



**Faculté de Droit et de Sciences économiques  
Droit Pénal International et Européen**

2021/2022

# La liberté d'expression des universitaires

**Corentin Brancourt**

Mémoire dirigé par

**ROETS Damien**

Professeur de Droit privé et Sciences criminelles à l'Université de Limoges

## **Remerciements**

---

J'adresse mes sincères remerciements :

A mon directeur de mémoire, Monsieur Damien ROETS, Professeur à l'Université de Droit et de Sciences économiques de Limoges, de m'avoir donné l'opportunité de traiter un sujet aussi riche que passionnant mais, surtout, pour ses conseils avisés et sa bienveillance.

A mes parents et mon frère, pour m'avoir soutenu durant ces six années d'études.

A l'ensemble de mes amis, particulièrement à Nino, Lucie, Marielle, Rémi et Hugo pour leur appui quotidien lors de la réalisation de ce mémoire.

## Droits d'auteurs

---

Cette création est mise à disposition selon le Contrat :  
« **Attribution-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de modification 3.0 France** »  
disponible en ligne : <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/fr/>



## **Abréviations**

---

AJDA : Actualité Juridique Droit Administratif

Al : Alinéa d'un article

CA : Cour d'Appel

CADA : Commission d'Accès aux Documents Administratifs

CE : Conseil d'Etat

CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme

C. cass (1<sup>ère</sup> civ, 2<sup>ème</sup> civ, 3<sup>ème</sup> civ) : Cour de cassation, première, deuxième et troisième chambre civile

Comm : Commentaire

CC : Conseil Constitutionnel

Ed : Edition

Id : idem

J.O : Journal Officiel

Obs : Observations

Op.cit : Opere citato (Cité plus haut).

LGDJ : La Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

P : Page (dans la citation d'un livre ou d'une revue)

PUF : Presses Universitaires de France

Rec : Recueil

RTDH : Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme

TA : Tribunal Administratif

TGI : Tribunal de Grande Instance

V : Voir

## Table des matières

---

Remerciements .....	2
Droits d'auteurs .....	3
Abréviations .....	4
Table des matières .....	5
Introduction .....	11
PARTIE 1 : Les entraves privées à la liberté d'expression des universitaires .....	16
Chapitre 1 - : L'avènement des causes militantes au sein de l'Université .....	17
Section 1 : Les dispositions générales permettant la lutte contre ces formes de militantisme portant atteinte à la liberté académique .....	18
§ 1 - Le droit positif garantissant l'exercice de la liberté académique par les chercheurs	18
A - Les normes visant à garantir le droit à la liberté d'expression des universitaires...	19
1) Les fondements de la liberté d'expression pour les universitaires .....	19
a) Les garanties internationales .....	19
b) Les garanties internes .....	20
2) Les limites de l'exercice de cette liberté : le caractère scientifique des opinions exprimées par le chercheur .....	21
B - Les normes visant à garantir le droit à la liberté de réunion des universitaires .....	22
1) Le contenu de la liberté de réunion des universitaires .....	23
a) Les sources internationales .....	23
b) Les sources internes .....	23
2) Le risque d'atteinte à l'ordre public : une atteinte justifiée à la liberté de réunion .....	24
§ 2 - Les limites du droit positif garantissant l'exercice de la liberté académique par les universitaires .....	26
A - Le pouvoir discrétionnaire des présidents d'Université pour le recours à la force comme limite principale à l'exercice de la liberté académique. ....	26
1) Une utilisation légale des pouvoirs de police administrative des présidents d'Université .....	26
2) Une solution inadaptée en l'espèce .....	28
B - L'absence d'un délit d'intrusion et de maintien illicite dans un établissement d'enseignement supérieur : une autre limite à l'exercice de la liberté académique. ....	29
1) Un délit n'existant que pour les établissements de second degré .....	29
2) L'inconstitutionnalité de l'article de la loi de « Programmation de la recherche » créant un délit d'intrusion et de maintien illicite dans un établissement d'enseignement supérieur .....	30

Section 2 - Les nouvelles réponses étatiques aux actions militantes portant atteinte à la liberté d'expression des universitaires.....	32
§ 1 - La volonté du législateur de recourir à l'arme pénale : l'exemple de la création d'un délit d'intrusion et de maintien illicite dans un établissement d'enseignement supérieur	32
A - Les apports du projet de loi créant un délit d'intrusion et de maintien illicite dans un établissement d'enseignement supérieur .....	32
1) Une pénalisation permettant en théorie l'autonomisation du recours aux forces de l'ordre : une mesure inutile .....	33
2) Une disposition respectueuse des droits garantis aux étudiants .....	34
B - Une disposition insuffisante en l'état .....	35
1) Un recul du statut de l'enseignement supérieur .....	36
2) Un texte inapplicable.....	36
3) L'absence de sanctions véritablement adaptées .....	37
§ 2 - Les mesures prévues par le Code de l'éducation.....	38
A - La reconnaissance de la liberté académique .....	38
1) L'inutile consécration législative de la liberté académique .....	39
2) L'absence de sanction en cas de manquement aux dispositions .....	40
3) Des principes codifiés antérieurement à la loi de « Programmation de la recherche ».....	40
B - Des dispositions non attentatoires à la liberté d'expression des universitaires .....	41
1) Des restrictions aux libertés préexistantes .....	41
2) Des limites davantage éthiques et morales que juridiques .....	43
Conclusion du Chapitre 1 .....	44
Chapitre 2 - Le phénomène des "procédures-bâillons" .....	46
Section 1 - Les caractéristiques des « procédures-bâillons » .....	47
§ 1 - Des poursuites infondées sur la diffamation ou l'injure publique.....	47
A - La reconnaissance du caractère infondé de la diffamation ou de l'injure publique	48
1) La présence d'une atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ....	48
2) L'existence de faits justificatifs pour les cas de diffamation .....	49
B - Une jurisprudence protectrice de la liberté d'expression des universitaires face à ces procédures .....	50
1) L'existence d'un droit à la critique au profit de l'universitaire.....	51
2) Une protection limitée au commentaire loyal .....	52
3) La mobilisation du fait justificatif conventionnel de débat d'intérêt général : l'apport de l'arrêt du 28 septembre 2017.....	52
§ 2 - Des poursuites à la finalité intimidatrice résultant d'un abus de droit .....	54

A - La qualification de ces procédures comme constituant un abus de droit d’ester en justice .....	54
1) Des poursuites illégitimes en raison de leur finalité.....	54
2) Une appréciation <i>in concreto</i> du juge.....	55
B - La reconnaissance de ces procédures en diffamation comme étant abusives .....	56
1) La reconnaissance nationale de ces procédures comme étant abusives .....	57
2) Une reconnaissance conforme aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l’homme.....	57
Section 2 - Les solutions proposées pour pallier ces poursuites.....	58
§ 1 - La protection fonctionnelle : une réponse insuffisante.....	58
A - La protection fonctionnelle des universitaires : une protection laissée aux mains du chef d’établissement.....	58
1) Le droit à la protection fonctionnelle des universitaires .....	59
2) Une protection laissée aux mains du chef de l’établissement sous contrôle du juge administratif.....	60
B - Une protection fonctionnelle inadéquate.....	62
1) Une protection aléatoire .....	62
2) Une protection bien souvent trop tardive .....	63
§ 2 - Les solutions limitées proposées par le rapport Mazeaud .....	64
A - Les propositions visant à protéger l’universitaire en amont des poursuites .....	65
1) La création malvenue d’une immunité au bénéfice des universitaires.....	65
2) Des poursuites conditionnées à la formation d’une requête par le ministère public .....	66
3) L’aggravation des sanctions prévues en cas de procédures abusives.....	67
a) L’augmentation du niveau de sanction prévu en cas d’action abusive en diffamation contre un universitaire .....	67
b) La hausse du niveau de sanction de l’amende civile .....	68
B - L’unique proposition visant à protéger l’universitaire en aval de la procédure : la protection fonctionnelle de plein droit .....	69
Conclusion du Chapitre 2.....	73
Conclusion de la Partie 1 .....	75
PARTIE 2 : Les entraves publiques à la liberté d’expression des universitaires .....	76
Chapitre 1 - L’accès aux archives publiques pour les universitaires .....	77
Section 1 - Le droit d’accès aux archives .....	78
§ 1 - Le droit positif garantissant le droit pour les universitaires d’accéder aux archives .....	78
A - Les dispositions législatives encadrant le droit d’accès aux archives.....	78
1) Le principe d’ouverture de plein droit des archives passé un délai légal.....	79

2) La possibilité de dérogation prévue par la loi .....	80
a) Les dérogations collectives bénéficiant à l'ensemble des chercheurs .....	80
b) Les dérogations individuelles .....	81
3) Les archives incommunicables.....	83
B - Le droit d'accès aux archives : un droit conventionnellement et constitutionnellement garanti .....	84
1) Le droit d'accès aux archives publiques : un droit reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme .....	84
2) Le droit d'accès aux archives publiques : un droit constitutionnellement reconnu .....	86
§ 2 - Une ouverture discrétionnaire des archives.....	87
A - L'atteinte aux secrets de la Nation comme principale justification de restriction d'accès aux archives.....	87
1) Un classement aux mains de l'administration.....	87
2) Une justification parfois contestée .....	89
B - La possibilité d'ouverture anticipée de certaines archives par dérogation générale : une ouverture en l'apparence favorable à la liberté de la recherche. ....	89
1) Une ouverture facilitant en apparence la recherche .....	90
2) Un pouvoir aux mains de l'administration : le risque de choix politiques plus que scientifiques .....	90
Section 2 - La mise en œuvre du droit d'accès aux archives publiques .....	91
§ 1 - Une jurisprudence administrative traditionnellement protectrice de la liberté de la recherche.....	91
A - Une pratique administrative permettant l'exercice de la liberté de la recherche ....	91
1) Une pratique administrative encline à accorder des dérogations individuelles..	91
2) Le cas particulier d'accès aux archives classées « secret-défense » : une pratique couarde du juge.....	93
3) Une procédure de dérogation décourageante .....	94
B - L'exemple de la déclaration d'illégalité d'une instruction générale interministérielle prévoyant une procédure de déclassification préalable.....	95
1) Une procédure de déclassification préalable illégale : une décision protectrice de la liberté de la recherche .....	96
2) Une décision à la portée limitée mais à la symbolique forte.....	97
§ 2 - Les restrictions apportées par l'article 25 de la loi sur la prévention du terrorisme et au renseignement du 30 juillet 2021 .....	98
A - Le retour d'une procédure de déclassification déguisée pour les archives classées « secret-défense » .....	98

1) La création de catégories d'archives les rendant incommunicables sans délai ..	99
2) Une communicabilité possible uniquement après décision administrative.....	99
B - Une loi liberticide.....	100
1) Une restriction de la liberté de la recherche .....	100
2) Une disposition déclarée partiellement conforme à la Constitution .....	101
Conclusion du Chapitre 1 .....	103
Chapitre 2 - Le pilotage étatique de la recherche par le financement .....	104
Section 1 - L'autonomie financière restreinte de l'Université : une situation de forte dépendance vis-à-vis de l'Etat.....	105
§ 1 - Les normes garantissant l'autonomie financière des universités.....	105
A - L'apport de la loi d'orientation de l'enseignement de 1968 consacrant l'autonomie financière des universités .....	105
1) Une réforme libératrice modernisant l'Université.....	106
2) Une autonomie renforcée et modernisée par la suite .....	107
B - Le droit positif garantissant l'autonomie financière de l'Université.....	107
1) L'existence légale du principe d'autonomie financière des universités dans le Code de l'éducation .....	108
2) L'absence de valeur constitutionnelle du principe d'autonomie financière des universités malgré une reconnaissance constitutionnelle du principe d'autonomie des universités .....	109
§ 2 - Une autonomie financière toujours limitée .....	110
A - La place prépondérante de financements d'origine étatique.....	110
1) Un financement majoritairement étatique .....	110
2) Une dépendance vis-à-vis de l'Etat accentuée par la contractualisation.....	111
3) Des ressources soumises à des contraintes de performances sous contrôle du Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur au détriment de l'autonomie des universités .....	112
B - Des ressources propres limitées renforçant la dépendance financière des universités vis-à-vis de l'Etat. ....	113
1) Des ressources propres très encadrées par les textes.....	113
2) Des ressources limitées en vertu du principe de gratuité de l'enseignement ...	114
Section 2 - L'orientation de la recherche par l'Etat via le financement .....	116
§ 1 - L'Agence nationale de la recherche : un organe permettant une orientation étatique de la recherche .....	116
A - Un organe décisionnel pouvant orienter la recherche .....	117
1) La mainmise du Gouvernement sur la nomination des membres des instances de direction de l'Agence nationale de la recherche.....	117

2) La recherche de la performance comme moteur : un organe limitant les projets peu « porteurs » .....	118
B - Le recours massif aux appels à projets par l'Agence nationale de la recherche ...	120
1) La perte d'autonomie des laboratoires au profit d'une recherche à l'échelle nationale.....	120
2) Un mécanisme permettant un pilotage de la recherche par l'Etat au dépend des libertés de l'universitaire .....	121
§ 2 - La privatisation de la recherche : abandon de la liberté pour le profit .....	122
A - La nécessité de recourir à des acteurs privés pour financer la recherche.....	123
1) Une stratégie adoptée pour combler le sous-financement étatique .....	123
2) L'amplification de ce financement privé par la loi de « Programmation de la recherche ».....	124
B - Le choix du financement privé pouvant engendrer des entraves à l'exercice des libertés de recherche et d'expression des universitaires.....	125
1) La menace de non-financement des projets peu « porteurs » : le risque d'atteinte à la liberté de recherche .....	125
2) Le risque de pressions exercées sur l'exercice de la liberté d'expression de l'universitaire.....	126
Conclusion du Chapitre 2 .....	128
Conclusion de la Partie 2 .....	130
Conclusion.....	132
Références bibliographiques .....	135
Annexes .....	146

## Introduction

---

« *La liberté académique est liberté faite de libertés* »<sup>1</sup>.

L'Université constitue un « monde à part » participant au développement du savoir. Difficile à définir, la notion même d'Université ne peut s'apprécier sans comprendre les caractéristiques qui la définissent. L'Université est une institution dont les membres sont chargés de produire, développer et transmettre le savoir. Pour cela, ils disposent d'une certaine liberté, d'une certaine indépendance vis-à-vis de l'extérieur. Les membres de cette institution forment un véritable corps disposant de droits propres comme, par exemple, les droits électoraux ou encore le droit d'être associé aux décisions de la structure. Cette organisation corporatiste s'exprime surtout dans son fonctionnement puisque le recrutement des nouveaux membres se fait traditionnellement par les pairs, indépendamment de tout pouvoir extérieur. La production de ce savoir par les universitaires nécessite qu'ils disposent de liberté et d'indépendance pour se développer. C'est la raison pour laquelle, dès l'époque médiévale, les premières universités, alors dirigées par l'Eglise, avaient fait l'objet d'une bulle proclamée par le Pape Grégoire IX : la bulle *Parvum scientiarum* en 1231. Celle-ci établit le principe des « franchises universitaires » qui désigne « l'ensemble des dérogations de droit commun ayant pour objet d'assurer l'indépendance des enseignants et institutions universitaires »<sup>2</sup>. Cette protection fait suite à la révolte de 1229 au cours de laquelle une protestation des ecclésiastiques qui réclamaient davantage d'indépendance a été réprimée par le sang par les forces royales<sup>3</sup>. Cette règle d'indépendance qui germe au XIIIe siècle va devenir coutume dans toute l'Europe et va, au fil des siècles, renforcer l'idée selon laquelle l'Université constitue un « monde à part » qui a besoin de prérogatives exceptionnelles pour fonctionner. Cette coutume perdure encore aujourd'hui. La reconnaissance des franchises universitaires constitue bien, comme l'a affirmé le Professeur Mistral, « un des socles les plus anciens et les plus solides de la civilisation occidentale. Le savoir placé au-dessus de tout, l'indépendance à l'égard de tout pouvoir »<sup>4</sup>. Nombre de pays européens reconnaissent des libertés propres aux universitaires même si ceux-ci divergent dans leur approche de ces libertés. Certains pays rassemblent les libertés octroyées aux universitaires dans la notion de « liberté académique ». Certains d'entre eux, comme la

---

<sup>1</sup> VEDEL G., « *Les libertés universitaires* », Revue de l'Enseignement supérieur, 1960, n°3, p.134.

<sup>2</sup> DE LAUBADERE A., *Traité de droit administratif*, LGDJ, Tome III, 1971, n°334.

<sup>3</sup> GORCE M. M., *L'Essor de la pensée au Moyen Âge*, Slatkine, 1978.

<sup>4</sup> Jacques Mistral J., « *Pour une vraie réforme de l'université* », Le Débat, septembre-octobre 2009, n°156, p.140.

Belgique ou l'Allemagne, ont même inscrit cette liberté dans leur Constitution. Cette liberté se pense de manière autonome, à partir de son lieu d'exercice, que forment les murs de l'enceinte d'une université. Cette liberté académique, notion autonome en Allemagne ou en Belgique, n'existe pas en droit positif français mais est une création doctrinale. La liberté de l'universitaire ne se conçoit dans l'Hexagone non pas comme notion autonome, mais comme la réunion de plusieurs libertés dont fait usage un universitaire. La liberté académique est alors une liberté abstraite à laquelle ni aucun cadre ni aucune définition précise n'ont été posés pour la délimiter. Les limites de l'exercice de la liberté académique sont celles de la liberté dont l'universitaire fait usage dans un cadre académique, dans le cadre de ses fonctions. La liberté académique ne se comprend que par le prisme d'autres libertés. Paul Ricoeur, un des premiers auteurs français à s'être exprimé sur cette question, adopte une vision libérale. Selon lui, la liberté académique est la liberté de chercher la vérité sans contrainte d'aucune sorte. Elle n'a pas vocation à bénéficier exclusivement à la catégorie fermée que forme les universitaires mais s'étend à tous ceux qui recherchent la vérité. Il considère que les étudiants bénéficient aussi de cette liberté<sup>5</sup>. Il s'oppose à Edward Shils qui, lui, estime que la liberté académique est « *la liberté des professeurs d'université d'accomplir leurs obligations d'enseignement et de recherche* »<sup>6</sup>. Autrement dit, Shils juge que cette liberté est en lien direct avec les devoirs de la profession d'universitaire et ne peut être exercée que par ces professionnels car ils ont pour mission la recherche de la vérité. Cette charge n'incombe pas aux étudiants, ces derniers ne sauraient se prévaloir de cette liberté. Cette idée selon laquelle la liberté académique ne bénéficie qu'aux seuls universitaires et non pas aux étudiants en raison des obligations et devoirs liés à l'exercice d'une profession est également celle qui a cours en Belgique. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge, tout en accordant valeur constitutionnelle à la liberté académique, exclut les étudiants du bénéfice de cette liberté. Elle affirme que « *la liberté académique traduit le principe selon lequel les enseignants et les chercheurs doivent jouir [...] d'une très grande liberté pour mener des recherches et exprimer des opinions dans l'exercice de leur fonction* »<sup>7</sup>. Dans le cadre de ce mémoire, ce sont les positions de Shils et de la Cour constitutionnelle belge qui seront suivies.

La liberté académique des universitaires se comprend comme la réunion de trois libertés qui s'exercent pour permettre à l'universitaire de chercher la vérité, de la produire et de la diffuser

---

<sup>5</sup> RICOEUR P., « Préface à J. Drèze et J. Debelle », *Conceptions de l'université*, Editions universitaires, 1969, p.13.

<sup>6</sup> SHILS E., « Academic freedom » in *The Order of Learning. Essay on the Contemporary University*, Transaction Publishers, 1997, p.220.

<sup>7</sup> Cour constitutionnelle belge, 23 novembre 2005, B.18.1, n°167/2005.

en toute quiétude. Ces trois libertés sont d'abord la liberté de la recherche puis la liberté d'enseignement et, enfin, la liberté d'expression de l'universitaire<sup>8</sup>.

D'abord, la liberté de la recherche se définit, dans un premier temps, à partir du XIIe siècle, comme le droit de rechercher la vérité au sens biblique du terme, les universités étant avant tout dirigées par l'Eglise. Dans un deuxième temps, au XVe siècle, les Modernes vont compléter cette approche de la vérité en lui ôtant sa dimension religieuse. Ils ont admis que la liberté de la recherche est un prolongement de la liberté de penser<sup>9</sup>, cette dernière étant considérée comme « *la fondamentale justification philosophique de la liberté de la recherche* »<sup>10</sup>. Cette liberté de recherche va connaître un nouvel essor en Europe, dans la seconde moitié du XXe siècle, après avoir été anéantie par les divers régimes totalitaires surtout le nazisme et stalinisme dans lesquels la science, contrairement à la coutume, ne se développait pas indépendamment du pouvoir politique mais devait avant tout servir une idéologie<sup>11</sup>. Depuis lors, l'Etat n'a plus seulement l'obligation négative de ne pas intervenir pour limiter le développement de la recherche par les universitaires mais a aussi l'obligation positive de mettre en œuvre des mesures afin de garantir l'exercice de ce droit de la recherche<sup>12</sup>. L'Etat doit permettre non seulement aux universitaires d'acquérir des connaissances mais aussi de procéder à des expérimentations. L'Etat devant même promouvoir certaines recherches notamment par le biais du financement avec le risque que l'Etat oriente et même pilote de manière plus ou moins autoritaire la recherche<sup>13</sup>.

Ensuite, s'agissant de la liberté d'enseignement, il convient davantage de parler de liberté pédagogique, c'est-à-dire le droit pour un universitaire, malgré l'existence d'un programme national, de « *fixer librement son programme d'enseignement, ses méthodes pédagogiques et le contrôle des connaissances* »<sup>14</sup>. André Philip estime que cette liberté est celle « *de tout homme [enseignant au sens large puisque l'auteur y inclus les enseignants du primaire, secondaire et de l'enseignement supérieur] d'enseigner ce qui lui paraît conforme à la vérité ;*

---

<sup>8</sup> BEAUD O., *Les libertés universitaires à l'abandon*, Dalloz, 2010, p. 56 et suivantes.

<sup>9</sup> BLAIZOT-HAZARD C., *Droit de la recherche scientifique*, Presses universitaires de France, 2003, p.15.

<sup>10</sup> FORTIER C., « La liberté du chercheur public » in J.Larrieu, (dir.), *Qu'en est-il du droit de la Recherche ?*, Presses universitaires Toulouse 1 Capitole, Collection Les Travaux de l'IFR. Mutations des normes juridiques, 2003, p.121.

<sup>11</sup> HERMITTE M.-A., « L'encadrement juridique de la liberté scientifique » in HERMITTE M.-A., BENYEKHELF K., GELINAS F., KHOUZAM R., *La liberté de la recherche et ses limites*, Aspects juridiques, Romillat, 2003, p.21.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> *Ibid*. p.23.

<sup>14</sup> TOULEMONDE B., *Les libertés et franchises universitaires*, thèse de doctorat, Université Lille II, 1971, p.679.

*c'est la garantie de la liberté du maître dans l'exercice de sa fonction* »<sup>15</sup>. Philip affirme même que cette liberté est presque totale dans l'enseignement supérieur. Cette liberté n'est toutefois point absolue en ce sens que l'enseignant reste soumis à un devoir de neutralité sur le plan politique ou religieux<sup>16</sup>. L'exercice de cette liberté a fait l'objet de pression de groupes militants souhaitant empêcher la tenue de certains cours en raison des opinions de l'auteur. Ce point, qui concerne plus largement la liberté d'expression de l'universitaire, sera analysé sous l'angle de l'atteinte à la liberté d'expression étant donné que le but premier de ces activistes est d'empêcher l'universitaire de s'exprimer. Dans l'exemple des activistes, la liberté d'enseignement ne se trouve entravée que consécutivement à l'atteinte à la liberté de la liberté d'expression de l'universitaire.

Enfin, l'universitaire bénéficie depuis l'époque moderne d'une grande liberté d'expression. En effet, si la recherche de la vérité était jusqu'alors étroitement surveillée par l'Eglise, qui veillait à ce que la science s'épanouisse dans la limite du dogme judéo-chrétien, et pour cela, n'hésitait pas à condamner les universitaires qui exprimaient des opinions contraires, le dernier quart du XV<sup>e</sup> siècle marque une rupture. L'avènement de l'humanisme, un courant de pensée plaçant l'homme au centre du monde scientifique, entraîne une distanciation vis-à-vis de la religion pour laisser place à la Raison. Ainsi, ce courant, qui redécouvre les savoirs antiques, s'ouvre à de nouveaux horizons. La controverse scientifique devient possible sur de nombreux domaines par une plus grande liberté d'expression qui va progressivement devenir une liberté fondamentale, sinon la plus fondamentale, dans l'exercice de la profession d'universitaire. La doctrine française résume bien souvent la liberté académique à la seule liberté d'expression<sup>17</sup> tout comme le fait la Cour européenne des droits de l'homme<sup>18</sup>. Cette notion est bien plus que la seule liberté d'expression. Celle-ci ne doit pas être confondue avec les libertés de recherche et d'enseignement et ce, même si, il est indéniable que l'exercice des autres libertés ne peut se réaliser sans cette liberté d'expression. La liberté de recherche comprend la liberté de publier ces recherches dont l'apport réside bien souvent dans l'opinion du chercheur qui a besoin de cette liberté d'expression pour participer au développement du savoir. Quant à la liberté d'enseignement, un enseignant ne peut transmettre des connaissances à ces étudiants sans se

---

<sup>15</sup> « Séances de la commission » p.187 ; cité par J. Théry dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat Section, 5 avril 1974, *Leroy*, *AJDA*, 1974, p.442.

<sup>16</sup> COUTURIER M., *Le statut du corps enseignant en France. Son évolution dans le cadre de la fonction publique*, thèse de doctorat, Université de Lyon, 1959, p.174.

<sup>17</sup> BEAUD O., *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, *op.cit.*, p.84-85.

<sup>18</sup> DELGRANGE X., *La liberté académique. En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant/LGDJ, 2007, p.411.

prononcer sur les évolutions et divers courants de doctrine qui traversent ce savoir, il exprime alors bien souvent son opinion.

La liberté d'expression de l'universitaire est soumise à de nombreuses pressions. En effet, l'usage de cette liberté étant le vecteur de l'opinion de l'universitaire - opinion qui peut déranger, voire choquer le public, certains usent de divers moyens dans le but d'y porter atteinte. Cette liberté entravée prive l'universitaire de la capacité d'exprimer son opinion, de participer au débat qui est nécessaire à la progression de la science. Sans cette liberté, l'universitaire ne peut exercer sa profession. Il est donc nécessaire de la protéger.

Il apparaît que les diverses pressions qui menacent la liberté d'expression des universitaires peuvent être regroupées en deux grandes catégories : celles exercées par des acteurs privés (Partie 1) et celles exercées par l'Etat (Partie 2).

## **PARTIE 1 : Les entraves privées à la liberté d'expression des universitaires**

---

Les personnes privées ayant intérêt à restreindre la liberté d'expression d'un universitaire appartiennent à deux catégories très différentes. La première est composée de militants qui, au nom de la cause qu'ils défendent, usent de différents moyens pour censurer l'universitaire qui aurait une opinion divergente, ces moyens étant pour l'essentiel soit des blocages et manifestations physiques ou simplement des menaces de perturber l'ordre public. Ces pressions visent à annuler la prise de parole de l'universitaire car c'est le seul moyen de garantir l'ordre public. Ainsi, le but de ces militants est avant tout une vision politique et morale. La seconde catégorie est pour l'essentiel composée de groupements pour qui les propos d'un universitaire peuvent entraîner des conséquences graves pour leurs intérêts. Ces groupements utilisent des stratégies très différentes, ils vont ester en justice pas davantage pour voir condamner l'universitaire mais surtout user de l'appareil judiciaire pour intimider l'universitaire afin qu'il se censure lui-même et qu'il ne se bâillonne de lui-même à l'avenir. Ces procédures sont dites « procédures-bâillons ».

En définitive, bien que visant tous la censure, ces acteurs privés interviennent à différents instants de la prise de parole de l'universitaire : les militants vont intervenir en amont pour empêcher l'exercice de la liberté d'expression quand les groupements vont, eux, intervenir en aval pour dissuader l'universitaire de tenir de nouveau de tels propos.

Il convient donc d'étudier comment protéger l'universitaire contre ces acteurs privés ayant pour finalité de porter atteinte à la liberté d'expression.

Pour cela, il faut traiter d'abord le cas des militants (Chapitre 1) puis celui des groupements (Chapitre 2).

## Chapitre 1 - : L'avènement des causes militantes au sein de l'Université

---

L'incursion du politique au sein de l'Université pour tenter d'entraver le libre développement des pensées fût très tôt combattue. L'exemple le plus ancien date du XIIIe siècle par la révolte de 1229<sup>19</sup>. En réaction à cet épisode, le Pape Grégoire IX proclame la bulle *Parens scientiarum* en 1231 qui établit le principe des « franchises universitaires ». Elle se traduit dans la pratique par une inviolabilité des locaux universitaires.

Ce principe des franchises universitaires sera respecté jusqu'à l'après-guerre. Le tournant aura lieu en mai 1968 lorsque des étudiants feront de leur université un lieu de revendications politiques et sociales. Ces militants empêcheront donc la tenue de conférences, séminaires et autres formes de diffusion du savoir. Certains universitaires subiront même des agressions physiques en raison de leur prise de position politique contre les militants<sup>20</sup>. Le calme et l'ordre étant revenus après ces événements, on aurait pu penser avec grand optimisme que les imbrications politiques militantes souhaitant museler des universitaires en raison de leurs opinions étaient définitivement chassées de l'antre de l'enseignement supérieur. Hélas, depuis quelques années, ces formes de militantismes qui consistent à user de menaces, d'actions coup de poing, de violences verbales ou physiques dans le but d'empêcher la tenue d'un propos en raison des opinions de l'auteur sont de plus en plus nombreux. Il ne s'agit plus de débattre, d'échanger les points de vue comme la démocratie le veut mais de censurer un auteur qui ne pense pas comme ces militants. Selon eux, les opinions des universitaires qui ne correspondent pas à leur idéologie n'ont pas à être énoncées. C'est le cas, par exemple, de militants féministes ayant usé de menaces et qui ont même perturber la tenue du colloque d'une universitaire s'étant prononcé contre l'ouverture de la procréation médicalement assistée pour les couples lesbiens et les femmes seules<sup>21</sup>. Ces militants féministes sont parvenus à leurs fins malgré une vive réaction de la communauté universitaire et de quelques personnalités politiques<sup>22</sup>. Le constat est celui-ci : une universitaire ayant pour mission le rayonnement de sa discipline et la diffusion de ses travaux, s'est vu contrainte de renoncer à son intervention en raison de militants politiques qui ne toléraient pas des avis divergents du leur. La politique est venue interférer avec le développement scientifique. Il existe pléthore d'exemples de militants politiques usant

---

<sup>19</sup> GORCE M. M., *L'Essor de la pensée au Moyen Âge*, Slatkine, 1978..

<sup>20</sup> BEAUD O., *Le savoir en danger : Menaces sur la liberté académique*, PUF, 2021 pp.117 et suivantes.

<sup>21</sup> LÉBOUCQ F., *Pourquoi la conférence de Sylviane Agacinski a-t-elle été annulée à l'Université de Bordeaux* ? Libération, 27 octobre 2019.

<sup>22</sup> *Idem*.

de ces méthodes pour enrayer la tenue d'un colloque en raison des idées politiques de la personne invitée quand bien même son intervention serait sans lien avec lesdites idées<sup>23</sup>.

Les formes de militantisme qui sont l'objet du présent chapitre, sont à distinguer des actions associatives étudiantes ayant pour but la défense de leurs intérêts tout comme d'actions syndicales qui, elles, ne seront pas traitées en l'espèce car elles concernent tout autre chose. De même, le terme « chercheur » sera utilisé dans un sens générique pour désigner l'ensemble des universitaires et non pas seulement ceux ayant pour mission unique de faire de la recherche.

Ces nouvelles formes de militantisme impliquent qu'il faut lutter contre elles pour garantir l'exercice de la liberté académique par les chercheurs.

Il convient de se demander comment lutter efficacement contre ces nouvelles formes de militantisme attentatoires à l'exercice de la liberté académique des chercheurs.

Il faut d'abord se pencher sur les dispositions générales garantissant l'exercice de la liberté académique contre ces formes de militantisme (Section 1). Ces dispositions très générales étant insuffisantes, l'Etat a apporté de nouvelles réponses pour lutter contre ces formes de militantisme par la loi dite de « Programmation de la recherche ». Aussi, il est opportun d'analyser plus spécifiquement les nouvelles solutions apportées par l'Etat par cette loi pour lutter contre ces formes de militantisme (Section 2).

## **Section 1 : Les dispositions générales permettant la lutte contre ces formes de militantisme portant atteinte à la liberté académique**

L'exercice de la liberté académique est garanti par le droit positif (§1). Toutefois, ce droit positif connaît des limites restreignant cet exercice (§2).

### **§ 1 - Le droit positif garantissant l'exercice de la liberté académique par les chercheurs**

Les actions qui entravent l'exercice de la liberté académique sont essentiellement des manifestations sur la voie publique ou autres opérations qui ont pour but d'engendrer des

---

<sup>23</sup>Auteur anonyme, *Invité d'un concours d'éloquence au barreau de Paris, Jean Messiha décommandé sous la pression des islamo-gauchistes*, Valeurs actuelles, 23 mai 2021.

Jean Messiha docteur en économie a subi des pressions pour sa participation à un concours d'éloquence auquel il aurait pu exprimer ses opinions et diffuser ses connaissances et idées. Les protestations ont eu lieu en raison de son appartenance à une classe politique.

perturbations dans la tenue de réunions publiques telles que des conférences ou des séminaires. Ainsi, sont essentiellement garantis la liberté d'expression du chercheur (A) mais aussi leur droit de réunion (B).

## **A - Les normes visant à garantir le droit à la liberté d'expression des universitaires**

La liberté d'expression est la composante principale de la démocratie laquelle repose d'abord sur le débat, l'échange des idées<sup>24</sup>. Il est donc nécessaire de permettre à chacun de s'exprimer librement ses opinions. La vitalité de la démocratie suppose que ce droit soit défendu. Ainsi, ce droit a été consacré (1) sans pour autant être absolu (2).

### **1) Les fondements de la liberté d'expression pour les universitaires**

Les fondements de cette liberté d'expression des universitaires sont à la fois issus de textes internationaux (a) mais aussi de textes internes (b).

#### **a) Les garanties internationales**

La liberté d'opinion est la forme la plus classique de la liberté d'expression. Dans l'espace européen, le droit à la liberté d'expression est notamment garanti par l'article 10<sup>25</sup> lequel stipule que « *toute personne a droit à la liberté d'expression* ». La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme démontre que cette liberté est l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, une des conditions primordiales de l'épanouissement de chacun même si certaines formes d'expression peuvent s'avérer choquantes pour le public<sup>26</sup>. En effet, le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sont les traits caractéristiques de toute société démocratique.

Si la Cour européenne des droits de l'homme a toujours admis une certaine limitation du droit à la liberté d'expression pour les fonctionnaires en raison de leur devoir de loyauté<sup>27</sup>, la question de la liberté académique des universitaires a été dans un premier temps éludée par la Cour de Strasbourg<sup>28</sup>. Depuis, la Cour a affirmé qu'un universitaire doit pouvoir « *rechercher et*

---

<sup>24</sup> OBERDORFF H., « *Droits de l'homme et libertés fondamentales* », LGDJ, 6<sup>e</sup> édition, 2017, p.561.

<sup>25</sup> Voir aussi article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

<sup>26</sup> CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c/Royaume Uni*, n°5493/72, §49.

<sup>27</sup> FLAUSS J-F., « *Convention européenne des droits de l'homme et droit disciplinaire dans la fonction publique* » AJDA 1994, p.519.

<sup>28</sup> CEDH, 20 octobre 2009, *Lombardie Vallauri c/ Italie*, n°39128/05. La Cour décide de condamner l'Italie car elle n'avait pas garanti un droit de recours effectif à l'universitaire victime d'un licenciement en raison de ses

*diffuser sans restriction le savoir et la vérité* »<sup>29</sup>. Cette solution favorable aux chercheurs implique que toute restriction à la liberté d'expression des universitaires appelle à un examen des plus minutieux<sup>30</sup>. La Cour exhorte les Etats à protéger les universitaires au nom de leur mission de transmission du savoir et du caractère scientifique de leurs recherches. Ainsi, la visée scientifique d'un ouvrage a permis au juge européen des droits de l'homme de constater une non-violation de l'article 8 de la Convention pour le cas d'un universitaire ayant publié un ouvrage sur la communauté Rom, ouvrage reproduisant des discours péjoratifs à l'encontre de ces derniers<sup>31</sup>. La Cour a mis l'accent sur la finalité de l'ouvrage qui se focalise essentiellement sur l'Histoire et les conditions de vie socio-économiques du peuple Rom en Turquie lequel avait été réalisé dans un but avant tout d'analyse scientifique<sup>32</sup>. La Cour accorde donc aux universitaires un niveau élevé de protection de leur liberté d'expression en raison du caractère scientifique de la recherche.

Ainsi, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a vocation à imposer aux Etats l'obligation positive de mettre en place des dispositifs internes pour garantir aux universitaires l'exercice effectif de leur liberté d'expression.

## **b) Les garanties internes**

Le droit français n'a consacré que tardivement la liberté d'expression des universitaires<sup>33</sup>. Le droit à la liberté d'expression entretient des liens avec le principe d'indépendance des universitaires. En effet, la première loi consacrant véritablement l'indépendance des universitaires<sup>34</sup> sera le premier pas vers une véritable reconnaissance de la liberté d'expression des universitaires<sup>35</sup>. L'expression « liberté d'expression » apparaît de manière explicite dans la loi du 26 janvier 1984, la loi du 12 novembre 1968 se référant à la seule notion d'indépendance. Les textes internes n'accordent qu'une valeur législative à la liberté d'expression des

---

opinions jugées incompatibles avec son Université d'obédience catholique sans se prononcer sur le droit à la liberté d'expression des universitaires.

<sup>29</sup> CEDH, 23 juin 2009, *Sorguç c/ Turquie*, n° 17089/03, §35.

<sup>30</sup> CEDH, 13 février 2001, *Lunde c/ Norvège*, n°38318/98 ; CEDH, 8 juin 2010, *Sapan c/Turquie*, n°44102/04, §34.

<sup>31</sup> CEDH, Grande Chambre, 15 mars 2012, *Aksu c/Turquie*, n°4149/04, §71. Cet arrêt qui traite de la vie privée fait indirectement le lien avec la liberté d'expression puisque ce sont aussi les propos de l'auteur qui analyse cette communauté qui retiennent particulièrement l'attention des juges.

<sup>32</sup> *Idem*.

<sup>33</sup> MONIOLLE C., « *Indépendance et liberté d'expression des enseignants-chercheurs* », AJDA, 2001, p.227.

<sup>34</sup> Loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur.

<sup>35</sup> Loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur.

universitaires. Cependant, la jurisprudence constitutionnelle, sur le fondement l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, confère à la liberté d'expression des universitaires une valeur constitutionnelle<sup>36</sup>. Le Conseil constitutionnel va affirmer l'existence de principes constitutionnels qui constituent des exigences du service public de l'enseignement supérieur<sup>37</sup>.

La liberté d'expression des universitaires est reconnue à tous les chercheurs<sup>38</sup>. La liberté d'expression est donc une liberté fondamentale.

Parallèlement, le Code de l'éducation veille au respect de la liberté d'expression et de l'indépendance des chercheurs et vise même, plus largement le personnel qui bénéficie de ces droits. L'article L.952-2 du Code de l'éducation dispose que : « *Les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche* ». Cette disposition consacre bel et bien la pleine liberté d'expression des universitaires.

Cependant, cette liberté d'expression ne saurait faire des universitaires des privilégiés. La loi ne leur a aucunement reconnue une liberté d'expression exorbitante à celle des autres citoyens<sup>39</sup>. Les seuls citoyens qui bénéficient d'un véritable privilège restent les parlementaires, les journalistes et les artistes<sup>40</sup>. L'article 952-2 du Code de l'éducation restreint cette pleine liberté d'expression au cadre de leur fonction d'enseignement et aux activités de recherche. Autrement dit, l'universitaire ne bénéficie de cette liberté que dans le cadre d'activités scientifiques.

## **2) Les limites de l'exercice de cette liberté : le caractère scientifique des opinions exprimées par le chercheur**

Si la liberté d'expression est plus étendue pour les universitaires que pour les autres agents du service public, elle n'est pas absolue. Un chercheur participe au service public ; en conséquence il est soumis au principe de neutralité des agents du service public<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> CC, 20 janvier 1984, n° 84-165 DC.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> CC, 6 août 2010, n°2010-20/21 QPC, *Jean C et autres*.

<sup>39</sup> MORANGE J., *Liberté d'expression des universitaires*, dans Pascale Bertoni, Raphaël Matta-Duvignau (dir.), *Dictionnaire critique du droit de l'éducation Tome 2 Droit de l'enseignement supérieur*, Mare et Martin, 2021, p.390.

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> MONIOLLE C., « *Indépendance et liberté d'expression des enseignants-chercheurs* », AJDA, 2001, p.227.

L'article L.141-6 du Code de l'éducation en vigueur depuis le 22 juin 2000 dispose que « *Le service public de l'enseignement supérieur est laïque et indépendant de toute emprise politique, économique, religieuse ou idéologique ; il tend à l'objectivité du savoir ; il respecte la diversité des opinions. Il doit garantir à l'enseignement et à la recherche leurs possibilités de libre développement scientifique, créateur et critique.* ». Il découle de cette disposition qu'un universitaire ne peut faire état de ses convictions, politiques ou religieuses et ne peut se livrer à des actes de prosélytisme<sup>42</sup>, actes qui ne reposent sur aucune activité de nature scientifique. En matière religieuse, seront admis les écrits et les opinions qui expriment une approche critique de la religion dans le cadre des activités professionnelles de l'auteur. De plus, un chercheur ne peut invoquer son droit à la liberté d'expression pour exprimer des opinions qui constitueraient des infractions pénales d'une particulière gravité comme des propos haineux, négationnistes ou révisionnistes<sup>43</sup> qui ne reposent sur aucune approche scientifique mais ne visent qu'à solliciter un sentiment de rejet et induire une discrimination. L'universitaire est donc tenu d'avoir un certain recul entre le résultat de ses recherches et l'expression de ceux-ci<sup>44</sup>.

Si ces nouvelles formes de militantisme portent atteinte avant tout à la liberté d'expression des universitaires, perturber le bon déroulement d'une conférence est une atteinte à la liberté de réunion, autre droit reconnu à ces derniers.

## **B - Les normes visant à garantir le droit à la liberté de réunion des universitaires**

Pour saisir en quoi ces nouvelles formes de militantisme constituent une atteinte à la liberté de réunion, il faut aborder le contenu de la liberté de réunion (1) avant d'explicitier en quoi le maintien de l'ordre public peut justifier une atteinte à cette liberté (2).

---

<sup>42</sup> Guide de la Conférence des présidents d'Université, *la laïcité dans l'enseignement supérieur*, 2015, p.22 ; COUTURIER M., *Le statut du corps enseignant en France. Son évolution dans le cadre de la fonction publique*, thèse de doctorat, Université de Lyon, 1959, p.174.

<sup>43</sup> CE, 21 juin 2019, *Université Grenoble Alpes, actions disciplinaires pour des agissements étrangers à la liberté d'enseignement*, n°424582 ; CE, 28 septembre 1998, *M. Notin* n°159236. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat confirme la légalité de la sanction prise par le Conseil national de l'Enseignement supérieur et de la Recherche statuant en matière disciplinaire contre un maître de conférences ayant usé de sa qualité pour tenir des propos constituant des thèses négationnistes.

<sup>44</sup> MARGUENAUD J.-P., KURI D., *le droit à la liberté d'expression des universitaires*, Recueil Dalloz, 2010 p.2925.

## 1) Le contenu de la liberté de réunion des universitaires

Le droit de réunion est protégé aussi bien par le droit international (a) que par le droit interne (b).

### a) Les sources internationales

La liberté de réunion est reconnue par des textes internationaux et européens. La Déclaration universelle des droits de l'homme reconnaît la liberté de réunion en son article 20 : « *Toute personne a droit à la liberté de réunion* ». La Convention européenne des droits de l'homme l'a également consacrée par son article 11 lequel reprend les mêmes termes que ceux utilisés par la Déclaration universelle des droits de l'homme. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne l'a également repris à l'identique dans son article 12.

La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que « *l'essence même de la démocratie réside dans sa capacité à résoudre les problèmes par le débat public* »<sup>45</sup>. Ce débat doit pouvoir avoir lieu par l'exercice du droit de réunion. Dans ce même arrêt, la Cour affirme qu'une « *liberté réelle et effective de réunion pacifique ne s'accommode pas d'un simple devoir de non-ingérence de l'Etat* ». La Cour examine le respect de l'article 11 et l'envisage à la lumière de l'article 10<sup>46</sup>. L'Etat doit agir positivement pour garantir l'exercice du droit de réunion et d'expression, y compris jusque dans les relations interindividuelles<sup>47</sup>. Néanmoins, cette obligation est une obligation de moyens et non de résultat<sup>48</sup>, ce qui n'est pas vraiment contraignant pour un Etat. Pour autant, il ressort de la jurisprudence que la Cour de Strasbourg est particulièrement vigilante sur le respect du droit de réunion par l'Etat<sup>49</sup>.

### b) Les sources internes

Si la liberté de réunion n'est pas reconnue explicitement par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, elle peut être considérée comme une extension du droit d'exprimer une opinion. La liberté de réunion est alors une liberté nécessaire dans toute société démocratique.

---

<sup>45</sup> CEDH, 2 octobre 2001, *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c/Bulgarie*, n°29221/95 et 29225/95 §97.

<sup>46</sup> CEDH, 26 avril 1991, *Ezelin c/France*, n°11800/85, §37.

<sup>47</sup> CEDH, 20 octobre 2005, *Organisation macédonienne unie Ilinden et Ivanov c/Bulgarie*, n°44079/98, §32.

<sup>48</sup> SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 15<sup>e</sup> édition, 2021, p.847.

<sup>49</sup> CEDH, 26 avril 1991, *Ezelin c/France*, n° 11800/85 §35 ; CEDH, 21 juin 1998, *Plattform « Artze für das Leben c/Autriche n°10126/82*, §32.

Il faudra attendre un régime démocratique pour que soit reconnue cette liberté ; la promulgation de la loi du 30 mai 1881 par les parlementaires de la IIIe République consacre cette liberté en son article premier. Cette loi prévoit un régime de déclaration préalable aux autorités qui sera supprimé par la loi du 28 mars 1887. Par la suite, le Conseil d'Etat reconnaîtra cette liberté comme une liberté fondamentale<sup>50</sup>.

Les réunions publiques sont libres et peuvent avoir lieu sans déclaration préalable. Néanmoins, elles sont soumises à deux conditions. D'abord, elles ne peuvent se prolonger au-delà de vingt-trois heures, sauf dans les localités dans lesquelles la fermeture des établissements a lieu plus tard. Ensuite, chaque réunion doit avoir un bureau d'organisation de trois personnes chargées de maintenir l'ordre et le bon fonctionnement. Il faut par ailleurs préciser qu'un fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire peut être délégué par le préfet pour assister à la réunion afin de garantir la liberté de réunion<sup>51</sup>.

Ainsi, une conférence au sein d'une Université peut avoir lieu si elle ne se prolonge pas après vingt-trois heures (ce qui est rare en pratique). Le bureau d'organisation est l'administration de l'Université. Un fonctionnaire délégué par le préfet peut assister à une conférence car elles sont libres d'accès. Une conférence au sein d'une Université respecte les conditions posées et est donc une réunion publique. Le Conseil d'Etat a reconnu l'importance de cette liberté de réunion dans le cadre d'un établissement d'enseignement supérieur<sup>52</sup>, ce qui induit donc que les événements publics tels que les conférences, séminaires et cours sont bien des réunions publiques.

Or, le droit de réunion peut être limité si la tenue de cet événement constitue un risque pour l'ordre public, ce qui peut être le cas compte tenu des moyens utilisés par certains militants.

## **2) Le risque d'atteinte à l'ordre public : une atteinte justifiée à la liberté de réunion**

Si la Convention européenne des droits de l'homme consacre la liberté de réunion dans le premier alinéa de son article 11, le second alinéa prévoit diverses circonstances qui peuvent justifier des restrictions dans l'exercice de ce droit de réunion. Ce second alinéa dispose : « *L'exercice de ces droits [droit de réunion et d'association] ne peuvent faire l'objet d'autres restrictions que celles qui [...] constituent des mesures nécessaires, dans une société*

---

<sup>50</sup> CE, 19 août 2002, *Front national, Institut de formation des élus locaux*, n°249666.

<sup>51</sup> OBERDORFF H., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 7<sup>e</sup> édition, 2019, pp.706-707.

<sup>52</sup> CE, 7 mars 2011, *Ecole normale supérieure*, n°347171.

démocratique, [...] à la défense de l'ordre [...] ou à la protection des droits et libertés d'autrui. ».

La jurisprudence de la Cour subordonne l'exercice du droit de réunion à la condition que l'ordre puisse être maintenu. Parallèlement à cela, la jurisprudence en question a bâti un régime très protecteur de la liberté de réunion en raison de son lien étroit avec la liberté d'expression qui doit pour être garanti dans un régime démocratique. Un régime admettant trop facilement des restrictions serait contraire aux valeurs démocratiques. La Cour veille à ce que l'interdiction d'exercice du droit de réunion soit l'ultime solution pour garantir l'ordre<sup>53</sup>. La Cour de Strasbourg se livre à une interprétation rigoureuse de la nécessité de restreindre ladite liberté.<sup>54</sup> La jurisprudence du Conseil d'Etat relative à la question de la liberté de réunion démontre une stricte conformité à la jurisprudence européenne et ce, même bien avant l'avènement de ladite Convention. L'arrêt *Benjamin*<sup>55</sup> pose les conditions dans lesquelles l'interdiction d'une réunion est licite. Une annulation ne peut avoir lieu que si une telle restriction s'avère nécessaire et proportionnée, aucune mesure moins contraignante ne devant garantir l'objectif poursuivi de prévenir les atteintes à l'ordre public.

Dans le cadre du droit de réunion à l'Université, le Conseil d'Etat a affirmé que le droit de réunion est bel et bien un droit fondamental et que le responsable doit avoir le souci de l'ordre public. Si les étudiants ont droit à la liberté de réunion, cela ne saurait leur permettre de perturber le bon déroulement d'activités d'enseignement et de recherche<sup>56</sup>. Ainsi, une restriction à la liberté de réunion aussi grave qu'une annulation ne peut avoir lieu que si une telle restriction s'avère nécessaire et proportionnée, aucune mesure moins contraignante ne permettant de garantir l'objectif poursuivi de prévenir les atteintes à l'ordre public.

Ce droit positif s'avère assez peu efficace pour assurer l'exercice de la liberté académique par les universitaires.

---

<sup>53</sup> CEDH, 26 septembre 1995, *Vogt c/Allemagne*, n°17851/91 §52. La Cour parle ici de place éminente du droit de réunion. La Cour réaffirme ici le droit d'exprimer des idées même choquantes (arrêt *Handyside c/Royaume-Uni* précité).

<sup>54</sup> Cet élément ressort à la lecture de l'arrêt *Vogt c/Allemagne* précité.

<sup>55</sup> CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n°1741317520.

<sup>56</sup> CE, 7 mars 2011, *Ecole normale supérieure*, n°347171.

## **§ 2 - Les limites du droit positif garantissant l'exercice de la liberté académique par les universitaires**

Dans de nombreux cas, l'Administration universitaire, avec à sa tête le président, refuse de recourir à la force publique et préfère restreindre la liberté d'expression et de réunion dans le but de maintenir l'ordre public (A). De plus il n'existe pas, en droit positif, d'incriminations pénales spécifiques visant les intrusions et le maintien illicite dans les établissements d'enseignement supérieur (B).

### **A - Le pouvoir discrétionnaire des présidents d'Université pour le recours à la force comme limite principale à l'exercice de la liberté académique.**

Le choix d'annuler la tenue de cours, conférences et séminaires par le président d'un établissement supérieur en raison de la menace que des militants profèrent dans le but de troubler l'ordre public est une utilisation certes légale de ses pouvoirs de police administrative (1). Cette solution s'avère cependant particulièrement inadaptée en l'espèce (2).

#### **1) Une utilisation légale des pouvoirs de police administrative des présidents d'Université**

Un président d'Université est le gardien du maintien de l'ordre au sein de l'établissement dont il a la charge<sup>57</sup>. Il peut donc faire appel à la force publique en cas de nécessité pour maintenir l'ordre<sup>58</sup>. En cas de désordre ou menace, le président doit informer immédiatement le recteur de région académique, chancelier des Universités. Les mesures prises doivent avoir un caractère préventif ou urgent et doivent cesser dès que le trouble à l'ordre public a disparu<sup>59</sup>.

Un président d'Université peut notamment interdire l'accès aux locaux à toute personne pour une durée maximale de trente jours<sup>60</sup>. Cette interdiction d'accès n'est contraire ni à la liberté d'aller et venir ni au droit à l'instruction à condition d'être limitée dans le temps et relative<sup>61</sup>. Cette solution ne peut être envisagée que si l'Université n'a pas d'autres options pour maintenir

---

<sup>57</sup> Article 712-2 6° du Code de l'éducation.

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> CE, 30 septembre 1960, *Jauffret*.

<sup>60</sup> Article R. 712-8 du Code de l'éducation.

<sup>61</sup> CE, 18 janvier 2019, n°426884 et 426685.

l'ordre dans l'établissement<sup>62</sup>. Le président peut donc interdire l'accès aux militants qui émettent des menaces ; et si les autres mesures s'avèrent insuffisantes, il peut recourir à la force publique.

Ainsi, l'impossibilité de recourir à la force publique pour lutter contre un trouble potentiel ou avéré serait l'unique justification pour admettre la restriction de la liberté d'expression et de la liberté de réunion dont bénéficient les universitaires. Si la décision prise par un président d'Université d'annuler une conférence au motif que des individus menacent ou causent un trouble à l'ordre public est souvent considérée comme une mesure excessive<sup>63</sup>, il n'en reste pas moins que cela peut être une mesure nécessaire face à des menaces à l'ordre public. Se pose alors la question de la proportionnalité de la mesure. En effet, souvent l'Université justifie l'annulation en alléguant ne pas pouvoir assurer la sécurité des personnes et des biens<sup>64</sup>. Cependant, le président pourrait faire appel à la force publique pour calmer les attroupements et, dans le cas où le temps entre la formation des menaces et la tenue de l'évènement vient à manquer pour organiser ce maintien de l'ordre, le report à une date ultérieure suffit à organiser un dispositif de maintien de l'ordre. Ainsi, pour respecter les conditions posées par l'arrêt *Benjamin*, l'annulation doit être une solution de dernier recours afin de faire primer la liberté d'expression des universitaires sur l'action de personnes qui visent à la censure de ces derniers pour respecter le principe de proportionnalité.

La jurisprudence administrative est venue au secours des présidents d'Université ayant choisi d'annuler une conférence plutôt que de recourir à la force publique en confirmant la légalité du refus d'utilisation par celui-ci de ses pouvoirs de police au motif que cela comportait un risque d'aggravation de la situation<sup>65</sup>. Plus grave encore, le président d'université peut aller plus loin et interdire l'accès aux locaux à un professeur au motif que ce dernier est victime de menaces pour des propos tenus si ceux-ci peuvent engendrer le désordre et que les autorités ne sont pas en mesure de maintenir l'ordre<sup>66</sup>.

La liberté d'expression des universitaires ne peut donc plus être exercée au motif que certains ne tolèrent pas leurs opinions exprimées dans le cadre d'une mission de service public d'enseignement. Une telle solution semble particulièrement inopportune : elle fait le jeu des censeurs devant qui la jurisprudence administrative a abdicqué.

---

<sup>62</sup> CE, 26 juillet 1996, n°170106.

<sup>63</sup> Observatoire du décolonialisme, *Rapport sur les manifestations idéologiques à l'Université et dans la Recherche*, 10 mai 2021, p.90

<sup>64</sup> Idem

<sup>65</sup> TA, Versailles, référé, 25 mars 2006, n°0601956.

<sup>66</sup> CE, 26 octobre 2005, *Gollnisch*, n°344061.

Si les décisions d'annulations de tels événements au motif d'un trouble avéré ou d'une menace de trouble à l'ordre public constitue une restriction licite du droit à la liberté d'expression et de réunion au regard des dispositions internationales et internes, elles mettent en évidence le peu d'efficacité du droit interne pour garantir la liberté d'expression des universitaires. Une telle solution est manifestement inadaptée.

## 2) Une solution inadaptée en l'espèce

Les universitaires bénéficient de la liberté académique. Or, la décision d'annuler une conférence au motif que des personnes dont l'objectif est justement que la conférence n'ait pas lieu pourraient causer un trouble à l'ordre public ne saurait être une solution satisfaisante bien que légale. C'est une solution de pleutre confirmée par les juridictions administratives qui admettent que l'on renonce à soutenir des universitaires.

Pourtant, le président est tenu de garantir l'ordre public au sein de son établissement.<sup>67</sup> Le juge reconnaît ainsi qu'il existe « *une atteinte d'une gravité telle que (l'autorité de police) ne pouvait s'abstenir d'y porter remède sans méconnaître ses obligations en matière de police* ». <sup>68</sup> Dans ces circonstances, le président doit prendre les mesures qui s'imposent. Un refus d'édicter ces mesures est susceptible de recours pour excès de pouvoir. Le juge apprécie le risque d'atteinte grave à l'ordre public et peut enjoindre au président d'ordonner les mesures indispensables. Néanmoins, la jurisprudence administrative démontre qu'elle admet l'annulation des séminaires, conférences et cours sans vraiment se pencher sur la possibilité de recourir à la force publique.

La jurisprudence administrative va même plus loin lorsqu'elle confirme la légalité du refus par le président d'un établissement de l'enseignement supérieur non seulement de recourir à la force publique mais également d'engager des poursuites disciplinaires contre un étudiant au motif des risques de troubles que cette décision pouvait générer<sup>69</sup>.

En conséquence, le fait par un étudiant de troubler le fonctionnement normal d'un service public peut rester impuni si les conséquences de la sanction troubleraient elles-aussi, l'ordre public. Cette impunité est de nature à inciter la réitération de tels comportements.

---

<sup>67</sup> Article 712-2 du Code de l'éducation.

<sup>68</sup> CE, 8 juillet 1992, *Ville de Cheveuse*, n°80775.

<sup>69</sup> TA Nantes, référé, 22 mars 2006, n°061375.

S'il suffit qu'un risque de trouble soit avéré pour procéder à l'annulation de la conférence et donc la censure des intervenants, cela revient à encourager ces censeurs à renouveler leurs actes car la non-tenue de ces conférences, objectif premier de ces derniers.

Pour conclure, les autorités administratives ne semblent pas les plus aptes à garantir l'exercice de la liberté académique en cas de troubles à l'ordre public commis par ces militants voulant entraver l'exercice de la liberté académique des universitaires. Le recours au volet pénal semble lui aussi compromis dès lors qu'il n'existe pas d'incrimination pénale les intrusions et le maintien illicites dans les établissements d'enseignement supérieur.

### **B - L'absence d'un délit d'intrusion et de maintien illicite dans un établissement d'enseignement supérieur : une autre limite à l'exercice de la liberté académique.**

Les intrusions et le maintien illicites incriminées par l'article 431-22 du Code pénal. Elles ne concernent que les établissements de second degré et non les établissements d'enseignements supérieurs (1). Le projet de loi incriminant l'intrusion et de maintien illicite dans un établissement d'enseignement supérieur de l'enseignement supérieur a été déclaré inconstitutionnel (2).

#### **1) Un délit n'existant que pour les établissements de second degré**

Les formes de militantismes dont il est question consistent en des actions visant à perturber la tenue de cours, séminaires ou conférences en raison des propos que pourraient tenir les intervenants. Ces actes visent à troubler la tranquillité ou le bon ordre de l'établissement. Le droit pénal incrimine même plus largement toute intrusion commise avec un autre objectif que de troubler l'ordre public<sup>70</sup>. L'article 431-22 du Code pénal a pour avantage de permettre le placement en garde à vue des personnes s'étant introduits et maintenus dans les locaux de ces structures<sup>71</sup>.

La jurisprudence a refusé d'étendre le domaine de cette infraction aux établissements d'enseignement supérieur puisqu'un établissement d'enseignement supérieur est un

---

<sup>70</sup> Article R. 645-12 du Code pénal.

<sup>71</sup> CASSIA P., « Pénaliser le blocage des universités », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1689.

établissement à caractère scientifique culturel et professionnel<sup>72</sup> auquel ne s'applique par l'article 431-22 du Code pénal<sup>73</sup>.

Cette solution est logique en ce sens que l'article 431-22 du Code pénal punit le fait de pénétrer ou de se maintenir dans l'enceinte « d'un établissement d'enseignement scolaire » sans y être autorisé et dans le but de troubler la tranquillité ou le bon ordre de cet établissement. Il faut alors définir ce qu'est un « établissement d'enseignement scolaire ». Le Code de l'éducation oppose les établissements d'enseignement scolaire (présents au livre IV du Code) aux établissements d'enseignement supérieur (livre VII du Code) parmi lesquels figurent, notamment, les Universités. Celles-ci n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 431-22 du Code pénal.

Conscient du vide juridique laissé par le champ d'application restreint de cet article, le législateur voulu incriminer ces agissements qui auraient lieu au sein d'un établissement de l'enseignement supérieur. Cette disposition a été déclarée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

## **2) L'inconstitutionnalité de l'article de la loi de « Programmation de la recherche » créant un délit d'intrusion et de maintien illicite dans un établissement d'enseignement supérieur**

Le législateur a voulu remédier au vide juridique pour réprimer les actions militantes visant à empêcher la tenue de séminaires, cours et conférences. Une proposition de loi sénatoriale<sup>74</sup> puis deux propositions de loi<sup>75</sup> ont été déposés à l'Assemblée nationale lesquelles ont préconisé d'aligner la responsabilité des « bloqueurs » universitaires sur celle applicable aux « bloqueurs » d'établissements scolaires.

Ces propositions ont été intégrées au sein de la loi de « Programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur », dite de « Programmation de la recherche »<sup>76</sup>. L'article 38 de la loi avait pour finalité de modifier le Code de l'éducation par la création d'un nouveau chapitre. La disposition prévoyait donc un article L. 763-1 au Code de l'éducation. L'article en question est rédigé comme suit : « *Le fait de pénétrer ou de se maintenir dans l'enceinte d'un établissement*

---

<sup>72</sup> Article L. 711-11 du Code de l'éducation.

<sup>73</sup> Cass. , crim., 11 déc. 2012, n° 11-84.304.

<sup>74</sup> Proposition de loi n°485 du 17 mai 2018.

<sup>75</sup> Propositions de loi n°1065 et 1076 du 17 juin 2018.

<sup>76</sup> Loi n°2020-1674 du 24 décembre 2020 de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur.

*d'enseignement supérieur sans y être habilité en vertu de dispositions législatives ou réglementaires ou y avoir été autorisé par les autorités compétentes, dans le but de troubler la tranquillité ou le bon ordre de l'établissement, est passible des sanctions définies à la section 5 du chapitre I<sup>er</sup> du titre III du livre IV du code pénal.* ». Les sanctions prévues par renvoi au Code pénal sont pour l'essentiel une peine d'un an d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende, et lorsque ce délit est commis en réunion (comme cela est le plus souvent le cas en pratique pour les blocages visant à perturber le bon fonctionnement de l'établissement) de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende<sup>77</sup>.

Cet article reprend exactement les termes de l'article 431-22 exception faite que ce dernier évoque « *un établissement d'enseignement scolaire* » alors que l'article 38 la loi parle lui « *d'établissement d'enseignement supérieur* ». Cet article n'a d'autre finalité que d'étendre l'incrimination aux établissements d'enseignement supérieur.

Cette loi dite de la « Programmation de la recherche » a été soumise au contrôle du Conseil constitutionnel, qui a censuré cette disposition au motif qu'elle serait contraire à la Constitution<sup>78</sup>. Le Conseil estime que ces dispositions ne présentent pas non plus de lien, même indirect, avec aucune autre des dispositions qui figuraient dans le projet de loi<sup>79</sup>. Par conséquent, le Conseil constitutionnel n'a pas pris la peine d'examiner la constitutionnalité du contenu de la disposition en se bornant à affirmer que cette disposition était sans lien avec le reste du texte soumis à son contrôle<sup>80</sup>.

Cette disposition au sein de la loi voulant pénaliser les intrusions et le maintien illicites dans les établissements d'enseignement supérieur illustre la volonté du législateur de lutter contre ces nouvelles formes de militantismes. Outre la pénalisation, l'Etat entend apporter de nouvelles réponses pour lutter contre ce phénomène.

---

<sup>77</sup> Articles 431-22 à 431-27 du Code pénal.

<sup>78</sup> CC, 21 décembre 2020, n°2020-810 DC.

<sup>79</sup> *Ibidem*, § 36.

<sup>80</sup> *Ibidem*, §37.

## **Section 2 - Les nouvelles réponses étatiques aux actions militantes portant atteinte à la liberté d'expression des universitaires**

Le Gouvernement, face à ces formes de militantisme a agi par le biais la loi dite de « Programmation de la recherche » afin de « *protéger les libertés académiques en ne prévoyant rien de plus que ce qui existe déjà dans l'arsenal juridique et pénal* »<sup>81</sup>.

Le législateur dans son combat contre le militantisme a vainement tenté de pénaliser ces agissements, mettant en exergue son intention de recourir à l'arme pénale (§1). Dans ce même objectif, ont été modifiées des dispositions du Code de l'éducation pour y inclure des dispositions nouvelles (§2).

### **§ 1 - La volonté du législateur de recourir à l'arme pénale : l'exemple de la création d'un délit d'intrusion et de maintien illicite dans un établissement d'enseignement supérieur**

Le Conseil constitutionnel a censuré l'article pénalisant les intrusions et le maintien illicite dans un établissement d'enseignement supérieur au motif que celui-ci étant sans lien avec le reste du texte, il n'a donc pas considéré que l'incrimination envisagée était contraire à la Constitution mais censuré un cavalier législatif. L'on peut donc se pencher sur les apports de la pénalisation de ces comportements (A). Cette disposition s'avère encore insuffisante pour pallier efficacement ce militantisme (B).

#### **A - Les apports du projet de loi créant un délit d'intrusion et de maintien illicite dans un établissement d'enseignement supérieur**

Ce projet de loi a le mérite d'affirmer que l'Etat entend faire primer l'exercice de la liberté académique sur les menaces qui pèsent sur lui. Il permet surtout selon les défenseurs de la loi<sup>82</sup> aux forces de l'ordre de mettre fin aux occupations sauvages sans même que le président de l'établissement le sollicite mais cette incrimination n'était pas nécessaire pour arriver à ce résultat (1). Contrairement à ce qu'affirme certains, cette disposition n'est en rien contraire aux droits garantis aux étudiants (2).

---

<sup>81</sup> Propos tenus par le rapporteur au projet et la ministre de l'Enseignement supérieur Frédérique Vidal précédant le vote définitif du projet de loi à l'Assemblée nationale le 17 novembre 2020.

<sup>82</sup> Idem.

## 1) Une pénalisation permettant en théorie l'autonomisation du recours aux forces de l'ordre : une mesure inutile

Le choix du législateur de pénaliser les agissements de ces militants par la loi dite de « Programmation de la recherche » est avant tout un message politique fort. En effet, l'Etat entend alors faire primer l'exercice de la liberté académique par les chercheurs sur les débordements militants. Il fait une juste application de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a affirmé que le service public de l'enseignement supérieur est indépendant de toute emprise de nature politique ou idéologique<sup>83</sup>. Serait alors garanti l'exercice de la liberté académique contre toute pression afin que les universitaires aient les moyens pour développer le savoir scientifique librement en tant que créateurs et critiques<sup>84</sup>. La tentative de créer un délit réprimant ces comportements démontre que l'Etat vise à se doter des armes nécessaires pour garantir l'indépendance des chercheurs. Selon certains auteurs, la création d'un délit d'intrusion et de maintien illicite dans un établissement d'enseignement supérieur outre sa portée symbolique permettrait surtout aux forces de l'ordre de pouvoir mettre fin aux débordements de leur propre chef<sup>85</sup>. Pourtant, le chef d'établissement a la charge du maintien de l'ordre à l'université<sup>86</sup> sous réserve du décret fixé en Conseil d'Etat<sup>87</sup>. La pénalisation n'est donc pas nécessaire pour permettre à la police de pénétrer dans les locaux de l'Université, les forces de l'ordre doivent intervenir sans le concours du président en cas de flagrant délit, catastrophes ou réquisition du Parquet<sup>88</sup>.

Par conséquent, la police peut pénétrer les locaux pour mettre fin aux débordements militants même actuellement alors qu'il n'existe pas de délit d'intrusion et de maintien illicite. Ainsi, cette incrimination est superflue si le but est l'autonomisation du recours à la force publique : le président reste libre de recourir à la force à titre préventif. Mais en cas de flagrant délit, catastrophe ou réquisition du Parquet, l'intervention des forces de l'ordre est une intervention à titre répressif qui peut donc se passer de l'accord de celui-ci.

L'autre reproche pouvant être fait à cette pénalisation est celle de battre en brèche une tradition universitaire datant de l'époque médiévale dite de « franchise universitaire ». Or, ce principe de non-ingérence du pouvoir sur les activités de l'Université est respecté ici par

---

<sup>83</sup> CC, 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, n°83-165 DC, considérant 18.

<sup>84</sup> *Idem*.

<sup>85</sup> CASSIA P., « *Pénaliser le blocage des universités* », Recueil Dalloz, 2018 p. 1689.

<sup>86</sup> Article L.712-2 6° du Code de l'éducation.

<sup>87</sup> Décret D. 712-6 du Code de l'éducation

<sup>88</sup> Article 157 du décret du 15 novembre 1811.

la pénalisation de l'intrusion et de maintien illicites dans un établissement d'enseignement supérieur puisque l'intervention des forces de l'ordre n'a pas pour finalité de s'immiscer dans les activités de l'établissement mais de garantir l'exercice des droits à la libre expression et à la libre réunion reconnus aux universitaires. Ce recours à l'arme pénale se veut protecteur de la communauté universitaire.

Ensuite, seul le recours aux forces de l'ordre est autonome par la pénalisation à titre répressif, le président reste celui qui a pour mission le maintien de l'ordre à titre préventif. Il reste l'acteur principal de ce maintien et peut toujours ordonner des mesures de police moins restrictives.

Enfin, le principal reproche fait à la création du délit d'intrusion et de maintien illicites dans un établissement d'enseignement supérieur est celui d'empêcher le libre exercice de la liberté d'expression des étudiants, de leur droit de réunion, de la liberté de manifestation. Il n'en est cependant rien.

## **2) Une disposition respectueuse des droits garantis aux étudiants**

Certains voient en cette pénalisation une atteinte à la liberté d'expression des étudiants<sup>89</sup>. La liberté d'expression est reconnue pour les étudiants<sup>90</sup> : le Conseil d'Etat a en effet affirmé que la liberté d'expression des usagers du service public de l'enseignement supérieur constitue une liberté publique fondamentale<sup>91</sup>. Cependant, le texte en question ne limite pas la liberté d'expression en elle-même, les propos tenus par un étudiant ne sauraient être réprimés en tant que tels mais seulement les modalités d'exercice de celle-ci en punissant les individus qui useraient de leur liberté pour perturber le bon fonctionnement de l'établissement. Le texte respecte le droit à la libre expression des étudiants.

Ce délit respecte également la liberté de réunion tout comme la liberté de manifestation de ces derniers.

La liberté de réunion des étudiants est également une liberté fondamentale<sup>92</sup>. Un président ne peut en principe les interdire sans s'exposer à des sanctions pénales<sup>93</sup>. Toutefois, le président

---

<sup>89</sup> MONOT O., « *Quand le Gouvernement prévoit la pénalisation des manifestations étudiantes* », Libération, 20 novembre 2020.

<sup>90</sup> Article L.811-1 du Code de l'éducation.

<sup>91</sup> CE, référé, 7 mars 2011, n°347171 A.

<sup>92</sup> *Idem*.

<sup>93</sup> Article 431-1 du Code pénal.

peut refuser la tenue de la réunion étudiante s'il y a des risques de trouble à l'ordre public et pour le fonctionnement normal de l'établissement ou s'il existe un risque d'emprise politique, économique, religieuse ou idéologique qui porte atteinte à l'indépendance de l'établissement et aux principes de neutralité et de laïcité posés à l'article L.141-6 du Code de l'éducation<sup>94</sup>. Ces formes de militantisme visant à faire pression sur des universitaires pour restreindre leur liberté d'expression et de réunion au nom d'une idéologie par l'utilisation de menaces ou d'actes qui troubleraient l'ordre public sont une atteinte à l'ordre public<sup>95</sup> justifiant que le président refuse la tenue de la réunion en raison de la difficulté à préserver le respect de la diversité des opinions protégée par le même article. La pénalisation de ces comportements est légale<sup>96</sup>.

Les manifestations sont des réunions organisées sur la voie publique dans le but d'exprimer un sentiment collectif<sup>97</sup>. Pour être licite, la manifestation doit être déclarée, sauf si ces manifestations sont conformes aux usages<sup>98</sup>. Or, ces actions visant à perturber la tenue de conférence ne sont pas des usages, la déclaration préalable de la manifestation est donc nécessaire pour être licite. En outre, ces agissements relèvent bien davantage de menace de perturbations, d'actions « coup de poing » que d'actions organisées et ne sont pas déclarées. Ces groupes ne sont pas des manifestants au sens juridique du terme mais des attroupements qui sont des rassemblements improvisés qui pourraient causer un trouble à l'ordre public. Ces attroupements, ces manifestations illicites sont réprimées par le droit pénal interne<sup>99</sup>. Ainsi, les militants qui usent de menaces ou de violences ne peuvent pas se prévaloir du droit de manifester.

Cette volonté de pénaliser les intrusions et de maintien illicite dans un établissement d'enseignement supérieur pour protéger les chercheurs de ce militantisme bien qu'intéressante s'avère être une mesure encore insuffisante.

## **B - Une disposition insuffisante en l'état**

Le délit d'intrusion et de maintien illicites dans un établissement d'enseignement supérieur inclut dans la loi dite de « Programmation de la recherche » n'était pas exempt de défauts : il

---

<sup>94</sup> DENIZEAU C., *Liberté de réunion dans l'enseignement supérieur*, in Pascale BERTONI P. et MATTA-DUVIGNAU R. (dir.) *Dictionnaire critique du droit de l'éducation Tome 2 Droit de l'enseignement supérieur*, Mare et Martin, 2021, p.390.

<sup>95</sup> CEDH, *Stankov précité*.

<sup>96</sup> *Idem*.

<sup>97</sup> OBERDORFF H., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 7<sup>e</sup> édition, 2019, p.709.

<sup>98</sup> Articles L. 211-1 et L. 211-2 du Code de sécurité intérieure.

<sup>99</sup> Articles 431-3 à 431-11 du Code pénal.

entraînait un recul du niveau de protection accordé aux universitaires (1), le texte était inapplicable en l'état (2) et ne semblait pas vraiment apte à rebuter les militants puisqu'il ne prévoyait pas de sanctions véritablement dissuasives (3).

### **1) Un recul du statut de l'enseignement supérieur**

Le Gouvernement s'est borné à calquer le texte réprimant le maintien et les intrusions illicites dans les établissements de second degré pour créer le texte réprimant celles perpétrées dans les établissements de l'enseignement supérieur alors que les collèges et les lycées ne jouissent ni du même statut ni des mêmes droits. Cette incongruité a été dûment dénoncée par le sénateur Pierre Ouzoulias : « *Les Universités et leurs professeurs ont des droits qui sont défendus par la Constitution, ce qui n'est pas le cas d'un établissement d'enseignement scolaire. Dans ces conditions, ramener les universités à un statut juridique équivalent à celui de l'enseignement scolaire constitue en quelque sorte une diminution des libertés académiques, dont nous venons justement de défendre le principe.* »<sup>100</sup>. Le niveau de protection accordé aux établissements d'enseignement supérieur par le Conseil constitutionnel étant supérieur à celui qu'il accorde aux établissements de second degré, il serait opportun de punir avec davantage de sévérité ces agissements en élevant le niveau de sanction prévu par le texte aussi bien en ce qui concerne la peine d'emprisonnement que la peine d'amende.

Le texte en plus d'accorder un niveau de protection moindre aux établissements universitaires s'avère inapplicable en l'état.

### **2) Un texte inapplicable**

Le délit d'intrusion et de maintien illicites dans un établissement d'enseignement supérieur tel qu'il était rédigé dans le projet de la loi dite de « Programmation de la recherche » s'avérait inapplicable pour de multiples causes. Si la preuve de l'élément moral pour ces infractions ne devrait pas poser de difficultés particulières, il existe de nombreux textes qui répriment déjà ces menaces<sup>101</sup>, ces violences<sup>102</sup>, ou dégradations<sup>103</sup> commises ou projetées<sup>104</sup>. De manière plus

---

<sup>100</sup> Propos rapportés par LEGRAND A., « *Des changements non négligeables dans le paysage de l'enseignement supérieur et de la recherche* », AJDA, 2021, p.544.

<sup>101</sup> Article R.623-1 du Code pénal.

<sup>102</sup> Article 222-7 et suivants du Code pénal.

<sup>103</sup> Article 322-1 et suivants du Code pénal.

<sup>104</sup> Article 222-14-2 du Code pénal.

générale, tout entrave à la liberté d'expression est réprimée<sup>105</sup>. L'élément matériel de l'infraction pêche par son imprécision. Le Gouvernement ne semble pas avoir pris en compte la spécificité de la structure organisationnelle des établissements de l'enseignement supérieur par rapport à celle des établissements de second degré. Cette organisation diffère en de nombreux points. Les limites géographiques d'une Université sont difficiles à définir dans l'espace de par la topographie ouverte des lieux. Le texte ne semble viser que les personnes non habilitées et non autorisées et donc ne s'appliquerait ni aux étudiants ni aux enseignants-chercheurs ni au personnel alors que les militants perturbateurs ont souvent la qualité d'étudiants, d'enseignants-chercheurs ou font partie du personnel. Le texte ne vise pas les personnes qu'il faudrait cibler et n'apporte aucune arme nécessaire à l'arsenal pénal déjà existant. Le texte n'assure en rien une protection des universitaires contre ces formes de militantisme alors même que c'était l'objectif affiché<sup>106</sup>.

Nous ne pouvons qu'être en accord avec les propos du rapporteur du texte et la ministre de l'Enseignement supérieur : ce texte ne prévoit rien de plus que ce qui existe déjà dans l'arsenal juridique et pénal<sup>107</sup> si ce n'est d'avantage de confusion.

Enfin, le texte punit ces faits par une peine d'amende et une peine d'emprisonnement mais ne contient pas de sanctions véritablement adaptées.

### **3) L'absence de sanctions véritablement adaptées**

La doctrine qui dénonce ce texte s'accorde à douter du caractère dissuasif du texte<sup>108</sup>. Une autre piste de réflexion tend à convaincre de la nécessité de l'intervention du juge pénal. La peine d'amende n'apparaît pas comme étant une solution adéquate car les personnes coupables de ces agissements sont souvent des étudiants qui ont souvent de maigres ressources financières et sont alors dans l'impossibilité de payer cette amende et en seront donc fréquemment dispenser de celle-ci par le juge. La peine de prison elle apparaît comme sévère et peu appropriée car elle pourrait ne pas être un lieu de punition mais de propagande pour ces militants qui deviendraient des « martyrs » pour leur cause, laquelle peut inciter leurs sympathisants à protester et à troubler à leur tour le bon fonctionnement de l'établissement. Le Conseil constitutionnel s'il devait examiner cette loi non plus sur la forme comme il l'a déjà fait mais sur le fond pourrait la censurer soit parce que la peine n'est pas nécessaire à ses yeux, soit parce que le niveau de

---

<sup>105</sup> Article 431-1 du Code pénal.

<sup>106</sup> Propos précédant le vote définitif du projet de loi à l'Assemblée nationale le 17 novembre 2020.

<sup>107</sup> *Idem*.

<sup>108</sup> CASSIA P., « Pénaliser le blocage des universités », *Recueil Dalloz*, 2018 p. 1689.

sanction est disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction. Le texte ne prévoit cependant pas de peines complémentaires alors qu'une sanction complémentaire obligatoire serait la plus à même de dissuader les étudiants de passer à l'acte. Il serait opportun d'intégrer au texte une peine complémentaire que le juge devrait obligatoirement prononcer qui consisterait à interdire à la personne coupable de pouvoir passer le moindre diplôme au sein de l'enseignement supérieur si elle a la qualité d'étudiant ou d'exercer la moindre fonction au sein du monde universitaire si elle fait partie du personnel de l'Université. Si cette sanction pénale complémentaire n'est pas à même de dissuader les personnes coupables qui ne font pas partie de l'Université, elle serait fort efficace contre les militants étudiants dont l'objectif premier est d'acquiescer des diplômes si nécessaires dans la société actuelle.

La simple perspective de perdre cette opportunité de nature à rebuter ces militants étudiants.

Enfin, bien souvent les simples menaces à l'ordre public suffisent à ce que le président de l'établissement annule l'intervention de l'universitaire. Or, ce texte n'incrimine que le maintien et l'intrusion illicites et non les menaces à l'ordre public. Les auteurs de ces menaces ne sont donc pas inquiétés alors qu'il faudrait les punir afin de dissuader les militants.

En parallèle de la création d'un délit de maintien et d'intrusion illicites, le Gouvernement a modifié de nombreuses dispositions du Code de l'éducation pour lutter contre le militantisme. Ces nouvelles mesures de lutte contre le militantisme sont tout aussi vaines.

## **§ 2 - Les mesures prévues par le Code de l'éducation**

Les nouvelles dispositions en question sont une consécration de la liberté académique (A) et respectent la liberté d'expression des universitaires (B).

### **A - La reconnaissance de la liberté académique**

Le Gouvernement a entendu codifier la notion de liberté académique pour protéger les chercheurs, les mesures ne sont pas pertinentes (1) d'autant plus que la violation n'entraîne aucune sanction (2).

## 1) L'inutile consécration législative de la liberté académique

La loi de « Programmation de la recherche » modifie des dispositions du Code de l'éducation et du Code de la recherche qui sont les deux codes principaux qui régissent l'exercice de la profession de chercheur et d'universitaire. Ces modifications visent à souligner le droit des chercheurs à l'indépendance et à la libre expression tout en les soumettant ces derniers à de nouveaux principes. L'article L. 952-2, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de l'éducation dispose : « *Les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions du présent code, les principes de tolérance et d'objectivité* ».

Le second alinéa dispose que : « *Les libertés académiques sont le gage de l'excellence de l'enseignement supérieur et de la recherche français. Elles s'exercent conformément au principe à caractère constitutionnel d'indépendance des enseignants-chercheurs* ».

Ces nouvelles dispositions n'ont pas vocation à s'appliquer seulement aux militants usagers du service public comme les étudiants, Il s'applique aussi aux acteurs du monde de l'enseignement supérieur que sont le personnel mais aussi, et surtout, aux chercheurs, enseignants et enseignants-chercheurs.

La loi consacre enfin noir sur blanc la liberté d'expression des chercheurs et rappelle que ceux-ci jouissent du principe d'indépendance reconnu par le Conseil constitutionnel alors qu'il n'était pas nécessaire que cela soit codifié pour leur être applicable. Le texte énonce bien ce principe d'indépendance est conforme aux traditions universitaires (étant précisé que le premier paragraphe du texte reprend mot pour mot la loi de 1968<sup>109</sup>).

En outre, le texte énonce que les libertés académiques sont le gage de l'enseignement supérieur et de la recherche français. Cette formule purement déclarative et n'a juridiquement aucun intérêt.

Le premier alinéa du texte adopté proclame un droit sans prévoir le moindre dispositif de sanction en cas de manquement rendant inexistante la défense du droit reconnu par le texte.

---

<sup>109</sup> Article 34 de la loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur abrogée par l'Ordonnance n°2000-549 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du Code de l'éducation.

## 2) L'absence de sanction en cas de manquement aux dispositions

Les dispositions modifiées par la loi de « Programmation de la recherche » ont proclamé le droit à la libre expression et à l'indépendance au bénéfice des chercheurs afin de garantir le rayonnement de la science par la libre expression des pensées contre l'obscurantisme militant. Seulement, la violation de ces droits est sans conséquence puisque le texte n'établit ni aucune sanction en cas de manquement ni de renvoi à un texte répressif. Le législateur consacre ainsi des droits sans se doter des moyens de les protéger et donc *in fine* de s'assurer de l'effectivité de ceux-ci alors qu'un droit n'existe que si l'on lutte pour pouvoir l'exercer<sup>110</sup>. La seule option possible pour s'assurer du respect de ces règles serait d'établir une sanction au moins disciplinaire et, en dernier recours, pénale en cas de violation. Toutefois, cette sanction serait contreproductive car elle dissuaderait la libre expression des chercheurs qui pourraient avoir peur de se voir infliger une peine. L'absence de répression est donc pertinente en l'espèce.

L'intérêt de cette nouvelle disposition peut cependant être discutée puisque ces règles imposant une certaine déontologie au monde universitaire préexistent à cette loi.

## 3) Des principes codifiés antérieurement à la loi de « Programmation de la recherche »

Il n'a pas fallu attendre la promulgation de la loi dite de « Programmation de la recherche » pour que soit codifié l'indépendance des universitaires vis-à-vis de toute emprise de quelque nature qu'elle soit. L'article L.141-6 du Code de l'éducation en vigueur depuis le 22 juin 2000 dispose ainsi que « *Le service public de l'enseignement supérieur est laïque et indépendant de toute emprise politique, économique, religieuse ou idéologique ; il tend à l'objectivité du savoir ; il respecte la diversité des opinions. Il doit garantir à l'enseignement et à la recherche leurs possibilités de libre développement scientifique, créateur et critique.* ». Le principe d'objectivité du savoir était donc, déjà, une obligation consubstantielle à l'exercice de la profession de chercheur.

Ces principes expriment le même devoir d'intégrité scientifique lui-même déjà présent dans le Code<sup>111</sup>. Par conséquent, l'article L.952-2 n'aurait donc d'autre intérêt que celui de proclamer

---

<sup>110</sup> On reprend ici l'idée de VON JHERING R. dans son ouvrage *La lutte pour le droit* de 1872.

<sup>111</sup> Article 211-2 du Code de la recherche.

la valeur constitutionnelle du principe d'indépendance de l'enseignement supérieur, ce qui n'était pas nécessaire, vidant de tout son intérêt le contenu de cette disposition.

Il est regrettable malgré tout que le texte de « Programmation de la recherche » ne reprenne pas l'article 35 de la loi du 12 novembre 1968 qui disposait que « *l'enseignement et la recherche impliquent l'objectivité du savoir et la tolérance des opinions. Ils sont incompatibles avec toute forme de propagande et doivent demeurer hors de toute emprise politique ou économique.* »

<sup>112</sup>. Cet article illustrerait parfaitement cette volonté du Gouvernement à être tout à fait intransigeant en ce qui concerne ces actions, ces propagandes militantes à visée politique qui sont contraires aux valeurs de l'enseignement et de la recherche. Cet article correspondrait davantage au dessein affirmé par le Gouvernement de lutter contre ces activistes politiques et compléterait l'article L.141-6 du Code de l'éducation car la notion de propagande semble en adéquation avec ces actions.

Malgré tout, ces nouvelles dispositions pourraient être vues comme portant atteinte à la liberté d'expression de ceux-ci. Or, il n'en est rien.

## **B - Des dispositions non attentatoires à la liberté d'expression des universitaires**

L'article L.952-2 du Code de l'éducation qui reconnaît l'indépendance des chercheurs et la pleine liberté d'expression dans le cadre de leurs activités professionnelles des chercheurs, enseignants et enseignants-chercheurs pose comme limite que leurs opinions respectent les principes de l'intégrité scientifique, d'objectivité et de tolérance. Ces limites ont provoqué une indignation au sein de la communauté universitaire. Néanmoins, elles préexistent au texte (1) même si ce sont davantage des limites éthiques et morales que des limites purement normatives (2).

### **1) Des restrictions aux libertés préexistantes**

L'article L.211- 2 du Code de la recherche modifié par la loi dite de « Programmation de la recherche » dispose que « *les travaux de recherche, notamment l'ensemble des activités de la recherche publique [...] respectent les exigences de l'intégrité scientifique visant à garantir leur caractère honnête et scientifiquement rigoureux [...]. L'intégrité scientifique contribue à garantir l'impartialité des recherches et l'objectivité de leurs résultats* ».

---

<sup>112</sup> Abrogé par l'Ordonnance n°2000-549 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du Code de l'éducation.

La loi impose désormais que le chercheur fasse preuve d'impartialité et d'objectivité dans le cadre de ses activités. L'article 952-2 du Code de l'éducation impose également que le chercheur face preuve de tolérance. Ces principes auxquels sont soumis les chercheurs ne sont nullement des limites nouvelles à leur liberté d'expression. Leur inscription dans la loi n'est pas une innovation du législateur qui aurait entendu assujettir les universitaires. Ces principes découlent même de l'approche scientifique requise pour l'exercice de la profession. Ces principes sont corollaires de l'intégrité scientifique, de la neutralité axiologique de la science prônée par Max Weber<sup>113</sup>. L'objectivité et la tolérance ne sont rien de moins que les principes les plus sacrés de la Science. Ces règles étaient tacites mais leur spectre, lui, était visible dans la jurisprudence administrative ayant confirmé les sanctions disciplinaires d'un enseignant ayant usé de ses fonctions pour propager des thèses négationnistes qui sont purement politiques et ne reposent sur aucune approche scientifique objective<sup>114</sup> ou encore dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui conclut à la non-violation de l'article 8 d'un ouvrage tenant des propos controversés sur la communauté Rom justement car l'ouvrage adoptait précisément une posture scientifique et n'avait aucunement l'intention d'appeler à la haine<sup>115</sup>.

Les limites ainsi posées par le nouvel article L. 952-2 du Code de l'éducation ne font que graver dans le marbre des limites déjà posées par la coutume scientifique et la jurisprudence de diverses instances. De plus, ces préceptes avaient déjà été affirmés par la loi en 1968<sup>116</sup> avant que celle-ci ne soit abrogée en 2000. L'inscription de ces limites de tolérance et d'objectivité n'est pas une innovation mais une confirmation. Ainsi, ceux qui s'insurgeraient contre ces règles démontrent bien davantage leur méconnaissance de leurs traditions et des valeurs que porte la recherche. Ces principes sont codifiés et non plus des spectres, ce n'est point une régression des droits dont jouissent les universitaires mais une mise en lumière de ceux-ci.

Les principes susmentionnés n'étant pourvus d'aucune sanction mais étant que l'inscription en toute lettres des valeurs de l'Université, cela atteste que le Gouvernement ne souhaite nullement mettre au pas les universitaires mais simplement leur imposer des limites morales et éthiques inhérentes à l'exercice de la profession.

---

<sup>113</sup> WEBER M., *Le Savant et le Politique*, 1917 et 1919.

<sup>114</sup> CE, 28 septembre 1998, *Notin*, n°159236.

<sup>115</sup> CEDH, Grande Chambre, 15 mars 2012, *Aksu c/Turquie*, n°4149/04, §71.

<sup>116</sup> Article 34 de la loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur.

## 2) Des limites davantage éthiques et morales que juridiques

Ces nouvelles dispositions du Code de l'éducation n'établissant aucune sanction ou renvoi à un texte répressif n'est donc qu'une limite morale nécessaire à l'exercice de la profession. Le Gouvernement a simplement souhaité rappeler l'éthique et la déontologie qui fondent le monde universitaire. Une dernière mesure vise à assurer un exercice intègre de la profession : les docteurs doivent désormais prêter serment à l'issue de l'obtention du précieux grade<sup>117</sup>. Ce serment et est avant tout une question d'honneur et est purement symbolique. Il paraît cependant étrange que ce serment soit formulé à la fin de l'exercice de la thèse alors qu'il serait plus opportun que celui-ci ait lieu lors de l'inscription en école doctorale puisque le manque d'intégrité scientifique peut avoir lieu dès la rédaction de la thèse<sup>118</sup>.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité des dispositions litigieuses<sup>119</sup>.

Malgré tout, ces limites ne sont qu'éthiques et assez futiles en ce sens que le scientifique qui manquerait à son devoir d'intégrité en tenant des propos biaisés par une approche non scientifique ne bénéficierait pas de la liberté d'expression<sup>120</sup> indépendamment de ces nouvelles dispositions, ce qui prouve la non-pertinence de celles-ci. Par ailleurs, la question de la rigueur scientifique est la ligne de conduite de l'universitaire. Il est assez malvenu que ce soit le législateur qui vienne poser des limites éthiques et morales à une profession régit par des siècles de tradition.

---

<sup>117</sup> Article 612-7 du Code de l'éducation modifié par la loi de Programmation de la Recherche.

<sup>118</sup> Nous rejoignons l'opinion formulée par DENIZOT A., « *Trois autres défauts de la loi de programmation de la recherche* », RTD Civ, 2021, p.216.

<sup>119</sup> CC, 21 décembre 2020, n°2020-810 DC.

<sup>120</sup> CE, 28 septembre 1998, *M. Notin* n°159236 ; CEDH, Grande Chambre, 15 mars 2012, *Aksu c/Turquie*, n°4149/04, §71.

## Conclusion du Chapitre 1

De nouvelles formes de militantisme empêchent la tenue de cours, de séminaires, de colloques et de conférences à l'Université par le recours à des menaces, des pressions, des violences pour museler des universitaires pour leurs opinions. Elles ne sont pas seulement intolérables mais sont particulièrement inquiétantes et doivent alerter sur les conditions dans lesquelles les universitaires doivent désormais composer pour exercer leur profession avec le risque de voir la diffusion de leur savoir censurée au nom d'une idéologie partisane. Ces phénomènes sont de plus en plus nombreux et gangrènent chaque jour un peu plus les libertés de réunion et d'expression des universitaires. Le Professeur Beaud, peut-être un peu optimiste, pronostique que ce type d'action ne devrait pas s'institutionnaliser. Les causes défendues par ses militants aussi respectables soient-elles n'ont pas à interférer dans le fonctionnement de l'Université qui reste un cadre réservé à l'échange des idées même les plus clivantes. C'est cette liberté de pouvoir s'exprimer librement qui a toujours permis le rayonnement et le développement du savoir. Les autorités publiques ont pris pleinement conscience de l'urgence de la situation et ont essayé, il est vrai avec quelques maladresses, de donner aux universitaires les moyens de défendre leurs droits. Ces dispositions ont parfois été assez mal reçues par la communauté universitaire qui s'est en grande partie soulevée contre ces réponses apportées par le législateur, parfois à tort, parfois à raison. Néanmoins, il convient d'alerter sur l'urgence de la situation et la nécessité absolue de se doter de nouvelles armes pour lutter contre ce militantisme néfaste à un exercice libre et éclairé de la profession car, à terme, c'est toute la tradition de la franchise universitaire qui pourrait disparaître sous la pression de ces groupuscules idéologiques qui souhaitent biaiser le libre développement des opinions. Ce sont les fruits de tant de siècles de liberté intellectuelle qui sont aujourd'hui menacés par l'emprise idéologique de certains militants radicaux souvent impunis malgré la présence d'un arsenal juridique assez complet. Le Gouvernement pourrait sévir en dépassant les peines classiques d'amende et d'emprisonnement pour opter alors pour une peine d'exclusion de l'établissement directement prononcée par le juge pénal, peine vraisemblablement la plus à même de dissuader les militants, étudiants ou universitaires, qui souhaiteraient restreindre la liberté des chercheurs. Si la création d'un délit pour ces agissements a été largement dénoncé par la doctrine et par les associations défendant les intérêts des étudiants, le législateur semble déterminé à entériner un texte incriminant ces faits. Le Conseil constitutionnel, s'il a déclaré l'inconstitutionnalité d'un tel délit, ne s'est pas exprimé sur le fond mais seulement sur la forme en constatant que ce texte était un cavalier législatif. Il serait opportun de retravailler la lettre de la loi en prenant en compte les remarques

sus-citées avant que le texte soit soumis une nouvelle fois au Conseil constitutionnel (ce qui est une quasi-certitude au regard de la réaction suscitée par cette disposition). Ce contrôle, cette fois porté sur le fond, aurait le mérite de trancher enfin la question de la constitutionnalité de la pénalisation de l'intrusion et du maintien illicites dans un établissement de l'enseignement supérieur. Compte tenu du fait que les nouvelles dispositions du Code de l'éducation qui proclament de nouveaux droits sont dépourvues de portée répressive, et sont donc peu contraignantes, nous ne pouvons que conclure que le législateur a encore beaucoup à faire pour mettre en œuvre une protection adéquate des chercheurs face à ce militantisme. La situation est préoccupante, la mise en place de solutions devient urgente. : « *Tout l'art de la guerre consiste dans une défensive bien raisonnée, extrêmement circonspecte et dans une offensive audacieuse et rapide* »<sup>121</sup> (Napoléon Bonaparte).

---

<sup>121</sup> BERTAUT J., *Napoléon : Manuel du chef Aphorismes*, Petit bibliothèque Payot, 3<sup>e</sup> édition, 2016, p.134.

## Chapitre 2 - Le phénomène des "procédures-bâillons"

---

Les propos ou les écrits d'un universitaire dans le cadre de ses fonctions peuvent déranger un certain nombre de personnes (souvent des personnes morales) de droit privé qui peuvent voir leur image écornée. Ainsi, certaines de ces personnes de droit privé, souvent des groupements pour qui l'atteinte à la réputation signifie une mise à mal du groupement tout entier, intentent des actions en justice contre des universitaires les ayant critiqués. Certaines de ces procédures peuvent être tout à fait légitimes en ce sens qu'elles visent à obtenir réparation du préjudice. Toutefois, l'appareil judiciaire peut aussi être utilisé afin de faire pression sur l'universitaire en lui faisant subir une procédure lourde, onéreuse, chronophage et moralement pesante accentuée par la formulation de demandes de dommages-intérêts au montant important. Ces procédures suivent un dessein sombre puisqu'elles vont avoir comme but de dissuader l'universitaire d'user de la liberté de sa plume dans le cadre de ses recherches.

Ce détournement de la procédure à des fins de censure a été théorisé vers la fin des années 1980 par Penelope Canan et George W. Pring<sup>122</sup>. Ces procédures portent le nom de Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP). Une traduction littérale signifie « contentieux stratégique contre la mobilisation publique ». Le nom est évocateur : le but de celles-ci est de réduire au silence les personnes (notamment des lanceurs d'alerte ou des universitaires) qui se mobilisent pour dénoncer certaines pratiques immorales ou illégales plus que d'obtenir réparation du préjudice. Ces procédures ont été traduites en français comme « actions bâillons », « poursuite bâillon » ou encore « procédures-bâillons ».

Originaires d'Amérique du Nord, ces pratiques ont traversé l'Atlantique pour trouver une terre fertile dans l'Hexagone. Ainsi, de nombreux universitaires ont été visés pour leurs écrits notamment dans une affaire qui a fait grand bruit. En effet, un professeur de droit, le Professeur Laurent Neyret, a été victime d'une de ces procédures pour un commentaire de jurisprudence publié dans une revue de droit de l'environnement dans laquelle il dénonçait les pratiques polluantes d'une société et félicitait les juges ayant condamné celle-ci<sup>123</sup>. Même si l'universitaire a finalement été relaxé en appel, on ne peut qu'imaginer la pression subit par ce professionnel en raison de potentiels frais liés à la préparation de la défense, du temps qu'il a

---

<sup>122</sup> CANAN P., Pring G. W., *Studying Strategic Lawsuits Against Public Participation: Mixing Quantitative and Qualitative Approaches*: 22 *Law & Soc'y Review* 1988 ; George W. Pring, "S.L.A.P.P.s: Strategic Lawsuits Against Public Participation", *Pace Environmental Law Review*", 1989, volume 7, p.3.

<sup>123</sup> NEYRET L., « *Affaire Chimirec -Trafic de déchets dangereux : quand les dépollueurs se font pollueurs* », *Environnement* 2014, commentaire 48.

fallu y consacrer au détriment d'autres activités notamment, de recherche, sans oublier la pression morale subie par celui-ci déjà lourde et encore plus accentuée par la forte médiatisation de l'affaire, le feu des projecteurs étant toujours dur à supporter.

Cette affaire a le mérite de nous alerter sur le détournement de la procédure effectué par certains à des fins de censure.

Il convient donc de se demander comment lutter contre ces « procédures-bâillons » visant les universitaires.

D'abord, il faut analyser les caractéristiques qui permettent d'établir qu'une action en justice ne constitue non pas une action légitime mais a bien une finalité de censure c'est-à-dire que cette action constitue une « procédure-bâillon » (Section 1). La doctrine juridique ayant fortement réagi à cette affaire, de nombreux articles ont été publiés sur le sujet<sup>124</sup>. L'écho de cette affaire est parvenu au Gouvernement qui a entendu lutter contre ces pressions de diverses manières d'abord par le droit positif puis en demandant à la doctrine de proposer des pistes de réflexion de mesures à mettre en œuvre pour combattre efficacement ces actions. Lesdites solutions qu'elles soient entérinées par le droit positif ou simplement proposées par la doctrine méritent développement (Section 2).

## **Section 1 - Les caractéristiques des « procédures-bâillons »**

La qualification d'une procédure comme étant une « procédure-bâillon » n'est possible qu'en présence de deux critères cumulatifs : des poursuites infondées sur la diffamation ou l'injure publique (§1) et la présence d'un abus de droit commis par la personne se prétendant victime (§2).

### **§ 1 - Des poursuites infondées sur la diffamation ou l'injure publique**

Pour reconnaître que ces procédures sont infondées, il faut démontrer le caractère infondé de la diffamation ou de l'injure publique (A). La reconnaissance de cette procédure intentée contre des universitaires comme infondée illustre une protection de la liberté d'expression de ceux-ci (B).

---

<sup>124</sup> Voir MARGUENAUD J-P., KURI D., *Le droit à la liberté d'expression des universitaires*, D. 2010, p. 2921 ; MARTIN G. J., « *Doctrine ? Vous avez dit doctrine ? Qu'elle se taise !* », RJE 2017/1, vol. 42 p. 9.

## **A - La reconnaissance du caractère infondé de la diffamation ou de l'injure publique**

Les délits de diffamation et de l'injure publique supposent une atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne (1). Pour que la demande soit infondée, il est nécessaire que ces faits puissent échapper à toute poursuite pénale par la présence d'un fait justificatif (2).

### **1) La présence d'une atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne**

La diffamation est définie comme « *toute allégation ou imputation d'un fait précis qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel il est imputé* »<sup>125</sup> ; l'injure publique, quant à elle, concerne « *toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait* »<sup>126</sup>. Il est donc d'abord nécessaire pour la personne qui poursuit un universitaire de montrer que ses écrits portent une atteinte à son honneur qui est le ressentiment personnel de l'individu ou sa considération qui désigne davantage la façon dont le public va considérer celui-ci<sup>127</sup>. De plus, la loi dispose que la personne soit identifiée ou identifiable. Enfin, la diffamation n'implique pas la fausseté des faits mais l'intention de nuire<sup>128</sup>.

Il faut prouver l'élément moral de l'infraction c'est-à-dire que l'auteur de la diffamation ou de l'injure publique ait conscience de la portée nuisible de ses propos et donc l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne. C'est un dol général et non un dol spécial. Cet élément moral est toutefois présumé<sup>129</sup>. Cette présomption étant une présomption simple, il appartient au prévenu d'apporter la preuve de l'absence de son intention de nuire à la personne visée, de sa bonne foi pour se disculper.

Ainsi, un universitaire qui exprimerait une opinion lors de la publication d'un article pourrait porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne visée. A travers son opinion, l'universitaire remplit également la seconde condition à savoir que la critique est un fait précis imputable à l'auteur de l'opinion. Enfin, l'universitaire est traditionnellement, en tant que scientifique et à la différence des journalistes, tenu de dévoiler ses sources, ce qui permet bien souvent que la personne visée soit identifiée ou du moins identifiable. L'élément matériel de

---

<sup>125</sup> Article 29 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi de la presse du 29 juillet 1881.

<sup>126</sup> Ibid alinéa 2.

<sup>127</sup> MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2018, p.336.

<sup>128</sup> P FABREGUETTES P. J-E, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, tome1, Paris Marescq,-Aîné, 1884, spéc., n°1041, p.385.

<sup>129</sup> MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2018, p.337.

l'infraction existe alors bel et bien. L'universitaire qui souhaite échapper à la condamnation doit donc renverser la présomption.

Certains groupements ont également été en justice contre un universitaire sur le fondement de l'injure publique.

Si l'auteur d'une injure publique ne peut invoquer aucun justificatif si ce n'est l'exception de provocation qui ne peut être invoquée en l'espèce car cela suppose que le prévenu ait provoqué la personne et que celle-ci ait répondu immédiatement, ce qui n'est pas envisageable dans le cadre d'un article publié<sup>130</sup>, le droit commun de la liberté d'expression prévoit en matière de diffamation des modalités précises qui permettent à un auteur de prouver l'existence d'un fait justificatif lui permettant de se dérober à la condamnation.

## **2) L'existence de faits justificatifs pour les cas de diffamation**

Toutefois, l'auteur d'une diffamation peut invoquer tout un ensemble de faits justificatifs. En effet, l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 offre la possibilité d'échapper à la condamnation par un fait justificatif de la diffamation qui est l'exception de vérité. L'auteur échappe à sa responsabilité pénale lorsqu'il parvient à prouver que les faits dont il est question sont une vérité. Ce fait justificatif ne peut jouer que s'il remplit des conditions précises visées à l'article 55 de cette même loi. L'article dispose que la personne qui entend user de ce fait justificatif, doit notamment, sous dix jours après la signification de la citation, faire signifier au ministère public ou au plaignant suivant qu'il est assigné par l'un ou l'autre : les faits desquels il a l'intention de prouver la véracité des faits allégués ou imputés ainsi que la copie des pièces qui lui sont utiles. Ces règles sont d'ordre public, le non-respect de la procédure déchoit le prévenu de son droit à apporter la vérité. Ce délai de dix jours peut aisément être respecté par un universitaire consciencieux en ce sens que l'exercice de la profession d'universitaire enjoint celui-ci à citer les sources qui ont aiguillé sa réflexion donc la critique émise dans un article repose sur des sources qui peuvent être retrouvées sous un délai de dix jours. Or, souvent la supposée diffamation se base sur l'opinion de l'universitaire qui diffère parfois de ses sources donc ce fait justificatif est difficilement mobilisable par les universitaires pour échapper à une condamnation. En effet, la lecture des arrêts traitants de la question des « procédures-bâillons » à l'encontre des universitaires est intéressante car elle se focalise davantage sur la bonne foi de l'auteur.

---

<sup>130</sup> Article 33 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881.

En matière de diffamation, la mauvaise foi est simplement présumée<sup>131</sup>. Le prévenu auteur de la diffamation peut éviter la condamnation s'il démontre sa bonne foi lors de l'émission des propos litigieux. La bonne foi ne peut être reconnue que si quatre conditions cumulatives sont réunies : l'absence d'animosité personnelle entre l'auteur et la personne visée, la légitimité du but poursuivi, la prudence et la mesure de l'expression et enfin la qualité de l'enquête menée pour la vérification du fait imputé<sup>132</sup>. Si la réunion des critères se fait *in concreto*, la jurisprudence a déjà considéré qu'un universitaire publiant un avis sur une décision de justice remplit bien les quatre conditions, ce qui semble être un grand pas dans la lutte contre les procédures-bâillons qui visent les universitaires<sup>133</sup>.

La procédure pour diffamation est donc infondée.

La jurisprudence reconnaissant comme infondées des procédures attentées contre des universitaires pour diffamation dans le cas où ceux-ci émettent des avis sur des affaires auxquelles les plaignants sont parties démontrent que celle-ci entend accorder une protection particulière aux universitaires victimes de ces procédures.

## **B - Une jurisprudence protectrice de la liberté d'expression des universitaires face à ces procédures**

La jurisprudence entend protéger les universitaires contre ces actions en justice d'abord en leur reconnaissant un droit à la critique (1) toutefois soumis à un critère de loyauté dans le commentaire (2). La jurisprudence a connu une évolution notable. L'universitaire échappait autrefois à la condamnation pour diffamation en raison de la présence d'un fait justificatif alors même que l'infraction était pleinement constituée. Depuis un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 septembre 2017, les juges reconnaissent aux universitaires le bénéfice l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et, par le truchement de la notion de débat d'intérêt général, fait justificatif conventionnel, écarte la responsabilité pénale des universitaires visés par des poursuites en diffamation. (3).

---

<sup>131</sup> MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2018, p.336.

<sup>132</sup> *Idem*.

<sup>133</sup> MAZEAUD D., « *La procédure-bâillon constitue une atteinte à la liberté d'expression* », Gazette du Palais, n°34, 14 novembre 2017, p.24.

## 1) L'existence d'un droit à la critique au profit de l'universitaire

La jurisprudence qui a qualifié ces procédures comme des procédures infondées a mis en exergue l'existence d'un droit à la critique reconnu aux universitaires.

L'Université est un « *lieu de critique par excellence* »<sup>134</sup>. Le droit à la liberté d'expression est plus étendu pour les universitaires que les autres agents du service public. Les universitaires jouissent en effet d'une pleine liberté d'expression dans le cadre de leurs activités d'enseignement et de recherche<sup>135</sup>, principe à valeur constitutionnelle<sup>136</sup>. De cette liberté découle un droit à la critique qui est propre à sa fonction et qui justifie que ce dernier puisse tenir des propos portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne si cette opinion participe au développement du savoir. Les juges statuant dans des affaires où le prévenu est un universitaire qui fait l'objet de poursuites en diffamation pour des propos tenus dans le cadre de son activité, l'ont bien compris. Ils ont d'abord rappelé le rôle majeur de la doctrine dans l'évolution du droit positif avant de préciser que « *cette liberté d'expression intéresse un professionnel du droit dont l'activité, pour une part importante, tient à l'analyse de décisions judiciaires qui n'a pas pour objet d'être seulement didactique, mais doit encore nourrir le débat sur les orientations de la jurisprudence, qu'il s'agisse d'y adhérer ou de proposer des évolutions souhaitées* »<sup>137</sup>. Les juges paraissent comprendre la nécessité de protéger les universitaires confrontés à ces procédures initiées par ces acteurs privés pour qu'ils puissent continuer à exercer leur profession en toute quiétude.

Les juges n'ont finalement fait que suivre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui reconnaît non seulement un droit à tout justiciable d'exprimer des opinions dérangeantes<sup>138</sup> mais aussi un droit particulier aux universitaires qui doivent avoir « *la possibilité d'exprimer librement leurs opinions, fussent-elles polémiques ou impopulaires, dans les domaines relevant de leurs recherches, de leur expertise professionnelle et de leur compétence* »<sup>139</sup>.

Enfin, il ressort de la lecture de la jurisprudence que cette protection des universitaires contre ces procédures n'est limitée qu'au cadre de l'exercice de cette fonction, ce commentaire doit être loyal.

---

<sup>134</sup> DRAGO G., « *La liberté de critique universitaire* », dans CORRIGNAN-CARSIN D., *La liberté de critique*, Litec, 2007, p.65.

<sup>135</sup> Article L.952-2 du Code de l'éducation.

<sup>136</sup> CC, 20 janvier 1984, n° 84-165 DC.

<sup>137</sup> CA Paris, 28 septembre 2017, n° 17/00854.

<sup>138</sup> CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/Royaume Uni*, n°5493/72, §49.

<sup>139</sup> CEDH, 27 mai 2014, *Mustafa Erdogan et autres c/ Turquie* n° 346/04 et 39779/04.

## 2) Une protection limitée au commentaire loyal

La jurisprudence semble tout à fait explicite sur le fait que cette protection de la liberté d'expression de l'universitaire face à ces procédures-bâillons ne joue que dans le cadre de la fonction exercée par celui-ci et ne saurait lui servir de parade pour les propos tenus ayant une portée diffamatoire en dehors du contexte professionnel. Cette solution est donc limitée aux activités de recherche et d'enseignement<sup>140</sup> en accord avec la jurisprudence de la cour de Strasbourg<sup>141</sup>.

Par conséquent, il est nécessaire que le parti pris par l'universitaire soit celui d'un professionnel du droit et non personnel ; qu'il porte sur des conceptions liées au fond du droit, à la question soumise aux juges et ne prenne pas la forme de vociférations *ad personam* contre les parties<sup>142</sup>. Le professionnel peut émettre un avis et citer les protagonistes de l'affaire dont la décision est l'objet de la critique. Les conclusions sont susceptibles dans certains cas de heurter les parties dans leur honneur et leur considération. Ces atteintes sont justifiées et peuvent être vues comme un mal nécessaire dans l'exercice de la profession, dans la production du savoir.

Enfin, l'arrêt précité rendu par la Cour d'appel de Paris marque un tournant. Les juges reconnaissent à l'universitaire, poursuivi en diffamation pour un commentaire dans une revue, le bénéfice l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le droit à la liberté d'expression. Par le truchement de la notion de débat d'intérêt général, fait justificatif conventionnel, ils ont relaxé l'universitaire.

## 3) La mobilisation du fait justificatif conventionnel de débat d'intérêt général : l'apport de l'arrêt du 28 septembre 2017

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 28 septembre 2017 constitue une grande avancée dans la reconnaissance de la liberté d'expression des universitaires<sup>143</sup>. Dans cette affaire, le juge devait trancher la question de la diffamation dont était accusé un universitaire. Le juge fonde sa décision non pas sur l'existence d'un fait justificatif national comme l'avait fait les juges de première instance<sup>144</sup> en reconnaissant la bonne foi de l'auteur mais en se référant à l'article 10 de la Convention des droits de l'homme qui reconnaît que l'exercice de la liberté d'expression

---

<sup>140</sup> Voir Chapitre premier.

<sup>141</sup> CEDH, *Mustafa Erdogan et autres c/ Turquie* précité.

<sup>142</sup> LIBCHABER R., « *Contre les procédures-bâillons : un éloge judiciaire de la doctrine* », Recueil Dalloz, 2017, p. 2459.

<sup>143</sup> CA Paris, 28 septembre 2017, n° 17/00854.

<sup>144</sup> TGI Paris, 13 janvier 2017, RJE/2, p.323, note MARTIN G. J.

par un justiciable peut causer préjudice à autrui mais que le justiciable peut exercer ce droit s'il participe à un débat d'intérêt général et ce, même si, l'infraction est objectivement constituée. Si la notion de débat d'intérêt général n'est pas une notion clairement définie et délimitée, l'intérêt général s'apprécie selon deux critères : *rationae materiae* soit « de l'objet des propos », puis *rationae personae*, soit « du sujet des propos »<sup>145</sup>.

Or la Cour européenne des droits de l'homme a établi que des propos pouvaient contribuer à un débat d'intérêt général même si l'intérêt de ceux-ci se circonscrit au cadre universitaire<sup>146</sup>. Un universitaire qui exprime un avis sur une décision de justice participe bien à un débat d'intérêt général en ce sens que le sujet des propos et l'objet de ces derniers permettent de concourir à un débat doctrinal d'intérêt général. Le juge doit donc écarter toute responsabilité pénale de l'universitaire auteur de propos qui s'inscrivent dans le cadre d'un débat doctrinal en accord avec la Cour de Strasbourg. La Cour de cassation a elle-même fait référence à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme lequel garantit au justiciable le droit à la liberté d'expression pour admettre que l'on puisse écarter toute responsabilité pénale pour des propos diffamatoires portant sur un sujet d'intérêt général si ceux-ci ne dépassent pas les limites admissibles de la liberté d'expression<sup>147</sup>. Un avis exprimé par un universitaire participe bien à un débat d'intérêt général et donc que ce dernier peut revendiquer la protection de l'article 10 de la Convention.

Si l'arrêt ne relate que le cas du commentaire de décisions de justice, l'on peut sans risque estimer que ce droit à la liberté d'expression dépasse ce cadre restreint et s'étend à l'ensemble des publications universitaires du moment qu'elles sont loyales et dépourvues d'animosité personnelle envers une des parties.

Ainsi, le seul fait d'examiner le caractère diffamatoire d'un article de doctrine est une atteinte à la liberté d'expression de l'auteur sous réserve de prouver les fins diffamatoires de celui-ci ou que les propos dépassent le cadre de la question de droit<sup>148</sup>. Le juge se cantonne à vérifier l'absence d'animosité personnelle et que les propos s'inscrivent dans le cadre d'un commentaire scientifique qui constitue un but légitime. Le juge se fonde avant tout sur le but poursuivi par l'universitaire qui est de participer à un débat d'intérêt général. Le juge exige désormais que la partie qui allègue la diffamation apporte la preuve que ces propos dépassent le cadre de la liberté

---

<sup>145</sup> DROIN N., « Diffamation et débat d'intérêt général : la bonne foi plie mais ne rompt pas », Dalloz, 2015, p.931.

<sup>146</sup> CEDH, 15 février 2007, *Boldea c/ Roumanie*, n°19997/02, §57.

<sup>147</sup> Cass, crim., 11 mars 2008, n°06-84.712 publié au bulletin n°59. La Cour reprend ici la logique de l'arrêt CEDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, n°29183/95.

<sup>148</sup> *Idem*.

d'expression et fasse état d'une animosité personnelle de l'auteur. Le juge ne se penche même plus, de lui-même, sur la présence d'une animosité personnelle ou de dépassement des limites admises de la liberté d'expression puisqu'en l'espèce, les parties ne les évoquent pas<sup>149</sup>.

Le simple fait que ces poursuites à l'encontre d'universitaires soient fondées sur la qualification de diffamation ne suffit pas à qualifier ces procédures de « procédures-bâillons », il faut également que ces poursuites constituent un abus du droit d'ester en justice, qu'elles ne poursuivent un but légitime.

## **§ 2 - Des poursuites à la finalité intimidatrice résultant d'un abus de droit**

Les actions en diffamation intentées contre des universitaires peuvent être qualifiées d'abus de droit d'ester en justice (A). La jurisprudence a reconnu le caractère abusif de ces procédures (B).

### **A - La qualification de ces procédures comme constituant un abus de droit d'ester en justice**

Pour pouvoir qualifier une procédure en diffamation contre un universitaire « d'abus », il faut s'attarder sur la finalité de la procédure (1). Les juges ne peuvent donc qu'apprécier au cas par cas le caractère abusif de la procédure (2).

#### **1) Des poursuites illégitimes en raison de leur finalité**

Si chacun a droit d'engager des poursuites en Justice en vue de défendre ses intérêts, on ne peut légitimement exercer ses droits qu'à la condition de ne pas en user dans le seul dessein de nuire à autrui. L'utilisation détournée de ses droits constitue un abus<sup>150</sup> alors même que l'individu qui l'exerce n'en dépasse pas les limites objectives<sup>151</sup>. La doctrine ayant découvert la notion de « procédures-bâillons » a établi des critères pour déterminer que l'exercice de l'action en diffamation par un justiciable ne saurait être vue comme légitime quand lesdits critères sont réunis.

---

<sup>149</sup> *Idem.*

<sup>150</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 14<sup>e</sup> édition, 2022, p.7.

<sup>151</sup> TERRIER F., MOLFESSION N., *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 12<sup>e</sup> édition, 2020, p.729, §598.

D'abord l'objet de la requête en diffamation doit porter sur un sujet d'intérêt public, mais, surtout, il faut se concentrer sur les motivations du demandeur<sup>152</sup>. Il apparaît que pour reconnaître ces procédures comme étant un abus de droit, il convient de démontrer que la finalité de la partie poursuivante n'est pas d'obtenir réparation mais d'intimider le prévenu afin de le dissuader de s'exprimer à l'avenir.

Dans le cas de procédure en diffamation contre des universitaires, ces derniers émettent bien des critiques qui peuvent porter atteinte à l'honneur et à la considération de personnes, le plus souvent morales. L'action en diffamation peut donc être vue comme légitime à première vue mais ces derniers bénéficient d'un droit à la critique qui découle de leur entière liberté d'expression dans le cadre de leurs fonctions<sup>153</sup>, ce qui les protège de toute action en diffamation si ces critiques ont une visée scientifique afin de participer à la progression du savoir. Il s'ensuit que le demandeur ne peut pas obtenir réparation du préjudice subi mais il peut se servir de ce droit légitime d'ester en justice dans un autre dessein qui est celui d'intimider l'universitaire. Ce dernier ayant usé de la liberté de sa plume dans un exercice légitime d'analyse critique qui va être l'objet de poursuites va être dissuadé de s'exprimer à nouveau sur cette question car il s'exposerait à de nouvelles poursuites judiciaires et à tous les inconvénients que celles-ci entraînent c'est-à-dire des frais (avocat etc.), une procédure chronophage et une charge morale importante. Ces poursuites à la visée intimidatrice peuvent donc avoir pour but premier de bâillonner l'universitaire en jouant sur un effet d'écrasement de la procédure et non d'obtenir réparation, elles sont donc bel et bien abusives.

Néanmoins, une procédure en diffamation intentée contre un universitaire n'est pas toujours abusive : la reconnaissance d'une procédure comme étant abusive ne peut relever que de l'appréciation *in concreto* du juge.

## **2) Une appréciation *in concreto* du juge**

Il convient d'admettre qu'il reste difficile de distinguer une action légitime ouverte à un justiciable victime de diffamation par un universitaire intentée dans une optique réparatrice et une action illégitime intentée par une personne qui use de son droit d'ester en justice dans une finalité dilatoire. La Cour de cassation ne s'y est pas trompée en affirmant que « *l'action fondée*

---

<sup>152</sup> CONSENTINO V.G., *Strategic Lawsuits Against Public Participation : An analysis of the Solutions*, California Western Review 1991, volume 27, pp.399-400.

<sup>153</sup> Article 952-2 du Code de l'éducation.

*sur des faits reconnus diffamatoires ne peut constituer un abus d'ester en justice*<sup>154</sup> ». Cette décision est vivement critiquée car elle ne tiendrait pas du régime de la diffamation et de l'utilité sociale de la diffamation<sup>155</sup>. La volonté de l'action est déterminante car une procédure ne peut être vue comme une procédure-bâillon la rendant *de facto* illégitime (et donc résultant d'un abus de droit) que lorsqu'elle est « *détournée de son objectif qui est de faire trancher un différend par l'autorité judiciaire. Elle vise non pas à reconnaître le bien-fondé de prétentions mais à impliquer une personne dans un procès que rien ne justifie* »<sup>156</sup>. La Haute juridiction reprend ici sa jurisprudence qui impose le respect du critère de la faute intentionnelle ou de la mauvaise foi du demandeur pour identifier un abus de droit.

Les magistrats sont donc amenés à apprécier l'intention dilatoire de certaines poursuites tentées contre des universitaires qui avaient pu critiquer des personnes privées. Or, les articles régissant l'abus de droit ne posent aucun jalon précis permettant aux juges d'apprécier la mauvaise foi ou l'intention dilatoire du demandeur. Ceux-ci doivent néanmoins être particulièrement vigilants lorsqu'ils sanctionnent l'abus de procédure par une amende civile<sup>157</sup> eu égard à la jurisprudence de la Cour de cassation qui s'avère très attentive à la motivation des juges prononçant cette peine qui doit être particulièrement sérieuse et non évasive<sup>158</sup>. Le défaut de motivation pouvant parfois amener le juge de droit à considérer que les faits qui relèvent d'un abus de droit sont défailants<sup>159</sup>.

La reconnaissance d'une procédure en diffamation à l'encontre d'un universitaire comme étant abusive dépend donc fortement de l'intime conviction du juge.

L'étude de la jurisprudence révèle que ces procédures en diffamation visant des universitaires ont déjà été appréciées dans certaines affaires comme abusives.

## **B - La reconnaissance de ces procédures en diffamation comme étant abusives**

Les juges nationaux ont reconnu que ces actions en diffamation contre des universitaires dans le but de les intimider constituent des procédures abusives (1). Cette solution paraît conforme à la Convention européenne des droits de l'homme (2).

---

<sup>154</sup> Cass., 2<sup>e</sup> chambre civile, 13 novembre 2003, n°01-13.648.

<sup>155</sup> BESSE T., *La pénalisation de l'expression publique*, Droit, thèse de doctorat, Université de Limoges, 2018, p.285.

<sup>156</sup> COURTIEU G., *Jurisclasseur, Civil Code*, art.1382 à 1386, fascicule 131-30, 2005, n°12.

<sup>157</sup> Article 32-1 du Code de procédure civile.

<sup>158</sup> Cass., 2<sup>e</sup> chambre civile, 7 janvier 2016 et 28 janvier 2016. Voir commentaire Yves Strickler, *Procédures*, n°3, mars 2016, commentaire 85.

<sup>159</sup> *Idem*.

## **1) La reconnaissance nationale de ces procédures comme étant abusives**

L'abus de droit d'ester en justice notamment sur le terrain de la diffamation a été reconnu par la jurisprudence lorsque l'action a lieu contre un universitaire. Plus qu'une théorie purement doctrinale, les juges ont bien compris que dans certains cas la procédure n'avait pas pour objectif véritable d'obtenir réparation mais d'intimider.

Les juges ont donc parfois sanctionné l'auteur des poursuites soit par le versement de dommages-intérêts au profit de l'universitaire<sup>160</sup> soit d'une amende civile<sup>161</sup>.

Les magistrats, par ces solutions, protègent l'universitaire victime d'une intimidation et tout en prenant des mesures à même de dissuader les auteurs des poursuites. Ces condamnations pour procédure abusive illustrent le fait que les juges ont pleinement pris conscience que des personnes affichent une volonté de censure des universitaires et pour cela utilisent la voie judiciaire pour que le débat sur le fond n'ait plus lieu dans la sphère publique mais dans le tribunal, ce qui est beaucoup plus intimidant pour l'universitaire.

Le fait d'infliger des sanctions à un justiciable qui souhaite défendre son honneur et sa considération au motif que cette procédure est abusive pourrait être considérée à première vue comme contraire au droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme d'ester en justice. Or, il n'en est rien.

## **2) Une reconnaissance conforme aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme**

La Convention garantit à tous les justiciables le droit d'ester en justice par son article 6§1. Néanmoins, ladite Convention par son article 17 prive les justiciables de l'exercice de tout droit garanti si cet exercice est un abus de droit c'est-à-dire qu'il vise à détruire un autre droit garanti par la Convention<sup>162</sup>. La Cour est particulièrement attentive au motif de la requête<sup>163</sup>.

La personne qui agit en justice dans le seul but de nuire à la liberté d'expression d'autrui, qui est un droit garanti par l'article 10, a pour dessein premier de détruire un droit protégé. Cette personne commet un abus de droit qui prive ce dernier du bénéfice de son droit d'agir en justice. Il s'ensuit que l'Etat peut parfaitement sanctionner un justiciable qui userait de son droit légitime d'agir en justice dans le seul but de nuire à la liberté d'expression d'autrui garanti par

---

<sup>160</sup> Voir Rapport de la Commission Mazeaud, p.6.

<sup>161</sup> CA, Paris, 28 septembre 2017, n° 17/00854.

<sup>162</sup> SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 15<sup>e</sup> édition, 2021, p.196, §130.

<sup>163</sup> CEDH, *Guide sur l'article 17 de la Convention*, 2021, p.9.

l'article 10. La condamnation au versement d'une l'amende civile ou à des dommages-intérêts n'est semble-t-il pas contraire aux droits de l'homme.

Malgré la reconnaissance judiciaire de l'abus de droit et la protection des juges dont bénéficie l'universitaire, celui-ci est toujours sous la menace de ces « procédures-bâillons » puisqu'il reste toujours exposé à nombre de désagréments qui menacent sa liberté d'expression en amont de la décision des juges. Il est opportun d'étudier les solutions envisagées pour éviter ces poursuites.

## **Section 2 - Les solutions proposées pour pallier ces poursuites**

Le droit positif garantit à chaque fonctionnaire donc à un universitaire le bénéfice de la protection fonctionnelle. Cette protection est la seule véritable réponse qu'à su apporter le droit positif au phénomène de la « procédure-bâillon » (§1). Conscient de l'insuffisance du dispositif face à la multiplication du nombre d'actions en justice intentées, le Secrétaire d'Etat à l'Enseignement supérieur et à la Recherche, Thierry Mandon, a créé une commission présidée par le Professeur Denis Mazeaud le 21 mars 2017 ayant pour mission de proposer des moyens de lutter contre ces actions bâillons. Ladite commission a rendu son rapport le 20 avril de la même année. Les propositions s'avèrent limitées (§2).

### **§ 1 - La protection fonctionnelle : une réponse insuffisante**

La protection fonctionnelle est une mesure inadéquate de lutte contre ces actions principalement car la mise en œuvre de la protection fonctionnelle est décidée de manière discrétionnaire par le chef de l'établissement (A). Pour cette raison, elle est aléatoire et bien souvent insuffisante (B).

#### **A - La protection fonctionnelle des universitaires : une protection laissée aux mains du chef d'établissement**

Pour comprendre pour quelles raisons cette protection fonctionnelle ne suffit pas à protéger l'universitaire, il convient de saisir ce qu'est le droit à la protection fonctionnelle (1). Le déclenchement effectif et l'étendue de celle-ci relèvent de la décision du chef d'établissement sous contrôle du juge administratif (2).

## 1) Le droit à la protection fonctionnelle des universitaires

La protection fonctionnelle dont bénéficie les agents publics se définit comme une protection organisée par la collectivité publique accordée aux agents à raison de leurs fonctions<sup>164</sup> lorsque ces derniers voient leur responsabilité pénale mise en cause à raison de faits commis dans l'exercice de leur fonction<sup>165</sup>. Les universitaires étant des fonctionnaires ils bénéficient d'un droit à la protection particulièrement précis et détaillé<sup>166</sup>. Ce dispositif les protège contre des poursuites civiles pour faute de service, de poursuites pénales ou encore d'atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, de violences, d'injures, de diffamation ou d'outrage, cette liste n'étant pas exhaustive<sup>167</sup>. Cette protection engendre la prise en charge des frais d'avocat aussi bien en assistance et en représentation<sup>168</sup> ou bien simplement à titre consultatif<sup>169</sup>, des frais de justice devront être accordés ainsi que les autorisations d'absences nécessaires pour préparer la défense<sup>170</sup>.

Pour prétendre à la protection fonctionnelle contre les actions en diffamation, l'universitaire doit apporter la preuve de l'existence des propos<sup>171</sup> mais aussi du caractère public de ces derniers<sup>172</sup>.

Cette protection s'exerce sous réserve que cette faute n'ait pas le caractère de faute personnelle<sup>173</sup>, le fonctionnaire est donc tenu d'apporter la preuve que l'action tentée contre lui porte sur un acte commis dans le cadre de sa fonction et non d'une faute détachable, ce qui ne devrait pas poser de problèmes particuliers pour les universitaires poursuivis pour des propos servant au développement du savoir. Toutefois, ce droit à la protection peut être refusé si cela porte atteinte à un intérêt général<sup>174</sup>. Si la protection est refusée, le fonctionnaire peut saisir le juge administratif qui statuera sur la licéité du refus.

---

<sup>164</sup> Article L.134-1 du Code de la fonction publique.

<sup>165</sup> ROUX E., « *L'université et la « protection raisonnable » de la liberté d'expression de l'enseignant-chercheur* », AJDA, 2017, p.256.

<sup>166</sup> Article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

<sup>167</sup> CE, 12 mars 2010, *Commune de Hoenheim*, n°308974.

<sup>168</sup> CA, Paris, 10 novembre 1990, *Chavant*, n°89PA01548.

<sup>169</sup> CE, 28 juin 1999, *Menage*, n°195348.

<sup>170</sup> ROUX E., « *L'université et la « protection raisonnable » de la liberté d'expression de l'enseignant-chercheur* », op. cit. , p.257.

<sup>171</sup> CE, 24 février 1995, *Vasseur*, n° 112538 ; CE, 29 juillet 2002, *M. Jacques X*, n° 225471.

<sup>172</sup> CAA Paris, 16 mai 1989 *Brochard*, n° 89PA00078.

<sup>173</sup> Article L. 134-2 du Code de la fonction publique.

<sup>174</sup> CE, Assemblée, 14 février 1975, *Teitgen* n°87730.

La décision d'accorder ou non la protection appartient de manière discrétionnaire au président de l'Université sous contrôle du juge administratif.

## **2) Une protection laissée aux mains du chef de l'établissement sous contrôle du juge administratif**

Les agents du service public bénéficient par principe du droit à la protection, c'est une obligation de l'Administration<sup>175</sup>. Cependant, l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dans la rédaction que lui a donné l'article 20 de la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, oblige la collectivité publique à protéger le fonctionnaire notamment contre les diffamations « *dont il pourrait être victime sans qu'une faute personnelle puisse lui être imputée. Elle est tenue de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté* »<sup>176</sup>. Cette protection est fonctionnelle et n'est donc pas systématique<sup>177</sup>. La protection d'un agent poursuivi pour diffamation doit lui être accordée sauf s'il est démontré, que les faits reprochés relèvent de sa sphère privée et donc n'ayant aucun lien avec la fonction<sup>178</sup>, la présence d'un motif d'intérêt général<sup>179</sup> ou encore d'une faute détachable de l'agent.

La décision d'accorder ou non la protection fonctionnelle à un universitaire relève du chef d'établissement qui est seul compétent pour statuer. Ce dernier ne peut se voir dépossédé de ce pouvoir par aucune autorité administrative, de même qu'aucune autorité étatique ne peut se substituer à celui-ci pour apprécier la pertinence de la mise en œuvre de la protection<sup>180</sup>. Il tranche seul la question d'accorder la protection indépendamment du conseil d'administration<sup>181</sup>. Le chef de l'établissement de l'enseignement supérieur doit vérifier que les propos reprochés à l'universitaire rentrent bien dans le cadre de ses fonctions. De même, il a le devoir de se pencher sur la possibilité de la présence d'une faute personnelle détachable du service qui prive l'agent du droit à la protection fonctionnelle. Une faute détachable serait dans le cas des « procédures-bâillons », un franchissement des limites déontologiques de la

---

<sup>175</sup> CE, 14 octobre 2009, *M<sup>me</sup> El Mechat*, n°315956 ; CE, 17 janvier 1996 ; *Dame Deleuze*, n°s 94489-93481-93482.

<sup>176</sup> Article 11 IV de la loi du 13 juillet 1983.

<sup>177</sup> Circulaire du ministère du budget, DGAFP, B8 n° 2158 du 5 mai 2008.

<sup>178</sup> TA Paris, 21 novembre 1962, *Karsenty*.

<sup>179</sup> CE, 20 avril 2011, *Bertrand*, n° 332255.

<sup>180</sup> CE, 7 juin 2004, *Sacilotti c/ Université de Bourgogne*, n°245562.

<sup>181</sup> CE, 4 avr. 2011, *M<sup>me</sup> A. c/ Université de Lille 2*, n° 334402.

profession<sup>182</sup> ou bien une animosité personnelle<sup>183</sup> ou encore des propos étrangers à l'objet de l'étude constituant un abus commis par l'universitaire de sa liberté d'expression. Le chef d'établissement doit prendre en considération non seulement les intérêts de la personne poursuivie mais aussi ceux de l'établissement pour apprécier la présence d'un intérêt général qui pourrait justifier que l'on refuse d'accorder la protection à un universitaire.

Si le chef d'établissement décide d'accorder la protection, il fixe seul le montant de la protection qui peut donc être partielle ou totale<sup>184</sup>, ce qui entraîne pour conséquence qu'une partie des frais liés à la procédure peut être à la charge de l'universitaire poursuivi.

Si le chef d'établissement refuse de couvrir l'universitaire, il doit motiver sa décision<sup>185</sup>. Cet universitaire peut alors saisir le juge administratif et former un recours pour excès de pouvoir lequel pourra annuler la décision. La doctrine semble divisée sur la possibilité pour le juge d'user de son pouvoir d'injonction pour contraindre le chef d'établissement à mettre en place la protection. Certains auteurs affirment que le juge peut user de son pouvoir d'injonction et même prononcer une astreinte<sup>186</sup>, tandis que d'autres affirment le juge administratif ne peut user de telles prérogatives, l'universitaire devant formuler, selon eux, une nouvelle demande de protection<sup>187</sup> et donc démontrer encore une fois l'existence des propos et leur caractère public. Le refus du juge d'user de son pouvoir d'injonction ayant déjà été consacrée par la jurisprudence<sup>188</sup>, la seconde option semble être la plus plausible bien que celle-ci ait été choisi par un tribunal dont des jugements ont une portée relative. Un arrêt du Conseil d'Etat permettrait de répondre définitivement à la question.

Enfin, le refus de protection illégal ou légal en raison de la présence d'un intérêt général est susceptible d'engager la responsabilité sans faute de l'administration<sup>189</sup>. Le juge appliquera, en matière de détermination du lien de causalité, sa théorie de la causalité adéquate.

Malgré tout, les modalités de mise en œuvre de la protection fonctionnelle semblent bien peu adéquates pour garantir une protection efficace des universitaires.

---

<sup>182</sup> TC, 14 décembre 1925, *Navarro*.

<sup>183</sup> *Idem*.

<sup>184</sup> COLIN F., « *La protection contre la diffamation en droit de la fonction publique* », RFDA, 2016, p.1225.

<sup>185</sup> Article L.211-5 du Code des relations entre le public et l'administration.

<sup>186</sup> ROUX E., « *L'université et la « protection raisonnable » de la liberté d'expression de l'enseignant-chercheur* », op. cit. , p.256.

<sup>187</sup> COLIN F., « *La protection contre la diffamation en droit de la fonction publique* », RFDA, 2016, p.1225.

<sup>188</sup> TA Grenoble, 18 avril 2003, n° 0002677.

<sup>189</sup> CE, 13 octobre 1976, *Sieur Z.*, n° 94174.

## **B - Une protection fonctionnelle inadéquate**

La mise en place et l'étendue de la protection fonctionnelle restant du pouvoir discrétionnaire du chef d'établissement, cette protection s'avère bien aléatoire (1) et souvent trop tardive (2).

### **1) Une protection aléatoire**

Le chef d'établissement doit mettre en place une protection fonctionnelle de l'universitaire poursuivi pour diffamation si les propos litigieux ont eu lieu dans le cadre de ses fonctions, ne constituent pas une faute détachable et ne portent pas atteinte à un intérêt général. Cependant, l'étendue de cette protection reste entre les mains du seul chef d'établissement qui peut accorder une protection partielle ou totale. De plus, le bénéfice de la protection est toujours individuel et ne peut s'étendre à un service. Il s'ensuit donc un risque d'inégalité entre les agents car certains pourraient jouir d'une protection totale des frais alors que d'autres devront assumer une partie de leurs frais. Il est donc possible que deux universitaires ne se voient pas accorder un même niveau de protection pour des cas similaires, quand bien même ils exerceraient dans le même établissement. Il y a alors une rupture d'égalité de ces derniers soumis au bon vouloir du chef d'établissement. Conscient de ce travers, le Secrétaire d'Etat à l'Enseignement supérieur et à la Recherche a promulgué une circulaire afin de remédier à la situation. En effet, la circulaire du 9 mai 2017 recommande aux présidents d'Université et de manière plus générale aux dirigeants d'établissements de décharger les universitaires des coûts afférents à ce type de procédure judiciaire et à protéger les universitaires poursuivis aussi bien sur un plan financier que moral<sup>190</sup>. Malgré tout, cette circulaire n'a aucun autre intérêt que d'alerter les chefs d'établissements de l'enseignement supérieur sur l'existence de ces « procédures-bâillons » à visée intimidatrice en ce sens qu'elle ne fait que « recommander » aux chefs d'établissements de prendre en charge la totalité des frais auxquels sont exposés les universitaires visés. Cette recommandation est dépourvue de portée véritablement contraignante et n'est pas à même d'éviter les inégalités de traitement entre universitaires.

Le caractère discrétionnaire de la protection pourrait même créer une inégalité de protection du même universitaire poursuivi pour des faits similaires dans plusieurs procédures différentes puisqu'il devrait formuler plusieurs demandes d'octroi de protection et pourrait recevoir des réponses différentes concernant l'étendue de la protection qui lui ait accordée.

---

<sup>190</sup> Circulaire du 9 mai 2017, p.10.

En outre, la mise en place de cette protection est non seulement aléatoire mais aussi bien souvent tardive, ce qui ne permet pas de lutter efficacement contre ces « procédures-bâillons ».

## 2) Une protection bien souvent trop tardive

L'universitaire poursuivi pour des faits de diffamation dans le cadre de ses fonctions n'a aucun délai à observer pour bénéficier de la protection (elle ne peut alors pas être refusée car elle a été demandée assez tardivement) mais il a tout intérêt à faire connaître sa situation dans les plus brefs délais. En effet, il est incontestable que la formulation de la demande de protection prend un certain temps puisque celui-ci doit prouver l'existence des propos et que ceux-ci rentrent dans le cadre de sa fonction. De même, celui-ci devra préparer sa défense en parallèle, ce qui peut être particulièrement chronophage. De son côté, le chef d'établissement sollicité par la demande dispose d'un délai de deux mois pour rendre sa décision, son silence valant refus de protection<sup>191</sup>. On comprend aisément que le délai particulièrement long et l'incertitude de bénéficier de la protection vont entraîner divers frais notamment des honoraires d'avocat pour le prévenu mais aussi avoir un impact sur le moral, ces formes de pressions sont la raison d'être de ces « procédures-bâillons ».

L'agent a droit de former un recours de plein contentieux devant le juge administratif si le refus de la protection est illégal<sup>192</sup>, ce qui constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique<sup>193</sup>. Il doit néanmoins avancer les frais avant d'obtenir une possible indemnisation, ce qui peut constituer un risque pour son capital. L'écoulement du temps pouvant avoir de graves conséquences pour le prévenu, il est préférable que celui-ci forme un référé-suspension<sup>194</sup>. L'universitaire doit dans cette hypothèse, pour obtenir la suspension du refus (qui n'est pas de droit), prouver l'urgence de la situation. Il a été jugé en ce domaine que le coût de la procédure pour se défendre peut en soi créer une situation d'urgence si l'agent ne dispose pas des moyens nécessaires<sup>195</sup>, ce qui peut être le cas dans ce type de procédure notamment car la « procédure-bâillon » peut consister dans une tentative d'allonger la durée de la procédure, ce qui constitue un préjudice, tant matériel que moral. La seconde condition du référé-suspension, tenant au doute sur l'existence d'un moyen sérieux sur la légalité du refus,

---

<sup>191</sup> Article L.231-4 du Code des relations entre le public et l'administration.

<sup>192</sup> Article 11 du statut général de la fonction publique.

<sup>193</sup> CE, 24 mars 1965, *Villeneuve*, Recueil Conseil d'Etat, p.207 ; CE, 17 mai 1995, X, n°141635.

<sup>194</sup> Article 521-1 du Code de justice administrative.

<sup>195</sup> CE, 18 septembre 2003, *Villelegier*, n° 259772.

fera l'objet d'une appréciation sur l'existence ou non d'une faute personnelle de l'agent, motif de refus de protection fonctionnelle explicitement prévu par le statut général<sup>196</sup>.

Enfin, l'universitaire visé peut toujours former un référé-provision pour qu'une partie de ses frais à la condition que la créance ne soit pas sérieusement contestable<sup>197</sup>, ce qui ne devrait pas être le cas.

Toujours est-il que ces options qui se présentent prennent un temps considérable avant d'être exécutées, ce qui amène bien souvent l'universitaire à user de ses deniers personnels. Ce besoin de puiser dans son patrimoine personnel constitue une forme de pression efficace qu'utilisent les acteurs de ces procédures à des fins d'intimidation. On comprend aisément que l'universitaire peut être amené à restreindre la liberté de sa plume, d'autant plus si celui qui a déjà été confronté à ces procédures de diffamation par le passé, s'il a le sentiment que ses propos, qui relèvent portant de sa liberté d'expression, sont susceptibles de donner lieu à des procédures épuisantes sur un plan tant financier que moral.

La multiplication de ces procédures intentées contre des universitaires en raison de leurs publications a amené Thierry Mandon le Secrétaire d'Etat à l'Enseignement supérieur et à la Recherche à créer, le 21 mars 2017, une commission composée de chercheurs en droit présidée par le Professeur Denis Mazeaud laquelle était sommée de lui remettre un rapport sur ces « procédures-bâillons ». Ledit rapport fût remis le 20 avril de la même année, rapport qui dans un premier temps affirme que « *le caractère abusif des procédures-bâillons tient [...] non seulement à la remise en cause de libertés fondamentales, mais également à une potentielle inégalité devant la justice* »<sup>198</sup> avant d'exposer une série hétéroclite de propositions, preuve de la complexité à envisager une solution uniforme pour lutter contre ces procédures. Ces solutions proposées s'avèrent limitées.

## **§ 2 - Les solutions limitées proposées par le rapport Mazeaud**

Le rapport de la commission envisage toute une série de mesures visant à protéger l'universitaire en amont des poursuites (A) mais aussi à le protéger en aval des poursuites (B).

---

<sup>196</sup> Voir GUILLAUMONT O., *La protection des agents publics : fonctionnaires, contractuels, élus*, Territorial éditions, DE 749, juin 2019.

<sup>197</sup> CE, ordonnance, 2 avril 2003, *Chantalou*, n°249805.

<sup>198</sup> Rapport de la Commission Mazeaud sur les procédures-bâillons, p.9.

## A - Les propositions visant à protéger l'universitaire en amont des poursuites

Pour protéger l'universitaire en amont d'éventuelles poursuites, le rapport Mazeaud propose de créer une immunité des universitaires contre les actions en justice pour des propos tenus dans le cadre de leurs fonctions (1). De plus, le rapport avance l'idée de conditionner les poursuites contre des universitaires à la formation d'une requête par le ministère public (2). Enfin, est prévue l'aggravation des sanctions prévues en cas de procédures abusives dans un but dissuasif. Cette solution est intéressante mais le rapport ne prévoit pas une assez grande augmentation de la peine encourue pour la rendre véritablement dissuasive (3).

### 1) La création malvenue d'une immunité au bénéfice des universitaires

Le rapport de la Commission Mazeaud suggère une modification de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 relatif aux immunités pour y insérer un nouvel alinéa rédigé comme suit : « *Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, les propos ou écrits rédigés ou exprimés de bonne foi par des chercheurs et des enseignants-chercheurs, dans le cadre de leurs activités d'enseignement ou de recherche, sous quelque forme et sur quelque support que ce soit* »<sup>199</sup>. Le positionnement de cet alinéa qui le situe juste après le troisième relatif aux immunités judiciaires semble incohérent étant donné les deux alinéas suivants qui concernent les pouvoirs du juge et des parties d'un procès pour la suppression de propos infamants et la réserve d'une action pour des propos étrangers à la cause. Outre ce fait, le rapport propose un certain privilège de la liberté d'expression accordée aux universitaires *in fine* à certains citoyens, ce qui est contraire au principe d'égalité devant la loi. Si les universitaires disposent d'une liberté d'expression plus étendue que celle des autres fonctionnaires, elle ne saurait être exorbitante de celle reconnue aux autres citoyens<sup>200</sup>, cette proposition qui veut accorder une immunité aux universitaires dans le cadre de leurs activités vient hisser leur droit à la liberté d'expression au même rang que celles déjà prévues par la loi à savoir les assemblées, les commissions parlementaires et les tribunaux. Or, l'immunité dont bénéficient ces lieux est rendue nécessaire en raison de leur fonction ; les universitaires ne peuvent se justifier de la

---

<sup>199</sup> *Ibidem* p.22.

<sup>200</sup> MORANGE J., « *Liberté d'expression des universitaires* », dans l'ouvrage dirigé par BERTONI P. ET MATTA-DUVIGNAU R., *Dictionnaire critique du droit de l'éducation Tome 2 Droit de l'enseignement supérieur*, Mare et Martin, 2021, p.393 ; TOULEMONDE B., *Les libertés et franchises universitaires*, thèse de doctorat, Université Lille II, 1971, p.376 et suiv. ; FORTIER C., *L'organisation de la liberté de la recherche*, thèse de doctorat, Université de Bourgogne, 2004, p.376 et suivantes.

nécessité absolue de consacrer cette immunité pour exercer leur profession. Enfin, l'article 41 de la loi de 1881 offre sous certaines conditions l'immunité aux comptes rendus journalistiques des lieux couverts eux-mêmes par une immunité (assemblées, commissions d'enquête parlementaires et tribunaux) c'est parce qu'ils en constituent une description objective et dénuée d'observations critiques, ce qui n'est pas le cas d'une publication universitaire qui n'a pour seul intérêt qu'elle renferme avant tout une dimension critique<sup>201</sup>.

Cette proposition visant à accorder une immunité aux universitaires semble bel et bien inopportune.

Le rapport de la « commission Mazeaud » propose également de conditionner les poursuites à l'encontre des universitaires à la formation d'une requête par le ministère public.

## **2) Des poursuites conditionnées à la formation d'une requête par le ministère public**

Le rapport Mazeaud préconise aussi de réformer la saisine du juge pour des actions intentées contre des universitaires en raison de leurs mots. En effet, la commission invite à soumettre les actions en diffamation ou injures contre des universitaires à la formation au préalable d'une requête du ministère public par la création d'un article 47-1 au sein de la loi de 1881 rédigé comme suit : « *La poursuite des chercheurs et enseignants-chercheurs pour diffamation ou injure pour des propos ou écrits exprimés ou rédigés dans leurs activités d'enseignement ou de recherche ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public* ». Cette proposition a le mérite d'empêcher que bon nombre de procédures formées sur le terrain de la diffamation qui sont infondées n'arrivent jusque devant le juge et n'encombrent encore davantage les tribunaux pour des procédures étant abusives. Néanmoins, comme expliqué précédemment, il est difficile de différencier une procédure légitime et une « procédure-bâillon », le juge doit se baser sur un faisceau d'indices pour fonder sa décision de déclarer abusive la procédure. Il paraît difficile que le procureur au stade si précoce de l'enquête puisse statuer sur la volonté abusive de l'auteur de la plainte. Les parties doivent pouvoir argumenter devant un tribunal et c'est au juge de statuer sur l'abus du droit d'ester en justice, pas au procureur. De plus, comme la précédente proposition qui invitait à accorder un privilège à l'expression universitaire, soumettre la saisine du juge à cette formalité uniquement lorsque ces actions sont tentées à l'encontre des universitaires est une rupture d'égalité entre les citoyens. Cette inégalité ne saurait se justifier.

---

<sup>201</sup> BESSE T., *La pénalisation de l'expression publique*, op. cit. p.283.

La liberté d'expression des universitaires n'étant pas exorbitante de celle reconnue à chaque citoyen mais étant juste plus étendue que celle des autres fonctionnaires, il n'est pas admissible que les actions contre les universitaires soient soumises à la formation d'une requête par le ministère public quand le droit commun réserve l'action à la victime ; les articles 30 et 31 de la loi de 1881 relatifs aux propos dirigés contre les institutions, leurs représentants et les fonctionnaires faisant seule figure d'exception.

Enfin, cette option battrait en brèche toute une partie du régime procédural de *l'exceptio veritatis*. En effet, suivant cette proposition, le ministère public serait amené à apprécier l'opportunité des poursuites et le sérieux de la demande et pourrait demander des explications à l'universitaire lequel pour se défendre, pourrait fournir les preuves de la véracité de ces propos. Le droit de la procédure pénale permet au procureur de constater dès la phase de l'enquête l'existence d'un fait justificatif pour prononcer un non-lieu ou un renvoi<sup>202</sup> Cependant, ce pouvoir est limité à une liste exhaustive d'infraction, *l'exceptio veritatis* est justement une exception à ce pouvoir du ministère public, le procureur ne peut se prononcer sur cette offre de preuve<sup>203</sup>, il appartient aux juridictions de jugement (à l'exclusion de la juridiction d'instruction) d'apprécier ce fait justificatif. En définitive, pour mettre en place cette proposition, il faudrait procéder préalablement à d'autres modifications de la loi de 1881.

### **3) L'aggravation des sanctions prévues en cas de procédures abusives**

La commission recommande d'abord l'augmentation du niveau de sanction pénale en cas d'action abusive intentée contre un universitaire (a) puis une augmentation de l'amende civile (b).

#### **a) L'augmentation du niveau de sanction prévu en cas d'action abusive en diffamation contre un universitaire**

Agir en justice sur le terrain de la diffamation contre un universitaire pour des propos liés à la fonction constitue, selon le rapport, une dénonciation calomnieuse car elle dirigée contre une personne déterminée d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires que l'on sait totalement ou partiellement inexact<sup>204</sup>. On pourrait débattre du fait qu'agir en diffamation contre un commentaire de doctrine constitue un fait totalement ou partiellement inexact. En

---

<sup>202</sup> Article 177 alinéa 2 du Code de procédure pénale.

<sup>203</sup> Cass., crim., 24 octobre 1989 publié au Bulletin n° 379 ; Cass. crim., 26 mai 1992 publié au Bulletin n° 212.

<sup>204</sup> Article 226-10 du Code pénal.

admettant qu'une procédure judiciaire intentée en diffamation contre une universitaire est une dénonciation calomnieuse, l'article 226-10 du Code pénal prévoit une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000€ d'amende.

La commission sollicite la création d'un article L.226-10-1 lequel disposerait que « *La dénonciation calomnieuse prévue par l'article 226-10 est punie de 7 ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende lorsqu'elle vise un chercheur ou un enseignant-chercheur pour des propos, écrits ou actes tenus ou réalisés dans ses activités d'enseignement ou de recherche* ». Or, rien ne semble justifier particulièrement la création d'une circonstance aggravante du fait que cette dénonciation calomnieuse ait été commise contre un universitaire, d'abord car il n'est pas rapporté que le fait que celle-ci soit plus grave lorsqu'elle est commise contre un universitaire plus que sur un autre citoyen puisque celui-ci ne bénéficie nullement d'un privilège d'expression vis-à-vis des autres citoyens<sup>205</sup> mais également parce que le cas des universitaires est trop spécifique. Ces procédures bien que de plus en plus nombreuses sont très rares et ne justifient pas la création d'une circonstance aggravante. L'aggravation de la sanction pénale encourue en cas de dénonciation calomnieuse induit par l'action en diffamation contre un universitaire du fait de propos tenus dans l'exercice de ses fonctions n'est donc pas souhaitable.

Le rapport propose de manière plus pertinente la hausse du montant de l'amende civile en cas de procédure abusive.

#### **b) La hausse du niveau de sanction de l'amende civile**

La « commission Mazeaud » avance de manière beaucoup plus réaliste que le montant de l'amende civile encourue par l'auteur de poursuites abusives<sup>206</sup> soit augmenté passant de 10 000 € à 15 000 €. Cette élévation pourrait s'avérer insuffisante dans bien des cas car les « procédures-bâillons » sont souvent tentées par des personnes morales (des sociétés commerciales). Il conviendrait d'abandonner l'idée d'un plafond fixé par le texte du montant de l'amende pour accorder au juge le pouvoir de fixer lui-même le montant de l'amende au regard des facultés contributives de l'auteur.

---

<sup>205</sup> MORANGE J., « *Liberté d'expression des universitaires* », op.cit., p.393 ; TOULEMONDE B., *Les libertés et franchises universitaires*, thèse de doctorat, Université Lille II, 1971, p.376 et suiv. ; FORTIER C., *L'organisation de la liberté de la recherche*, thèse de doctorat, Université de Bourgogne, 2004, p.376 et suivantes.

<sup>206</sup> Article 32-1 du Code de procédure civile.

De manière assez paradoxale, cette possibilité pour le juge d'adapter le montant de l'amende civile en cas d'action abusive en diffamation est déjà présente dans le rapport dans une autre proposition. En effet, il est évoqué la création d'un article 9-2 du Code civil rédigé comme suit : « *chacun a droit à la liberté d'expression.*

*Lorsqu'une atteinte délibérée a pour objet ou pour effet d'entraver cette liberté, le juge peut condamner son auteur, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée au paiement d'une amende civile.*

*Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise et aux facultés contributives de l'auteur* ». La logique du rapport semble assez difficile à appréhender. Suivant les propositions du rapport, le fait d'ester abusivement en justice serait puni selon l'article 32-1 du Code de procédure civile d'une amende civile d'un montant maximum de 15 000 € alors que le fait d'agir en justice abusivement de manière spécifique pour limiter la liberté d'expression serait lui puni d'une peine d'amende civile d'un montant fixé par le juge selon les facultés de l'auteur et donc potentiellement plus élevé suivant l'article 9-2 du Code civil. Il serait préférable que le fait d'ester abusivement en justice soit puni d'une amende civile dont le montant est fixé par le juge pour plus de cohérence, ce qui induit que la modification de l'article 32-1 du Code de procédure civile est la seule nécessaire. La création d'un article 9-2 serait rendue de fait impertinente. Cette libre fixation de l'amende par le juge en fonction des facultés de l'auteur de l'abus serait plus à même de dissuader les auteurs de ces procédures.

Les propositions du rapport visant à protéger les universitaires en amont de toute procédure ne sont pas d'une particulière pertinence pour les raisons citées ; ledit rapport formule un seul véritable rempart susceptible de protéger l'universitaire au cours de la procédure semblent plus à même de soutenir l'universitaire : la protection fonctionnelle de plein droit.

## **B - L'unique proposition visant à protéger l'universitaire en aval de la procédure : la protection fonctionnelle de plein droit**

La « commission Mazeaud » sollicite une réforme du droit à la protection fonctionnelle pour les universitaires. Le rapport appelle à ajouter un alinéa à l'article L.952-2 du Code de l'éducation qui dispose que « *les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche [...]* ». La commission veut

ajouter un alinéa disposant : « *La protection fonctionnelle leur est accordée de plein droit* ». Ainsi, les universitaires qui seraient poursuivis pour des propos ayant attrait à leurs fonctions feraient l'objet d'un régime spécial leur accordant cette protection fonctionnelle de plein droit, non soumise à l'accord de leur chef d'établissement. Cette mesure aurait pour avantage de supprimer le caractère aléatoire de l'attribution de la protection fonctionnelle par le chef d'établissement. De même, cette couverture de plein droit éliminerait de fait le risque d'inégalité dans l'étendue de la protection entre les universitaires d'un même établissement. Ce ne serait plus à l'universitaire de saisir le juge administratif pour contester un refus de lui accorder la protection fonctionnelle, ce serait à l'établissement de former la saisine pour refuser de couvrir l'agent en prouvant la présence d'un intérêt général. Cette suggestion présente l'avantage d'accorder une protection plus rapidement et donc, de restreindre le risque pour l'universitaire de devoir user de deniers personnels pour avancer les frais induits par la procédure. Son champ d'application serait tel que l'universitaire serait protégé contre toutes les procédures liées ou non à une atteinte à la liberté d'expression dans le cadre de sa fonction. Toutefois, la commission est consciente que cette modification du Code de l'éducation qui accorderait une protection fonctionnelle de plein droit aux universitaires pour l'ensemble des actions menées pour des faits ayant un lien avec leur fonction constituerait une protection bien trop large en ce qu'elle dépasserait le cas particulier des « procédures-bâillons ».

Aussi, le rapport propose de limiter l'octroi de cette protection fonctionnelle aux seuls cas dans lesquels l'universitaire fait objet de procédures en lien avec sa liberté d'expression que ce soit sur le terrain notamment de la diffamation ou de l'injure et non plus à l'ensemble des procédures contre les universitaires, ce qui paraît plus raisonnable. Dans sa proposition, la commission envisage alors une modification du régime de l'acceptation de bénéfice de la couverture publique qui ne serait plus subordonnée à un accord explicite du chef d'établissement mais à un accord tacite puisque serait substitué un régime qui impliquerait que le silence gardé par le chef d'établissement dans un délai de deux mois vaudrait rejet<sup>207</sup> pour un nouveau régime qui implique que le silence gardé au-delà de deux mois vaut acceptation. Cette proposition permettrait à l'universitaire en cas de silence de sa hiérarchie de gagner du temps car il n'aurait pas à saisir le juge administratif pour demander à bénéficier de la protection. A charge pour l'Université de former un recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives.

---

<sup>207</sup> Article L.231-4 du Code des relations entre le public et l'administration. Cet article est une dérogation à l'article L.231-1 du même Code qui énonce le principe selon lequel le silence gardé pendant deux mois vaut acceptation.

Cette protection est fort intéressante car elle permettrait le versement immédiat d'une provision. Pour cela, il est envisagé une modification de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 par l'ajout d'un VIII qui disposerait que « *lorsqu'un enseignant-chercheur ou un chercheur fait l'objet d'une action mettant en cause l'exercice de la liberté d'expression dans le cadre de ses fonctions, la collectivité publique prend immédiatement en charge, au titre de la protection, les frais exposés dans le cadre d'instances civiles ou pénales.*

*Cette prise en charge est accordée, à la demande de l'intéressé, par une autorisation tacite à la naissance de laquelle la collectivité publique ne peut s'opposer et qu'elle ne peut retirer.*

*Le montant des sommes prises en charge est fixé forfaitairement par voie de décret. Il constitue une avance sur les frais totaux qui auront dû être exposés, dont la prise en charge sera assurée dans les conditions prévues au VII du présent article. L'autorisation tacite est susceptible de recours devant le juge administratif, dans les conditions fixées par le code de justice administrative, notamment son livre V. Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent VIII ».* Partant, ce n'est plus le chef d'établissement qui fixerait au cas par cas l'étendue de la protection mais un décret, ce qui permettrait que tous profitent d'une aide financière. Il faut toutefois observer que le montant fixé par le décret pourrait s'avérer insuffisant et devoir être complété par l'agent au moyen de son patrimoine personnel alors qu'un chef d'établissement aurait pu accorder un montant plus important et donc suffisant pour que l'agent ne court pas le risque de devoir puiser dans ses deniers personnels.

Suivant ce rapport, le droit à une provision ne serait possible que pour les universitaires alors que l'on pourrait concevoir la mise en place un tel régime pour l'ensemble des agents publics victimes de ces actions visant leur liberté d'expression. Encore une fois, rien ne justifie une telle différence de traitement des universitaires vis-à-vis des autres agents de l'Etat et ce, même si, peu d'agents comme les universitaires sont autant appelés à s'exprimer dans le cadre de leurs fonctions.

En définitive, ce rapport a le mérite de proposer des solutions et de s'attaquer au phénomène des « procédures-bâillons » mais peine à trouver des solutions applicables. La difficulté de proposer des solutions adéquates à ces procédures illustre la complexité de la situation. Le législateur n'a malheureusement suivi aucune des propositions du rapport. On ne peut retenir de celui-ci qu'il a engendré la circulaire du 7 mai 2017 qui « recommande » la mise en place systématique de la protection fonctionnelle des universitaires par les chefs d'établissements lorsque leurs subordonnés sont poursuivis en diffamation ou encore un décret du 26 janvier 2017 relatif aux conditions et limites de la prise en charge des frais exposés dans le cadre

d'instances civiles ou pénales par l'agent public ou ses ayants droit<sup>208</sup>. Finalement, aucune solution concrète n'a été apportée pour protéger les universitaires.

---

<sup>208</sup> Décret n°2017-97, 26 janvier 2017 pris en l'application de l'article 20 de la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

## Conclusion du Chapitre 2

Les procédures-bâillons constituent une menace pour la liberté d'expression des universitaires. Ces actions en justice en diffamation attentées contre les universitaires ne poursuivent aucun but légitime de réparation car elles ont peu de chance de succès mais ont surtout une finalité intimidatrice. Le but premier est avant tout de profiter de cette inégalité des armes notamment par l'aspect financier de la procédure pour dissuader l'universitaire d'user de la liberté de sa plume alors même que la liberté d'expression de l'universitaire a une assise constitutionnelle et même supranationale. Ces actions poussent l'universitaire à restreindre de lui-même sa liberté par la crainte de poursuites.

Les juges semblent avoir saisi le caractère abusif de ces « procédures-bâillons » puisque l'examen de la jurisprudence révèle que les universitaires ne sont quasiment condamnés tandis que les demandeurs sont, eux, souvent condamnés pour procédure abusive. Les juges protègent ainsi les universitaires en aval de la procédure.

En amont de la procédure intentée, les solutions préconisées par le rapport de la « commission Mazeaud », majoritairement inadéquates et inapplicables, n'ont pas été mises en place par le législateur alors que certaines présentaient un particulier intérêt. La protection fonctionnelle n'est toujours que recommandée et reste à l'appréciation discrétionnaire, et donc arbitraire, du chef d'établissement. Il persiste alors une pression économique sur l'universitaire et donc indirectement sur sa liberté d'expression.

Ces dernières années, l'on assiste certes à un reflux du nombre de procédures abusives intentées contre des universitaires<sup>209</sup> mais la menace est toujours présente. Il est temps de s'armer davantage pour lutter contre ces procédures abusives en amont afin d'éliminer la pression économique et morale subie par les universitaires qui en sont victimes.

La doctrine est unanime sur le fait que les réponses apportées jusqu'ici sont encore très insuffisantes<sup>210</sup>. Comme l'a justement relevé un auteur, cette circulaire « *n'a [...] nullement modifié le droit applicable et appelle une réforme plus profonde des mécanismes de protection des universitaires, conformément aux conclusions du rapport Mazeaud* »<sup>211</sup>. Néanmoins, ce recul du nombre de « procédures-bâillons » ne va en rien motiver le législateur à faire le

---

<sup>209</sup> BESSE T., « *Contentieux stratégique et liberté d'expression, le cas des « procédures-bâillons » en France* » dans *Contentieux stratégiques : Approches sectorielles*, Emilie Chevalier et Caroline Boyer-Capelle (dir.), LexisNexis, 2021, p.19.

<sup>210</sup> STRICKLER Y., VARNEK A., *Procédure civile*, Collection Paradigme, 11<sup>e</sup> édition, 2022, p.121.

<sup>211</sup> ROUX E., « *L'université et la « protection raisonnable » de la liberté d'expression de l'enseignant-chercheur* », op. cit. , p.261.

nécessaire. On ne peut être que pessimiste sur la question de la protection des universitaires victimes de ces abus de droit.

## **Conclusion de la Partie 1**

Les universitaires sont victimes de pressions exercées par des personnes privées que ce soit de la part d'acteurs internes à l'Université, comme le sont nombres de militants, ou d'acteurs externes, comme les groupements notamment des grandes sociétés usant de procédures judiciaires. Si ces acteurs sont très différents, les uns visant à défendre une cause et arguant une avancée sociale quand les autres souhaitent avant tout la sauvegarde de leurs intérêts personnels, leur objectif est identique : exercer une contrainte sur l'universitaire pour le dissuader de limiter de lui-même sa liberté d'expression pour ne pas risquer de subir d'intimidation.

L'Etat est parfaitement conscient de ces phénomènes mais peine à trouver des solutions protectrices de la liberté académique.

Concernant le militantisme, le législateur a cru bon de créer un délit d'intrusion et de maintien illicites dans un établissement de l'enseignement supérieur mais celui-ci a été censuré par le Conseil constitutionnel. Si l'intention est louable, la rédaction du texte était particulièrement imprécise ; inspirée le modèle du délit d'intrusion et de maintien illicites dans les établissements du second degré, celui-ci ne prenait pas en compte la topographie particulière des établissements de l'enseignement supérieur en plus de ne sanctionner que les personnes extérieures à l'Université, alors que les militants sont en grande partie des étudiants. Ce délit tel que rédigé n'aurait rien apporté. Le législateur a aussi entendu combattre le militantisme en modifiant des dispositions du Code de l'éducation. Ceci est bien futile car dépourvu de la moindre portée contraignante.

En définitive, l'Etat n'a pas su trouver des solutions pour lutter contre ce militantisme.

Le constat n'est guère plus optimiste concernant les pressions exercées par des groupements privés par la voie judiciaire pour bâillonner les universitaires. Si la jurisprudence a reconnu le caractère abusif de ces procédures et a, par la condamnation de ces groupements au versement de dommages-intérêts à l'universitaire ou en infligeant une amende civile, sanctionné ces comportements en aval, l'Etat n'a pas su trouver des parades en amont malgré son intention clairement affichée par la constitution de la « commission Mazeaud » en fin de mandat du Président François Hollande. Malgré tout, depuis 2017, il n'a pris aucune mesure autre qu'une circulaire n'ayant aucune portée contraignante ; le législateur semble s'être désintéressé de ce phénomène depuis l'élection d'Emmanuel Macron.

## **PARTIE 2 : Les entraves publiques à la liberté d'expression des universitaires**

---

Les personnes privées ne sont pas les seules à qui la liberté de la plume universitaire peut porter préjudice. En effet, l'Etat peut aussi voir ses intérêts lésés par les écrits universitaires. Cependant, là où les personnes privées vont s'attaquer de manière frontale à la liberté d'expression du chercheur en amont pour le cas des militants et en aval pour le cas des groupements, l'Etat va, lui, user de moyens plus perniciose afin de garantir ses intérêts. La valeur du travail universitaire tenant au fait que celui-ci repose sur des ressources scientifiques et financières, il suffit donc à l'Etat de restreindre ces ressources.

L'Etat peut user de sa suprême position pour entraver la production scientifique et donc la liberté d'expression de l'universitaire non pas de manière directe comme les personnes privées mais en s'en prenant à une autre liberté qui est la liberté de recherche qui si, elle ne peut plus être exercée, impacte nécessairement la liberté d'expression de l'universitaire.

Pour parvenir à ces fins liberticides, l'Etat peut s'attaquer à l'accès aux ressources nécessaires à l'exercice de la liberté académique. Il peut d'abord limiter l'accès aux archives publiques, ressources si précieuses pour les universitaires (Chapitre 1). La recherche universitaire étant majoritairement financée par l'Etat, elle est dépendante financièrement de celui-ci qui peut user de sa position pour orienter la recherche par le biais du financement (Chapitre 2).

## Chapitre 1 - L'accès aux archives publiques pour les universitaires

---

L'excellence et la crédibilité du travail universitaire tient à la réflexion qui est basée sur des sources, des références bibliographiques. Ainsi, le chercheur privé de ces ressources ne peut exercer sa liberté de recherche. L'Etat peut donc entraver cette liberté en restreignant l'accès aux archives qui sont une ressource essentielle pour de nombreux chercheurs. Les archives sont : « *l'ensemble des documents, y compris les données, quelles que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leurs supports produits ou reçus par toute personne physique ou morale et par tout service ou organisme public ou privé dans l'exercice de leur activité* »<sup>212</sup>. Il existe deux catégories d'archives : les archives privées et les archives publiques. Les archives privées n'ont pas de définition légale, ces archives sont toutes celles qui ne sont pas des archives publiques. Les archivistes ont alors établi leur propre définition. Ces archives privées sont « *l'ensemble des archives produites par toute personne, physique ou morale n'étant pas assimilé service ou organisme public français, ou n'exerçant pas une mission de service public pour le compte de l'administration publique ou territoriale* »<sup>213</sup>. L'Etat n'a qu'une marge de manœuvre très limitée pour entraver l'accès aux archives privées contrairement à l'accès aux archives publiques c'est la raison pour laquelle ne sera étudié dans ce chapitre que l'accès aux archives publiques.

Par « archives publiques », on entend : « *1° Les documents qui procèdent de l'activité de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics et des autres personnes morales de droit public. Les actes et documents des assemblées parlementaires sont régis par l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires ; 2° Les documents qui procèdent de la gestion d'un service public ou de l'exercice d'une mission de service public par des personnes de droit privé ; 3° Les minutes et répertoires des officiers publics ou ministériels et les registres de conventions notariées de pacte civil de solidarité.* »<sup>214</sup>.

La première loi régulant l'accès aux archives par les citoyens date du 7 Messidor an II (25 juin 1794) pose un principe de libre consultation des archives en rompant avec la tradition monarchique du secret. L'article XXXVII de cette loi dispose que « *tout citoyen pourra demander dans tous les dépôts, aux jours et aux heures qui seront fixés, communication des pièces qu'ils renferment : elle leur sera donnée sans frais et sans déplacement, et avec les*

---

<sup>212</sup> Article L.211-1 du Code du patrimoine.

<sup>213</sup> Voir [francearchives.fr](http://francearchives.fr)

<sup>214</sup> Article L.211-4 du Code du patrimoine.

*précautions convenables de surveillance* ». Le texte ne pose aucune restriction dans le temps d'accès aux archives publiques et reprend l'esprit de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen lequel énonce que « *la société a droit de demander compte à tout agent public de son administration* ». Si cette libre communication sera vite éteinte sous le Premier Empire par le décret-loi du 20 février 1809 qui conditionne l'accès aux archives à l'autorisation préalable des ministères des Relations extérieures ou de l'Intérieur, il n'est fait aucunement mention de délai restreignant l'accès aux archives. Il faut attendre la fin du XIXe siècle et l'arrêté du 16 mai 1887 pour que soit entériné un délai de cinquante ans pour accéder aux archives. Cette soumission de l'accès à un délai n'est pas un hasard en ce sens qu'adopté alors que l'affaire Dreyfus déchire la Nation, cette loi a pour effet de limiter la polémique de la condamnation de l'officier en interdisant l'accès à bon nombre de documents de l'affaire pouvant porter préjudice à l'Etat. L'accès aux archives est donc tiraillé entre les intérêts scientifiques de la recherche et les intérêts de la Nation. Ainsi, il convient de se demander comment l'Etat peut entraver la liberté de recherche et *in fine* la liberté d'expression d'un universitaire par le biais de l'accès aux archives.

Il convient d'étudier d'abord le droit d'accès aux archives (Section 1) avant de se pencher sur la mise en œuvre pratique de ce droit d'accès aux archives (Section 2).

## **Section 1 - Le droit d'accès aux archives**

Aux fins de préserver la liberté de la recherche, le droit d'accès aux archives est garanti aux universitaires (§1). Malgré tout, cette ouverture reste une ouverture discrétionnaire aux mains de l'administration (§2).

### **§ 1 - Le droit positif garantissant le droit pour les universitaires d'accéder aux archives**

Le droit positif interne garantit l'exercice de la liberté de la recherche aux universitaires par le biais de l'accès aux archives d'abord par des dispositions législatives (A) puis ce droit a été consacré par la Constitution (B).

#### **A - Les dispositions législatives encadrant le droit d'accès aux archives**

Les dispositions législatives encadrant l'accès aux archives posent le principe d'ouverture de plein droit des archives passé un délai légalement fixé (1). De plus, la loi prévoit un droit de dérogation individuelle accordé aux chercheurs (2).

## 1) Le principe d'ouverture de plein droit des archives passé un délai légal

La loi la plus importante de l'époque contemporaine concernant l'accès aux archives date de 1979<sup>215</sup>. Elle a servi de modèle à la loi qui régit actuellement le droit aux archives, en date de 2008. Cette dernière marque la continuité avec les lois précédentes que sont la loi du 7 Messidor an II et l'arrêté du 16 mai 1987 puisqu'elle ouvre la consultation des documents administratifs non nominatifs. En parallèle, cette loi non seulement pose un délai de communication de droit commun de trente ans mais allonge certains délais de consultation au-delà des cinquante années, ce qui a pour effet de retarder les ouvertures des archives notamment pour les chercheurs qui se consacrent à la période de Vichy et empêche une lecture historique de ces événements dans une époque encore sujet à controverse en 1979. Ces dispositions restreignant la liberté de la recherche universitaire ont provoqué un tollé. Un rapport sera rédigé par le Professeur Guy Brabant, à la demande du Premier Ministre Alain Juppé, en 1996, qui dénoncera avec véhémence la restriction de la recherche<sup>216</sup>. Il faudra attendre 2008 pour que soit votée une nouvelle loi régissant l'accès aux archives<sup>217</sup>. Cette loi toujours en vigueur vient renverser le système établi jusqu'alors, du moins en apparence, puisqu'elle revient sur le délai de trente ans de droit commun et part du principe que les documents sont en libre accès, ce qui pourrait grandement faciliter le travail des historiens mais la même loi dicte de nombreuses exceptions qui allongent le délai de communicabilité que ce soit pour protéger des intérêts privés (vie privée, secret médical etc.) que des intérêts publics (secret de la défense nationale, sécurité publique ou encore sûreté de l'Etat entres autres)<sup>218</sup>. Cette loi est codifiée par les articles L.213-1 et suivants du Code du patrimoine.

L'article L.213-1 du Code du patrimoine établit donc le principe de la libre communicabilité des archives publiques, mais sous réserve des dispositions prévues par l'article L.213-2 du même Code, lequel prévoit différents délais suivant le type d'archives dont il est question variant de vingt-cinq à cent ans. Cet article, en dehors des conditions posées par le texte, établit donc comme règle qu'aucune restriction étatique, administrative, sous la forme d'un contrôle ne peut avoir lieu. C'est un droit « à l'état pur »<sup>219</sup>.

---

<sup>215</sup> Loi n°79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives.

<sup>216</sup> BRABANT G., *Les archives en France, Rapport au Premier ministre*, 1996. Le rapport est consultable à cette adresse : <https://www.viepublique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/964093000.pdf>

<sup>217</sup> Loi n°2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives.

<sup>218</sup> Commentaire article L.213-2 du Code du patrimoine, Code du patrimoine, 4<sup>e</sup> édition, 2020-2021.

<sup>219</sup> ROLLIN F., WAGENER N., « *Archives classées secret défense : « communicables de plein droit » ou « librement incommunicables » ?* » AJDA, 2021, p.297.

Toutefois, le droit commun d'accès aux archives pose une exception d'accès à un certain type de documents que sont les archives classées « secret-défense » lesquelles font l'objet d'un régime particulier marqué par le principe d'incommunicabilité qui expose le chercheur à des sanctions pénales<sup>220</sup>.

## **2) La possibilité de dérogation prévue par la loi**

L'impossibilité d'accéder aux archives lorsque le délai légalement prévu n'est pas formellement écoulé n'est point absolue. L'article L. 213-3 du Code du patrimoine dispose que : « *L'autorisation de consultation de documents d'archives publiques avant l'expiration des délais fixés au I de l'article L. 213-2 peut être accordée aux personnes qui en font la demande dans la mesure où l'intérêt qui s'attache à la consultation de ces documents ne conduit pas à porter une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger* ». Cet article permet à l'administration d'accorder une dérogation alors même que le terme est absent de la loi. Par dérogation, il faut entendre « *la possibilité d'un accès anticipé à des documents non librement communicables par une procédure particulière* »<sup>221</sup>. Les citoyens peuvent donc demander une dérogation.

L'existence d'une dérogation permet non seulement de faciliter la recherche mais aussi de protéger le chercheur des sanctions prévues par l'article 226-13 du Code pénal qui sanctionne la divulgation de secrets contenus dans les documents archivés<sup>222</sup>. Celle-ci est donc capitale pour le plein épanouissement scientifique.

Ces dérogations peuvent être collectives pour l'ensemble des chercheurs (a) ou bien individuelles et limitées à la demande d'un seul particulier (b).

### **a) Les dérogations collectives bénéficiant à l'ensemble des chercheurs**

Les dérogations générales ou collectives correspondent à la situation dans laquelle une administration décide de sortir un fonds du cadre des délais spéciaux<sup>223</sup>. Ces dérogations présentent un intérêt manifeste pour les chercheurs qui peuvent alors accéder à certains types de fonds par dérogation. Il ne s'agit en aucun cas d'une ouverture à l'ensemble du public au sens dans lequel elles seraient communicables de plein droit mais d'une ouverture aux seuls

---

<sup>220</sup> Article 226-13 du Code pénal.

<sup>221</sup> Association des archivistes français, Abrégé d'archivistes, 2004, p.14.

<sup>222</sup> Article L.213-3 III du Code du patrimoine.

<sup>223</sup> CŒURE S., DUCLERT V., *Les archives*, La Découverte, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p.30.

professionnels de la recherche. L'exemple le plus important reste les diverses dérogations générales<sup>224</sup> encouragées par le Premier ministre Juppé par voie de circulaire<sup>225</sup> afin de « perpétuer la mémoire des évènements qui se déroulèrent dans notre pays entre 1940 et 1945 »<sup>226</sup>. Ladite circulaire précise que les bénéficiaires de ces dérogations sont uniquement les universitaires et scientifiques qu'ils soient étudiants ou membres de la communauté enseignante<sup>227</sup>. Un arrêté relatif à l'ouverture des fonds d'archives publiques concernant la période 1940-1945 suivra la même optique que la circulaire<sup>228</sup>. On comprend que la décision d'ouverture des archives n'a pas une portée purement scientifique. L'intention était avant tout politique en ce sens qu'il s'agissait de tirer un trait avec le passé de la France de Vichy. Une dérogation générale a récemment été publiée concernant les archives de la Guerre d'Algérie<sup>229</sup> dans le même dessein.

Toutefois, l'article L.213-3 du Code du patrimoine, outre les dérogations générales, offre aussi la possibilité aux universitaires de se voir accorder par l'administration des dérogations individuelles en raison de leur qualité.

#### **b) Les dérogations individuelles**

L'article L.213-3 du Code du patrimoine organise le régime de la dérogation pour le droit commun des archives. La dérogation n'est pas un droit, celle-ci peut être refusée notamment si la demande porte une « atteinte aux intérêts que la loi entend protéger » comme notamment le secret de la défense nationale ou encore à la sécurité publique.

La demande de dérogation individuelle obéit à un formalisme tout à fait particulier qui a fait l'objet d'une récente modification. La loi<sup>230</sup> et son décret d'application<sup>231</sup> ont introduit, pour les directeurs des services départementaux d'archives et les autres conservateurs d'État mis à disposition de ces services, la possibilité de délivrer les autorisations de consultation d'archives

---

<sup>224</sup> Des dérogations individuelles ont complété ces dérogations générales.

<sup>225</sup> Circulaire relative à l'accès aux archives publiques de la période 1940-1945 en date du 2 octobre 1997.

<sup>226</sup> *Idem*.

<sup>227</sup> *Idem*. « Les dérogations devront être largement accordées pour effectuer des recherches historiques, en particulier aux membres de la communauté scientifique ou universitaire (chercheurs et enseignants), qu'ils soient français ou étrangers. Il en ira de même pour les étudiants de l'enseignement supérieur présentant des demandes dans le cadre de la préparation d'un mémoire ou d'une thèse ».

<sup>228</sup> Arrêté en date du 13 mai 1998 publié au J.O. le 26 mai de la même année.

<sup>229</sup> J.O. du 23 décembre 2021.

<sup>230</sup> Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.

<sup>231</sup> Décret d'application n° 2021-979 du 23 juillet 2021 relatif à la procédure de déclassement de biens mobiliers culturels et à la déconcentration de décisions administratives individuelles dans le domaine de la culture.

publiques avant l'expiration des délais de communicabilité. Pour tenter d'obtenir une dérogation individuelle, le chercheur doit adresser sa demande aux services locaux des archives qui la transmet aux autorités dont émanent lesdits documents. L'instruction d'une demande d'accès par dérogation requiert de recueillir l'avis préalable de l'autorité dont émanent les documents, c'est-à-dire du service producteur ou du service qui a hérité de ses fonctions. En cas de disparition d'un service producteur et de versement de ses archives définitives dans un service d'archives<sup>232</sup> le service d'archives se substitue à lui pour émettre cet avis. L'administration des archives est tenue de suivre l'avis du service dont émanent les documents si celui-ci est entièrement ou partiellement défavorable. À l'inverse, elle peut choisir de répondre défavorablement à une demande d'accès par dérogation qui a reçu un avis favorable du service dont émanent les documents. L'avis porté sur une demande d'accès par dérogation se fonde sur l'équilibre des intérêts en cause : le service dont émanent les documents apprécie d'une part, l'intérêt du demandeur à consulter les documents et, de l'autre, l'atteinte portée aux secrets protégés par la loi qu'induirait la consultation de ces mêmes documents. Aussi, chaque demande de dérogation est examinée *in concreto*, la qualité du demandeur ou la finalité jouant ici un rôle prépondérant. On peut comprendre ici que le statut de chercheur, de scientifique va rentrer en ligne de compte.

Le service devant examiner la demande dispose d'un délai de deux mois pour répondre, son silence valant refus<sup>233</sup>. Le refus explicite d'accéder à la demande de dérogation doit être motivé<sup>234</sup>.

Le demandeur qui essuie un refus peut alors s'adresser à la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) dans un délai de deux mois qui va examiner la demande dans un délai d'un mois. Le refus ouvre droit au chercheur de saisir le juge administratif. L'avis favorable de la CADA ne permet pas directement d'accéder aux documents demandés ; la décision est signifiée au service d'archives concerné qui peut refuser de suivre l'avis de la CADA, le chercheur peut alors saisir le juge administratif<sup>235</sup>. Le juge administratif procède alors à un contrôle de la légalité de la décision et vérifie que la demande porte bien une atteinte excessive

---

<sup>232</sup> Article L.212-5 du Code du patrimoine.

<sup>233</sup> Articles L. 231-5 et L. 231-6 du code des relations entre le public et l'administration et décret n° 2014-1304 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

<sup>234</sup> Article L.213-5 du Code du patrimoine.

<sup>235</sup> Pour plus de détails sur l'ensemble de la procédure de dérogation individuelle : Voir circulaire du 8 septembre 2021 relative à la Mise en œuvre de la procédure d'accès anticipé par dérogation aux délais de communicabilité des archives publiques.

aux intérêts que la loi a entendu protéger. Le juge s'est reconnu compétent notamment sur le refus de dérogation portant sur une question d'atteinte à la sécurité publique<sup>236</sup> ou encore sur un refus relatif à l'atteinte au secret de la politique extérieure<sup>237</sup>. L'opposition du secret n'empêche pas le contrôle du juge.

Le cas de refus pour motif d'atteinte à la défense nationale est d'un vif intérêt. Le juge ne peut demander à ce que lui soit communiqué le document litigieux couvert par le secret<sup>238</sup> sauf à obtenir une déclassification par voie de requêtes en déclassification<sup>239</sup> qui entraîne la saisine de plein droit de la Commission consultative du secret de la défense nationale qui va statuer. Par conséquent *a priori*, en cas de refus de déclassification, le juge ne peut donc pas déclarer illégale la décision de refus d'accorder une dérogation puisqu'il ne peut pas vérifier que l'on est en présence d'une atteinte excessive à un intérêt protégé par la loi, ne pouvant que constater l'existence du secret. Toutefois, ce juge peut aussi demander à l'administration de lui fournir « *toutes les indications susceptibles de lui permettre, sans porter aucune atteinte, directe ou indirecte aux secrets protégés par la loi, de se prononcer en pleine connaissance de cause* »<sup>240</sup>, tirer toutes les conséquences de ce refus de coopération de l'administration et déclarer illégale la décision de non-dérogation<sup>241</sup>.

En définitive, le juge doit donc veiller à un équilibre entre droit d'accès aux archives et protection des intérêts protégés par la loi<sup>242</sup>.

Malgré les dispositions de la loi posant un principe de libre communicabilité et la possibilité de dérogation, certaines archives restent incommunicables même passé un certain délai et ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation.

### 3) Les archives incommunicables

La notion d'archives incommunicables a été introduite par la loi de 2008 en son article 17, puis intégré au Code du patrimoine qui prévoit en son article L. 213-2 que « *ne peuvent être*

---

<sup>236</sup> CE, 18 décembre 1987, *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation c/ Manciaux*, Rec. p.739.

<sup>237</sup> CE, 8 juin 1988, *Association des familles françaises de prisonniers politiques en Guinée*, Rec., p.232.

<sup>238</sup> CE, Section, 23 décembre 1988, *Banque de France c/ Huberschwiller*, Rec., p.464.

<sup>239</sup> Article L.2312-4 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de la défense ; CE, Section, 11 mai 1962, *Sieur Fourcher-Créteau*, n°13032, Rec. p.319.

<sup>240</sup> CE, Assemblée, 11 mars 1955, *Secrétaire d'Etat à la Guerre c/Coulon*, n°34036, Rec., p.149.

<sup>241</sup> Suivant la droite lignée de la jurisprudence : CE, 28 mai 1954, *Barrel*, n°28238, Rec. p.308.

<sup>242</sup> Voir GUILLAUME M., « *Secret de la défense nationale et Etat de droit* » dans *L'Etat de droit : Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p.365 et suivantes.

*consultées les archives publiques dont la communication est susceptible d'entraîner la diffusion d'informations permettant de concevoir, fabriquer, utiliser ou localiser des armes nucléaires, radiologiques, biologiques, chimiques ou toutes autres armes ayant des effets directs ou indirects de destruction d'un niveau analogue.* ». Ainsi, certaines archives limitativement énumérées ne peuvent faire l'objet ni d'aucune consultation passé le délai fixé par l'article L.213-2 du Code du patrimoine pour ce type d'archives ni d'aucune dérogation, alors même qu'un chercheur aurait intérêt à les consulter pour ces travaux<sup>243</sup>. Ces archives revêtent souvent un caractère secret. Le chercheur qui aurait eu accès (donc de manière illicite) à des données classées dans cette catégorie et qui les divulguerait au cours de ses travaux de recherche s'exposerait aux sanctions prévues par l'article 226-3 du Code pénal quand bien même l'intérêt scientifique serait indiscutable.

Le texte ne pose alors aucun délai et ces archives sont incommunicables tant que l'administration n'en a pas décidé autrement. Bien que hautement attentatoire à la liberté de recherche, il apparaît que la loi entend toujours préserver cette catégorie d'archives incommunicables.

Outre une assise législative, l'accès aux archives a été reconnu comme un droit ayant valeur constitutionnelle. Le Conseil a ici suivi la Cour européenne des droits de l'homme qui a reconnu le droit aux justiciables d'accéder à ce type de documents.

## **B - Le droit d'accès aux archives : un droit conventionnellement et constitutionnellement garanti**

Le droit d'accès aux archives publiques a été reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme (1). Le Conseil constitutionnel a suivi la Cour de Strasbourg et a reconnu une valeur constitutionnelle à l'accès aux archives (2).

### **1) Le droit d'accès aux archives publiques : un droit reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme**

La Cour européenne des droits de l'homme a, sur le fondement de l'article 10 de la Convention, reconnu une large liberté d'expression aux universitaires eu égard à la nécessité de bénéficier

---

<sup>243</sup> Article L.213-3 du Code du patrimoine.

de cette liberté d'expression pour exercer leurs fonctions<sup>244</sup>. Toute restriction de cette liberté devant faire l'objet d'un examen des plus minutieux<sup>245</sup>.

Cette même juridiction est tout à fait consciente du rôle des universitaires qui est celui de participer au développement du savoir. Or, le développement de celui-ci ne peut avoir lieu que si l'universitaire peut avoir accès à des sources de documentation puisque la crédibilité des propos d'un universitaire repose avant tout sur les références utilisées par ce dernier. La Cour a en ce sens consacré un droit à l'universitaire à l'accès à des sources de documentation originale aux fins de recherche<sup>246</sup>. Cette solution semble toutefois avant tout bénéficier aux historiens plus qu'aux autres scientifiques, la Cour ayant, dans le domaine médical, fait primer le respect de la vie privée des patients sur l'intérêt scientifique des données concernées, ce qui peut gêner la recherche<sup>247</sup>.

De manière plus générale, la Cour oblige les Etats à veiller à un équilibre entre le droit de la liberté d'expression et de la recherche de l'universitaire tout en reconnaissant la nécessité pour l'Etat de restreindre l'accès pour protéger les intérêts de la Nation.

En effet, l'exercice de la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention n'entend pas accorder aux individus un droit d'accès de plein droit à une information détenue par une autorité publique, ni n'oblige l'Etat à lui communiquer<sup>248</sup>. Cette absence de droit absolu d'accès aux informations est énoncée par l'article 10 de la Convention notamment pour les documents pouvant être préjudiciable à la défense de la sécurité nationale. En effet, le second paragraphe de l'article 10 de la Convention dispose que « *l'exercice de ces libertés [liberté d'expression et liberté de recevoir ou de communiquer des informations] comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre* ».

---

<sup>244</sup> CEDH, 23 juin 2009, *Sorguç c/ Turquie*, n° 17089/03, §35.

<sup>245</sup> CEDH, 13 février 2001, *Lunde c/ Norvège*, n°38318/98. CEDH, 8 juin 2010, *Sapan c/Turquie*, n°44102/04, §34. Voir chapitre 1 de la Partie 1 du mémoire.

<sup>246</sup> CEDH, 26 mai 2009, *Kenedi c/Hongrie*, n°31475/05.

<sup>247</sup> CEDH, Grande Chambre, 3 avril 2012, *Gillberg c/Suède*, n°41723/06. Voir note de Valérie Junod, RTDH, 2013, p.405. En l'espèce, un médecin avait reçu le consentement de familles pour recueillir des données personnelles afin de mener des recherches. Il souhaitait transmettre ces données à d'autres chercheurs. La Cour de Strasbourg donne raison à la Suède qui avait considéré que, malgré l'intérêt scientifique des recherches, il ne pouvait faire parvenir de telles interventions à ses confrères sans violer le droit à la vie privée des personnes concernées par ces données. Le droit à la vie privée prime ici sur la liberté de recherche.

<sup>248</sup> Exception faite si l'accès à l'information est déterminant dans l'exercice du droit à la liberté d'expression, alors une obligation d'accès peut naître. Voir CEDH, 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c/Hongrie* n°18030/11.

En définitive, la Cour pose le principe de droit d'accéder aux informations, aux documents et donc aux archives tout en admettant que les intérêts de l'Etat constituent un motif légitime de refus de communication de ceux-ci<sup>249</sup>. La Cour de Strasbourg pose alors un principe de nécessité et de proportionnalité de l'objectif poursuivi pour évaluer si l'atteinte à l'article 10 de la Convention est justifiée ou non<sup>250</sup>.

Le Conseil constitutionnel a suivi la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en reconnaissant un droit d'accès aux documents détenus par une autorité publique tout en affirmant que ce refus est licite si le document intéresse le secret de la défense nationale.

## **2) Le droit d'accès aux archives publiques : un droit constitutionnellement reconnu**

Le Conseil constitutionnel a consacré un droit d'accès aux archives publiques<sup>251</sup> en se référant à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen lequel dispose que « *La société a droit de demander compte à tout agent public de son administration* ». Toutefois, le juge constitutionnel estime que des limitations peuvent être posées dans l'accès à ces documents en présence d'un motif d'intérêt général et si la limitation est proportionnelle à l'objectif poursuivi<sup>252</sup>. Or, cet article en date de 1789 ne pose pas ce principe d'ouverture sous réserve de la présence d'un motif d'intérêt général, l'esprit des rédacteurs de la Déclaration était autre ; cet article posait le principe d'ouverture absolue des archives publiques. La loi du 7 Messidor an II était beaucoup plus proche de l'esprit de l'article 15 car elle n'imposait aucune restriction. Dans cette décision, le juge constitutionnel méconnaît et pervertit la visée initiale de l'article 15 de la Déclaration afin de formuler un principe de libre communicabilité sous réserves que les informations ne portent pas atteinte au secret.

Cependant, dans cette même décision, le Conseil constitutionnel va s'appuyer sur la Convention européenne des droits de l'homme pour justifier ces restrictions d'accès en reprenant le fondement de l'article 10 de la Convention. Le Conseil rappelle que des limitations sont possibles à condition que le motif soit légitime c'est-à-dire préserve l'intérêt général et que l'atteinte ne soit pas excessive à l'objectif poursuivi ; l'on retrouve alors le principe de proportionnalité de la mesure. Autrement dit, le Conseil s'attache alors à évaluer si l'atteinte à

---

<sup>249</sup> Voir GUILLAUME M., « *Secret de la défense nationale et Etat de droit* » dans *L'Etat de droit : Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p.372.

<sup>250</sup> *Idem*.

<sup>251</sup> CC, 15 septembre 2017, QPC, n°2017-655.

<sup>252</sup> *Ibidem*, considérant 9.

l'article 10 causée par le refus de communication des documents se justifie au regard des intérêts protégés.

Le Conseil met en balance les intérêts en présence, reprend à l'identique la solution posée par la Cour européenne des droits de l'homme.

Si l'ouverture et la consultation des archives publiques sont encadrées par la loi pour éviter tout culte du secret de l'Etat, il n'en reste pas moins que la loi laisse à l'Etat une grande latitude dans la divulgation des archives.

## **§ 2 - Une ouverture discrétionnaire des archives**

L'Etat a un pouvoir discrétionnaire d'ouvrir les archives. Il peut tout à la fois restreindre l'accès aux archives en invoquant l'atteinte aux secrets de la Nation (A). La loi prévoit aussi que l'administration peut décider d'ouvrir de manière anticipée et ainsi favoriser la recherche (B).

### **A - L'atteinte aux secrets de la Nation comme principale justification de restriction d'accès aux archives**

L'Etat peut restreindre l'accès aux archives par la classification « secret défense » puisque celui-ci ne peut faire l'objet d'aucune dérogation. Or, la classification d'un document comme secret est un pouvoir discrétionnaire de l'administration (1). Cette classification discrétionnaire est parfois contestée (2).

#### **1) Un classement aux mains de l'administration**

La possibilité de restreindre l'accès à certaines données est prévue par l'article 413-9 du Code pénal lequel dispose que « *présentent un caractère de secret de la défense nationale au sens de la présente section les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès.*

*Peuvent faire l'objet de telles mesures les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers dont la divulgation ou auxquels l'accès est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale.*

*Les niveaux de classification des procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers présentant un caractère de secret de la défense nationale et les autorités chargées de définir les modalités selon lesquelles est organisée leur protection sont déterminés par décret en Conseil d'Etat. »*

Ainsi, cet article permet à l'Etat de limiter l'accès à un certain nombre de données au nom de la défense nationale. Cet intérêt se comprend bien car un chercheur qui aurait liberté totale de consultation des documents pourrait divulguer des informations préjudiciables à la Nation. Il y a un besoin impérieux de protéger certains secrets. De ce fait toute personne qui divulguerait des informations contenues dans des documents classifiés se rend coupable du délit de compromission<sup>253</sup>.

Néanmoins, la décision de classification revient à l'Etat, seul habilité à définir quel type de données relève ou ne relève pas de la défense nationale. Il classe les documents selon qu'il relève du « Secret-Défense » ou, pour les informations les plus sensibles, du « Très Secret-Défense ». Dans le premier cas, seul le Premier Ministre en tant que responsable de la défense nationale<sup>254</sup> définit les critères de classification des données relevant de ce niveau de classification ultime<sup>255</sup>. Pour le cas des archives classées « Secret-Défense », la classification relève des autres ministres « *dans les conditions fixées par le Premier Ministre* »<sup>256</sup>.

Le Gouvernement a ici un pouvoir discrétionnaire, une véritable mainmise sur la classification ; la décision de classification échappe aux parlementaires<sup>257</sup> et aux juges qui ne peuvent que constater l'existence du secret et ne peuvent statuer sur le caractère secret de l'information puisque c'est le Premier ministre qui décide ou non de leur accorder accès à l'information.

Le Gouvernement peut alors se permettre d'étendre cette qualification au-delà de ce qui est strictement nécessaire et, par ce biais, poser le sceau du secret sur des données qui ne dépendent pas directement de la sécurité nationale mais peuvent avoir des conséquences pour la France. L'établissement de la vérité scientifique pouvant être par certains aspects dérangeants pour la

---

<sup>253</sup> Article 413-10 du Code pénal.

<sup>254</sup> Article 21 de la Constitution.

<sup>255</sup> Article R. 2311-5 du Code de la défense.

<sup>256</sup> Article R. 2311-6 du Code de la défense.

<sup>257</sup> Voir BAUDE F., VALLEE M., *Droit de la défense*, Elipses, 2012, p.925 et suivants, § 1915 et suivants.

Nation, ce pouvoir discrétionnaire bien que légitime pour beaucoup de chercheurs<sup>258</sup> est bien souvent contesté par ces mêmes chercheurs.

## 2) Une justification parfois contestée

La classification discrétionnaire de l'Etat de certaines archives comme relevant du secret-défense peut porter atteinte à la liberté de la recherche. En effet, estampiller un document « secret-défense », avec pour conséquence de le rendre incommunicable, est contesté dans de nombreux cas par des chercheurs<sup>259</sup> aussi bien que par des archivistes<sup>260</sup> et même dans certains cas par des politiques<sup>261</sup>. La classification discrétionnaire « secret-défense » est une entrave importante et parfois nécessaire à la liberté de la recherche. Cette classification est parfois qualifiée de « *prétexte pour cultiver le Culte du secret au détriment de la science et de l'établissement de la vérité qui pourrait déranger l'Etat* »<sup>262</sup>.

Tout comme il peut restreindre l'accès aux archives, l'Etat peut également décider de les ouvrir préalablement aux délais prévus par la loi.

### **B - La possibilité d'ouverture anticipée de certaines archives par dérogation générale : une ouverture en l'apparence favorable à la liberté de la recherche.**

La possibilité d'ouverture anticipée des archives par voie de dérogation générale est encadrée par l'article L.213-3 du Code du patrimoine. Ces dérogations sont souvent le résultat de pressions d'historiens qui utilise la voie de la presse pour utiliser la *vox populi* qui réclame que l'on puisse faire la lumière sur certaines périodes de l'Histoire. Ces dérogations générales facilitent la recherche du moins en apparence (1). Celles-ci peuvent cependant être un outil au service du politique et non de la science (2).

---

<sup>258</sup> Par exemple voir WARUSFEL B., « *Documents classifiés, accès aux informations... « Le secret-défense entretient les fantasmes* » », Ouest France, 28 novembre 2021.

<sup>259</sup> BEAUD O. *Le savoir en danger, menaces sur la liberté académique*, PUF, 2021, p.236.

<sup>260</sup> Entretien téléphonique avec l'Association des usagers du service public des archives nationales (AUSPAN) le 31 mai 2022.

<sup>261</sup> Voir Cédric Villani, député, Radio France, 30 juin 2021.

<sup>262</sup> Entretien téléphonique avec l'Association des usagers du service public des archives nationales (AUSPAN) le 31 mai 2022.

## **1) Une ouverture facilitant en apparence la recherche**

La possibilité d'ouverture anticipée des archives est régie par l'article L.213-3 du Code du patrimoine. L'administration a alors toute latitude pour décider d'ouvrir les archives préalablement au délai légalement prévu. Ces dérogations limitées au seul domaine de la recherche permettent aux chercheurs d'exercer leur profession et de faire la lumière sur des périodes de l'Histoire qui, sans cette dérogation, ne pourraient être étudiées avant parfois plusieurs décennies. L'on peut prendre pour exemple les dérogations générales qui ont permis pour l'ère de l'Occupation d'abattre de nombreuses thèses révisionnistes ou négationnistes, le travail universitaire ayant été facilité par ces dérogations.

La dérogation générale bénéficie certes à tous les chercheurs mais le champ de celle-ci n'est pas déterminé par ceux-ci mais par l'administration. Autrement dit, l'administration est libre de limiter cette dérogation générale sur une période précise, sur des faits précis alors que le travail universitaire nécessiterait peut-être un accès plus large. La dérogation générale permet donc tout à la fois aux chercheurs de pouvoir produire des travaux avant la date à laquelle ils auraient pu le faire en raison des délais légalement fixés mais peut aussi bien être un instrument de l'Etat pour limiter la recherche aux périodes qui ne revêtent pas de sujets controversés tout en feignant de faciliter la recherche.

## **2) Un pouvoir aux mains de l'administration : le risque de choix politiques plus que scientifiques**

La décision d'ouverture anticipée des archives dépend de l'administration des archives qui peut, après accord de l'autorité dont émanent les documents, décider l'ouverture anticipée de fonds ou parties de fonds d'archives publiques<sup>263</sup>. Or, les Archives nationales sont placées sous la direction du ministère de la Culture. Par conséquent, le Gouvernement dirige en grande partie la politique des archives.

Chaque fois que l'administration, *i.e.*, le ministre de la Culture, y a eu recours cela correspondait donc à un choix délibéré, un choix mûrement réfléchi. L'on peut alors penser que ces décisions de dérogations ont, outre leur finalité scientifique de recherche, une visée politique. En effet, non seulement l'administration décide de l'ouverture anticipée mais aussi du domaine d'application de celle-ci.

---

<sup>263</sup> Article L.213-3 du Code du patrimoine.

## **Section 2 - La mise en œuvre du droit d'accès aux archives publiques**

La mise en œuvre de ce droit d'accès aux archives s'illustre par la jurisprudence administrative qui est traditionnellement protectrice de la liberté de la recherche (§1). Toutefois, a été promulgué en 2021, la loi dite de prévention des actes de terrorisme qui restreint l'accès aux archives (§2).

### **§ 1 - Une jurisprudence administrative traditionnellement protectrice de la liberté de la recherche**

Il ressort de la pratique administrative qu'elle protège le droit d'accès aux archives et permet l'exercice de la liberté de la recherche (A). L'Etat a essayé, par une instruction générale interministérielle, de mettre en place une procédure de déclassification préalable des archives même passé le délai légal alors même que la loi ne le prévoit pas. Cette instruction a été annulée par le Conseil d'Etat, ce qui a pour conséquence de protéger la liberté de la recherche (B).

#### **A - Une pratique administrative permettant l'exercice de la liberté de la recherche**

Le droit d'accès aux archives n'existe pas en tant que tel pour les chercheurs<sup>264</sup>. Malgré cela, la pratique administrative est encline à accorder des dérogations à l'ensemble des individus et donc *a fortiori* aux chercheurs (1). Toutefois, l'apposition de la classification « secret-défense » permet à l'Etat de limiter l'accès à ces archives par dérogation, et cela d'autant plus que le juge administratif a renoncé à protéger cet accès (2). Néanmoins, la procédure de dérogation individuelle, assez lourde, peut s'avérer décourageante et donc nuire à la recherche (3).

##### **1) Une pratique administrative encline à accorder des dérogations individuelles**

La procédure permettant d'obtenir une dérogation existe depuis la loi de 1979 régissant l'accès aux archives<sup>265</sup>. Elle a été codifiée à l'article L.213-2 du Code du patrimoine. Depuis 1979, l'administration et les différents services d'archives se sont toujours montrés assez transparents, disposés à ouvrir leurs archives à ceux qui en faisaient une demande. L'écrasante majorité des décisions de dérogations sont accordées depuis ces quarante dernières années soit directement soit après saisie de la commission d'accès aux documents administratifs ; entre 1979 et 1996

---

<sup>264</sup> BEAUD O., *Le savoir en danger, menaces sur la liberté académique*, op. cit. p.242.

<sup>265</sup> Article 8 de la loi n°78-753 du 3 janvier 1979.

seuls sept demandes ont été rejetées<sup>266</sup>. Cette tendance s'est confirmée sous l'empire de la loi du 15 juillet 2008 puisqu'entre quatre-vingt-cinq et quatre-vingt-dix pour cent des demandes de dérogation sont accordées selon les différents services de 2008 à 2012<sup>267</sup>.

Les statistiques de demandes de dérogation concernant l'année 2021 illustrent le fait que les universitaires, étudiants et chercheurs<sup>268</sup> bénéficient souvent de dérogations<sup>269</sup>. Ces nombreuses dérogations accordées aux universitaires démontrent que la circulaire qui en organise la mise en œuvre<sup>270</sup> est respectée par les différents services. En effet, cette circulaire impose que la qualité du demandeur soit prise en compte lors de l'évaluation de la demande. La qualité de chercheur semble permettre de bénéficier plus facilement d'une dérogation.

De plus, le Conseil d'Etat a reconnu que la qualité de chercheur constitue un intérêt légitime à demander l'accès anticipé aux documents nécessaires<sup>271</sup>. Cet arrêt devrait permettre aux chercheurs de bénéficier encore plus facilement d'une dérogation.

Toutefois, l'étude des motifs ayant conduit la CADA à confirmer la licéité du refus d'accorder des dérogations individuelles révèle que la qualité de chercheur n'est en rien un « laissez-passer » pour accéder aux archives. La CADA s'est opposée à la communication d'archives sensibles mettant en cause des personnes toujours en vie<sup>272</sup>, en raison du degré de classification<sup>273</sup> ou encore si des dérogations antérieures pour les mêmes documents ont déjà été accordées<sup>274</sup>. Enfin, plus encore que la qualité de chercheur, est examiné « *l'intérêt incontestable* » de la communication au regard des travaux du chercheur<sup>275</sup> et du sérieux de son projet<sup>276</sup>.

La CADA devient un véritable examinateur, un juge de la pertinence des travaux du chercheur. Or, celle-ci peut ne pas saisir l'importance des documents dans la conduite des sujets de

---

<sup>266</sup> GUILLAUME M., « *Secret de la défense nationale et Etat de droit* » dans *L'Etat de droit : Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p.375.

<sup>267</sup> LIMON-BONNET M.-F., *Le régime des dérogations*, dans l'ouvrage dirigé par MONNIER S., FLORENTINO K., *Le droit des archives publiques, entre permanence et mutations*, Collection Droit du patrimoine culturel ou naturel, L'Harmattan, 2014, p.43-44.

<sup>268</sup> Les données statistiques ne font pas la différence entre les chercheurs universitaires qui sont des professionnels et les étudiants.

<sup>269</sup> Voir statistiques des dérogations pour l'année 2021. <https://francearchives.fr/fr/article/599778100>.

<sup>270</sup> Circulaire du 8 septembre 2021 relative à la mise en œuvre de la procédure d'accès anticipé par dérogation aux délais de communicabilité des archives publiques.

<sup>271</sup> CE, Assemblée, 12 juin 2020, n°422327. En l'espèce, ce droit a été reconnu pour un chercheur dont les travaux portaient sur la période du génocide rwandais.

<sup>272</sup> CADA, avis, 11 juillet 2002, n°20022623.

<sup>273</sup> CADA, avis, 27 septembre 2007, n° 20073644 confirmé par CADA, avis, 30 avril 2009, n°20091147.

<sup>274</sup> CADA, avis, 27 mars 2003, n°20031055.

<sup>275</sup> CADA, avis, 24 juillet 2003, n°20033013.

<sup>276</sup> CADA, avis, 24 mars 2003, n°20031488. Dans le cadre de la réalisation d'une thèse de doctorat en l'espèce.

recherche ou la pertinence du projet et rejeter une demande intéressante pour le développement du savoir. Certes, les refus opposés aux chercheurs sont rares, mais le risque d'empêcher la réalisation de travaux d'un vif intérêt est bien réel. La CADA devrait se borner à apprécier si le demandeur est un chercheur et vérifier que l'atteinte au secret n'est pas en mesure de causer un péril grave à la Nation.

Malgré la reconnaissance de ce droit de demander d'accéder aux archives par dérogation individuelle, le cas particulier des archives classifiées « secret-défense » permet d'empêcher l'accès aux archives, et cela d'autant plus que le juge pouvant pourtant exercer un certain contrôle y a lâchement renoncé.

## **2) Le cas particulier d'accès aux archives classées « secret-défense » : une pratique couarde du juge**

Le juge n'a pas la possibilité d'accéder au contenu du document classifié mais peut former une requête en déclassification. En théorie, même un refus n'arrête le juge, celui-ci pouvant aussi demander à l'administration de lui fournir « *toutes les indications susceptibles de lui permettre, sans porter aucune atteinte, directe ou indirecte aux secrets protégés par la loi, de se prononcer en pleine connaissance de cause* »<sup>277</sup> et tirer toutes les conséquences de ce refus de coopération de l'administration et déclarer illégale la décision de non-dérogation<sup>278</sup>.

En pratique, le juge ne s'en donne pas la peine. Il suit l'arrêt de principe du 11 mars 1955 *Secrétaire d'Etat c/ Coulon* lequel énonce que le juge ne doit pas user de ses pouvoirs d'instruction pour ordonner la communication de documents « *à l'égard desquels l'autorité compétente croit devoir affirmer que leur divulgation, même opérée sous les garanties et dans les formes juridictionnelles, est exclue par les nécessités de la défense nationale* ». En somme, le juge n'a pas à discuter un refus de communication d'un document secret défense, il ne peut que prendre acte du refus de communication. Cette solution offre au Gouvernement l'opportunité de classer des documents qui ne relèvent pas véritablement de la défense nationale *stricto sensu* afin que les universitaires ne puissent pas y avoir accès, et cela sans qu'aucun juge ne puisse contester une telle classification. Par conséquent, le Gouvernement peut porter atteinte à la liberté de la recherche, à la production du savoir simplement en estampillant un document « secret-défense ». Cette solution peut être vue comme lâche car le

---

<sup>277</sup> CE, Assemblée, 11 mars 1955, *Section d'Etat à la Guerre c/Coulon*, précité.

<sup>278</sup> Suivant la droite lignée de la jurisprudence : Conseil d'Etat, 28 mai 1954, *Barrel* précité.

juge renonce systématiquement à protéger le chercheur. Cette position a pourtant été confirmée à de nombreuses reprises par la jurisprudence<sup>279</sup> et dans des avis<sup>280</sup>. La question semble close : le juge ne peut que prendre acte du secret si on lui oppose le secret de la défense nationale.

Enfin, il faut reconnaître que la procédure de dérogation est elle-même de nature à décourager les chercheurs d'y avoir recours.

### 3) Une procédure de dérogation décourageante

Le strict formalisme de la procédure de dérogation peut restreindre l'exercice de la liberté de la recherche. En effet, la circulaire impose que le demandeur renseigne notamment les références des documents, ce qui peut prendre un certain temps à détailler<sup>281</sup>.

La circulaire encadrant les dérogations offre d'abord un délai de deux mois après réception de la demande pour statuer. En cas de refus explicite ou implicite puisque silence vaut refus, la commission d'accès aux documents administratifs peut être saisie et dispose d'un mois pour donner une réponse. Cette commission ne peut pas ordonner la communication des documents directement, la demande est renvoyée au service d'archives qui peut s'y opposer. En dernier recours, le chercheur peut saisir le tribunal administratif qui, toujours plus engorgé, peut prendre des mois à étudier la demande. On comprend alors que l'universitaire qui a besoin de documents pour réaliser ses travaux ne peut souvent pas se permettre d'attendre un temps aussi long. De nombreux projets de recherche sont financés dans des laboratoires de recherche et, donc, le chercheur dispose d'un délai butoir pour présenter ses travaux. Par conséquent, un universitaire peut ne pas être en mesure de traiter certains sujets par manque de temps.

La reconnaissance d'un droit au chercheur d'accéder de plein droit aux documents nécessaires à l'exercice de sa profession avant le délai légal permettrait en théorie de raccourcir les délais et de faciliter la recherche. Néanmoins, cette solution n'est pas souhaitable en ce sens qu'il est nécessaire qu'un contrôle ait lieu pour s'assurer que le chercheur n'ait pas accès à des

---

<sup>279</sup> CE, 30 mars 1960, *Bernouali*, Recueil Lebon p.239 ; CE, 24 octobre 1969, *Gougeon*, Rec. p.457 ; CE, 27 mai 1983, *Ministre des affaires sociales c/Cajarville*, Rec., p.219.

<sup>280</sup> Avis du 19 juillet et 29 août 1974 mentionnés dans Conseil d'Etat, *Rapport public 1995*, Etudes et documents du Conseil d'Etat, 47, Paris, La Documentation française, 1996, p.136. Selon ces avis : « *quiconque est détenteur d'un secret de la Défense nationale ne peut les divulguer et cette obligation doit évidemment être opposée à toute juridiction* », il appartient à « *l'autorité classificatrice [...] de décider des communications à faire* ».

<sup>281</sup> Voir formulaire de demandes de dérogation disponible en ligne :

[https://francearchives.fr/fr/file/f71f5a8331cdb707a3ce1a6bdeb60a0789be9721/DGPA\\_SIAF\\_2021\\_007\\_annexe\\_formulaire.pdf](https://francearchives.fr/fr/file/f71f5a8331cdb707a3ce1a6bdeb60a0789be9721/DGPA_SIAF_2021_007_annexe_formulaire.pdf)

documents pouvant porter préjudice à la Nation. Quand bien même ce risque serait très improbable<sup>282</sup>, il est trop grand pour être pris, un contrôle doit avoir lieu.

Quant à la longueur de la procédure, elle tient au manque de moyens alloués aux différents services, qui ne permettent pas des traitements plus rapides des demandes. Réduire le délai légal de l'administration pour répondre ou accorder un droit spécifique à l'universitaire ne modifierait en rien la situation puisque ce délai ne serait pas tenable en pratique. Le problème n'est pas le contenu de la loi mais de l'application de celle-ci.

On peut malgré tout reconnaître que la relative facilité avec laquelle l'administration accorde des dérogations aux chercheurs permet un exercice de la liberté de la recherche par ces derniers même si, la procédure, assez longue et lourde, peut avoir un aspect démotivant pour certains.

Outre l'utilisation de la classification « secret-défense », l'Etat a tenté par une instruction générale interministérielle de soumettre la communicabilité de certaines archives à une procédure de déclassification préalable alors même que la loi n'en impose aucune, ce qui nuisait gravement à l'accès aux archives publiques et donc par ricochet à l'exercice de la liberté de la recherche. Le Conseil d'Etat a annulé cette instruction.

## **B - L'exemple de la déclaration d'illégalité d'une instruction générale interministérielle prévoyant une procédure de déclassification préalable**

L'adoption de la loi régissant l'accès aux archives en date de 2008 qui réduit bon nombre des délais de communicabilité s'est accompagnée en 2011 par une instruction générale interministérielle portant sur la protection du secret de la défense nationale<sup>283</sup> laquelle soumettait les archives classifiées à une procédure de déclassification préalable alors même que le délai de communicabilité légalement prévu était écoulé. Cette instruction batait en brèche le principe de non-communicabilité passé le délai légal au détriment de la liberté de la recherche. Désormais, l'accès n'était plus libre mais soumis à une décision préalable de déclassification. L'accès à certains documents a même été refusé à des universitaires alors que ces mêmes documents avaient déjà été reproduits et publiés<sup>284</sup>.

---

<sup>282</sup> Nous rejoignons l'opinion exprimée par Olivier Beaud. Voir BEAUD O., *Le savoir en danger, menaces sur la liberté académique*, PUF, 2021, p.237.

<sup>283</sup> Instruction générale interministérielle n°1300 sur la protection du secret de la défense nationale dans sa version en vigueur du 30 novembre 2011 au 1<sup>er</sup> juillet 2021.

<sup>284</sup> GUYON C., MANSAT P., THIBAUD P., *Seul l'accès aux archives peut garantir un examen informé et contradictoire de notre histoire récente*, Le Monde, 2 octobre 2020.

Cette instruction date de 2011. Pourtant, il a fallu attendre 2020 pour que des universitaires et des archivistes dénoncent cette « *restriction majeure* » à la liberté de la recherche<sup>285</sup>. Le Premier Ministre alerté par cette tribune a publié un arrêté qui, en son article 24, approuve une nouvelle instruction générale interministérielle le 13 novembre 2020 sans remettre en cause cette procédure de déclassification<sup>286</sup>. Le Conseil d'Etat, saisi, a prononcé l'annulation de l'article 7.6.1 de l'arrêté approuvant cette instruction générale interministérielle qui elle aussi disparaît puisque devenue sans objet. Cette décision s'avère protectrice de la liberté de la recherche (1). La décision d'annulation a toutefois une portée tout à fait relative (2).

### **1) Une procédure de déclassification préalable illégale : une décision protectrice de la liberté de la recherche**

Cette instruction par son article 7.6.3 soumettait la communicabilité des documents classifiés antérieurs à 1970 à une procédure de déclassification. Cette procédure de déclassification n'était soumise à aucun délai et pouvait donc intervenir des années après la date de communicabilité prévue par l'article L. 213-2 du Code du patrimoine. Ceci avait pour conséquence de rendre inaccessible à des historiens notamment des spécialistes de l'époque contemporaine, des documents capitaux pour leurs recherches. L'accès aux archives qui était alors de plein droit est devenu avec cette instruction une compétence liée de l'administration qui pouvait dès lors opposer aux universitaires un refus « *pur et simple* »<sup>287</sup>. On comprend alors que l'Etat avait pour objectif d'empêcher les citoyens de prendre connaissance de certains éléments de leur passé, notamment sur des périodes encore sensibles de l'histoire française comme, par exemple, les agissements de certains militaires français durant la guerre d'Algérie<sup>288</sup>.

Le Conseil d'Etat a annulé l'article litigieux de l'arrêté portant approbation de l'instruction générale interministérielle n°1300 le 2 juillet 2021<sup>289</sup> et a rappelé que l'article L.213-2 du Code du patrimoine qui régit le régime de communicabilité des archives ne soumet pas les archives même classées « *secret-défense* » à une déclassification préalable. Cette instruction ne peut donc être considérée licite et est donc annulée. Le Conseil d'Etat a bien compris que cette

---

<sup>285</sup>Collectif, *Nous dénonçons une restriction sans précédent de l'accès aux archives contemporaines de la nation*, Le Monde, 3 février 2020 ; Association des archivistes français, *Ouvrez les archives*, Journal du Dimanche, 21 juin 2020.

<sup>286</sup> L'instruction générale interministérielle n°1300 a été approuvée par l'arrêté en date du 30 novembre 2011 et publiée le 2 décembre 2011 au Journal officiel.

<sup>287</sup> ROLLIN F., WAGENER N., « *Archives classées secret défense : « communicables de plein droit » ou « librement incommunicables » ?* » AJDA, 2021, p.297.

<sup>288</sup> *Idem*.

<sup>289</sup> CE, 2 juillet 2021, n°444865 et 448763.

instruction n'est qu'un « subterfuge »<sup>290</sup> pour empêcher l'accès aux archives de la Guerre d'Algérie. Cette décision d'annulation se fonde également sur l'article 15 de la Déclaration de 1789 pour rappeler que le droit d'accès aux archives a valeur constitutionnelle. Le Conseil d'Etat évoque la décision du Conseil constitutionnel dans son visa qui reconnaît un intérêt légitime aux chercheurs à consulter les archives<sup>291</sup> mais sans invoquer l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui aurait pu renforcer la légitimité de sa décision<sup>292</sup>.

Cette décision d'annulation, bien qu'importante pour les archivistes, a toutefois une portée limitée.

## **2) Une décision à la portée limitée mais à la symbolique forte**

Cette décision du Conseil d'Etat fut unanimement saluée, tant par les professionnels des archives<sup>293</sup> que par des juristes<sup>294</sup>. Elle revêt une symbolique forte puisque la mobilisation des professionnels de tous horizons a mis en échec le Gouvernement qui cherchait à restreindre la recherche historique afin de cultiver le culte du secret. Celle-ci a fait grand bruit non seulement dans la presse universitaire spécialisée mais aussi dans la presse « grand public », ce qui tend à démontrer que l'opinion publique est à prendre en compte au-delà de la simple technique juridique déployée par le Conseil d'Etat qui a permis l'annulation. L'annulation en elle-même n'affirme nullement, d'un point de vue purement juridique, une avancée dans la quête de certains chercheurs d'obtenir un droit plus étendu à l'accès aux archives. L'instruction générale n°1300 annulée en l'espèce n'était qu'une barrière superficielle, un tour de passe-passe, un écran de fumée visant à empêcher l'accès aux archives. Le juge par l'annulation ne fait que rétablir la situation prévue par la loi qui est celle d'un accès aux archives même classées « secret-défense » passé un certain délai sans condition de déclassification préalable. Le Gouvernement a très bien compris la portée tout à fait relative de cette décision puisqu'il ne lui a pas fallu plus de trois jours après l'annulation de l'instruction générale interministérielle

---

<sup>290</sup> Pour reprendre les conclusions du rapporteur public de cette affaire M. Alexandre Lallet.

<sup>291</sup> CC, 15 septembre 2017, QPC, n°2017-655.

<sup>292</sup> Contrairement à ce qu'à affirme Sophie Monnier dans « *L'accès aux archives couvertes par le secret dans la tourmente* », AJDA, 2021, p. 1993, le Conseil d'Etat ne cite pas explicitement l'article 10 de la Convention, pas même dans le visa. Il n'a fait que citer la décision du Conseil constitutionnel qui, elle, y fait référence. Citer l'article 10 de la Convention, bien que non indispensable pour fonder la décision, aurait été un argument de plus.

<sup>293</sup> Voir le communiqué de presse de l'Association des archivistes français en date du 6 juillet 2021 se félicitant de cette décision : <https://www.archivistes.org/Communique-de-presse-Reaction-du-collectif-Acces-aux-archives-publiques-a-l>.

<sup>294</sup> MONNIER S., « *L'accès aux archives couvertes par le secret dans la tourmente* », AJDA, 2021, p. 1993.

litigieuse pour faire voter une nouvelle loi restreignant l'accès aux archives classifiées devant le Sénat. Ce sursaut intervenu quelques jours à peine après l'annulation prouve deux faits. D'une part, le législateur s'attendait à une annulation de l'instruction générale ministérielle et a rédigé un texte préalablement à l'annulation puisqu'il est difficile de croire que la loi a été rédigée puis proposée en si peu de temps. D'autre part, cela démontre que l'Etat n'entend pas permettre aux chercheurs d'accéder aux archives classifiées même passé le délai prévu par le Code du patrimoine. Les chercheurs et autres professionnels intéressés par les archives historiques ont bien « *gagné une manche* »<sup>295</sup>. Ils semblent cependant avoir perdu la partie. Le projet de loi déposé devant le Sénat a été adopté par les deux assemblées et promulgué le 30 juillet 2021 soit moins d'un mois après la décision du Conseil d'Etat.

L'article 19 devenu article 25 de la loi n°2021- 998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention des actes de terrorisme et au renseignement est relatif à l'accès aux archives et apporte de nombreuses restrictions préjudiciables à la liberté d'accès *in fine* à la liberté de la recherche.

## **§ 2 - Les restrictions apportées par l'article 25 de la loi sur la prévention du terrorisme et au renseignement du 30 juillet 2021**

L'article 25 de la loi relative à la prévention des actes de terrorisme et au renseignement du 30 juillet 2021<sup>296</sup> s'analyse comme le retour d'une procédure de déclassification plus « subtile » que celle prévue par l'instruction générale interministérielle annulée par le Conseil d'Etat pour les archives classées « secret-défense » (A). Cet article a bel et bien une portée liberticide pour les chercheurs (B).

### **A - Le retour d'une procédure de déclassification déguisée pour les archives classées « secret-défense »**

L'article 25 de la loi du 30 juillet 2021 crée de nouvelles catégories d'archives incommunicables sans délai (1). La communicabilité des archives n'est possible qu'après décision administrative de déclassification même passé le délai légalement prévu par le Code du patrimoine (2).

---

<sup>295</sup> MAUPIN E., « *Illégalité de la procédure de déclassification préalable des archives classées « secret-défense »* », Dalloz actualité, 8 juillet 2021.

<sup>296</sup> Loi n°2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention des actes de terrorisme et au renseignement.

## **1) La création de catégories d'archives les rendant incommunicables sans délai**

L'article 25 de la loi sus-citée dispose que restent incommunicables des archives qui l'étaient déjà selon le Code du patrimoine, à savoir les informations relatives à l'arme nucléaire mais le texte va au-delà de ce qui était prévu par le Code du patrimoine et crée un véritable régime d'incommunicabilité des archives classifiées pour une grande partie des services de renseignement car cette incommunicabilité s'étend désormais selon la loi notamment aux matériaux militaires, locaux diplomatiques, barrages hydrauliques et installations militaires. Ces domaines outrepassent ceux qui étaient déjà prévus par le Code du patrimoine. Ces archives deviennent donc incommunicables, même après expiration du délai légal prévu par l'article L.213-2 du Code du patrimoine. Les archives concernées par ses domaines sont toujours librement classées par l'Etat.

La déclassification est, elle aussi, aux mains de l'Etat, puisque la communicabilité des archives classifiées n'est possible qu'à la condition d'une décision administrative. De plus, le texte n'impose aucun délai à l'administration pour procéder à cette déclassification.

## **2) Une communicabilité possible uniquement après décision administrative**

L'article 25 de la loi relative à la prévention des actes de terrorisme et au renseignement du 30 juillet 2021 dispose que les archives concernées par cette mesure de classification le sont jusqu'à ce qu'intervienne une décision administrative constatant « *la fin de l'emploi* » ou « *la fin de l'affectation* » des matériaux ou des locaux objets des informations détenues dans les archives. On comprend alors que l'administration a le pouvoir de faire durer le temps cette déclassification quand bien même le matériel ou les locaux concernés ne seraient factuellement plus en activité, et ce, même si le texte prévoit qu'une révision de cette classification doit être effectuée annuellement. Cette décision administrative est prise par les services concernés qui sont eux-mêmes placés sous l'autorité du ministre de la Culture. *In fine* la décision est donc prise par un membre du Gouvernement qui peut ne pas avoir intérêt à déclassifier ces archives. Cette prérogative du Gouvernement, qui peut entraver l'accès aux archives, illustre la portée liberticide de cette disposition pour les chercheurs.

## B - Une loi liberticide

En subordonnant la communicabilité de certaines archives même passé le délai légal à une décision de déclassification émanant de l'administration des archives et de la Défense (qui ne dit pas son nom dans la loi mais dont on devine le sens), le Gouvernement empêche la divulgation de ces dites archives pourtant nécessaires à l'exercice de la liberté de la recherche du chercheur (1). Néanmoins, malgré les graves restrictions infligées à la liberté de la recherche, cette loi a été déclarée partiellement conforme à la Constitution (2).

### 1) Une restriction de la liberté de la recherche

La doctrine juridique et les archivistes sont unanimes sur le fait que cette nouvelle disposition va rendre impossible l'accès à de nombreuses archives alors que le délai légal prévu par l'article L.213-2 du Code du patrimoine est écoulé et que ces archives classifiées nécessaires à la production du savoir des chercheurs seront rendues incommunicables. Certes, la loi prévoit que la possibilité de dérogation prévue par le Code du patrimoine en son article L.213-3 est maintenue pour ces archives. Dans les faits, l'association des archivistes français craint un « *grand trou noir* » dans l'accès aux archives<sup>297</sup> qui illustrerait un « *choix politique gouverné par la défiance et la peur* »<sup>298</sup>, un « *prétexte pour renfermer un peu plus les archives* »<sup>299</sup>. La doctrine juridique parle d'un « *coup de force* » du Gouvernement<sup>300</sup> ou encore d'une « *nuit noire dans l'accès aux archives* »<sup>301</sup>. Le constat est sans appel. Cette nouvelle loi en plus de restreindre l'accès aux archives et, par conséquent, la production de la recherche, réduit à néant l'effort entrepris par les différentes associations de chercheurs et d'archivistes ayant mené une âpre lutte contre l'instruction générale interministérielle n°1300.

Cette loi sur la prévention des actes de terrorisme a fait grand bruit du fait de son contenu sensible et réformant nombre de dispositions relatives à la défense. Preuve en est : le Conseil constitutionnel a été saisi de la question par le Premier ministre. Cette loi a été déclarée partiellement conforme à la Constitution non sans y assortir quelques réserves.

---

<sup>297</sup> Communiqué de presse, « *Réaction du Collectif « Accès aux archives publiques » à la décision du Conseil constitutionnel sur la loi de prévention des actes de terrorisme et au renseignement*, 31 juillet 2021 ». Cette décision du Conseil constitutionnel sera analysée ultérieurement dans ce chapitre.

<sup>298</sup> *Idem*.

<sup>299</sup> Entretien téléphonique avec l'Association des archivistes français le 31 mai 2022.

<sup>300</sup> WAGENER N., « *Archives : le coup de force de l'été*, L'Histoire, 10 septembre 2021 ».

<sup>301</sup> NOUAL P., « *Nuit noire pour la communication des archives classées « secret défense »* », La Semaine juridique, Edition Administrations et collectivités territoriales, LexisNexis, n°28, 12 juillet 2021.

## 2) Une disposition déclarée partiellement conforme à la Constitution

Le Conseil constitutionnel a rendu une décision de conformité partielle et a formulé deux réserves<sup>302</sup>.

D'abord, la prolongation du délai de communication de certains documents relatifs aux caractéristiques techniques des installations militaires, des ouvrages nucléaires civils, des barrages, des locaux des missions diplomatiques et consulaires française de certains types de matériels de guerre, etc. ne peut, « *sans méconnaître le droit d'accès aux documents d'archives publiques, s'appliquer à des documents dont la communication n'a pas pour effet la révélation d'une information jusqu'alors inaccessible au public* ». Autrement dit, ne peuvent devenir inaccessibles des documents qui l'étaient antérieurement à la loi. Cette réserve est par essence très protectrice de la liberté de la recherche en ce sens que la loi ne peut pas priver les chercheurs des archives déjà accessibles comme celles relatives à la Seconde Guerre mondiale. Elle protège l'accès aux archives dans le présent et inscrit dans le marbre les droits acquis par les chercheurs.

La seconde réserve exige que ces documents classifiés relatifs aux caractéristiques des installations visées par la loi soient rendus accessibles « *lorsque la fin de leur affectation est révélée par d'autres actes de l'autorité administrative ou par une constatation matérielle* ». Cette fin d'affectation est toujours constatée par l'administration - et donc par l'Etat - qui garde toute liberté de ne pas reconnaître une fin d'affectation alors même que le matériel, locaux barrages ne seraient plus utilisés. Cette réserve, contrairement à la première, s'illustrera dans les années à venir et peut engendrer une restriction de la liberté de la recherche dont les effets ne seront véritablement perceptibles que dans un temps plus lointain lorsque des universitaires voulant étudier la situation actuelle ne pourront pas accéder aux archives car le matériel sera toujours affecté et les documents toujours classifiés.

Cette conformité partielle peut rassurer car elle n'aggrave en rien la situation actuelle des chercheurs mais peut dans le même temps nous inquiéter sur l'exercice de la liberté de la recherche.

Malgré cela, le Conseil constitutionnel estime que la loi est conforme à la Constitution. Les restrictions apportées par la loi obéissent, selon le Conseil, à un intérêt légitime et sont

---

<sup>302</sup> CC, 30 juillet 2021, n°2021-822 DC.

proportionnées à l'objectif poursuivi outre les restrictions formulées. Ces restrictions légales ont reçu un appui constitutionnel empêchant ainsi toute contestation sur le plan juridique.

## Conclusion du Chapitre 1

L'accès aux archives est tiraillé entre les intérêts de la recherche scientifique et les intérêts de la Nation.

Le droit d'accès aux archives a une assise interne aussi bien légale, par les dispositions du Code du patrimoine qui régulent l'accès et permettent même de déroger à la règle si cela revêt un intérêt scientifique, que constitutionnelle par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et la jurisprudence associée. Ce droit a aussi une assise supranationale via la Cour de Strasbourg interprétant l'article 10 de la Cour européenne des droits de l'homme. Les citoyens, et plus particulièrement les universitaires, disposent d'un accès privilégié et doivent pouvoir exercer ce droit pour remplir leur mission de production du savoir.

La mise en œuvre de ce droit est bien moins encline à assurer un accès aux archives. Malgré une pratique administrative garantissant aux chercheurs un accès aux archives par une grande facilité à accorder des dérogations ou encore par l'annulation d'une instruction générale interministérielle ayant pour objet d'anéantir l'accès, l'Etat utilise la mainmise dont il dispose dans le domaine de la classification « secret-défense » pour rendre inaccessibles un certain nombre de documents ayant un intérêt scientifique. Si le secret est nécessaire dans les intérêts de la Nation, nombre de professionnels des archives estime que le secret est un prétexte afin d'empêcher ou de ralentir l'accès le travail des chercheurs pour établir une vérité scientifique pouvant être contraire aux intérêts étatiques notamment pour les répercussions que celles-ci pourraient causer en matière diplomatique. La récente loi du 30 juillet 2021 relative à la prévention des actes de terrorisme et au renseignement régissant l'accès aux archives classifiées est clairement une régression du droit d'accès et a pourtant reçu l'approbation du Conseil constitutionnel. La classification « secret-défense » suffit à l'Etat pour que les chercheurs se voient privés des ressources nécessaires à leurs écrits et, donc, que se trouvent entravées leurs libertés de recherche et, *in fine*, d'expression dans un certain nombre de domaines, notamment les plus polémiques, alors justement que c'est par le travail scientifique que l'on dépasse les controverses. Cette nouvelle loi, axée sur la sécurité au détriment de la liberté, entraîne de graves conséquences : le droit des archives devient une annexe du droit de l'anti-terrorisme. Le droit d'accès aux archives pourtant si vital à la recherche scientifique est en bien mauvaise posture.

## Chapitre 2 - Le pilotage étatique de la recherche par le financement

---

Le droit positif permet aux établissements publics de l'enseignement supérieur de jouir d'une certaine autonomie financière. Cette autonomie vis-à-vis de l'Etat sur le plan financier est le résultat de plusieurs siècles d'évolution, passant d'une autonomie absolue sous l'Ancien Régime à une dépendance absolue durant la majeure partie du XIXe siècle, puis à une dépendance relative durant la fin de ce XIXe siècle jusqu'à la période post mai 1968 dont les événements vont permettre une plus importante autonomie financière des universités.

En effet sous l'Ancien Régime, les universités sont autonomes sur le plan financier grâce à leurs ressources provenant largement du Roi, de l'Eglise mais aussi et surtout des droits d'inscription payés par les étudiants<sup>303</sup>. Ce système va entraîner des dérives puisqu'il suffisait alors de payer les droits d'inscription pour acquérir le diplôme, celui-ci étant devenu une charge. On essaiera bien de limiter cette pratique en imposant une tarification des frais<sup>304</sup>, sans succès. Cette pratique sera largement dénoncée dans les cahiers de doléances<sup>305</sup>. Il fallut attendre la Révolution pour abattre celui-ci<sup>306</sup>. Sous le Premier Empire, les dépenses de l'Université deviennent des dépenses publiques. Malgré la mainmise de l'Etat sur les ressources, ces établissements conservent une certaine autonomie financière<sup>307</sup>. C'est en 1835 que les finances de l'Université se centralisent<sup>308</sup>, première étape avant que leur autonomie budgétaire ne disparaisse sous la IIe République en même temps que leur personnalité juridique est supprimée<sup>309</sup>.

L'avènement de la IIIe République va entraîner un renouveau : les universités retrouvent la personnalité juridique<sup>310</sup> et l'autonomie financière leur est reconnue<sup>311</sup>. Cette dernière est cependant très restreinte, puisqu'elle n'existe surtout que sur le plan de la gestion, les budgets étant fixés par le ministre du budget.

Enfin, la loi d'orientation de l'enseignement supérieur de 1968 accorde une véritable autonomie financière qui servira de socle à l'autonomie financière telle qu'elle existe dans le droit positif.

---

<sup>303</sup> SAY L., « *Instruction publique* » in *Dictionnaire des finances*, Berger-Levrault, 1894, tome 2, p.401.

<sup>304</sup> Arrêts de règlement des 13 août 1575 et 20 septembre 1577, Acte du 16 septembre 1600.

<sup>305</sup> MARION M., « *Université* » in *Dictionnaire des institutions de la France au XVIIe et XVIIIe siècles*, Picard, 1923, p.547.

<sup>306</sup> Décret de la Convention du 15 septembre 1793.

<sup>307</sup> Arrêté du 20 prairial an XI et décret du 4<sup>e</sup> jour complémentaire an XII.

<sup>308</sup> BLOCK M., « *Instruction supérieure* » in *Dictionnaire de l'administration française*, 2<sup>e</sup> édition, Berger-Levrault et cie Librairies éditeurs, 1877, p.1148, § 97.

<sup>309</sup> Loi du 7 août 1850.

<sup>310</sup> Décrets du 25 juillet 1885.

<sup>311</sup> Article 51 de la loi de finances de 1890.

Néanmoins, cette autonomie reste limitée car les universités restent très dépendantes de l'Etat sur le plan financier, l'essentiel des ressources provenant de lui. Cette dépendance va lui permettre d'orienter la recherche et de porter atteinte aux libertés de recherche et, par ricochet, d'expression des universitaires.

Se pose alors la question suivante : comment l'Etat par le biais du financement porte-t-il atteinte aux libertés reconnues aux universitaires ?

D'abord, l'autonomie financière des universités reste restreinte. Elle est organisée de telle sorte que les établissements restent fortement dépendants des deniers de l'Etat (Section 1). Cette dépendance va permettre à l'Etat d'user de sa position pour orienter la recherche *via* le financement (Section 2).

### **Section 1 - L'autonomie financière restreinte de l'Université : une situation de forte dépendance vis-à-vis de l'Etat**

Cette autonomie financière a été consacrée par diverses normes (§1). Cependant, en pratique, celle-ci est très limitée (§2).

#### **§ 1 - Les normes garantissant l'autonomie financière des universités**

L'autonomie financière telle qu'elle existe dans le droit positif ne peut être appréhendée sans mesurer l'apport majeur de la loi d'orientation de l'enseignement de 1968 laquelle consacre valeur légale à cette autonomie financière (A). Un tel développement permet ensuite d'étudier le droit positif encadrant l'autonomie financière des universités (B).

#### **A - L'apport de la loi d'orientation de l'enseignement de 1968 consacrant l'autonomie financière des universités**

La loi d'orientation de l'enseignement de du 12 novembre 1968<sup>312</sup> est une réforme qui, par la consécration dans la loi de l'autonomie financière des universités, va entamer un mouvement de libération de l'Université ce qui va moderniser leur fonctionnement (1). Ce progrès amorcé par la loi de 1968 va se poursuivre par la suite par diverses dispositions (2).

---

<sup>312</sup> Loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur.

## 1) Une réforme libératrice modernisant l'Université

La personnalité juridique restituée par les décrets du 25 juillet 1885 ne permettait pas aux universités de jouir d'une autonomie financière vis-à-vis du pouvoir central. Les événements de mai 1968 vont être l'occasion pour le Gouvernement de prendre conscience de la nécessité pour les universités de disposer d'une certaine autonomie notamment sur le plan financier. L'Université subit de profonds changements. Ceux-ci vont être réalisés par la loi d'orientation de l'enseignement supérieur de 1968 qui marque un remarquable tournant dans le financement de l'Université. Désormais les établissements publics de l'enseignement supérieur, suivant le titre V de la loi, bénéficient d'une autonomie financière. Cette loi énumère à la fois les ressources de l'Université ainsi que les modalités d'adoption du budget de l'établissement. Ce dernier n'est plus soumis à l'approbation du ministre mais fixé souverainement par l'établissement lui-même et devient exécutable de plein droit avec pour seule contrainte que celui-ci soit équilibré<sup>313</sup>. Cette liberté dans l'établissement du budget n'est toutefois pas absolue car la loi prévoit l'inscription d'office par le recteur de dépenses obligatoires fixées par l'article 18 du décret du 14 juin 1969<sup>314</sup> qui vient compléter les dispositions de la loi de 1968. Enfin, même si ses dotations sont globalisées, l'établissement décide librement de leur utilisation. Néanmoins, l'Etat peut « flécher » certains crédits et les destiner à un emploi spécifique comme, par exemple, une formation où une composante<sup>315</sup>.

Cette réforme de l'Université a aussi lieu sur le plan comptable. L'ordonnateur du budget est le président de l'établissement<sup>316</sup>, l'agent comptable est désigné par les instances collégiales de l'université<sup>317</sup> tandis qu'auparavant il était nommé par le ministre (i.e. par le pouvoir central). Néanmoins, il s'agit d'une autonomie financière et non d'une indépendance vis-à-vis du pouvoir central. Celui-ci exerce toujours un contrôle sur les universités *via* les contrôles exercés, d'une part par la Cour des comptes et, d'autre part, par l'Inspection générale des finances<sup>318</sup>. De plus, l'Etat a mis en place un certain nombre de procédures semblables à celles des finances locales lui permettant d'intervenir directement en cas de défaut d'équilibre, de déficit du compte administratif ou de non-respect des délais.

---

<sup>313</sup> Ibid article 29.

<sup>314</sup> Décret n°69-612 du 14 juin 1969.

<sup>315</sup> OLIVA E., « *Le pilotage financier* » dans Bernard Beignier et Didier Truchet (dir.), *Droit de l'enseignement supérieur*, LGDJ, 2018, p.149.

<sup>316</sup> Article 29 de la loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur.

<sup>317</sup> Idem.

<sup>318</sup> Idem.

Cette autonomie financière n'en était qu'à ces balbutiements en 1968, elle a depuis été renforcée par d'autres dispositions légales.

## 2) Une autonomie renforcée et modernisée par la suite

La loi Faure de 1968 a par la suite subi nombre de modifications. En effet, la loi Savary du 26 janvier 1984<sup>319</sup> crée les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel qui se voient reconnaître une autonomie financière<sup>320</sup>, cette loi reprend les grandes lignes de la loi de 1968 comme, par exemple, le fait que l'établissement vote lui-même son budget et la répartition de celui-ci au sein de l'établissement<sup>321</sup>. Toutes les structures qui sont rattachées à ces établissements comme les unités de formation et de recherche<sup>322</sup> (autrefois appelées unités d'enseignement et de recherche) disposent désormais d'un budget propre voté par le conseil d'université et rattaché à l'établissement tout en conservant une certaine autonomie budgétaire et ce, malgré la perte de la personnalité juridique<sup>323</sup>.

Cette autonomie s'accompagne d'une concentration et d'un renforcement des pouvoirs aux mains du président et du conseil d'université<sup>324</sup>. Le président garde un certain nombre de prérogatives comme la répartition des crédits au sein des différentes composantes. Le conseil d'administration devient ici un contre-pouvoir, l'organe chargé de poser des limites au président alors que c'était auparavant le rôle du ministre, ce qui renforce, là aussi, l'autonomie<sup>325</sup>.

En définitive, la loi de 1968 a servi de socle afin de poser les jalons de l'autonomie financière tel qu'elle existe aujourd'hui.

## B - Le droit positif garantissant l'autonomie financière de l'Université

L'autonomie financière de l'Université a été consacrée par diverses dispositions intégrées au sein du Code de l'éducation (1). Cette autonomie n'a qu'une valeur légale, le Conseil constitutionnel ayant refusé d'accorder valeur constitutionnelle à l'autonomie financière de

---

<sup>319</sup> Loi n°84-52, 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur.

<sup>320</sup> Ibid. article 20.

<sup>321</sup> Ibid. article 42.

<sup>322</sup> Ibid. article 25.

<sup>323</sup> Loi du 7 août 1850.

<sup>324</sup> MAILLARD-BILLAT J., LASCOMBE M., VANDENDRIESSCHE X., « *Commentaire du décret n°94-39 du 14 janvier 1994 relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* », AJDA, 1994, p.379 et suivants.

<sup>325</sup> Dans notre exemple de répartition des crédits au sein des composantes, le conseil d'administration peut bloquer un transfert de crédits décidé par le président.

l'Université malgré la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe d'autonomie de l'Université (2).

### **1) L'existence légale du principe d'autonomie financière des universités dans le Code de l'éducation**

Le principe d'autonomie financière est inscrit dans le Code de l'éducation dont l'article 711-1 dispose que « *les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel sont des établissements nationaux d'enseignement supérieur et de recherche jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie pédagogique et scientifique, administrative et financière [...]. Ils sont autonomes [...] Ils définissent leur politique [...] de recherche* ».

En vertu de cet article, l'Université bénéficie outre de la personnalité morale, d'une certaine autonomie, notamment scientifique et financière, ce qui lui permet de définir elle-même sa politique de recherche.

Bien que renforcée par loi relative aux libertés et responsabilités des universités (LRU) du 10 août 2007<sup>326</sup>, il ne s'agit toujours que d'une autonomie et non d'une indépendance, puisque si l'établissement dispose de son propre budget<sup>327</sup> il reste un opérateur de l'Etat<sup>328</sup> soumis aux axes gestionnaires posés par la loi organique relatives aux lois de finances du 1<sup>er</sup> août 2001<sup>329</sup>.

L'Université est donc toujours un opérateur de l'Etat c'est-à-dire « *une entité dotée de la personnalité morale qui contribue à la mise en œuvre d'une mission de service public définie par l'État, dont le financement est majoritairement assuré par l'État qui est directement contrôlée par lui*<sup>330</sup>. »<sup>331</sup>.

L'autonomie financière des universités est assez peu protégée par la loi car en dehors de l'article 711-1 du Code de l'éducation, aucune autre disposition ne confère de droit à l'autonomie financière. Il est loisible au législateur de décider une baisse des dotations, ce qui pourrait nuire à la liberté de recherche qui ne pourrait plus s'exercer dans des conditions satisfaisantes. En effet, l'Etat peut même réduire cette autonomie par le biais du financement puisqu'aucune

---

<sup>326</sup> Loi n°2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités.

<sup>327</sup> Ibid article 50.

<sup>328</sup> Dussart V., « *Opérateur de l'Etat* », dans Orsoni G. (dir.) *Dictionnaire encyclopédique, Finances publiques, Economica-PUAM*, 2<sup>e</sup> édition, 2017, p.634 et suivants.

<sup>329</sup> Loi organique n°2001-692 du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances.

<sup>330</sup> Nous reviendrons sur la question du financement majoritaire de l'Etat.

<sup>331</sup> Ministère de l'Économie et des Finances, *Guide pratique de la LOLF – Comprendre le budget de l'État*, juin 2012, p. 37.

disposition ne garantit aux universités ni un montant minimal de dotation<sup>332</sup> ni un maintien du montant d'une dotation d'une année sur l'autre<sup>333</sup>. Cette autonomie est donc fragile.

Enfin, l'autonomie financière des établissements d'enseignement supérieur n'a qu'une base légale, le Conseil constitutionnel ayant refusé de lui conférer une valeur constitutionnelle alors même que sa jurisprudence antérieure avait constitutionnalisé le principe d'autonomie des universités.

## **2) L'absence de valeur constitutionnelle du principe d'autonomie financière des universités malgré une reconnaissance constitutionnelle du principe d'autonomie des universités**

La valeur constitutionnelle du principe d'autonomie des universités fait débat entre le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel. D'un côté, le Conseil constitutionnel a, dans une décision célèbre de 1984, octroyé valeur constitutionnelle au principe d'autonomie des universités<sup>334</sup> ; solution qui sera confirmée en 1993 par cette même juridiction<sup>335</sup>. D'un autre côté, le Conseil d'Etat a refusé de reconnaître l'autonomie des universités comme étant un principe à valeur constitutionnelle en 2016<sup>336</sup>. Cette décision est fortement critiquable puisque le Conseil d'Etat revient sur un principe du Conseil constitutionnel. Il convient d'approuver la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de considérer que le principe d'autonomie a donc bien une valeur constitutionnelle contrairement à ce qu'a affirmé le Conseil d'Etat dans son arrêt de 2016, alors même que cet arrêt est devenu une référence pour une partie de la doctrine<sup>337</sup>.

Néanmoins, en matière financière, le Conseil constitutionnel a toujours refusé de reconnaître une autonomie financière aux universités<sup>338</sup>. L'Etat doit veiller à laisser une certaine marge de manœuvre à l'établissement dans son autogestion, ce qui permet alors à l'établissement de jouir d'une véritable autonomie telle qu'elle est inscrite dans le Code de l'éducation et protégée par la Constitution. Toutefois, cette autonomie est toujours relative sur le plan financier car elle n'a qu'une valeur légale et peut donc être abrogée à tout moment.

---

<sup>332</sup> PERETTI H., *Code de l'éducation commenté*, Berger Levrault, 6<sup>e</sup> édition, 2021, p.438, §1276.

<sup>333</sup> CAA Paris, 2 mai 2018, *Ministre de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de l'innovation*, n°18PA00350 et 18PA00351.

<sup>334</sup> CC, 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, n°83-165 DC.

<sup>335</sup> CC, 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, n°93-322 DC.

<sup>336</sup> CE, 23 novembre 2016, *Conférence des présidents d'université*, n°395652.

<sup>337</sup> PERETTI H., *Code de l'éducation commenté*, Berger Levrault, 6<sup>e</sup> édition, 2021, p.392, §1166.

<sup>338</sup> CC, 19 novembre 1975, n° 74-84 L ; CC, 12 mai 1964, n° 64-29 L ; CE, 23 janvier 1980, *Synd. Cnes Banlieue Paris pour les eaux*, Recueil Conseil constitutionnel, 1980, p. 43.

En pratique, l'autonomie financière des universités est plus que limitée.

## **§ 2 - Une autonomie financière toujours limitée**

L'autonomie financière des universités reste très limitée en pratique pour deux raisons. D'abord, les universités restent financièrement très dépendantes des deniers étatiques pour fonctionner (A). De plus, cette dépendance est la résultante des dispositions du Code de l'éducation qui restreignent grandement les possibilités pour les universités de recourir à des ressources propres de manière à s'assurer que les établissements de l'enseignement supérieurs restent dépendants de l'Etat (B).

### **A - La place prépondérante de financements d'origine étatique**

Dans les faits, l'Etat reste la source principale des ressources des établissements publics de l'enseignement supérieur (1). Ce phénomène a été accentué par le développement du recours à la contractualisation mis en place entre les établissements et l'Etat (2). Ces ressources, *via* la contractualisation, vont être soumises à des contraintes de performances sous contrôle du Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, ce qui limite l'autonomie des universités (3).

#### **1) Un financement majoritairement étatique**

Les ressources financières des établissements de l'enseignement supérieur sont limitativement prévues par l'article L. 719-4 du Code de l'éducation. L'ordre dans lequel sont cités les sources de financement n'est pas anodin. Cet article énonce d'abord que pour l'accomplissement de leurs missions, notamment la recherche, ces établissements disposent des crédits qui leurs sont attribués par l'Etat. Les ressources financières des universités proviennent, pour l'essentiel, de subventions à charge de service public, c'est-à-dire de « *sommes versées par l'État pour couvrir leurs charges de fonctionnement du fait de l'exécution de politiques publiques relevant normalement de la compétence de ce dernier* »<sup>339</sup>. En effet, près de quatre-vingts pour cent des ressources des universités sont des subventions pour charges de service public et ont donc pour

---

<sup>339</sup> CHATELET P., « *Les dotations aux établissements publics* », LPA 2016, n°15, p.6 et suivantes.

origine l'Etat<sup>340</sup>. On comprend bien que l'établissement dépend fortement des subventions étatiques pour fonctionner.

## 2) Une dépendance vis-à-vis de l'Etat accentuée par la contractualisation

La contractualisation est apparue dans la loi dite Savary de 1984 laquelle rendait possible que les différentes activités auxquelles se livre un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel notamment de recherche fassent l'objet de « *contrats d'établissements pluriannuels* »<sup>341</sup>. La recherche universitaire fut le premier domaine ayant usé de contrats passés entre l'Etat et l'Université. La pratique contractuelle va se généraliser par vagues successives. Néanmoins, on constate en 2004 que l'on peine à effectuer des choix stratégiques entre l'administration centrale, le ministère et les universités en raison de cette autonomie financière limitée<sup>342</sup>. La loi de libertés et de responsabilités des universités (aussi dite « loi LRU ») de 2007 renforce le recours à la contractualisation de manière assez paradoxale puisqu'elle augmente également de manière importante l'autonomie des universités. Ce contrat n'est plus quadriennal mais quinquennal<sup>343</sup>. Le champ géographique du contrat est même élargi en 2013. On ne parle plus « d'établissements » mais de « sites » qui vont entraîner un regroupement de plusieurs établissements sous un seul et même contrat avec l'administration centrale. Plusieurs établissements peuvent se voir regroupés afin de former un site, ce qui permet à l'Etat de n'avoir plus qu'un partenaire et, donc, de piloter davantage les établissements<sup>344</sup>.

Cette contractualisation va devenir obligatoire pour bénéficier de ressources étatiques. Un établissement doit toujours se lier par un contrat pluriannuel conclut avec l'Etat pour les activités de formation, de recherche et de documentation<sup>345</sup> malgré la suppression de la carte des formations supérieures, autrefois définies par l'article 614-3 du Code de l'éducation, abrogé depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2022<sup>346</sup>.

La contractualisation aurait pu signifier la mort de l'autonomie financière des universités. Or, l'établissement continue malgré cela à jouir d'une autonomie. Un établissement de l'enseignement supérieur dispose toujours d'une certaine liberté de se gouverner et de faire

---

<sup>340</sup> Voir annexe 1.

<sup>341</sup> Loi n°84-52 du 26 janvier 1984.

<sup>342</sup> *La contractualisation*, Administration et éducation, n°4, 2004.

<sup>343</sup> Article 711-1 du Code de l'éducation.

<sup>344</sup> Article 62 de la loi n°2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche.

<sup>345</sup> Article L. 712-9 du Code de l'éducation.

<sup>346</sup> Ordonnance n° 2021-1747 du 22 décembre 2021 portant suppression de la carte des formations supérieures.

certaines choix financiers notamment pour décider des projets de recherches qu'il entend soutenir.

Cependant, l'octroi de ressources est accompagné de contreparties notamment des objectifs de performance, ce qui restreint l'exercice de cette liberté par les établissements d'enseignement supérieur. Le Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur veille à la réalisation de ces objectifs, ce qui tend à porter atteinte à l'autonomie des universités.

### **3) Des ressources soumises à des contraintes de performances sous contrôle du Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur au détriment de l'autonomie des universités**

Le recours à la négociation contractuelle entre l'Etat et les universités permet certes aux universités d'acquérir plus de ressources et, donc, de financer davantage de projets de recherche. Mais ces contrats sont autant de moyens pour l'Etat d'imposer des objectifs aux établissements et de les soumettre à une optique de performance. Le contrat doit notamment prévoir des indicateurs de résultats<sup>347</sup>, le Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'Enseignement supérieur ayant pour mission de s'assurer que ces objectifs sont respectés<sup>348</sup>.

Ce Haut conseil, créé par la loi relative à l'enseignement supérieur et de la recherche de 2013 (en remplacement de l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur), est une autorité publique indépendante<sup>349</sup>. Néanmoins, cette indépendance semble discutable au regard de la composition du conseil dont les membres sont nommés par le Président de la République<sup>350</sup>. Ce manque d'indépendance a notamment été dénoncé par une l'Assemblée de direction des laboratoires dès 2013<sup>351</sup>. L'évaluation de la recherche permet à l'Etat de porter atteinte à l'autonomie des universités mais est aussi une nécessité pour plus de cohérence à l'échelle nationale même si les résultats sont plus que discutés par la Cour des comptes<sup>352</sup>.

La contractualisation permet à l'Etat d'être indispensable aux universités, de s'assurer que les universités sont financièrement dépendantes de lui étant précisé que la possibilité pour les universités de recourir à des ressources propres sont limitées.

---

<sup>347</sup> Circulaire n°98-118 du 22 mai 1998 relative à la nature, méthode et finalités de la contractualisation.

<sup>348</sup> Article L.114-3-1 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> du Code de la recherche.

<sup>349</sup> Article L.114-3-1 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de la recherche.

<sup>350</sup> Article 3 du décret n°2014-1365 du 14 novembre 2014 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur.

<sup>351</sup> Equipe des rédacteurs d'Académia, « *Et de trois, l'ADL appelle au boycott de l'Hceres* » 2013, Academia, 17 décembre 2020.

<sup>352</sup> Référé de la Cour des Comptes concernant le Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, 12 mars 2021.

## **B - Des ressources propres limitées renforçant la dépendance financière des universités vis-à-vis de l'Etat.**

Les moyens pour les universités de générer des ressources propres sont très limitées par le Code de l'éducation (1). Le principe constitutionnel de gratuité de l'enseignement supérieur bloque encore davantage la possibilité pour les universités de recourir de manière plus importante à des ressources propres (2).

### **1) Des ressources propres très encadrées par les textes**

L'article 719-4 du Code de l'éducation, en plus d'accorder une place prépondérante aux ressources d'origine étatique, permet aux universités de disposer de ressources propres. Le premier alinéa de cet article dispose que les établissements de l'enseignement supérieur « *peuvent disposer des ressources provenant notamment de la vente des biens, des legs, donations et fondations, rémunérations de services, droits de propriété intellectuelle, fonds de concours, de la participation des employeurs au financement des premières formations technologiques et professionnelles et de subventions diverses. Ils reçoivent des droits d'inscription versés par les étudiants et les auditeurs* ». Les universités peuvent donc disposer de ressources propres. D'abord, le texte prévoit que l'établissement peut avoir comme ressource la vente des biens. Or, ceci paraît bien difficile à mettre en œuvre car la vente des biens mobiliers et immobiliers est impossible puisque la jurisprudence du Conseil d'Etat a affirmé que l'Etat demeure propriétaire des biens mobiliers et immobiliers des universités qui ne sont que des affectataires<sup>353</sup>. Ensuite, le cas particulier des droits d'inscription mérite d'être développé.

La gratuité de l'enseignement est garantie « *à tous les degrés* » par l'alinéa 13 du préambule de 1946. Cependant, les études supérieures font figure d'exception dans la mesure où l'inscription dans un établissement reste subordonnée à l'acquittement de droits, exception considérée comme conforme à la Constitution<sup>354</sup>. Il y a lieu de distinguer ici les droits d'inscription à un diplôme national accrédité par l'Etat et les droits des diplômes d'université.

---

<sup>353</sup> CE, 6 février 1981, *Ministre des Universités c/ Douat et autres*, n°11838, Rec. p.67.

<sup>354</sup> CE, assemblée, 28 janvier 1972, *Conseil transitoire de la faculté des lettres et sciences humaines de Paris*, Rec. p. 86.

En réalité dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a écarté comme inopérant le moyen tiré de la méconnaissance du principe de gratuité reconnu par le Préambule sans se pencher réellement sur la licéité de l'acquittement de droits d'inscription dans l'enseignement supérieur. En l'espèce, un arrêt ministériel était attaqué alors que celui-ci était intervenu dans les conditions fixées par la loi du 24 mai 1951 (voir note suivante). Cette loi faisant écran entre

Le montant des droits d'inscription à un diplôme national accrédité par l'Etat est réglementé par l'article 48 de la loi de finances pour 1951<sup>355</sup> en vertu duquel « *seront fixés par arrêtés du ministre intéressé et du ministre du Budget : - Les taux et modalités de perception des droits d'inscription, de scolarité, d'examens, de concours et de diplôme dans les établissements de l'Etat ; - Les taux et les modalités de perception des droits d'inscription aux concours organisés par l'Etat et des droits en vue de l'obtention des diplômes délivrés par l'Etat* ». Ce sont donc deux arrêtés qui fixent annuellement le montant des frais d'inscription. En ce qui concerne les autres diplômes délivrés par les universités ciblées par l'article 613-2 du Code de l'éducation (DU, DESU, etc.), les établissements déterminent librement le montant des droits d'inscription selon l'article 15 de l'arrêté du 21 août 2018, qui dispose que « *le conseil d'administration des établissements [...] détermine les montants des droits exigés pour l'inscription à la préparation des diplômes organisés sous leur responsabilité, en application de l'article 613-2 du Code de l'éducation* »<sup>356</sup>.

Cette liberté qui semble absolue dans la lettre du texte est, en réalité illusoire compte tenu du principe constitutionnel de gratuité de l'enseignement.

## **2) Des ressources limitées en vertu du principe de gratuité de l'enseignement**

Les universités peuvent bénéficier de ressources propres selon l'article L. 719-4 du Code de l'éducation. Elles peuvent recevoir notamment des legs et des donations et vendre leurs biens. Cela reste très rare en pratique. Les droits d'inscription constituent la principale ressource propre des universités. Ainsi une université qui souhaite jouir d'une plus grande autonomie financière vis-à-vis de l'Etat, n'aurait d'autre choix que d'augmenter le montant de ses frais d'inscription. Ce qu'elle ne peut faire sans le concours de l'Etat pour les droits d'inscription à un diplôme accrédité par l'Etat puisque le montant des frais est déterminé par la loi et donc par l'Etat en vertu de l'article 48 de la loi de finances de 1951. Une augmentation des frais d'inscription n'est possible qu'avec le concours des ministres du Gouvernement. Toutefois, la marge de manœuvre de l'Etat est restreinte en raison du principe de gratuité de l'éducation. En effet, le Conseil constitutionnel, tout en admettant la licéité des droits d'inscription, ce qui relativise le principe de gratuité de l'éducation, impose que « *ces droits soient intrinsèquement*

---

l'arrêté et le préambule, le juge n'a pas d'autre choix que de déclarer ce moyen inopérant et ne se prononce donc pas sur la légalité des droits d'inscription. Néanmoins, cet arrêt servira au Conseil constitutionnel pour admettre la régularité des droits d'inscription dans l'enseignement supérieur : CC, 11 octobre 2019, n°2019-809 QPC.

<sup>355</sup> Loi n°51-598 du 24 mai 1951 loi de finances pour l'exercice 1951.

<sup>356</sup> Article 15 de l'arrêté du 21 août 2018.

peu élevés »<sup>357</sup>, modiques, afin « d'assurer un accès égal à l'instruction »<sup>358</sup>. Ainsi, des droits d'inscription trop conséquents seraient contraires à la Constitution. Ce n'est donc pas par ce moyen qu'une université ne pourra bénéficier d'un accroissement significatif des ressources propres.

L'établissement peut toutefois fixer librement, selon l'arrêté du 21 août 2018, le coût de l'inscription pour les diplômés des universités. Néanmoins, la marge de manœuvre de l'université est là aussi réduite en raison du principe de gratuité de l'éducation. Il apparaît que, pour une université, acquérir une autonomie financière plus importante semble difficile en raison de ce principe de gratuité.

L'impossibilité de recourir à une part plus importante de financements propres rend l'Etat toujours plus indispensable aux universités. Cette autonomie financière est bel et bien formelle<sup>359</sup>. La situation est même de plus en plus préoccupante. En effet, en 1937, déjà, la doctrine s'alarmait de la dépendance financière des universités dont les dépenses étaient largement supportées par l'Etat<sup>360</sup>. En 1961, ces ressources propres ne représentaient que 0,56% des finances des universités<sup>361</sup>. La situation s'est depuis améliorée. En 2018, l'Etat, par des subventions pour charges de service public, représente certes toujours près de quatre-vingts pour cent des ressources d'un établissement universitaire, mais les ressources propres (les frais d'inscription et autres) représentent un peu plus de dix pour cent des ressources totales des universités<sup>362</sup>. L'Université reste tributaire de l'Etat (alors même qu'il y a un peu plus d'un siècle, les budgets des universités étaient financés pour plus de la moitié par des ressources propres<sup>363</sup>). Eric Oliva estime que cette autonomie n'est que formelle. On pourrait même aller plus loin et rejoindre Louis Rolland pour qui l'autonomie financière des universités présente le caractère d'une fiction juridique<sup>364</sup>.

La main qui donne étant toujours au-dessus de la main qui reçoit (pour reprendre la formule de Napoléon Bonaparte), cette dépendance de l'Université vis-à-vis de l'Etat permet à ce dernier de profiter de sa position pour orienter la recherche via le financement et porter atteinte aux libertés de recherche et, par ricochet d'expression des universitaires.

---

<sup>357</sup> CC, 11 octobre 2019, n°2019-809 QPC.

<sup>358</sup> *Idem*.

<sup>359</sup> OLIVA E., *Le pilotage financier*, op. cit p.157.

<sup>360</sup> ROLLAND L., *Précis de droit administratif*, 6<sup>e</sup> édition, Dalloz, 1937, p.537.

<sup>361</sup> LALUMIERE P., *Finances publiques*, 7<sup>e</sup> édition, A. Colin, 1983, p.146.

<sup>362</sup> Voir annexe 1.

<sup>363</sup> LALUMIERE P., *Finances publiques*, 7<sup>e</sup> édition, A. Colin, 1983, p.146.

<sup>364</sup> *Idem*.

## **Section 2 - L'orientation de la recherche par l'Etat via le financement**

Le procédé de tutelle mis en place par l'Etat bien que n'ayant pas complètement disparu s'est avéré inadapté à l'autonomie croissante des universités<sup>365</sup>. En effet, l'un des effets pervers de l'autonomie totale des universités dans les siècles précédents fut, une absence de cohérence dans les projets de recherche. Ainsi, l'Etat a souhaité remédier à cette situation problématique en s'érigeant comme guide chargé de coordonner la recherche. Afin d'y parvenir, il a , en parallèle de la contractualisation, a créé en 2006 un établissement public à caractère administratif : l'Agence nationale de la recherche (ANR), par mutation d'un organisme préexistant du même nom qui avait la forme d'un groupement d'intérêt public. Cet organe a pour mission de suivre la politique nationale de recherche définie par le Gouvernement et va en ce sens déterminer les projets qui méritent d'être financés. Ce fonctionnement peut porter atteinte à la liberté de recherche des universitaires (§1). Ces dernières années, l'Etat ne fournit plus assez de ressources aux universités pour permettre un développement de la recherche. Celle-ci a donc dû s'adapter et trouver les financements nécessaires. Ce sont des groupements privés qui sont devenus les nouveaux mécènes des chercheurs. Ces groupements sont notamment des associations mais aussi, et surtout des entreprises. Ces dernières, motivées avant tout par le profit peuvent empêcher un plein exercice des libertés de recherche et d'expression des universitaires afin de sauvegarder leurs intérêts (§2).

### **§ 1 - L'Agence nationale de la recherche : un organe permettant une orientation étatique de la recherche**

L'Agence nationale de la recherche a le devoir de suivre la politique de recherche fixée par le Gouvernement. Elle oriente donc la recherche dans ce sens. Pour s'assurer que l'on respecte sa politique, l'Etat oriente la recherche d'abord par le biais de l'organe décisionnel de l'agence (A). Puis, l'Agence recherche oriente la recherche en définissant les axes de recherche et les thématiques de recherche qui vont recevoir en priorité un financement. Pour cela, elle a principalement recours au mécanisme d'appels à projets (B).

---

<sup>365</sup> OLIVA E., *Le pilotage financier*, op. cit. p.114.

## **A - Un organe décisionnel pouvant orienter la recherche**

Le Gouvernement fixe la politique de la recherche et l'Agence nationale de la recherche est tenue de la respecter. L'Agence nationale de la recherche est un établissement public à caractère administratif placé sous la tutelle du ministère chargé de la recherche<sup>366</sup>. La direction de l'Agence illustre parfaitement le pilotage étatique de la recherche. En effet, celle-ci a pour mission première de soutenir les laboratoires de recherche et assurer le respect des contrats conclus entre les établissements et l'Etat. L'Agence nationale de la recherche est organisée afin de garantir que ses décideurs suprêmes soient des personnes qui sont plus enclines à suivre les décisions des autorités politiques. Les décideurs sont nommés par le pouvoir exécutif et, donc sont plus susceptibles de suivre la politique gouvernementale (1). Pour sélectionner les projets financés, l'Agence pose un critère de performance, ce qui peut restreindre l'exercice de la liberté de recherche (2).

### **1) La mainmise du Gouvernement sur la nomination des membres des instances de direction de l'Agence nationale de la recherche**

Pour s'assurer que l'Agence suit sa politique, l'exécutif nomme les membres des différentes instances de décision de cette dernière.

L'Agence nationale de la recherche est dirigée depuis 2014 par un président-directeur général nommé par décret du Président de la République<sup>367</sup>. L'Agence est administrée par un conseil d'administration composé de dix-neuf membres tous nommés par le ministre chargé de la recherche<sup>368</sup>. La composition de ce conseil<sup>369</sup> d'administration est révélatrice de l'influence étatique sur la direction de l'Agence. Sur ces dix-neuf membres, six sont des personnes qualifiées dans les différentes disciplines scientifiques, quatre proviennent de personnalités qualifiées du monde socio-économique, deux sont des représentants du personnel de l'Agence, le dernier membre étant le président du conseil stratégique de la recherche. Le fait le plus frappant reste la présence au sein de ce comité de six représentants de l'Etat. Autrement dit, parmi ce conseil chargé de l'administration de l'Agence, près d'un tiers sont des représentants de l'Etat et gardiens de ses intérêts.

---

<sup>366</sup> Articles L.311-1 et L.329-1 du Code de la recherche.

<sup>367</sup> Article 4 du décret n°2006-963 du 1<sup>er</sup> août 2006 portant organisation et fonctionnement de l'Agence nationale de la recherche.

<sup>368</sup> Ibid article 5.

<sup>369</sup> Idem.

Enfin, le comité de pilotage scientifique, organe qui détermine la politique nationale de la recherche, est composé de douze membres. Six sont des responsables des départements<sup>370</sup>, quatre d'entre eux sont extérieurs au monde scientifique. Enfin, deux proviennent du monde socio-économique. Les scientifiques sont finalement peu représentés dans un conseil de pilotage scientifique. Les membres de ce comité scientifique sont nommés par le ministre chargé de la recherche<sup>371</sup>.

Ainsi, les membres de la direction, du conseil d'administration et du comité de pilotage scientifique sont choisis par le ministre chargé de la recherche et donc par un membre du Gouvernement.

De plus, ces instances ont par ailleurs le devoir de suivre la stratégie de la recherche définie par le Gouvernement selon l'article 2 du décret du 1 août 2006. Cela est facilité par le fait que les décisionnaires sont nommés par lui. C'est une sorte de garantie pour le Gouvernement que la politique de la recherche qu'il a fixée sera respectée.

Les missions de l'Agence sont limitativement déterminées par le décret sus-cité. Elles se concentrent sur l'innovation technique et les programmes d'investissement d'avenir<sup>372</sup>. Il est clair que le financement est axé sur la recherche de compétitivité. Ce qui a pour conséquence majeure que les thématiques de recherche peu porteuses risquent de ne pas se voir octroyées de crédits malgré leur intérêt scientifique certain. Ce qui limite la liberté de la recherche et, par ricochet, la liberté d'expression du chercheur.

## **2) La recherche de la performance comme moteur : un organe limitant les projets peu « porteurs »**

Les objectifs de l'Agence nationale de la recherche sont détaillés par le décret du 1<sup>er</sup> août 2006 précité. L'article 2 dudit décret énonce que ces missions sont : *« 1° De financer et de promouvoir le développement des recherches fondamentales et finalisées, l'innovation technique et le transfert de technologie [...] 3° De gérer de grands programmes d'investissement de l'Etat dans le champ de l'enseignement supérieur et de la recherche, et de suivre leur mise en œuvre ; 4° De renforcer les coopérations scientifiques aux plans européen et international, en articulant sa programmation avec les initiatives européennes et internationales ; ».*

---

<sup>370</sup> Ibid article 14-1.

<sup>371</sup> Idem.

<sup>372</sup> Voir site de l'ANR : <https://anr.fr/fr/lanr/nous-connaitre/missions/>.

La finalité de la politique fixée par le Gouvernement est celle de la performance. Il s'ensuit donc logiquement que nombre de projets ne vont pas être financés du simple fait que les retombées ne sont pas suffisantes, que ces projets ne participent pas suffisamment au développement des recherches fondamentales ou encore à l'innovation technique alors même que ces recherches présentent un intérêt scientifique certain. Ne seront financés en priorité par l'Agence que les projets de recherche pouvant produire un savoir « utile ». Les décisionnaires de l'Agence dont le but premier est de veiller à appliquer la politique menée par le Gouvernement qui met l'accent sur les projets « porteurs » vont donc devoir évaluer les retombées possibles d'un projet, qu'elles se situent sur le plan économique ou technique. Si cela peut se comprendre sur les sciences dites « dures » comme la médecine dont les résultats sont immédiats et chiffrables, il semble plus difficile d'apprécier l'intérêt d'un projet de recherches au développement des recherches fondamentales ou à l'innovation technique dans les sciences dites « humaines » et « sociales » qui ont des retombées plus indirectes pour la société.

De plus, le texte est particulièrement imprécis et laisse une grande marge de manœuvres aux organes décisionnaires. En effet, ils apprécient librement ce que sont ces « recherches fondamentales », terme assez large car il est loisible à chacun de l'interpréter. Chaque membre d'un domaine scientifique considère son domaine de recherche comme étant un domaine fondamental. C'est au comité scientifique, majoritairement composés de personnes issues de l'administration et non du monde scientifique, de tracer une feuille de route et de répartir les crédits qui lui sont alloués par l'Etat (qui ne sont restreints au regard des moyens octroyés à la recherche) selon un certain équilibre entre, d'une part, le devoir de l'Agence de suivre la politique gouvernementale qui va dresser une ligne de conduite et, d'autre part, les besoins des divers domaines pour se développer.

La soumission du financement à ce critère « d'utilité » va nuire à de nombreux projets de recherche mais cela est une nécessité. En effet, la création de cette agence s'est vue justifiée par le manque de cohérence dans les recherches, occasionné par une trop grande autonomie des universités. La cohérence n'est possible que si un organe placé au-dessus des différents établissements trace une ligne directrice. Ainsi, fatalement, nombre de projets qui ne suivent pas cette ligne directrice ne peuvent pas bénéficier d'un financement au regard des minces moyens de l'Agence (d'ailleurs en régression constante). Une sélection reste nécessaire, ce qui a pour conséquence directe d'impacter l'exercice de la liberté de recherche et *in fine* d'expression. Ce dispositif est cependant nécessaire au nom de la cohérence de la recherche.

La cohérence est garantie par le fonctionnement de l'Agence qui use d'appels à projets.

## **B - Le recours massif aux appels à projets par l'Agence nationale de la recherche**

L'Agence nationale de la recherche oriente la recherche via le financement. L'universitaire trouve alors le financement de ses recherches directement auprès de l'Etat sans passer par l'intermédiaire des laboratoires. L'appel à projets entraîne une perte d'autonomie des laboratoires des universités au profit d'une recherche nationale (1). L'Agence reste le seul décideur des projets qui méritent d'être aidés financièrement. Cela restreint le développement de certaines thématiques, ce qui peut s'avérer préjudiciable à la liberté de recherche et, par ricochet, à la liberté d'expression des universitaires (2).

### **1) La perte d'autonomie des laboratoires au profit d'une recherche à l'échelle nationale**

Il existe deux catégories d'appels à projets ouvert par l'Agence nationale de la recherche : les projets thématiques et les projets non-thématiques appelés projets « blancs ». Les appels à projets thématiques sont émis par l'Agence sur des thématiques jugées prioritaires c'est-à-dire en lien direct avec la politique de recherche fixée par le Gouvernement. Ces appels à projets thématiques sont une manière, d'une part, de promouvoir le développement du savoir sur des thématiques précises et, d'autre part, sont aussi une manière d'inciter les chercheurs à travailler sur ces sujets guidés car ils sont certains d'être financés pour ces recherches. Les autres appels à projets sont les projets non-thématiques dits « blancs ». Ils offrent la possibilité à un chercheur de soumettre librement une thématique de recherche à l'Agence. Ces projets « blancs » sont une manière de permettre à l'universitaire d'élargir le spectre des thématiques de recherche. La proposition de thématique est ensuite étudiée par l'organisme national qui détermine souverainement s'il retient une thématique soumise à son examen. Ce recours au mécanisme d'appels à projets entraîne une perte d'autonomie des laboratoires. En effet, désormais le chercheur peut seul se voir financer ses recherches car il reçoit le financement directement de la main de l'Agence sans que les deniers octroyés ne passent par son laboratoire de recherche. Cela est critiquable car ce recours aux appels à projets dans une relation directe entre le chercheur et l'Agence entraîne des conséquences sur l'autonomie de l'Université elle-même, les laboratoires de recherche étant des acteurs de cette autonomie universitaire puisqu'ils déterminent les projets qu'ils soutiennent. Avec le développement de ce système d'appels à projets, la liberté de recherche s'exerce davantage dans un prisme individuel ou par groupe de

recherches directement avec l'Agence alors que traditionnellement l'exercice de la recherche est collectif, par l'ensemble des membres du laboratoire qui déterminent en autonomie la politique de recherche de leur laboratoire et les différents projets financés. Avec cet acteur à l'échelle nationale, le chercheur peut obtenir un financement pour des thématiques de recherches qui n'auraient peut-être pas obtenu de financement dans son laboratoire qui aurait fixé d'autres priorités. Ce qui est un gain pour l'universitaire qui peut bénéficier d'une plus grande liberté de recherche à l'échelle individuelle au détriment du laboratoire de recherche qui n'est plus l'organe qui garantit l'autonomie de recherche universitaire.

Néanmoins, cette liberté individuelle de recherche permise par le recours d'appels à projets est à relativiser car l'Agence décide de manière souveraine des projets de recherche bénéficiant d'un financement.

## **2) Un mécanisme permettant un pilotage de la recherche par l'Etat au dépend des libertés de l'universitaire**

Le mécanisme des appels à projets est un moyen pour l'Etat de piloter la recherche d'abord par les appels à projets thématiques qui poussent le chercheur à étudier certaines grandes thématiques mais aussi par les appels à projets non-thématiques dont le sujet peut être formulé par le chercheur lui-même. En effet, lors du dépôt par le chercheur d'un projet « blanc », c'est l'Agence qui détermine de manière discrétionnaire si celui-ci sera financé ou non. Celle-ci n'ayant pas à justifier son refus ni même à transmettre l'avis des experts travaillant aux côtés du comité scientifique chargés d'évaluer l'intérêt d'un sujet de recherche<sup>373</sup>. Il lui est très facile de refuser toute thématique « originale » c'est-à-dire qui n'est pas dans la droite lignée de la politique de recherche fixée par le Gouvernement. Ainsi, l'universitaire sait qu'il a de fortes chances d'essuyer un refus de financement si la thématique qu'il propose s'écarte des canons de la recherche fixés par l'Etat et va donc être dissuadé de proposer un sujet original. Il s'ensuit donc un certain conformisme<sup>374</sup> dans les propositions de sujets formulés au moyen d'appels à projets non-thématiques. Ce conformisme est illustré par le nombre important de refus de financements des sujets proposés par le biais d'un appel à projet non thématique<sup>375</sup>. En définitive, les appels à projets non-thématiques sont bel et bien une possibilité d'élargir

---

<sup>373</sup> BERGER V., « *Rapport au Président de la République : assises de l'Enseignement supérieur et de la recherche* », La Documentation française, 2012.

<sup>374</sup> Idem.

<sup>375</sup> *Commission des finances du Sénat, à partir des données de l'Agence nationale de la recherche : <http://www.senat.fr/rap/120-138-324/120-138-32410.html>*.

l'éventail des thèmes étudiés. Toutefois, l'Agence nationale de la recherche, qui a le devoir de respecter la politique de recherche fixée par le Gouvernement, garde la liberté de choisir de manière discrétionnaire les sujets financés et limite ainsi l'essor de recherches originales. Cette agence est donc un instrument du pilotage par l'Etat de la recherche plus que le moyen de faire croître l'éventail des thématiques de recherche pour plus de sujets originaux. Les appels à projets non thématiques proposés par l'Agence ne sont donc pas une panacée pour les universitaires souhaitant travailler sur des projets peu « porteurs » qui ne recevraient pas de financement dans leur laboratoire de recherche.

Ce phénomène de pilotage a été renforcé avec la loi de programmation pluriannuelle de la recherche (LPPR) qui a décidé de recourir encore davantage à ce mécanisme des appels à projets notamment thématiques. Les projets « blancs » qui permettent d'élargir l'éventail des thématiques de recherche essuient un taux d'échec avoisinant les quatre-vingts-pour-cent<sup>376</sup> entraînant encore davantage une concentration des thématiques de recherche au détriment de la liberté de recherche des universitaires.

Enfin, la loi de « Programmation de la recherche » de 2020 met en place un « *retournement temporel* »<sup>377</sup> du financement de la recherche. Désormais, le financement de la recherche se fait *a posteriori* des recherches à partir de l'évaluation des productions du demandeur de financement. Le choix de financement ne se ferait plus sur la base de la qualité mais la quantité de recherches effectués par l'auteur de la demande. Un universitaire souhaitant obtenir financement est invité à produire davantage. Or, il ne peut produire davantage qu'en étant financé. Les thématiques originales étant plus rarement financées, le chercheur doit augmenter le volume de ses productions pour obtenir plus de moyens à l'avenir. Par conséquent, il va devoir, pour être sûr de bénéficier de moyens, produire sur des thématiques qui se rapprochent de celles fixées par le Gouvernement. Cela a pour conséquence directe la concentration des sujets de recherches autour de certaines thématiques.

## **§ 2 - La privatisation de la recherche : abandon de la liberté pour le profit**

Ces dernières années, en raison de l'insuffisance des moyens alloués par l'Etat à la recherche, s'est développé un système parallèle de financement de la recherche (A). Ces acteurs privés sont notamment des associations mais aussi, et surtout, des entreprises privées dont le but

---

<sup>376</sup> *Idem.*

<sup>377</sup> HARARI-KERMADEC H., SARGEAS M., NOUS C., « *Université : la fin d'un système ?* », Revue française de pédagogie, 2020, p.79-86.

premier est le profit. Cela peut s'avérer incompatible avec l'exercice des libertés de recherche et d'expression de l'universitaire. Ces acteurs vont donc chercher à restreindre ces libertés au dépend des universitaires (B).

## **A - La nécessité de recourir à des acteurs privés pour financer la recherche**

La raison principale de l'émergence du financement privé dans la recherche est le fait que l'Etat français n'accorde pas de ressources suffisantes aux chercheurs (1). Le développement de ce mode alternatif de financement est encouragé par l'Etat au regard des dispositions de la loi de « Programmation de la recherche » (2).

### **1) Une stratégie adoptée pour combler le sous-financement étatique**

L'exposé des motifs émis en préparation du projet de loi de « Programmation de la recherche » expose un fait : l'Etat n'accorde pas assez de moyens à la recherche et ceux depuis de nombreuses années<sup>378</sup>. Face à cette insuffisance de moyens octroyés par l'Etat aux activités de recherche, il a fallu trouver les crédits nécessaires au développement de la recherche auprès d'autres acteurs. Ainsi, s'est développé un système alternatif de recherche copié sur celui mis en place dans la plupart des pays anglo-saxon particulièrement aux Etats-Unis dans lesquels la recherche est financée notamment par des associations sous forme de mécénat mais aussi, et surtout, par des capitaux privés provenant de sociétés privées. Face à l'essor de ce financement privé dans l'Hexagone, l'Etat a alors encouragé ces investissements privés en mettant notamment en place des partenariats publics-privés qui vont associer des universités et leurs laboratoires de recherche avec des entreprises privées. Créé en 2004, le partenariat publics-privés désigne une catégorie spécifique de marché public que sont les marchés de partenariat. Un marché de partenariat désigne « *un marché public qui a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement [...]. Cette mission globale peut en outre comprendre : [...]* 3° *La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public*

---

<sup>378</sup> Exposé des motifs du projet de loi n°3234 de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et l'enseignement supérieur.

*dont elle est chargée.*»<sup>379</sup>. Ce mode de financement permet de pallier en partie cette carence chronique de moyens que connaît la recherche publique française.

Les dispositions de la loi de « Programmation de la recherche » révèlent que le législateur vise à encourager ce mode de financement. Ce qui lui permet de toujours plus lésiner sur les deniers consacrés à la recherche.

## **2) L'amplification de ce financement privé par la loi de « Programmation de la recherche »**

La loi de « Programmation de la recherche » s'inscrit dans la continuité de la mise en œuvre d'un système de financement de la recherche qui laisse de plus en plus de place aux financements privés. Même si la promulgation de cette loi s'accompagne d'une augmentation des ressources consacrées à la recherche<sup>380</sup>, la politique publique de recherche ne consacre toujours pas assez de deniers publics à la recherche. Cette loi entend aller encore plus loin que les partenariats publics-privés. Celle-ci va grandement faciliter la mobilité entre la sphère publique et la sphère privée<sup>381</sup> pour les chercheurs, lesquels vont désormais pouvoir plus facilement travailler pour des entreprises privées ou encore des fondations<sup>382</sup>. De plus, est créé le « contrat doctoral en droit privé »<sup>383</sup> permettant à des acteurs privés de financer les thèses des étudiants et donc de développer la recherche. Ce contrat permet à l'Etat de lésiner encore plus sur les coûts engendrés par le financement d'un doctorant.

Cette loi illustre la volonté du Gouvernement de s'associer avec des acteurs du secteur privé pour développer la recherche dans la droite lignée de ce qui se réalise déjà dans les pays anglo-saxons. Cette immixtion du secteur privé dans le développement de la recherche existant déjà depuis des décennies dans ces pays, il est possible de se servir de cette expérience afin d'anticiper les dérives possibles que va engendrer ce système sur les libertés de recherche et, par ricochet, d'expression des chercheurs.

---

<sup>379</sup> Article L.1112-1 du Code de la commande publique.

<sup>380</sup> DOUSSOT S., PONS X., « *La LPPR et la réforme de l'enseignement supérieur et de la recherche : analyses critiques* » Revue française d'éducation, n°207, 2020, p.16.

<sup>381</sup> Rapport annexé à l'article 48 de la loi de « Programmation de la recherche ».

<sup>382</sup> Idem.

<sup>383</sup> Article 6 de la loi de « Programmation de la recherche ».

## **B - Le choix du financement privé pouvant engendrer des entraves à l'exercice des libertés de recherche et d'expression des universitaires**

L'émergence du financement privé dans la recherche peut entraîner des conséquences sur l'exercice des libertés reconnues aux universitaires. En effet, leurs intérêts étant surtout le profit, cela peut s'avérer, dans certains cas, incompatible avec l'exercice des libertés de recherche et d'expression. Ces acteurs vont donc chercher à restreindre l'exercice de ces libertés au dépend des universitaires. D'abord, les projets n'ayant que peu de retombées économiques risquent de ne pas être financés (1). Par ailleurs, la viabilité d'une structure dépend aussi de son image, de sa réputation. Or, le développement de la science nécessite que l'universitaire puisse s'exprimer librement quitte à critiquer la structure qui finance ses recherches. Celle-ci a donc tout intérêt à faire pression sur l'universitaire pour limiter sa liberté d'expression pour sauvegarder ses intérêts au dépend de l'universitaire (2).

### **1) La menace de non-financement des projets peu « porteurs » : le risque d'atteinte à la liberté de recherche**

Les entreprises privées deviennent les nouveaux grands acteurs du financement de la recherche. Le recours à des entreprises privées pour financer de nombreuses recherches va entraîner des conséquences fâcheuses sur la liberté des universitaires et plus globalement pour toute la communauté des chercheurs. En effet, le financement par des entreprises privées va se faire sur le critère des retombées économiques du projet de recherche pour que l'initiateur puisse espérer obtenir un financement. Outre l'intérêt scientifique, le chercheur devra surtout démontrer, les résultats probables de ses recherches. Ainsi, il est incontestable que certaines branches de la recherche vont à terme ne plus trouver les ressources nécessaires à la production du savoir<sup>384</sup>. Certaines thématiques de recherche vont finir par ne plus trouver de financements en raison de leur défaut d'intérêts pour les entreprises. Cela pourrait porter préjudice à de nombreux chercheurs sur le long terme en ce sens que si un précédent projet qui avait été financé par une entreprise ne rencontre pas le succès escompté, le chercheur se verrait privé de financement pour des projets de recherche ultérieurs malgré l'intérêt scientifique de celui-ci.

De plus, les entreprises ont davantage intérêt à financer des projets sur un court terme afin de pouvoir rapidement obtenir un retour sur investissement. Ceci va pousser les entreprises à

---

<sup>384</sup> DOUSSOT S., PONS X., « *La LPPR et la réforme de l'enseignement supérieur et de la recherche : analyses critiques* », Revue française d'éducation, n°207, 2020, p.14.

financer des projets qui ne nécessitent pas des années pour produire un résultat<sup>385</sup> (plus les recherches durent dans le temps, plus le coût est important pour elles). Cela engendre une forme de pression sur les universitaires qui sont invités à accélérer le rythme de production possiblement au détriment de la qualité des recherches s'ils veulent être considérés comme efficace pour l'entreprise et espérer continuer d'autres recherches avec la structure.

Ce critère de rentabilité va porter préjudice à la liberté de recherche des chercheurs mais ce n'est pas la seule liberté qui sera impactée par le financement privé de la recherche. Une fois le financement acquis, le chercheur sera encore confronté à ces intérêts privés car il risque de subir des pressions dans l'exercice de sa liberté d'expression. Les opinions d'un universitaire pouvant être préjudiciables aux structures privées qui le financent, il est fort probable que l'universitaire subisse des pressions visant à limiter sa plume.

## **2) Le risque de pressions exercées sur l'exercice de la liberté d'expression de l'universitaire**

La finalité de toute société commerciale est de tirer un bénéfice de ses investissements. Toutefois, la viabilité de celle-ci dépend également de son image, de sa réputation. Or, les propos d'un universitaire n'ont d'intérêt que parce qu'ils expriment une opinion, laquelle peut entrer en collision avec les intérêts de la structure qui le finance. La société qui serait mécontente des positions du chercheur, pourrait le menacer de ne plus le financer à l'avenir. L'universitaire va donc être tenté de mesurer ses propos, de restreindre de lui-même la liberté de sa plume, ce qu'il ferait sûrement moins si ses recherches avaient été financées par un organisme public. Le recours à des entreprises privées pour financer des recherches va par conséquent pousser les universitaires à un certain conformisme dans leurs propos au détriment de la liberté. Ce phénomène a notamment été démontré par le docteur Andreas Lundh étudiant sur le financement privé de la recherche aux Etats-Unis. Ce dernier conclut que les études réalisées grâce à des capitaux privés ont, quatre à huit fois plus de chances, de déboucher sur des conclusions favorables au produit du financeur qu'à celles effectuées au moyen de fonds publics ou non commerciaux<sup>386</sup>. L'existence de pression sur la liberté d'expression des universitaires semble réelle à en croire Lundh. On pourrait même penser à une pratique bien connue qu'est le lobbying.

Va ainsi probablement se créer une disparité empirique dans l'exercice de la liberté d'expression par les différents universitaires selon la source qui finance leurs recherches. Les

---

<sup>385</sup> *Idem.*

<sup>386</sup> LUNCH A., *Industry sponsorship and research outcome*, The Cochrane Library, février 2017.

chercheurs financés par l'Etat vont pouvoir jouir d'une liberté d'expression plus large car ils n'auront pas à se soucier des retombés de leurs écrits alors que, dans une situation analogue, les chercheurs financés par des acteurs privés, notamment les entreprises, vont devoir se soucier des conséquences possibles de leur plume sur la structure. Autrement dit, pèse sur la liberté d'expression des chercheurs financés par les acteurs privés une véritable épée de Damoclès.

## Conclusion du Chapitre 2

L'autonomie financière des établissements publics de l'enseignement supérieur, bien qu'ayant une valeur légale, n'est en pratique que formelle. L'Etat reste la principale source de financement de la recherche. Les universités restent dépendantes de lui sur le plan financier notamment du fait de ne pouvoir recourir à des ressources propres que de manière très limitée en raison, surtout, du principe de gratuité de l'enseignement qui, même s'il n'est point absolu, restreint la possibilité de ressources internes à l'établissement, contrairement à ce qui s'est largement pratiqué pendant des siècles notamment sous l'Ancien Régime. Cette dépendance des universités vis-à-vis de l'Etat s'illustre notamment par le phénomène de la contractualisation. Cette dépendance permet à l'appareil étatique de s'assurer que ces ressources sont utilisées de manière efficace. Du fait de cette dépendance, l'Etat oriente cette recherche afin de financer l'avenir c'est-à-dire des projets « porteurs ». Il parvient à cette orientation surtout par le biais de l'Agence nationale de la recherche dont l'organe de direction nommé par le pouvoir exécutif a pour mission d'appliquer la politique de recherche définie par lui. Cette agence, qui mise sur l'avenir, ne va donc pas accorder de financements aux projets aux retombées insuffisantes, ce qui peut limiter le panel des thématiques de recherche et donc, porter atteinte à la liberté de recherche des universitaires. Néanmoins, cela apparaît justifié dès lors que les ressources de l'Agence sont limitées. Prioriser les projets « porteurs » est dans l'intérêt de tous. De plus, l'Agence permet une certaine cohérence dans les recherches, ce que des laboratoires trop autonomes ne seraient pas en mesure d'organiser. Ceux-ci seraient souvent incapables de voir au-delà de leur microcosme dans de nombreux cas. Une politique de recherche à l'échelle nationale semble la plus apte à garantir une cohérence dans la recherche. Les répercussions que cette politique nationale de la recherche tournée vers l'avenir entraînent sur la liberté de recherche des universitaires sont pleinement justifiées. Il est toutefois nécessaire de garantir un éventail de thématiques de recherches assez large pour permettre le développement de la science dans de nombreux domaines, même les moins « porteurs ».

Le pilotage étatique de la recherche par l'Etat n'est pas le plus grand péril pour l'exercice des libertés de recherche et d'expression par les chercheurs. Le financement de la recherche par des acteurs privés paraît bien plus à même de porter atteinte aux libertés. Désormais, ce n'est plus seulement la performance qui est recherchée mais la rentabilité, et ce sur le court terme, ce qui limite le développement de certaines recherches nécessitant plus de temps. Ce recours à des acteurs privés dans le domaine de la recherche, s'il existe depuis des décennies dans les pays anglo-saxons est récent en France. Or, les conséquences de ce mode de financement dans les

pays anglo-saxons sont connues : les financeurs privés usent parfois de leur position pour faire pression sur les chercheurs, pour limiter leur expression. Ce mode de financement est donc particulièrement liberticide.

## Conclusion de la Partie 2

L'Etat a parfois intérêt à restreindre l'exercice des libertés de recherche et par ricochet la liberté d'expression des universitaires. Il porte ainsi atteinte aux libertés non pas directement, comme c'est le cas pour les militants ou les auteurs des « procédures-bâillons », mais de manière indirecte, en privant les universitaires des ressources nécessaires à la production de leurs recherches.

D'abord, s'agissant de l'accès aux archives, celui-ci est garanti aux universitaires par des dispositions législatives. Il a valeur constitutionnelle et est même reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme. Cependant, ce droit d'accès aux archives n'est pas absolu : il peut être borné par la nécessité de sauvegarder les intérêts de la Nation (motif légitime à condition que cette atteinte aux droits soit proportionnée à l'objectif poursuivi). La classification « secret-défense », qui est compétence discrétionnaire du Gouvernement, suffit à entraver cet accès et à limiter l'exercice de la liberté de recherche. De plus, le juge administratif a renoncé à contrôler le caractère secret des données classifiées. La loi du 30 juillet 2021 représente la dernière arme du Gouvernement qui va fortement limiter l'accès pour les chercheurs à certains documents nécessaires à leurs recherches. Cette loi a été validée par le Conseil constitutionnel qui considère que cette limitation de l'accès est proportionnée au but poursuivi. La sauvegarde des intérêts de la Nation nécessite parfois de tenir secret certains documents et, partant, de contenir l'exercice de la liberté de recherche des universitaires. Toutefois, la loi du 30 juillet 2021 apparaît comme fortement liberticide, portant une atteinte disproportionnée au droit d'accès aux archives. Elle va empêcher nombre de chercheurs de participer à la construction du savoir sur des périodes historiques récentes parfois objets de controverse alors que le travail de l'universitaire permet justement d'établir la vérité historique. Outre la privation des ressources documentaires, l'Etat peut aussi restreindre l'exercice de la liberté de recherche en privant les universitaires des ressources financières nécessaires à leurs recherches. En effet, même si l'autonomie financière des universités est reconnue par la loi, elle est essentiellement formelle. Les universités et les laboratoires de recherches sont très dépendants des ressources étatiques, ce qui permet à l'Etat de profiter de sa position pour piloter la recherche. Ce pilotage, qui soumet les universités à des contraintes de performances qui paraissent contraires à la production de la science, se justifie pleinement car cela permet une cohérence dans la recherche. La cohérence dans la recherche permet de la rendre efficace, porteuse d'avenir pour le bien commun. Certes, cela limite le développement de certaines thématiques, mais des choix sont nécessaires étant donné les moyens plus que limités que l'Etat

consacre à la recherche. Ce pilotage n'est pas le plus grand péril pour l'exercice des libertés de recherche et d'expression. Les universitaires ont bien plus à craindre l'insuffisance d'investissements de l'Etat certains secteurs de recherche. L'insuffisance d'investissements étatiques a poussé les universités à se tourner vers des groupements privés. Ces derniers, notamment les entreprises privées, ont pour obligation de dégager un profit de leurs activités. Elles n'ont d'autre choix que de limiter l'éventail des thématiques de recherche à celles qui ont un intérêt financier pour elles. De plus, les structures privées, pour être viables, ont une image, une réputation à préserver. Ainsi, elles sont amenées à faire pression sur les universitaires dans leurs propos pour sauvegarder leurs intérêts. Ce recours à des investisseurs privés s'avère bien plus attentatoire aux libertés de recherche et d'expression des universitaires que le pilotage financier de la recherche par l'Etat. Preuve en est la situation dans les pays anglo-saxons ayant adopté cette stratégie de privation de la recherche depuis plusieurs décennies. Dans ces pays, les universitaires subissent diverses pressions et sont souvent victimes de la pratique du lobbying rendant l'exercice des libertés universitaires assez difficile.

## Conclusion

---

L'exercice de la liberté d'expression par les universitaires est difficile tant ces derniers subissent de pressions venant de toutes parts aussi bien par des personnes privées que par l'Etat.

D'abord, concernant les personnes privées que sont les militants et les auteurs de « procédures-bâillons », l'Etat a brillé par son inaction. Il n'a pas su mettre en place des mesures à même de protéger les universitaires.

Pour le cas des militants, l'Etat n'a pas mis en œuvre des solutions pour empêcher les militants qui visent à censurer les universitaires. Il n'a tiré aucune leçon des événements de mai 68 en ce sens qu'il s'agissait déjà d'actions coup de poing ayant pour finalité d'empêcher le bon fonctionnement de l'établissement. Pourtant, l'arsenal pénal permettrait, s'il était mobilisé, de réprimer ces actions. Ce ne sont pas les textes juridiques qui manquent pour garantir l'ordre public et réprimer ces agissements mais le courage de les faire appliquer. Les seules mesures prises restent peu dissuasives et sont essentiellement quelques modifications du Code de l'éducation comme, par exemple, la reconnaissance d'un droit à une entière liberté d'expression des universitaires dans le cadre de leurs fonctions. Toutefois, dépourvues de portée répressive, ces nouvelles dispositions ne permettent pas de protéger les universitaires. Ces actions conduisent le plus souvent à l'annulation de la tenue de l'événement et donc à empêcher l'exercice de la liberté d'expression de l'universitaire. Ces agissements restant souvent impunis, il est fort probable qu'ils se multiplient et que les universitaires soient empêchés d'exprimer certaines opinions.

Pour le cas des « procédures-bâillons », l'Etat semblait avoir saisi que certains acteurs, notamment des sociétés commerciales, usent de l'appareil judiciaire non pas pour défendre leurs droits mais pour faire pression sur les universitaires en raison des opinions exprimées. En réponse à cette pratique, l'Etat a créé, en 2017, la « commission Mazeaud ». Elle était chargée de proposer des moyens de protéger les universitaires de ces actions abusives. Néanmoins, les propositions du rapport s'avèrent rarement applicables. De ce rapport, ne naîtra qu'une circulaire qui ne fait que recommander la mise en place de la protection fonctionnelle par les chefs d'établissements pour les universitaires. Nulle autre mesure n'a été entreprise par le législateur depuis 2017. Face à ces « procédures-bâillons », ce sont les juges qui ont le mieux défendu les universitaires en condamnant les auteurs des poursuites à des dommages-intérêts et à des amendes civiles. Toutefois, si cela permet de protéger les universitaires en aval des procédures, les universitaires continuent de subir en amont les désagréments d'une action en

justice. Ils subissent toujours des pressions pouvant les dissuader de faire usage de leur liberté d'expression face à la menace d'une action en justice.

Ensuite, concernant les entraves d'origine étatique, elles se traduisent surtout par une limitation de l'exercice de la liberté de la recherche et, par ricochet, celle de la liberté d'expression résultant d'entraves dans l'accès aux ressources nécessaires à la recherche. Ces entraves ont lieu sur deux axes : la restriction de l'accès aux archives publiques et un pilotage financier de la recherche, un universitaire ne pouvant exercer sa liberté de recherche et donc d'expression sans financement. Le bilan est plus optimiste pour les libertés des universitaires que pour les entraves privées.

Concernant l'accès aux archives, le législateur a entendu permettre un accès aux archives après un certain délai. En parallèle, il permet des dérogations au droit commun notamment pour les chercheurs afin de rendre possible le développement du savoir. La pratique administrative s'inscrit dans cette continuité de permettre aux universitaires d'exercer leur profession puisque la possibilité de dérogation est largement accordée. Néanmoins, l'Etat restreint l'accès à certaines archives classifiées qui concernent le secret, la défense nationale. Les intérêts de la Nation justifient pleinement cette restriction pourvue que l'atteinte soit proportionnée. Or, la dernière loi, adoptée en 2021, va entraîner une restriction dans l'accès à ces archives classifiées qui ne seront accessibles qu'après déclassement par un service de l'Etat. Cela va donc très certainement compliquer le travail de certains chercheurs et limiter la liberté de recherche et d'expression de ceux-ci sur certains sujets, faute d'accès aux sources. Toutefois, cette situation va semble-t-il rester marginale et se cantonner à certaines recherches très spécifiques. Dans l'ensemble, le droit positif permet à l'universitaire de pouvoir accéder aux archives et d'exercer ainsi ses libertés de recherche et d'expression.

L'Etat peut aussi porter atteinte à la liberté de recherche et par ricochet d'expression des universitaires par le biais du financement. Malgré l'existence légale d'une autonomie financière des universités, celle-ci reste en pratique formelle. Les universitaires restent très dépendants des deniers étatiques. Cette dépendance offre la possibilité à l'Etat d'orienter la recherche puisque de nombreux de projets sont financés par des organes étatiques comme, par exemple, l'Agence nationale de la recherche qui doit suivre la politique édictée par le Gouvernement en matière de recherche misant sur la performance. Cela permet une certaine cohésion dans la recherche. Le critère de performance, bien que critiquable reste nécessaire, le budget étant limité. C'est la raison pour laquelle, l'Etat doit miser sur des recherches porteuses pour l'avenir, pour le bien commun. Toutefois, cette orientation doit aussi permettre un éventail assez large des thématiques de recherche, notamment les projets originaux pour permettre un véritable

développement du savoir. En ce sens, des crédits réservés aux « projets blancs » c'est-à-dire portant sur des thématiques proposées par les chercheurs eux-mêmes. Ces projets « blancs » permettent d'élargir le spectre des thématiques, même si, un nombre assez faible de ces propositions sont finalement retenues et financées. Ce n'est pas tant le pilotage financier de la recherche par l'Etat qui fait craindre des pressions sur les universitaires mais davantage l'insuffisance de moyens qui laisse la porte ouverte à des investisseurs privés notamment, et essentiellement, des entreprises. Celles-ci étant motivées par le gain, elles ne vont financer que des projets rentables et, par conséquent, restreindre les thématiques de recherche. De surcroît, ces sociétés, dont la viabilité dépend de l'image qu'elles renvoient, peuvent être dérangées par les répercussions que les écrits de l'universitaire vont avoir sur elles. Elles risquent d'exercer des pressions sur ceux qu'ils financent afin de préserver leurs intérêts au détriment de la liberté d'expression de l'universitaire.

En définitive, les universitaires subissent diverses pressions de tous horizons pour limiter leurs libertés. L'Etat, quand il n'est pas à l'origine de celles-ci, peine à protéger les universitaires. Le bilan semble plus positif quand il est à l'origine de ces entraves à la liberté d'expression en ce sens que celles-ci s'avèrent souvent nécessaires et proportionnées à l'objectif poursuivi que ce soit l'intérêt de la Nation, quand il restreint l'accès aux archives, ou le besoin de cohérence, dans le cas du pilotage financier de la recherche.

## Références bibliographiques

---

### Ouvrages :

- BEAUD O., *Les libertés universitaires à l'abandon*, Dalloz, 2010.
- BEAUD O., *Le savoir en danger : Menaces sur la liberté académique*, PUF, 2021.
- BESSE T., *Contentieux stratégique et liberté d'expression, le cas des « procédures-bâillons » en France* dans *Contentieux stratégiques : Approches sectorielles* Emilie Chevalier et Caroline Boyer-Capelle (dir.), LexisNexis, 2021, p.19.
- BLAIZOT-HAZARD C., *Droit de la recherche scientifique*, PUF, 2003.
- BLOCK M., « *Instruction supérieure* » in *Dictionnaire de l'administration française*, 2<sup>e</sup> édition, Berger-Levrault et cie Librairies éditeurs, 1877, p.1148.
- CANAN P., PRING G. W., *Studying Strategic Lawsuits Against Public Participation: Mixing Quantitative and Qualitative Approaches: 22 Law & Soc'y Review* 1988.
- COEURE S., DUCLERT V., *Les archives*, La Découverte, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p.30.
- CONSENTINO Victor G., *Strategic Lawsuits Against Public Participation : An analysis of the Solutions*, California Western Review 1991, volume 27, pp.399-400.
- COURTIEU G., Jurisclasseur, Civil Code, art.1382 à 1386, fascicule 131-30, 2005, n°12.
- DE LAUBADIERE A., *Traité de droit administratif*, LGDJ, Tome III, 1971, n°334.
- DENIZEAU C., « *Liberté de réunion dans l'enseignement supérieur* », dans BERTONI P., MATTA-DUVIGNAU R. (dir.) *Dictionnaire critique du droit de l'éducation Tome 2 Droit de l'enseignement supérieur*, Mare et Martin, 2021, p.390.
- DRAGO G., « *La liberté de critique universitaire* », dans CORRIGNAN-CARSIN Danièle, *La liberté de critique*, Litec, 2007, p.65.
- DUSSART V., « *Opérateur de l'Etat* », dans ORSONI G. (dir.) *Dictionnaire encyclopédique, Finances publiques*, Economica-PUAM, 2<sup>e</sup> édition, 2017.
- FABREGUETTES J-E., *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, tome1, Paris Marescq.-Aîné, 1884, spéc., n°1041.
- FORTIER C., « *La liberté du chercheur public* », dans LARRIEU J., (dir.), *Qu'en est-il du droit de la Recherche ?*, Presses universitaires Toulouse 1 Capitole, Collection Les Travaux de l'IFR. Mutations des normes juridiques, 2003.
- GORCE M. M., *L'Essor de la pensée au Moyen Âge*, Slatkine, 1978.
- GUILLAUME M., « *Secret de la défense nationale et Etat de droit* » dans *L'Etat de droit : Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996.
- HERMITTE, M.-A. « *L'encadrement juridique de la liberté scientifique* » dans

HERMITTE M.-A. BENYEKHFLEF KARIM, GELINAS F., KHOUZAM R., *La liberté de la recherche et ses limites*, Aspects juridiques, Romillat, 2003, p.21.

LUNCH A., *Industry sponsorship and research outcome*, The Cochrane Library, février 2017.

MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, 2018.

MARION M., « Université » in *Dictionnaire des institutions de la France au XVIIe et XVIIIe siècles*, Picard, 1923, p.547.

MORANGE , « Liberté d'expression des universitaires », DANS BERTONI P., MATTA-DUVIGNAU R. (dir.) *Dictionnaire critique du droit de l'éducation Tome 2 Droit de l'enseignement supérieur*, Mare et Martin, 2021, p.390.

LALUMIERE P., *Finances publiques*, 7<sup>e</sup> édition, A. Colin, 1983.

LIMON-BONNET M-F., « Le régime des dérogations », dans MONNIER S., FLORENTINO K. (dir.), *Le droit des archives publiques, entre permanence et mutations*, Collection Droit du patrimoine culturel ou naturel, L'Harmattan, 2014, p.43-44.

OBERDORFF H., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 6<sup>e</sup> édition, 2017, p.561.

OLIVA E., « Le pilotage financier » dans BEIGNIER B., TRUCHET D. (dir.), *Droit de l'enseignement supérieur*, LGDJ, 2018.

PERETTI H., *Code de l'éducation commenté*, Berger Levrault, 6<sup>e</sup> édition, 2021 ;

RICOEUR P., « Préface à J.Drèze et J. Debelle », dans *Conceptions de l'université*, Editions universitaires, 1969.

ROLLAND L., *Précis de droit administratif*, 6<sup>e</sup> édition, Dalloz, 1937.

SAY L., « Instruction publique » in *Dictionnaire des finances*, Berger-Levrault, 1894, tome 2, p.401.

SHILLS E., « Academic freedom » dans *The Order of Learning. Essay on the Contemporary University*, Transaction Publishers, 1997.

SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 15<sup>e</sup> édition, 2021.

TERRIER F., MOLFESSIS N., *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 12<sup>e</sup> édition, 2020.

WEBER M., *Le Savant et le Politique*, 1917 et 1919.

#### **Articles et contributions juridiques :**

BERGER V., « Rapport au Président de la République : assises de l'Enseignement supérieur et de la recherche », La Documentation française, 2012.

CASSIA P., « Pénaliser le blocage des universités », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1689.

CHATELET P., « *Les dotations aux établissements publics* », LPA 2016, n°15, p.6 et suivantes.

COLIN F., « *La protection contre la diffamation en droit de la fonction publique* », RFDA, 2016, p.1225.

DENIZOT A., *Trois autres défauts de la loi de programmation de la recherche*, RTD Civ, 2021, p.216.

DOUSSOT S., PONS X., « *La LPPR et la réforme de l'enseignement supérieur et de la recherche : analyses critiques* » Revue française d'éducation, n°207, 2020, p.16.

DROIN N., « *Diffamation et débat d'intérêt général : la bonne foi plie mais ne rompt pas* », Dalloz, 2015, p.931.

FLAUSS J-F., « *Convention européenne des droits de l'homme et droit disciplinaire dans la fonction publique* » AJDA 1994, p.519.

GAILLAUMONT O., *La protection des agents publics : fonctionnaires, contractuels, élus*, Territorial éditions, DE 749, juin 2019.

HARARI-KERMADEC H., SARGEAS M., NOÛS C., « *Université : la fin d'un système ?* », Revue française de pédagogie, 2020.

LEGRAND A., « *Des changements non négligeables dans le paysage de l'enseignement supérieur et de la recherche* », AJDA, 2021, p.544.

LIBCHABER R., « *Contre les procédures-baillons : un éloge judiciaire de la doctrine* », Recueil Dalloz, 2017, p. 2459.

MAILLARD-BILLAT J., LASCOMBE M., VANDENDIESSCHE X., « *Commentaire du décret n°94-39 du 14 janvier 1994 relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* », AJDA, 1994, p.379 et suivants.

MARGUENAUD J-P., KURI D., *le droit à la liberté d'expression des universitaires*, Recueil Dalloz, 2010 p.2925.

MARTIN G. J., « *Doctrine ? Vous avez dit doctrine ? Qu'elle se taise !* », RJE 2017/1, vol. 42 p. 9.

MAUPIN E., « *Illégalité de la procédure de déclassification préalable des archives classées « secret-défense »* », Dalloz actualité, 8 juillet 2021.

MAZEAUD D., « *La procédure-bâillon constitue une atteinte à la liberté d'expression* », Gazette du Palais, n°34, 14 novembre 2017, p.24.

MISTRAL J., « *Pour une vraie réforme de l'université* », Le Débat, septembre-octobre 2009, n°156.

MONNIER S., « *L'accès aux archives couvertes par le secret dans la tourmente* », AJDA,

2021, p. 1993.

MONIOLLE C., « *Indépendance et liberté d'expression des enseignants-chercheurs* », AJDA, 2001, p.227.

NEYRET L., « *Affaire Chimirec -Trafic de déchets dangereux : quand les dépollueurs se font pollueurs* », Environnement 2014, commentaire 48.

NOUAL P., « *Nuit noire pour la communication des archives classées « secret défense* » », La Semaine juridique, Edition Administrations et collectivités territoriales, LexisNexis, n°28, 12 juillet 2021.

PRING G. W., « *S.L.A.P.Ps: Strategic Lawsuits Against Public Participation* », Pace Environmental Law Review, 1989, volume 7, p.3.

ROLLIN F., WAGENER N., « *Archives classées secret défense : « communicables de plein droit » ou « librement incommunicables » ?* » AJDA, 2021, p.297.

ROUX E., « *L'université et la « protection raisonnable » de la liberté d'expression de l'enseignant-chercheur* », AJDA, 2017, p.256.

STRICKLER Y., VARNEK A. *Procédure civile*, Collection Paradigme, 11<sup>e</sup> édition, 2022, p.121.

#### **Thèses :**

BESSE T., *La pénalisation de l'expression publique*, Droit, thèse de doctorat, Université de Limoges, 2018, 644p.

Fortier, C. *L'organisation de la liberté de la recherche*, thèse de doctorat, Université de Bourgogne, 2004, 601p.

#### **Rapports :**

BRABANT G., *Les archives en France, Rapport au Premier ministre*, 1996.

MAZEAUD D., *Rapport sur les procédures-bâillons*, 2017.

#### **Lois nationales :**

Loi de la presse du 29 juillet 1881.

Loi n°51-598 du 24 mai 1951 loi de finances pour l'exercice 1951.

Loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur.

Loi n°79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives.

Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur.

Loi organique n°2001-692 du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances.

Loi n°2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités.

Loi n°2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives.

Loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.

Loi n°2020-1674 du 24 décembre 2020 de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur.

Loi n°2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention des actes de terrorisme et au renseignement.

### **Dispositions codifiées :**

#### Code de la commande publique :

Article L.1112-1 du Code de la commande publique.

#### Code la défense :

Article L.2312-4 alinéa 1<sup>er</sup>.

#### Code de l'éducation :

Article L. 711-11.

Article L. 712-2.

Article L. 811-1.

Article L. 712-9.

Article R. 712-8.

Article D. 712-6.

#### Code de la fonction publique :

Article L.134-1.

Article L. 134-2.

#### Code de justice administrative :

Article 521-1.

#### Code du patrimoine :

Article L.211-1.  
Article L.211-4.  
Article L.212-5.  
Article L.213-3.

Code pénal :

Article 222-7.  
Article 222-14-2.  
Article 226-10.  
Article 226-13.  
Article 322-1.  
Article 431-1.  
Articles 431-22 à 431-27.  
Articles 431-3 à 431-1.  
Article R.623-1.  
Article R. 645-12.

Code de procédure civile :

Article 32-1.

Code de procédure pénale :

Article 177 alinéa 2 du Code de procédure pénale.

Code de la recherche.

Article L.114-3-1.  
Article 211-2.  
Article L.311-1-1.  
Article L.329.

Code des relations entre le public et l'administration :

Article L.211-5.  
Article L.231-4.

Code de sécurité intérieure :

Article L. 211-1.  
Article L.211-2.

**Circulaires :**

Circulaire n°98-118 du 22 mai 1998 relative à la nature, méthode et finalités de la contractualisation.

Circulaire du 9 mai 2017 relative à la protection fonctionnelle des fonctionnaires.

Circulaire du 8 septembre 2021 relative à la mise en œuvre de la procédure d'accès anticipé par dérogation aux délais de communicabilité des archives publiques.

### **Ordonnances :**

Ordonnance n°2000-549 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du Code de l'éducation.

Ordonnance n° 2021-1747 du 22 décembre 2021 portant suppression de la carte des formations supérieures.

### **Jurisprudence Nationale :**

#### Conseil constitutionnel :

CC, 12 mai 1964, n° 64-29 L.

CC, 19 novembre 1975, n° 74-84 L.

CC, 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, n°83-165 DC.

CC, 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, n°93-322 DC.

CC, 6 août 2010, n°2010-20/21 QPC, *Jean C et autres*.

CC, 15 septembre 2017, QPC, n°2017-655.

CC, 11 octobre 2019, n°2019-809 QPC.

CC, 21 décembre 2020, n°2020-810 DC.

CC, 30 juillet 2021, n°2021-822 DC.

#### Conseil d'Etat :

CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n°1741317520.

CE, 28 mai 1954, *Barrel*, n°28238, Rec. p.308.

CE, Assemblée, 11 mars 1955, *Secrétaire d'Etat à la Guerre c/Coulon*, n°34036, Rec., p.149.

CE, 30 mars 1960, *Bernouali*, Rec. p.239.

CE, 30 septembre 1960, *Jauffret*.

CE, Section, 11 mai 1962, *Sieur Fourcher-Créteau*, n°13032, Rec. p.319.

CE, 24 mars 1965, *Villeneuve*, Recueil Conseil d'Etat, p.207.

CE, 24 octobre 1969, *Gougeon*, Rec., p.457.

CE, assemblée, 28 janvier 1972, *Conseil transitoire de la faculté des lettres et sciences humaines de Paris*, Rec. p. 86.

CE, Assemblée, 14 février 1975, *Teitgen* n°87730.

CE, 13 octobre 1976, *Sieur Z.*, n° 94174.

CE, 23 janvier 1980, *Synd. Cnes Banlieue Paris pour les eaux*, Recueil Conseil constitutionnel, 1980, p. 43.

CE, 6 février 1981, *Ministre des Universités c/ Douat et autres*, n°11838, Rec. p.67.

CE, 27 mai 1983, *Ministre des affaires sociales c/Cajarville*, Rec., p.219.

CE, 18 décembre 1987, *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation c/ Manciaux*, Rec. p.739.

CE, 8 juin 1988, *Association des familles françaises de prisonniers politiques en Guinée*, Rec., p.232.

CE, Section, 23 décembre 1988, *Banque de France c/ Huberschwiller*, Rec., p.464.

CE, 8 juillet 1992, *Ville de Cheveuse*, n°80775.

CE, 24 février 1995, *Vasseur*, n° 11253.

CE, 17 mai 1995, *X*, n°141635.

CE, 17 janvier 1996 ; *Dame Deleuze*, n°s 94489-93481-93482.

CE, 26 juillet 1996, n°170106.

CE, 28 septembre 1998, *M. Notin* n°159236.

CE, 28 juin 1999, *Menage*, n°195348.

CE, 29 juillet 2002, *M. Jacques X*, n° 225471.

CE, 19 août 2002, *Front national, Institut de formation des élus locaux*, n°249666.

CE, ordonnance, 2 avril 2003, *Chantalou*, n°249805.

CE, 18 septembre 2003, *Villelegier*, n° 259772.

CE, 7 juin 2004, *Sacilotti c/ Université de Bourgogne*, n°245562.

CE, 26 octobre 2005, *Gollnisch*, n°344061.

CE, 14 octobre 2009, *M<sup>me</sup> El Mechat*, n°315956.

CE, 12 mars 2010, *Commune de Hoenheim*, n°308974.

CE, 7 mars 2011, *Ecole normale supérieure*, n°347171.

CE, 4 avr. 2011, *M<sup>me</sup> A. c/ Université de Lille 2*, n° 334402.

CE, 20 avril 2011, *Bertrand*, n° 332255.

CE, 23 novembre 2016, *Conférence des présidents d'université*, n°395652.

CE, 18 janvier 2019, n°426884 et 426685.

CE, 21 juin 2019, *Université Grenoble Alpes, actions disciplinaires pour des agissements*

*étrangers à la liberté d'enseignement*, n°424582.

CE, Assemblée, 12 juin 2020, n°422327.

CE, 2 juillet 2021, n°444865 et 448763.

Cour administrative d'appel :

CAA Paris, 16 mai 1989 *Brochard*, n° 89PA00078.

CAA Paris, 2 mai 2018, *Ministre de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de l'innovation*, n°18PA00350 et 18PA00351.

Tribunal administratif :

TA Paris, 21 novembre 1962, *Karsenty*.

TA Grenoble, 18 avril 2003, n° 0002677.

TA, Versailles, référé, 25 mars 2006, n°0601956.

Cour de cassation :

Cass., crim., 24 octobre 1989 publié au Bulletin n° 379.

Cass. crim., 26 mai 1992 publié au Bulletin n° 212.

Cass, crim., 11 mars 2008, n°06-84.712 publié au Bulletin n°59.

Cass., crim., 11 déc. 2012, n° 11-84.304.

Cass., 2<sup>e</sup> chambre civile, 13 novembre 2003, n°01-13.648.

Cour d'appel :

CA, Paris, 10 novembre 1990, *Chavant*, n°89PA01548.

CA Paris, 28 septembre 2017, n° 17/00854.

Tribunal de grande instance :

TGI Paris, 13 janvier 2017.

Tribunal des conflits :

TC, 14 décembre 1925, *Navarro*.

**Jurisprudence européenne :**

Cour européenne des droits de l'homme :

CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/Royaume Uni*, n°5493/72.

CEDH, 26 avril 1991, *Ezelin c/France*, n°11800/85.

CEDH, 26 septembre 1995, *Vogt c/Allemagne*, n°17851/91.

CEDH, 21 juin 1998, *Platform « Artze für das Leben c/Autriche n°10126/82.*

CEDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c/ France, n°29183/95.*

CEDH, 13 février 2001, *Lunde c/ Norvège, n°38318/98.*

CEDH, 2 octobre 2001, *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c/Bulgarie, n°29221/95 et 29225/95.*

CEDH, 20 octobre 2005, *Organisation macédonienne unie Illinden et Ivanov c/Bulgarie, n°44079/98.*

CEDH, 15 février 2007, *Boldea c/ Roumanie, n°19997/02.*

CEDH, 23 juin 2009, *Sorguç c/ Turquie, n° 17089/03.*

CEDH, 20 octobre 2009, *Lombardie Vallauri c/ Italie, n°39128/05.*

CEDH, 8 juin 2010, *Sapan c/Turquie, n°44102/04.*

CEDH, Grande Chambre, 15 mars 2012, *Aksu c/Turquie, n°4149/04.*

CEDH, Grande Chambre, 3 avril 2012, *Gillberg c/Suède, n°41723/06.*

CEDH, 27 mai 2014, *Mustafa Erdogan et autres c/ Turquie n° 346/04 et 39779/04.*

CEDH, 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottsag c/Hongrie n°18030/11.*

Cour constitutionnelle belge :

Cour constitutionnelle belge, 23 novembre 2005, B.18.1, n°167/2005.

**Articles de presse :**

ASSOCIATION DES ARCHIVISTES FRANÇAIS, *Ouvrez les archives*, Journal du Dimanche, 21 juin 2020.

AUTEUR ANONYME, *Invité d'un concours d'éloquence au barreau de Paris, Jean Messiha décommandé sous la pression des islamo-gauchistes*, Valeurs actuelles, 23 mai 2021.

EQUIPE DES REDACTEURS D'ACADEMIA, « *Et de trois, l'ADL appelle au boycott de l'Hceres* »2013, Academia, 17 décembre 2020.

GUYON C., MANSAT P., THIBAUD P., *Seul l'accès aux archives peut garantir un examen informé et contradictoire de notre histoire récente*, Le Monde, 2 octobre 2020.

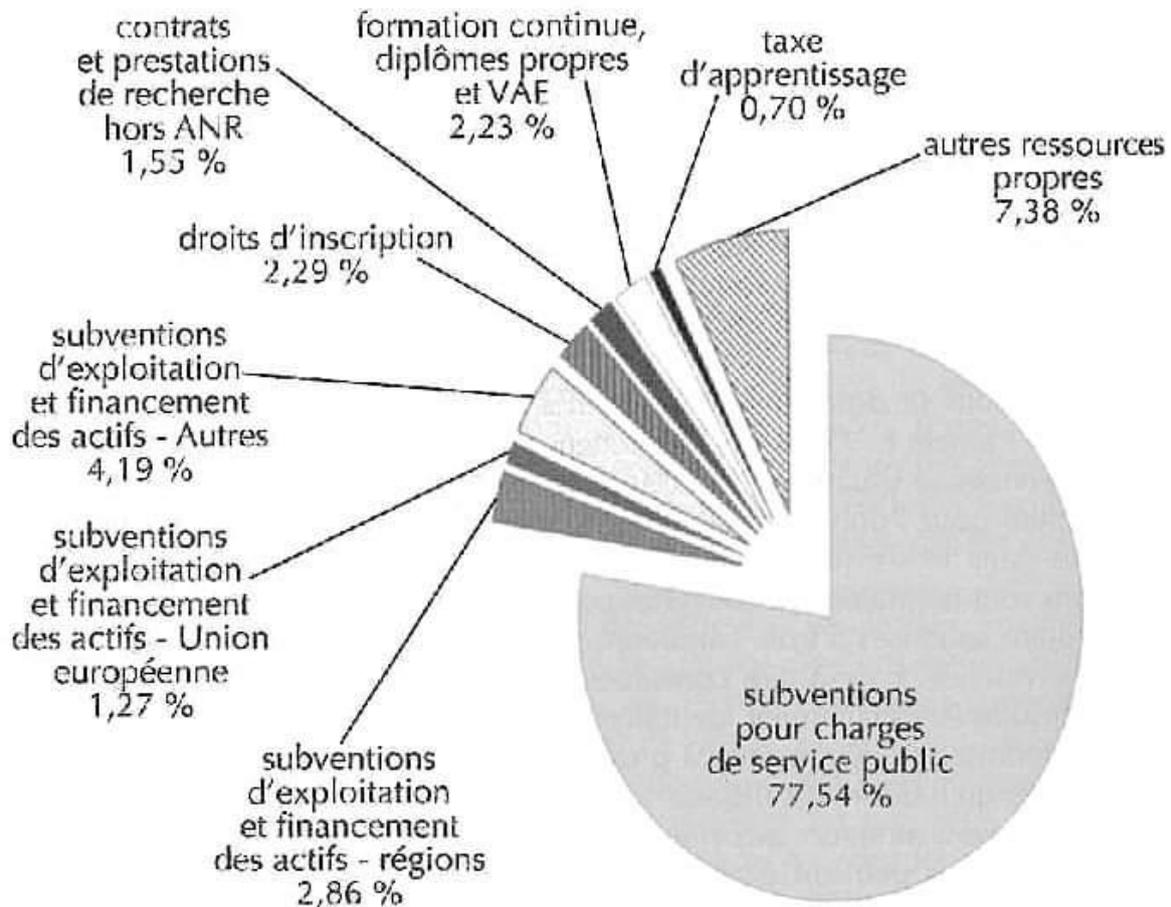
LEBOUCQ F., *Pourquoi la conférence de Sylviane Agacinski a-t-elle été annulée à l'Université de Bordeaux ?* Libération, 27 octobre 2019.

MONOT O., « *Quand le Gouvernement prévoit la pénalisation des manifestations étudiantes* », Libération, 20 novembre 2020.

WAGENER N., « *Archives : le coup de force de l'été*, L'Histoire, 10 septembre 2021 ».

WARUSFEL B., « *Documents classifiés, accès aux informations... « Le secret-défense entretient les fantasmes »* », Ouest France, 28 novembre 2021.

Annexe 1 : Origine des ressources des universités



Source : OLIVA E., « *Le pilotage financier* » dans BEIGNIER B., TRUCHET D. (dir.), *Droit de l'enseignement supérieur*, LGDJ, 2018 p.156.