

Zadig au Conseil d'Etat

Durant mes fonctions au FAS ce n'est pas sans appréhension que j'envisageais leur échéance à la fin de l'année 1986. Allais-je pouvoir reprendre mon activité d'avocat après tout ce temps passé loin de mon cabinet et des prétoires ? Fort heureusement, avant que ne s'achève ma présidence du FAS et après avoir, dans le même temps, passé quelques mois comme conseiller spécial de la ministre des Affaires sociales, j'eus la chance que s'offre à moi l'opportunité d'intégrer le Conseil d'État au tour extérieur.

Quitter le barreau après quarante années d'un exercice mouvementé qui m'avait apporté peines et joies ne se fit pas sans serrement de cœur. Mais ayant été si longtemps du côté de la société civile, la perspective d'aller voir « du côté de l'Etat », cette fois, où en était la construction de *l'Etat de droit exemplaire* ne pouvait que me séduire. Le Conseil d'État, avec sa double fonction consultative et juridictionnelle, était à cet égard le lieu idéal à mes yeux. Sa fonction consultative lui permettait de participer à l'élaboration des lois avant qu'elles ne soient votées par le Parlement et, grâce à sa fonction juridictionnelle, il se trouvait à même de pouvoir condamner l'État, si la responsabilité de celui-ci était engagée. Son rôle m'apparaissait essentiel en ce qu'il était le rappel et le garant que la loi n'a pas tous les droits et qu'il existe, au-dessus de la loi, un droit suprême, le droit des droits. Il me plaisait de savoir que le Conseil d'État avait la possibilité d'intervenir s'il jugeait que l'application d'une loi se faisait par contournement ou détournement du droit, c'est-à-dire par « excès de pouvoir ». En effet, ce n'est pas parce qu'on a le pouvoir, même à la suite d'une élection, que l'on peut se permettre de prendre certaines décisions qui, apparemment légales dans leur forme, n'en manifestent pas moins un abus de pouvoir. Or, la juridiction ayant le pouvoir d'annuler de telles décisions au nom de la démocratie et du « droit suprême » était le Conseil d'Etat. En faire partie représentait donc pour moi l'opportunité de réaliser encore plus directement mon utopie d'un Etat de droit exemplaire.

« Zadig au Conseil d'État », m'écrivit, en apprenant la nouvelle de ma nomination, un fidèle compagnon des luttes syndicales Tiennot Grumbach, futur bâtonnier de Versailles. Le milieu était certes bien différent du barreau, mais j'ai la chance d'être accueilli au Conseil par quelques-uns de ses membres éminents, particulièrement Bruno Genevois qui sera secrétaire général du Conseil constitutionnel de 1986 à 1993. Incarnation même du grand serviteur de l'État, il avait participé à mon invitation à des colloques de Goutelas. L'avis qu'il avait pu donner sur mes compétences, n'avait sans doute pas été étranger à ma nomination. Véritable oracle du Conseil d'État, il était et est toujours resté capable de citer de mémoire la date et le sens des arrêts de référence. Le changement culturel se révéla encore plus profond que je ne l'avais pensé, mais mon intérêt pour cette nouvelle orientation n'en fut que plus grand. Je découvris rapidement le sérieux de cette institution où l'on travaille beaucoup et où l'on n'arrive jamais en retard, ce qui n'était pas pour me déplaire. J'eus la chance d'être affecté très tôt à la section administrative qui avait ma préférence, à savoir la section de l'Intérieur en même temps qu'à une sous-section du contentieux. Je fus comblé quand on me demanda, en sus de mes activités normales, de prendre la responsabilité de deux commissions chargées de préparer d'importantes réformes de sociétés, l'une sur le statut de l'enfant, l'autre sur l'accès du droit et à la justice. Ces deux rapports bénéficièrent d'une innovation heureuse : la publication. Ils inaugurèrent tous deux une nouvelle collection éditée par la Documentation française, appelée « Les Etudes du Conseil d'État », qui rompit avec la tradition de confidentialité antérieure. Le

rapport sur l'aide juridique (AJ), publié en 1991, inspira très largement la loi votée en juillet de la même année. La grande nouveauté, c'est que l'AJ apportait désormais une aide non seulement pour régler les frais de procès devant les tribunaux, mais pour accéder d'abord au droit, sous forme de consultations et d'assistance gratuites. Permettre un accès à la justice égale pour tous aura été l'un des combats de ma vie. Quant aux propositions du rapport sur le statut et la protection de l'enfant, elles eurent dans l'immédiat, moins de succès, le droit de tout enfant à connaître ses origines suscitant de vifs débats. Il n'allait pas de soi de concilier ces deux droits fondamentaux de l'être humain que sont le droit de l'enfant à la vérité et le droit du parent à la liberté du secret. Pour ma part, si je défendais le droit de l'enfant à connaître ses origines, j'acceptais aussi l'accouchement sous X. Il fallait se rendre à l'évidence : le droit ne résout pas toutes les contradictions et la coexistence de ces deux droits, le droit à la vérité et le droit à la liberté, ne rendait pas souhaitable une levée du secret des origines. Il faudra plus de dix ans pour que, par les lois des 22 janvier et 24 mars 2002, le Parlement vote nos propositions de 1991.

Si dans ton rôle consultatif, le Conseil d'État sut se montrer résolument novateur, il fut parfois plus hésitant dans son rôle juridictionnel. Je siégeais à la cinquième sous-section, plus particulièrement chargée du contentieux de la responsabilité hospitalière. La jurisprudence traditionnelle était claire : si une simple faute suffisait pour engager la responsabilité d'un service hospitalier, une faute lourde était exigée au cas où le dommage provenait des activités médicales ou chirurgicales proprement dites. Cette preuve était souvent très difficile à rapporter pour les victimes. Je fus amené à étudier le cas d'un patient marseillais M. Bianchi, atteint de tétraplégie le rendant totalement impotent, à la suite d'une artériographie à l'hôpital de la Timone, à Marseille. L'expertise ordonnée ne fit apparaître aucune faute lourde de la part de l'équipe médicale et sa requête aurait dû être rejetée. Il n'en fut sans pendant rien et après quinze ans de procédure, Monsieur Bianchi obtint une importante indemnité. Par un arrêt du 9 avril 1993, il fut admis pour la première fois qu'un établissement hospitalier pouvait être responsable, même en l'absence de toute faute, lorsque l'acte médical présentait un risque exceptionnel. Ayant participé aux longues délibérations qui occupèrent la sous-section lorsque cette affaire vint une première fois devant elle, j'eus l'occasion de constater combien les débats de société peuvent être influencés, au-delà des controverses purement juridiques, par le pouvoir médiatique.

François de Closet organisa une émission télévisée sur ce problème de responsabilité médicale et invita le président de la section du Rapport et des études, Guy Braibant, à y participer. En d'autres temps, il eût été inconcevable qu'il lui soit répondu favorablement. Cependant, Marceau Long, à l'époque vice-président du Conseil d'État, qui connaissait bien le monde audiovisuel du fait de ses fonctions antérieures, attribuait une grande importance à l'information de l'opinion publique. Pour ne pas laisser Guy Braibant descendre seul dans la fosse aux lions, il me demanda de l'accompagner et nous nous retrouvâmes sous le feu des projecteurs, dans une position très particulière. Nous étions assis dans deux fauteuils de toile, une violente lumière dans les yeux, face à un public composé de victimes ou parents de victimes qui n'avaient pas obtenu gain de cause. C'est dire que nous étions en position d'accusés, ayant à se défendre face à un jury peu porté, *a priori*, à l'indulgence. Il n'était pas facile, dans une telle situation, de trouver le ton juste en évitant à la fois l'inhumanité et la démagogie. Les choses s'aggravèrent lorsqu'on parvint au « clou » de l'émission. Monsieur Bianchi lui-même sortit des rangs du public et s'avança dans son fauteuil roulant en direction du président Braibant. Tout dialogue devenait impossible, dans ce qui se révéla être une mise en scène préparée à

l'avance lorsque Monsieur Bianchi, arrivé à proximité immédiate du président, Braibant lui lança : « C'est bien beau tout ce que vous me dites, mais entre votre fauteuil et le mien, je suis prêt à faire l'échange ». Au-delà du caractère théâtral de cette intervention, je perçus une fois de plus que l'appel à la justice ne s'adresse pas seulement à la raison et doit être entendue comme un cri. C'est dire combien je fus heureux lorsque plus tard, dans sa formation d'assemblée, le Conseil d'État trouva le moyen juridique de donner satisfaction à M Bianchi en changeant la jurisprudence traditionnelle jusqu'alors appliquée en matière de responsabilité hospitalière. Le passage de la responsabilité pour faute à une responsabilité fondée sur le risque montra que, sur d'importantes questions de sociétés, des solutions radicalement nouvelles étaient possibles par simple évolution jurisprudentielle, sans besoin d'intervention législative aggravant l'inflation des textes.

En 1989, je pus vivre, dans l'atmosphère feutrée mais cependant passionnée du Conseil, le franchissement d'une étape décisive pour la construction d'un véritable Etat de droit avec l'arrêt Nicolo, rendu le 20 octobre 1989, année symbolique. Pour la première fois se trouvait reconnue la suprématie des traités internationaux sur la loi nationale. L'arrêt déboucha sur la possibilité de contester l'applicabilité de toute loi française qui s'avérerait contraire à des engagements internationaux protecteurs des droits de l'Homme.

Paul Bouchet : Mes sept utopies (p 117 à 121)