en matière universitaire (autonomie oblige), on a pu se demander³⁹ si les enseignants-chercheurs, dont la gestion et le traitement relèvent désormais directement des Universités, étaient encore des fonctionnaires d'Etat appartenant à un corps ... ou plutôt à un cadre d'emplois⁴⁰ étatique. En effet, plusieurs articles du décret litigieux (notamment les articles 33, 35, 40 etc.) transfèrent aux présidences d'Université des pouvoirs originellement confiés au ministre de l'enseignement supérieur s'agissant tant de la nomination que de la gestion des carrières des enseignants-chercheurs. C'est ce transfert de compétences à des autorités universitaires dites autonomes et qui seront, à terme, les véritables employeurs des agents concernés, qui pouvait constituer un acte non de déconcentration mais bien de décentralisation du service public étatique. En conséquence, on aurait pu estimer que les fonctionnaires d'Etat ne pouvaient être gérés et employés (sauf en cas de détachement) par une autre entité que l'Etat lui-même, entraînant subséquemment l'illégalité de tous les articles du décret litigieux puisqu'il transfère directement la gestion et le recrutement des agents concernés aux Universités créant, *de facto*, une « nouvelle » fonction publique. A cet égard, et de façon très explicite le Conseil d'Etat répond et rassure (considérant 10) : il ne saurait être question ni de créer une nouvelle catégorie de fonctionnaires ni de « *dessaisir l'Etat de ses compétences au bénéfice d'une autre personne morale* ». Il ne s'agit que d'une déconcentration supplémentaire et la gestion se fait donc toujours au nom de l'Etat (et non de l'Université). En outre, aux considérants 25 à 27 (toujours à propos) de la décision 329056 (*préc.*), il est fait état d'une question « classique » en droit des fonctions publiques : celle des équivalences d'emploi entre candidats nationaux et ressortissants étrangers (et, en particulier vis-à-vis des universitaires de l'Union Européenne qui prétendraient à des postes en France). A cette occasion, le Conseil d'Etat rappelle sa jurisprudence constante et ne décèle aucune illégalité puisqu'existe bien (prévue à l'article L 952-6) une instance nationale chargée précisément d'apprécier au préalable (et sous le contrôle de la juridiction administrative) les niveaux de qualification et d'équivalence des enseignants-chercheurs non nationaux ayant exercé dans un autre pays que le nôtre et ce, sans être nécessairement titulaires de nos diplômes ou être lauréats de nos concours internes⁴¹.

B – Qui est le jury ? Le rejet du conseil d'administration

Alors qu'on pouvait craindre que le Conseil d'Etat ne prenne pas clairement position quant à la nature (de jury ou non) des conseil d'administration et autre comité de sélection, la haute juridiction s'est clairement exprimée dans la première des deux affaires (requête 316927 et s.). La question, cardinale en droit des fonctions publiques, n'était cependant pas tranchée : qui est en effet chargé d'être « le » jury des éventuels recrutements ? Dans les faits, la tradition des anciens comités de

³⁹ ... ou feindre de questionner.

⁴⁰ En ce sens : MELLERAY Fabrice, « Quel avenir pour les corps universitaires ? » *in RDP* ; 2008 ; p. 707.

⁴¹ *A pari* : C.E., 03 mars 2003, Mlle Christine DOUCHE (requête 237078) :

spécialistes impliquait que ce ne soit pas le conseil d'administration mais les nouveaux comités de sélection puisque ce sont les pairs, dans une même discipline et d'un grade équivalent ou supérieur, qui peuvent seulement sur des critères scientifiques et au nom du principe constitutionnel d'indépendance des enseignants-chercheurs opérer ladite sélection. Toutefois, des inquiétudes persistaient et la LRU était muette en ce sens. Le professeur MELLERAY⁴² pouvait ainsi très justement craindre : « *le jury n'est pas le comité de sélection mais le conseil d'administration siégeant en formation restreinte aux enseignants-chercheurs, ce qui aboutit à ce que, spécialement dans les universités pluridisciplinaires, des personnes ne connaissant pour la plupart (voire même toutes) absolument rien à la discipline dans laquelle elles doivent statuer se voient attribuer la compétence de choisir entre des dossiers et de transmettre au ministre compétent le nom du ou des candidats retenu(s)* ». Heureusement, le Conseil d'Etat a levé l'incertitude en expliquant de façon explicite et expresse : « **le comité de sélection agit (...) en qualité de jury du concours** » rappelant alors qu'il « *résulte des principes posés par le législateur que le comité de sélection ne peut valablement siéger que si la moitié au moins des membres présents sont des spécialistes de la discipline* ». Puis, de conclure : « *considérant que le conseil d'administration siégeant dans une formation restreinte aux enseignants-chercheurs et personnels assimilés de rang au moins égal à celui de l'emploi à pourvoir prend, au vu de la délibération du comité de sélection, une délibération propre par laquelle il établit sa proposition ; qu'il résulte de ce qui a été jugé par le Conseil constitutionnel que, dans l'exercice de telles compétences, il incombe au conseil d'administration d'apprécier l'adéquation des candidatures à la stratégie de l'établissement, sans remettre en cause l'appréciation des mérites scientifiques des candidats retenus par le comité de sélection ; que le conseil d'administration n'agit donc pas en qualité de jury* ». La précision est importante et il faut en remercier la haute juridiction. En effet, affirmer que le comité (et non le conseil) est « le » jury implique précisément un minimum de respect du principe d'indépendance des enseignants-chercheurs. Certes, et ainsi qu'on l'a développé *supra*, il suffira au conseil d'administration et au président d'Université par la suite d'oublier (ou de feindre d'omettre) toute considération scientifique dans leur choix en ne retenant et en n'invoquant que l'aspect gestionnaire... mais il s'agit là d'une protection et d'un encadrement *minima*. Or, mieux vaut un plancher (fut-il bas) que d'être déjà sous terre. Certes, également, préférerait-on que les enseignants-chercheurs ne soient pas simplement « *associés* » à ces procédures mais les véritables et uniques « *acteurs* » de celles-ci mais il faut faire confiance en la communauté universitaire (dont sont issus la plupart des dirigeants d'Universités). Il est en effet bon d'être méfiant (et parfois même de crier préventivement au loup) mais non de diaboliser tous les présidents d'Université et leurs conseils d'administration comme leur étant obligatoirement soumis (ce qui serait par ailleurs particulièrement méconnaître la réalité).

II. Les infirmations inquiétantes (pour l'indépendance)

Cela dit, en ne tranchant pas définitivement et totalement la question de la matérialité du principe d'indépendance des enseignants-chercheurs confronté aux pouvoirs nouveaux du Président d'Université et de son conseil d'administration, le Conseil d'Etat, éclairé par les très belles conclusions de son rapporteur public⁴³, ne permet pas (encore) à la communauté universitaire d'être certaine de sa destinée : entre autonomie des uns et indépendance des autres. A cet égard, les principes concrets d'indépendance (A) et de répartition et de modulation des services (B) ne sont pas totalement posés et l'on attendra nécessairement quelques applications et interprétations (III).

⁴² *op. cit.*

⁴³ M. Rémi KELLER que l'auteur des présentes lignes remercie pour les lui avoir communiquées.

A – A quand l'indépendance concrète des universitaires ?

D'aucuns s'en rassureront (car tout n'est pas encore tranché) et d'autres le déploreront (parce qu'il est particulièrement frustrant pour la sérénité de la communauté universitaire) : il faudra nécessairement attendre les décisions d'application du décret, au fil d'éventuels différends ou contentieux, pour qu'enfin on mesure l'indépendance concrète et matérielle des enseignants-chercheurs. En effet, le second décret attaqué par exemple n'a principalement que repris des dispositions législatives de la LRU. Autrement dit, à de nombreuses reprises le Conseil d'Etat s'est trouvé (dans les deux affaires) dans l'une des hypothèses suivantes : même s'il avait voulu censurer un article réglementaire, il ne le pouvait pas puisque celui-ci était fréquemment le simple décalque législatif (ainsi aux considérants 09 et 12 de la requête 329056 et s.). Il n'appartient en effet pas au juge administratif de censurer la Loi qui fait ici manifestement écran (et qui, rappelons-le n'a été soumise au crible du Conseil constitutionnel qu'en ce qui concerne 04 de ses 51 articles). C'est d'ailleurs ce dont prend acte le Conseil d'Etat (considérant 08) en déclarant que s'agissant des articles L 712-8 et L 954-1, il ne saurait être question d'invoquer une contrariété à la Constitution⁴⁴. En sens inverse, cela signifie clairement non seulement qu'il reste 47 articles dont la constitutionnalité peut encore être invoquée *a posteriori* et, surtout, que seules les mises en œuvre de la Loi et des décrets litigieux permettront, au cas par cas, de tracer la ligne entre ce qu'il est désormais possible aux dirigeants d'Université de faire au nom de leur pouvoir de gestion et d'administration et l'indépendance des enseignants-chercheurs⁴⁵.

B – La répartition, l'attribution et la modulation des services ou la reconnaissance d'un seul principe « extérieur » d'indépendance ?

Il s'agissait là, peut-être, du point le plus important soulevé dans la seconde affaire portée devant le Conseil d'Etat car il s'agit précisément d'une question pratique. Comment s'opérera désormais la répartition, l'attribution et la modulation des services des enseignants-chercheurs ? Pourront-ils notamment se voir imposer par le conseil d'administration et leur Président des modifications importantes et pouvant conduire par exemple au doublement de leurs heures d'enseignement ? Quelles seront, surtout, les garanties accordées et entourant ces modalités d'organisation du service public ? Ici encore **c'est l'indépendance des universitaires face à la seule volonté managériale qui était au cœur du débat.**

En l'occurrence, les juges ont précisé (seconde affaire – requête 329056 et s.) que les garanties étaient largement suffisantes pour encadrer les opérations précitées (répartition & modulation des services) et qu'il n'y avait donc aucune atteinte aux principes constitutionnels d'indépendance et d'Égalité entre les enseignants-chercheurs. Nous n'en avons, quant à nous, pas encore été pleinement convaincus. Certes, concernant la répartition, le décret du 23 avril 2009 ne fait que

⁴⁴ Le Conseil d'Etat l'affirme également dans la première affaire : « *Considérant que, par sa décision du 6 août 2010, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 712-2 du code de l'éducation conforme à la Constitution sous la réserve que le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs interdit que le président de l'université, dans l'exercice de son droit de s'opposer à la nomination d'un candidat proposé par le conseil d'administration, fonde son appréciation sur des motifs étrangers à l'administration de l'université, donc, en particulier, sur la qualification scientifique des candidats retenus à l'issue de la procédure de sélection ; que, par suite, et compte tenu de cette réserve, le moyen tiré de ce que la faculté ainsi ouverte au chef d'établissement par l'article L. 712-2 du même code, repris à l'article L. 952-6-1, méconnaîtrait l'indépendance du jury et le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs, ne peut qu'être écarté* ».

⁴⁵ Entendons nous bien : nous ne souhaitons pas pour autant, loin s'en faut, un retour à la gestion sclérosée, protectionniste, corporatiste et acquise au localisme des anciennes Facultés de France où les professeurs, particulièrement à Paris, avaient – sous un certain prisme – un pouvoir quasi absolu : HALPERIN Jean-Louis, « Un gouvernement de professeurs : réalité ou illusion ? » in *Paris, capitale juridique (1804-1950)* ; Paris, Rue d'Ulm ; 2010 ; p. 45 et s.

reprendre les termes mêmes de la LRU. Mais, ni le Conseil constitutionnel ni le Conseil d'Etat, n'ont affirmé qu'il existait une contradiction – pourtant évidente – entre les deux articles suivants : L 952-4 (du Code de l'Education) disposant que les enseignants-chercheurs ont « *compétence exclusive* » pour effectuer la répartition des services et L 954-1 offrant au conseil d'administration (et donc pas nécessairement aux seuls enseignants-chercheurs concernés) la possibilité de définir les principes généraux de répartition des obligations de service. La juridiction administrative d'ajouter (considérant 16) : cette répartition (permettant ainsi de fixer les « *équivalences horaires applicables aux activités des enseignants-chercheurs* ») non seulement est « *attribuée par la Loi au conseil d'administration* » mais comprend « *nécessairement leur détermination* ».

Concernant la modulation des services, il n'est pas davantage perçu dans les nouveaux pouvoirs présidentiels et de son conseil d'administration d'atteinte aux principes énoncés précédemment. Il suffit, rappelle le juge, de mentionner que l'intéressé doit donner son accord écrit pour estimer que la garantie de protection et d'indépendance est suffisante ! Espérons que les acteurs de la communauté universitaire l'appliqueront de bonne foi et que la simple « faculté » de modulation ne devienne pas une arme et une contrainte.

S'agissant enfin de la répartition des services, les juges estiment également les garanties suffisantes en ce que le président d'Université serait simplement un exécutant des décisions prises par la formation restreinte du conseil d'administration réunissant les représentants des enseignants-chercheurs. Ainsi, alors qu'il nous est affirmé par ailleurs que le Président n'oserait prétendre à une évaluation scientifique des universitaires (il se contentant de données gestionnaires « *dans l'intérêt du service et de sa bonne administration* »), il n'est visible semble-t-il pour personne qu'en l'espèce ce même acteur peut arrêter les décisions individuelles d'attribution et de répartition des services (certes après avis motivé du directeur d'UFR concerné et suite à consultation du conseil de la composante) en prenant en considération « *l'ensemble des activités des enseignants-chercheurs et leur évaluation par le Conseil national des Universités* ». Le Conseil d'Etat (considérant 20) y voit même une garantie supplémentaire ainsi qu'une « *prise en considération effective des activités de recherche de l'intéressé* ». Mais où est encore ici l'indépendance de plus en plus formelle ? Qu'en reste-t-il si le Président, qui peut ne pas être un enseignant-chercheur ou être titulaire d'un grade inférieur à l'intéressé, peut ainsi tenir compte et agir en fonction de telles évaluations scientifiques alors qu'il n'est prétendument ni un supérieur hiérarchique mais un simple administrateur et gestionnaire ?

Toutes les réponses à ces questions sont contenues dans cette affirmation (que nous condamnons fermement) du rapporteur public pour qui, « *le principe d'indépendance ne peut être invoqué à l'égard des décisions de modulation qui, comme les autres décisions individuelles d'attribution de service, relèvent de l'organisation du service* ». **Comment, si cela était explicitement confirmé par la haute juridiction, ne pas y voir une franche opposition avec la reconnaissance par le Conseil constitutionnel d'un principe d'indépendance que l'on nous présente, précisément, comme n'étant plus cantonné mais étendu ?** Comment, dans les faits imaginer de façon schizophrénique que les enseignants-chercheurs soient libres et indépendants à tels moments de leurs vies et de leurs carrières et totalement soumis à d'autres comme s'ils étaient des agents publics exécutant et traités de façon purement gestionnaire sans prise en compte de leurs fonctions et de leurs dignité(s)⁴⁶ ?

⁴⁶ Dans son ouvrage (*préc.*) *Les libertés universitaires à l'abandon*, le professeur BEAUD explique très clairement en ce sens comment la juridiction administrative « *dénie aux universitaires le droit à une garantie législative de leur liberté*

Comment, autrement dit, concevoir un principe d'indépendance qui ne vaudrait que lors de la matérialisation de quelques moments clefs (l'entrée en carrière, une mutation, etc.) et de façon « extérieure » (c'est-à-dire pour protéger les universitaires d'influences externes) alors que c'est précisément de « l'intérieur » et au quotidien (par la gestion courante des services) que l'indépendance doit être reconnue et établie ? Admettrait-on qu'un magistrat ou qu'un Conseiller d'Etat soit indépendant lors de sa nomination ou de sa promotion alors que dans sa vie de tous les jours, n'importe quel administrateur pourrait modifier totalement son service, lui donner de nouvelles attributions ou lui en retirer, le placer par exemple dans une autre « chambre » ou « section » et l'empêcher ainsi d'agir et de réaliser sereinement ses fonctions ? A quoi sert-il de reconnaître un principe – *constitutionnel* – d'indépendance si, au quotidien et par des administrateurs locaux, il peut être piétiné au prétexte d'une bonne gestion (et généralement hors de toute considération scientifique) ?

Acte III : demain ? Dès l'aube ...

L'application du principe *au quotidien* par les juges ordinaires

Une once d'optimisme est néanmoins envisageable sur le dernier point évoqué en fin de l'acte II. En effet, à propos des répartitions de services, le Conseil d'Etat nous rappelle que le Président « *ne dispose* » (...) « *que du pouvoir de prendre les décisions individuelles d'attribution de services, en appliquant les règles définies par la formation [pertinente] du conseil d'administration* ». Autrement dit, pour peu que les enseignants-chercheurs élus auxdits conseils prennent le soin de poser des règles générales d'attribution suffisamment *précises*, le Président qui ne dispose « que » du pouvoir d'appliquer pourrait se trouver en compétence liée. Après tout, et dans un domaine totalement différent, le Conseil d'Etat a bien admis que le préfet n'était plus titulaire d'un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il devait édicter un arrêté de mise en demeure suite au constat d'une violation de la réglementation des installations classées pour l'environnement⁴⁷. Pourquoi n'en serait-il pas de même ici ? **Rien n'empêcherait les élus des conseils d'administration d'agir en ce sens ...**

Plus pessimiste est en revanche la question de l'avenir des jurisprudences (*préc.*) MELKI & UNIVERSITE PICARDIE JULES VERNE... A en lire le rapporteur public, elles pourraient rapidement tomber dans l'histoire de l'indépendance de nos Universités, **la « compétence exclusive » des enseignants-chercheurs pour traiter de leurs questions s'effaçant derrière l'intérêt managérial du service**. On ne peut alors, pour garder espoir et volonté de faire avancer l'Université, que souscrire à la conclusion du doyen devenu Président PAULIAT⁴⁸ lorsqu'elle explique : « *c'est peut-être par la réaffirmation de la mission fondamentale de service public de l'enseignement supérieur et du principe constitutionnel de l'indépendance des membres de l'enseignement supérieur qu'un système fiable, transparent et accepté peut être construit* ». Or, ce service public, c'est à ces acteurs de le faire vivre et de le défendre ; c'est à eux qui incarnent et sont l'Université de le faire ressusciter. Car, pourquoi devient-on universitaire si ce n'est avant tout, au nom de la recherche et de l'enseignement, pour bénéficier de / et éprouver cette liberté ; essence et raison d'être de ce statut ? Malheureusement, ainsi que l'on constaté d'éminents maîtres, ce « *statut de liberté(s)* » a subi un large « *grignotage (...) indirect et insidieux* »⁴⁹.

académique » et « *les assimile à des fonctionnaires ordinaires* » ce qui aboutit à nier « *toute effectivité aux libertés universitaires* » ; (*op. cit.*) ; p. 184.

⁴⁷ C.E., 08 juillet 2007, STE. TERRENA POITOU (requête n° 288367).

⁴⁸ PAULIAT Hélène, « Les Facultés de droit dans la réforme universitaire ; les Facultés de droit et l'évaluation » *in RDP* ; 2010 ; n° 04 ; p. 907 et s. (*in fine*).

⁴⁹ MORANGE Jean, (*op. cit.*).

Les libertés et l'indépendance conquises⁵⁰ sont freinées par une autre indépendance (renommée autonomie des Universités) et les pouvoirs, toujours accrus, des Présidents de ces dernières. **Aujourd'hui, des autorités locales peuvent empêcher un universitaire d'exercer sa profession sereinement. En outre, le renforcement de « la structure centrale, celle de l'Université, au détriment de l'autonomie des composantes » que sont les UFR a stoppé la liberté.** Il apparaît alors clairement que la décentralisation universitaire est un méfait qu'il conviendrait – rapidement – de corriger. Car si les universitaires ont réussi à conquérir une indépendance réelle vis-à-vis de l'Etat, il ne servira plus à rien de consacrer cette dernière, même au niveau constitutionnel, puisque – autonomie oblige – c'est une indépendance vis-à-vis des autorités locales qu'il faut désormais consacrer.

C'est une « Université sans condition »⁵¹ qu'il faut se réapproprier : hors de toute influence(s) étatique, locale, économique⁵², médiatique, idéologique, religieuse, culturelle, etc. Souhaitons donc que cessent enfin et rapidement ces ... *petits crimes contre nos humanités*⁵³ !

5. Paperasses, Réunionite & Commande publique

En outre, j'aimerais profiter de cette contribution pour exprimer un étonnement. L'Université multiplie les réseaux ce qui pourrait *a priori* être pertinent, **la recherche n'étant plus concentrée en un lieu unique mais protéiforme et multi-sites.** On multiplie les PRES, les ED et labos sur plusieurs lieux, on augmente d'autant le nombre de réunions auxquelles il faut assister au détriment de l'enseignement et de la recherche et continue à ne quasiment pas décharger les représentants qui assistent à ces échanges. **La vocation universitaire existe mais elle s'essoufflera d'autant plus vite qu'elle ne sera pas reconnue – y compris financièrement et fut-ce symboliquement.**

Autre paradoxe, on admet que **la recherche est désormais multi-sites en France et même multinationale mais la comptabilité publique ou plutôt ceux qui l'appliquent empêche les enseignants-chercheurs de la pratiquer.** Par exemple, il nous est demandé et nous sommes incités à travailler avec des chercheurs d'autres Universités mais il est quasi impossible de financer quoi que ce soit (par exemple des trajets) pour inviter des collègues étrangers à des réunions qui ont lieu non pas dans notre Université mais sur d'autres sites avec lesquels nous sommes officiellement partenaires. Les marchés et la commande publics ne sont pas aussi restreignant qu'on nous les fait parfois subir. **Un contrôle s'impose et il doit être efficace mais la souplesse doit également se faire jour si nous voulons travailler tout aussi efficacement.** Perdre (il n'y a pas d'autres mots) des heures et des jours à trouver un montage qui permettra un financement pour faire venir un collègue est une ineptie et une honte pour l'Université.

⁵⁰ A propos de critiques plus anciennes mais parfois paradoxalement plus virulentes et explicites, on se permettra de renvoyer à : « L'article de revue critiquant l'enseignement du droit et projetant sa réforme sous la Restauration et la Monarchie de Juillet » in *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique* (2010 ; prochain numéro).

⁵¹ Et ce, ainsi que nous y engage le très beau texte de : DERRIDA Jacques, *L'Université sans condition* ; Paris, Galilée ; 2001.

⁵² On est en ce sens bien loin de l'idéal de Bologne (juin 1999) où il était prévu de créer une « Europe du savoir » contre « l'Europe des banques » ainsi qu'en témoigne l'ouvrage (*préc.*) : *Le cauchemar de Humboldt*.

⁵³ CHRISTIN Pierre, *Petits crimes contre les humanités ; roman universitaire* ; Paris, Métailié suites ; 2006. Les présentes lignes sont dédiées à nos présents et futurs collègues de bonne(s) volonté(s) en espérant qu'ensemble un véritable service public de l'enseignement et de la recherche se reconstruira. Un salut amical est en ce sens adressé à M. le doyen B. pour l'ensemble de son œuvre et de ses conseils.

6. Juridiction académique ? Quelle Juridiction ?

Il existe en ce sens un intérêt cardinal à lire et à relire la jurisprudence dite G. du 22 février 2012 (req. 333573) et ce, pour tous ceux qui s'intéressent à l'Université et à la défense de sa déontologie.

Des imperfections de la procédure universitaire

D'abord, le contentieux ici rappelé nous permet d'attirer l'attention sur **l'un des maux de l'actuelle démocratie universitaire : sa juridiction disciplinaire**. Si, heureusement pour elle, en appel le CNESER (Conseil National de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche) et, en cassation, le Conseil d'Etat permettent à la juridiction administrative spécialisée d'être régulée et de rentrer dans les rails lorsque ses juges de première instance s'en éloignent quelquefois, force est malheureusement de constater que parfois des difficultés se matérialisent au niveau des conseils d'administration jugeant en premier ressort. En effet, la Loi SAVARY du 26 janvier 1984 reprise par le Code de l'Education et le décret n° 92-657 du 13 juillet 1992 mettent en place un système de juridiction disciplinaire qui, au nom du principe constitutionnel d'indépendance des enseignants-chercheurs, détournent le pouvoir disciplinaire, naturellement détenu par l'employeur (le chef de toute administration) et ce, pour le confier à des magistrats indépendants. Or, il s'avère, malheureusement, que plusieurs dysfonctionnements peuvent être repérés dans la mise en œuvre quotidienne de cette juridiction (en ce sens, on se permettra de renvoyer à : TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « Progression et digressions de la répression disciplinaire (...) » ; un plaidoyer contre le retour programmé du juge – administrateur » *in Le Plagiat de la recherche* ; Paris, Lextenso ; 2012 (dont sont issues certaines des présentes lignes)). Parmi ceux-ci, et **même si évidemment nous n'écrivons pas et ne pensons pas que rien ne va ou que tout est critiquable au sein de cet ensemble juridictionnel, relevons :**

Premier principe discutable: l'impartialité du tribunal académique

Selon l'art. 3 du décret de 1992: « *Les enseignants-chercheurs et (...) les usagers (...) relèvent de la section disciplinaire de l'établissement où les faits donnant lieu à des poursuites ont été commis* ». Autrement dit, être jugé par ses collègues que l'on fréquente tous les jours est un gage d'indépendance. Nous entendons bien qu'il s'agit d'une justice de pairs, mais alors pourquoi ne pas simplement "dépayser" d'office le CA disciplinaire en faisant juger un dossier non par des collègues proches mais par ceux d'une autre université nationale. **Comment croire, surtout si l'établissement est petit et non pluridisciplinaire, que les juges n'auront pas de forts a priori sur ceux qu'ils jugeront** et qu'en conséquence l'esprit de corps ne se matérialisera pas (en bien comme en mal) ? Tous ou presque devraient se récuser or, statistiquement, on constate qu'ils ne le font pas⁵⁴. Bien sûr, l'art. 19 modifié en 2001⁵⁵ du décret n°92-657 affirme que « *Nul ne peut siéger (...) s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité* » (et R 232-30 CdIE s'agissant du CNESER) mais aucune procédure, de récusation ou de déport, n'est expressément mise en œuvre comme si perdurait l'habitude administrative selon laquelle, dans le contentieux disciplinaire non juridictionnel, la récusation est impossible et ce, afin que puisse s'exercer la discipline et la hiérarchie⁵⁶. Alors, ce qu'a déjà confirmé le Conseil d'Etat, dans le silence des textes, c'est le (nouveau) code de procédure civile (art. 339 et s.) qu'il faut appliquer⁵⁷.

⁵⁴ Le plus souvent sans motivation: CNESER, 11 juin 2008 (NOR:ESRS0900026S).

⁵⁵ Par le décret n°2001-98 du 1^{er} février 2001 modifiant la procédure disciplinaire devant les tribunaux académiques (CA et CNESER).

⁵⁶ A ce propos, voy. CHAUVET Clément, *Le pouvoir hiérarchique*, Th. Paris II, 2011.

⁵⁷ « *Le droit de récusation peut être exercé devant toute juridiction à moins que la loi ne l'ait formellement interdit* » lit-on déjà dans la jurisprudence: CE 25 avr. 1833, Despeaux (*Rec.220*) réaffirmé par CE Sect., 24 juill. 1934, Ducos, *Rec.882*.

De plus, demeure toujours envisageable, en principe au moins, l'hypothèse du renvoi pour suspicion légitime qui permet à celui qui l'invoque, arguant d'une partialité à son égard de l'ensemble de la juridiction (qu'il connaît ou à qui il a déjà et fréquemment eu à faire), de renvoyer l'affaire directement au niveau d'appel et, en l'occurrence, devant le CNESER. Il y s'agit d'un principe général du droit mais très (trop) peu appliqué en notre matière⁵⁸. La communauté universitaire étant restreinte et la juridiction étant celle des pairs, il est naturel que certains enseignants-chercheurs connaissent leurs juges: c'est inévitable. Mais **au lieu d'accentuer le phénomène en faisant du CA disciplinaire une juridiction élue par le CA administrateur d'un établissement donné, imposons par exemple qu'il soit jugé soit nationalement en premier ressort** (donc par des représentants de toutes les Universités)⁵⁹ soit localement dans une autre Université ou encore par des pairs, certes, mais non issus du CA administrateur. Ce cumul d'administrateur-juge est on ne peut plus préjudiciable. Un tribunal ne peut pas être aisément impartial dans ses conditions. En ce sens, André LEGRAND constatait récemment « *les inconvénients que peut manifester un juge trop proche des affaires qu'il doit examiner* »⁶⁰. Et Sandrine CURSOUX-BRUYERE y relève à très juste titre les inconvénients de la "promiscuité" de ces « *juges non professionnels qui évoluent dans le même milieu (...) [que ceux qu'ils] ont à juger* »⁶¹.

Deuxième principe discuté: l'indépendance du tribunal académique

Un tribunal doit être impartial mais également être indépendant. Une fois en place, il ne peut - il ne doit - recevoir d'ordres ou de directives, de pressions ou d'indications, de la part de l'une des parties et surtout même de celui qui l'a nommé. C'est cela l'indépendance de la Justice en France.

Or, qui préside le CA en formation non disciplinaire ? Qui, au quotidien, interfère ou peut interférer dans la carrière des enseignants-chercheurs, parallèlement juges et des usagers ? Qui a « *autorité sur l'ensemble des personnels de l'Université* » (art. L 712-2 CdIE) ? Qui, la plupart du temps, a nommé les enseignants-chercheurs du CA disciplinaire et - dans de nombreux cas - les connaît bien ? Le Président de l'Université. Certes, ce dernier (art. 9 D. n°92-657) ne peut siéger au sein du tribunal académique mais il détient le pouvoir le plus fondamental de l'ensemble de la procédure disciplinaire : celui de l'opportunité première des poursuites. **C'est lui et lui seul qui décide de saisir ou non le tribunal académique.** C'est lui qui peut (je ne dis pas qu'il le fait systématiquement) s'il le désire et si, par exemple, un de ses collègues ou amis est en cause parce qu'il aurait commis une erreur, refuser de convoquer le CA disciplinaire et en conséquence étouffer l'affaire. Seul le président (et, dans certains cas, le recteur⁶², autre survivance de la tutelle étatique administrative et non juridictionnelle), qui a autorité sur les membres du CA disciplinaire, peut donc décider (sans instruction, sans respect des droits de la défense, sans même que les parties n'en aient été informées) de l'intérêt qu'il y aurait à poursuivre une affaire (art. 23 D. n°92-657). **Comment croire dans ces conditions à un tribunal indépendant et impartial si le risque d'inhumation d'un dossier repose sur une seule autorité administrative (le Président) et non juridictionnelle et collégiale ?**

Seul le président (et parfois même le recteur), autorité administrative et hiérarchique est maître de cette procédure juridictionnelle. Voilà où le bât blesse: il est normal dans une procédure totalement administrative que l'autorité hiérarchique soit pleinement titulaire du pouvoir disciplinaire et

⁵⁸ CE 8 janv. 1958, Commissaire du gouvernement près le conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables, *Rec.*15.

⁵⁹ Avec le risque, il est vrai, de perdre potentiellement un degré de juridiction.

⁶⁰ Note sous l'arrêt POPIN, *D.* 2004, p. 1924, *op. cit.*

⁶¹ *Op. cit.*

⁶² Le recteur apparaît alors - tel le préfet en déféré préfectoral - à l'instar du représentant de l'Etat, de la tutelle ministérielle et, malgré l'autonomie prétendue des Universités (affirmée par la Loi FAURE du 12 novembre 1968, réaffirmée par la Loi PECRESSE et dite LRU du 10 août 2007) demeure présent.

détienne en matière d'opportunité des poursuites un total pouvoir discrétionnaire⁶³ ainsi que cela se pratique pour la très grande majorité des agents publics. Mais, s'agissant des enseignants-chercheurs, au moins, le principe d'indépendance qui a imposé l'existence d'une juridiction devrait impliquer un autre mode de saisine. Qu'on le combatte ou s'en réjouisse, force est de constater que même lorsque la procédure disciplinaire est juridictionnalisée - par exemple pour les magistrats de l'ordre judiciaire - l'opportunité des poursuites, ce qui se justifie du reste, demeure le privilège de l'administration et - en l'occurrence - du supérieur hiérarchique. En conséquence, une victime de plagiat par exemple n'est et ne demeure qu'un tiers face à la procédure interne. Elle ne peut obtenir de l'administration que cette dernière engage obligatoirement une action disciplinaire. En ce sens, le refus de saisir le conseil de discipline est encore et toujours une décision insusceptible de recours contentieux⁶⁴. Pourquoi ne pas appliquer ce que pratiquent d'autres juridictions ordinaires en matière disciplinaire où, par exemple, « *le refus du conseil de l'ordre de donner suite à une plainte tendant à ce qu'un pharmacien soit traduit en chambre de discipline constitue une décision administrative susceptible de faire l'objet d'un recours* » en excès de pouvoir ?⁶⁵ Nous ne disons pas que tous les présidents agissent de façon arbitraire, que tous sont corrompus et pratiquent de tels enterrements. **Nous critiquons le fait que les normes le permettent.** Voilà pourquoi de nombreuses victimes de plagiat (ou d'autres infractions potentielles) sont terriblement frustrées par le fonctionnement académique. C'est parce que certains chefs d'établissement refusent de saisir le CA disciplinaire par peur, sûrement, qu'il soit portée atteinte à la réputation de leur Université dans laquelle aucun étudiant ne fraude, aucun collègue n'est digne de reproches, etc. Quiconque a fréquenté un établissement d'enseignement supérieur français le sait: certaines affaires sont étouffées et il suffirait d'étendre le pouvoir de saisine ou de le modifier au profit des victimes potentielles par exemple pour que cela aille déjà mieux⁶⁶. Car, en agissant ainsi, le Président souligne non pas le caractère juridictionnel mais les stigmates d'une pure autorité administrative qui se juge elle-même. Transmettez votre dossier au Président: rien ne l'oblige à vous écouter ou à saisir le CA disciplinaire - même si les faits sont avérés, prouvés, évidents, etc. Le Président est ici omnipotent et il dirige l'existence même de l'ensemble de la procédure disciplinaire comme le font les administrations non juridictionnalisées. Le président est élu par les membres - notamment - du CA disciplinaire, c'est à ces derniers qu'il va demander de juger certains dossiers: comment croire, dans les faits, à une indépendance totale, lui qui peut saisir des hommes et des femmes sur lesquels il a autorité et dont dépend le déroulement normal de leurs carrières ? La plupart du temps nous voulons bien croire qu'existera l'indépendance parce que la très grande majorité des membres de la communauté universitaire ont l'intérêt général au cœur de leurs priorités, mais ne tentons pas les éventuels corruptibles. Renforçons l'indépendance et l'impartialité des tribunaux académiques.

Troisième principe affirmé: les indices formels ... d'une administration rémanente

De nombreux **indices formels traduisent encore non pas l'existence d'une juridiction spécialisée mais bien la rémanence d'une administration active.** Alors que ces symboles sont importants pour le justiciable académique comme pour la Justice à proprement parler, où et comment se déroulent les opérations de la juridiction académique ? Le jugement a lieu dans une salle de l'administration (autrement dit du demandeur des poursuites disciplinaires) et généralement dans les mêmes lieux que ceux du CA non disciplinaire. Cet endroit ne contient aucun des symboles républicains de la

⁶³ Ainsi qu'il ressort notamment de CE 21 mai 1955, DELEUZE, *Rec.*296.

⁶⁴ A propos d'un président d'université ayant refusé de poursuivre un professeur de son établissement: TA Lyon, 18 juill. 2002, AILLARD, n°013965 ; du refus opposé à Charles PASQUA par le Garde des sceaux de saisir le CSM: CAA Paris, 24 févr. 2003, PASQUA *JCP A* 2003.1325, obs. TAILLEFAIT.

⁶⁵ TAILLEFAIT Antony, *Droit adm.* n° 10, oct. 2006, comm. 154, à propos des jurisprudences: CE 14 nov. 1990, Ganaye-Garrel (n°89896) et CE 30 avr. 1997, Bouteille (n°163807).

⁶⁶ C'est *a priori* un point de vue partagé par A. TAILLEFAIT.

Justice: ni *Marianne*, ni disposition des lieux indiquant le rite processuel, ni drapeaux et - comme le veut l'usage en matière juridictionnelle administrative - sans que les juges ne soient identifiables par un insigne ou un uniforme particulier. La Justice s'y rend, dit-on, en "veston" et, la plupart du temps, en pull et jeans. Rien ne distingue cette juridiction administrative de l'administration universitaire aux yeux d'un observateur. A lire certaines décisions des CA disciplinaires, de nombreux manques peuvent inquiéter les habitués du contentieux administratif et les conduire à émettre de sérieux doutes quant à la légalité des actes pris. Outre quelques rédactions parfois hâtives, le plus grave est l'oubli - certes de moins en moins fréquent mais qui fut réel et matérialisé - des voies de recours et des délais (d'appel notamment), exigence pourtant signalée à l'art. 35 du décret n° 92-657. Que penser, enfin, de l'utilisation si parcimonieuse du mot "jugement" ? Même le décret de 1992 préfère parler, à propos des jugements de 1^{ère} instance des CA disciplinaires, de leurs "décisions" et parfois, lit-on en universités, de leurs "délibérations". L'utilisation de termes connexes à ceux de l'administration active et employés par ce même CA hors formation disciplinaire est une erreur, un risque de confusion, ainsi qu'un symbole préjudiciable. C'est bien d'un jugement dont il est question. En matière d'appel, enfin, se posent de véritables questions: si la procédure est autorisée au défendeur objet de la procédure de première instance, elle l'est aussi non seulement à l'auteur de la saisine juridictionnelle (le chef d'établissement et/ou le recteur à l'origine des poursuites) et parfois, comme en pure administration active, sur instruction directe du ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche⁶⁷. On constatera en pratique que l'Université (Président ou recteur) ne fait que très rarement appel, se contentant la plupart du temps des décisions prononcées... par les membres dits juges de son CA. Cette absence d'appel, ainsi qu'on le développera plus loin, emporte une grave conséquence. En outre, l'appel incident⁶⁸, une fois l'appel principal effectué, est possible aux deux parties en présence mais - ce qui est une caractéristique du contentieux administratif français - ni l'appel ni même la première instance ne sont accessibles aux victimes potentielles qui demeurent étrangères à cette répression interne et administrative⁶⁹.

Quatrième objet : la non application de tous les critères européens d'un droit au procès équitable

Alors que la procédure disciplinaire académique dépasse le stade administratif et embrasse celui d'une véritable juridiction, tous les critères de l'art. 6 §1 de la CESDHLF devraient lui être appliqués, ce qu'affirme la jurisprudence *L'HERMITE*. Or, il s'avère que ce n'est pas encore ni exactement le cas⁷⁰.

Si certaines des manifestations de l'art. 6 §1 sont respectées (on pense à l'indice de collégialité des juridictions), d'autres sont soit minorées soit purement niées. Font partie d'un droit au procès équitable les exigences de publicité de l'audience. **Or, il est manifeste que la procédure disciplinaire académique pose problème (au moins devant ces juges du fond).** L'art. 30 du décret n° 92-657

⁶⁷ Provoquant par exemple la décision du CNESER du 10 juin 2008 et ce, suite au jugement du CA disciplinaire de l'Université Lyon III en date du 14 mars 2007.

⁶⁸ L'appel incident est *a priori* exclu en matière disciplinaire (par ex. CE Sect., 6 févr. 1981, LEGRAND, n°14331). Il est pourtant expressément prévu par l'art. 37 du décret du 13 juillet 1992. La jurisprudence étant supra décrétable, quelqu'un osera-t-il prôner la non légalité de l'art. 37 ?

⁶⁹ C'est la raison pour laquelle nous militons avec A. TAILLEFAIT pour que soit enfin consacré un « *élargissement des exceptions au principe du caractère insusceptible de recours du refus d'engager une procédure disciplinaire* », *Droit adm.*, n° 10, oct. 2006, *op. cit.* (CE 17 mai 2006, Michel B. c/ ministère de l'Emploi, n°268938).

⁷⁰ L'art. 6 a longtemps été considéré par l'administration de l'enseignement supérieur comme inapplicable car celle-ci considérait, interprétant la jurisprudence *Pellegrin* précitée, que les fonctions d'enseignant-chercheur (et non des usagers) relevaient des hautes fonctions publiques. Par l'arrêt *L'Hermite* précité, il a expressément été retenu que « *les attributions des personnels (...) universitaires ne comportent pas de participation à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou des autres personnes publiques* ». L'arrêt CEDH, 19 avr. 2007, Vilho Eskelinen c/ Finlande (*JCP* 2007.I.166, note PLESSIX) a amplifié la démarche en reconnaissant, selon les bons mots de Frédéric SUDRE, une « *présomption d'applicabilité de l'art. 6 aux litiges de la fonction publique* » (*JCP* 2007.I.182). Toujours plus loin dans l'extension du champ d'application de l'art. 6 §1, celui-ci a été reconnu opérant à l'égard du Président de la Cour suprême de Croatie (CEDH, 5 févr. 2009, Olujic c/ Croatie, *AJDA* 2009.879, chron. FLAUS; ce dernier constatant la « *déliquescence de la notion de puissance publique* » - cité par AUBIN E., *Droit de la fonction publique*, p. 448).

déclare ainsi: « *L'instruction et les séances des formations de jugement* » comme en pure matière administrative « *ne sont pas publiques* » ! La Justice est rendue au nom du peuple français mais celui-ci ne saurait être présent: c'est le secret qui seul règne. De la même manière que le Conseil d'Etat a jugé en cassation que la commission centrale d'aide sociale (autre juridiction administrative spécialisée) se devait de respecter une telle publicité des audiences, pourquoi en serait-il différemment pour le CA disciplinaire ?⁷¹ De tous ces éléments, répartis en quatre temps, il ressort que les tribunaux académiques de première instance tendent davantage, dans leurs formes comme parfois au fond, à ressembler à des démembrements d'une pure administration active et non à une véritable juridiction toujours indépendante.

Les droits a priori respectés de la défense : C'est l'un des principaux points de satisfaction. A partir de la saisine (mais encore faut-il qu'elle ait lieu) les droits de la défense sont *a priori* respectés. **A priori seulement parce que le principe (art. 25 et s. D. n°92-657) est certes bien proclamé mais dans son effectivité, il mériterait d'être encore amélioré.** Que penser des délais *maxima* (art. 27 D. n° 92-657) pendant lesquels l'instruction doit se réaliser ? Ne rappellent-ils pas le mois (pour les usagers) ou les deux mois (pour les enseignants-chercheurs) classiques de l'action administrative ? En matière juridictionnelle, c'est la complexité de l'affaire qui doit imposer un *tempo* et non une norme impersonnelle (un mois pour les usagers est tout de même bien court pour qu'apparaisse dans tous les cas la vérité). Devrait s'imposer ici le *délaï raisonnable* prescrit par l'art. 6 §1 CESDHLF. De surcroît, si la personne à qui l'on reproche un fait a la possibilité de se défendre (en étant entendue pendant l'instruction; en ayant la possibilité d'être défendue et en ayant la possibilité de prendre connaissance du dossier et de ce qui leur est reproché), trois conditions de cette défense nous semblent particulièrement améliorables. D'abord, il faut rappeler (art. 29 D. n° 92-657) que les usagers ou enseignants-chercheurs que l'on va traduire devant le CA disciplinaire n'ont que dix jours pour prendre connaissance - avant le jugement - du dossier et de son contenu. Dix jours simplement pour organiser sa défense et répondre aux accusations; dix jours seulement pour établir le contradictoire. Ce délai est bien trop faible. L'administrateur accusateur et juge a jusqu'à deux mois d'instruction alors que le potentiel contrevenant n'a même pas deux semaines. En outre, l'auteur de la saisine, le Président administrateur de l'établissement (ou le recteur dans certains cas) peut également être entendu - à sa demande et de droit - devant le CA disciplinaire pour défendre, en toute indépendance et impartialité, devant les collègues de plus en plus subordonnés qui l'ont élu, qu'il nomme lui-même et qu'il administre, son point de vue... Enfin, aucune place - dans le cas du plagiat en particulier - n'est laissée, de droit, aux victimes potentielles. C'est l'administration seule, par le biais de son juge, qui confond en procédure son agent ou l'un de ses usagers et cela s'entend particulièrement dans un cadre précisément disciplinaire mais, pour autant, plusieurs dossiers font apparaître que certains témoins clefs devraient pouvoir intervenir et être au moins entendus de droit par la commission d'instruction. Certes, cette dernière peut (art. 27 D. n° 92-657) « *instruire (...) par tous moyens* » et donc entendre les victimes potentielles et le CA disciplinaire, le jour du jugement, peut aussi « *entendre des témoins* » mais si « *cette audition a lieu contradictoirement en présence de l'intéressé et, éventuellement, de son conseil* » (art. 31 D. n° 92-657), cela n'est qu'à la demande non pas du CA disciplinaire, ni des rapporteurs ayant procédé à l'instruction, mais au seul bon vouloir du président du tribunal académique⁷².

⁷¹ CE Sect., 29 juill. 1994, Dép. de l'Indre (n°111251).

⁷² Il en est de même au niveau du CNESER: la demande d'audition de témoins peut être suggérée par le défendeur mais seul le président de la juridiction en décide discrétionnairement. En cas de refus, il ne saurait être constaté un vice des droits de la défense : CE 15 oct. 2008 (référé), n°320991.