



# Droit Public Comparé

ISSN : 3036-2490

---

## 2 | 2024

---

🔗 <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=279>

### Référence électronique

« 2 », *Droit Public Comparé* [En ligne], mis en ligne le 06 juin 2024, consulté le 14 décembre 2025. URL : <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=279>

### Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

DOI : 10.35562/droit-public-compare.279



## SOMMAIRE

---

### **Dossier : La sécurité publique**

Directeur de publication Aurélien Antoine

Aurélien Antoine

Introduction

Olivier Renaudie

L'organisation de la sécurité publique dans les capitales : quelle typologie ?

Baptiste Charvin

De l'Arc de triomphe de Paris au Capitole de Washington D.C.

Léa Boinnard

La militarisation de la sécurité publique au Mexique : les effets ambigus de la réforme constitutionnelle de 2019

Mouna Mouncif-Moungache

L'influence des nouvelles technologies sur l'action de l'Union européenne en matière de sécurité publique

Luc Klein

Restaurer l'ordre par la force des armes et dans le respect du droit : étude historique comparée de la loi martiale et de l'état de siège

### **Actualité des thèses en droit public comparé et étranger**

Directeur de publication Denis Jouve

Denis Jouve

Présentation des actes du colloque sur l'actualité des thèses en droit public comparé et étranger

Mariana Almeida Kato

La transparence de la justice constitutionnelle : une étude de droit comparé (France, Brésil, États-Unis)

Alexis Buixan

La réflexivité au cœur du droit constitutionnel comparé

Rym Fassi-Fihri

Les droits et libertés du numérique. Étude comparée en droits français et américain : éléments de méthode d'une thèse de droit comparé

Mathilde Laporte

La distinction public-privé aux États-Unis et la tradition doctrinale du *legal process*

Maud Michaut

L'État administratif aux États-Unis

Adrien Monat

Le comparatiste et sa méthode

Marie Padilla

Représenter la doctrine publiciste britannique : essai de comparaison juridique critique

Anthony Sfez

Réflexion sur la spécificité et l'intérêt du droit étranger à partir de la thèse *La question catalane ou le problème de la souveraineté en Espagne*

## **L'esprit du droit... vu d'ailleurs**

Directeur de publication Sylvain Soleil

Sylvain Soleil

L'esprit du droit... vu d'ailleurs

María Luisa Zalazar

Les peuples indigènes du Chaco argentin et leur droit aux territoires ancestraux

## **Varia**

Isabelle Noll et Patrick Zimmermann

La gestion de l'épidémie de covid-19 par le droit allemand

# Dossier : La sécurité publique

# Introduction

Aurélien Antoine

DOI : 10.35562/droit-public-compare.288

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

## TEXTE

---

- 1 Depuis le 11 septembre 2001 et l'avènement d'un « monde dangereux<sup>1</sup> », le thème de la sécurité publique est plus que jamais au cœur des politiques publiques des États occidentaux. Les menaces intérieures, nées de mouvements terroristes islamistes agissant depuis l'étranger, justifient la liaison progressivement ontologique entre la sécurité publique et les opérations armées extérieures au nom de la « guerre globale contre le terrorisme<sup>2</sup> ». Les concepts de « sécurité globale » et de « continuum de sécurité » deviennent incontournables dans l'ensemble des démocraties. Il recèle une confusion volontaire entre l'acte de guerre et la préservation de la sécurité intérieure qui relève en partie de la protection de l'ordre public<sup>3</sup>. Cet amalgame assumé n'est pas neutre d'un point de vue juridique et n'est pas sans conséquences sur l'évolution des sociétés démocratiques contemporaines.
- 2 La sécurité publique est une compétence régaliennne de l'État qui est au fondement même de son émergence, de son maintien, de sa légitimité et de sa souveraineté. Elle doit être exercée de façon constante et quotidienne, afin de prévenir des troubles susceptibles de provoquer une guerre civile. La sécurité extérieure et l'intégrité de l'État se déclinent par une autre compétence régaliennne, celle de la défense, qui est tout aussi fondamentale que la précédente dans l'affirmation de la figure de l'État, mais elle s'en distingue. La mobilisation de l'armée doit être exceptionnelle pour tout État *fonctionnant*, c'est-à-dire qui parvient à garantir une situation de paix durable, voire structurelle. Ceci explique que la survenance d'une menace directe de l'intégrité territoriale de l'État doit emporter la mise en œuvre d'un régime d'exception lié à l'urgence de réagir promptement et efficacement en vue d'assurer la pérennité de l'État.

En revanche, dans une société démocratique, le maintien de la composante de l'ordre public qu'est la sécurité est régi par des règles de droit commun tributaires de l'État de droit qui est mis entre parenthèses en cas de contexte de guerre. La distinction entre guerre-défense-armée-régime d'exception d'une part, et paix-sécurité publique-police-droit commun, d'autre part, est un acquis essentiel des États démocratiques – que l'on considère, avec Michel Troper<sup>4</sup>, qu'il en résulte deux domaines de la légalité ou, avec Carl Schmitt, que l'exception s'émancipe en marge de la légalité ou la dépasse<sup>5</sup>. Ce postulat explique que, dans l'ensemble des démocraties, la Constitution et/ou les législations prévoient des régimes d'exception temporaires qui sont différents de ceux qui encadrent les activités de police administrative et judiciaire en temps de paix ou d'absence de danger vital.

- 3 Tout régime politique qui n'opère pas clairement la séparation principielle susmentionnée (et qui est corrélée à la soumission du pouvoir militaire au pouvoir civil) et qui n'aménage pas des conditions précises du recours aux états d'urgence ou d'exception conduit inévitablement à rapprocher, voire à amalgamer la sécurité publique à l'acte de guerre, et, en conséquence, à assumer que la prévention des troubles intérieurs puisse justifier l'application de régimes d'exception favorables à une confusion des pouvoirs au profit des exécutifs et des sphères civiles et militaires<sup>6</sup>. L'assimilation politique de certaines conjonctures à la guerre favorise ainsi la banalisation de l'exception au point que la différenciation entre les missions de sécurité publique et de défense est de plus en plus ardue à établir. L'équivoque juridique qui en résulte est exploitée par les gouvernants pour faire pénétrer dans le droit commun ce qui, auparavant, relevait du régime dérogatoire. Dans le même ordre d'idées, prétendre que le recours aux états d'exception peut se faire dans le respect du droit commun est une proposition qui confine à l'oxymore et qui présuppose que l'exception puisse se conformer au principe<sup>7</sup>.

- 4 Le thème de la sécurité publique est finalement au cœur d'une problématique démocratique et de prééminence du droit qui rend plus que jamais indispensable son étude régulière. La production scientifique des juristes n'a cessé de croître depuis les actes terroristes islamistes des années 2000 qui ont touché, outre les États-Unis, l'Espagne, la Belgique, le Royaume-Uni, et la France. La

décennie 2010 fut caractérisée par une augmentation notable de crimes qualifiés d'attentats en Europe. Depuis 2020, cette tendance tragique se poursuit. Cependant, le terrorisme change en partie de nature avec la multiplication d'actions isolées qui ne sont pas forcément coordonnées depuis l'extérieur, au point que la frontière entre le terrorisme et l'acte criminel de droit commun s'estompe. La prévention de ces entreprises de mort qui marquent l'opinion publique a suscité une logorrhée législative inédite qui correspond le plus souvent à une exploitation politicienne d'événements dramatiques. La majeure partie des lois qui ont été adoptées dans ce contexte ont renforcé les prérogatives des services de police en abaissant les exigences en matière de protection des droits et libertés fondamentaux, en particulier du point de vue des garanties procédurales (accès à un avocat ou au juge par exemple)<sup>8</sup>.

- 5 Le dossier de ce second numéro de la revue *Droit public comparé* offre un aperçu inédit du thème de la sécurité publique. Les contributions qui ont été retenues n'ont pas pour objet de revenir sur l'analyse de législations d'États que la littérature juridique a déjà largement abordées (notamment en ce qui concerne les États-Unis, le Royaume-Uni et la France). À la lumière de nos propos introductifs, il a semblé indispensable de promouvoir une dimension historique et comparative trop rare sur la question fondamentale suivante : comment prévenir les troubles à la sécurité publique et, s'ils adviennent, comment instaurer un cadre juridique à la fois respectueux des droits et libertés individuels et qui limite le recours systématique à la violence pour restaurer l'ordre ? Luc Klein s'attelle à cet exercice difficile en traitant des lois martiales et des états de siège (tous deux liés à la guerre) qui, dans l'histoire des États-Unis et de la France, ont bien souvent été mobilisés afin de réprimer des troubles intérieurs avant que les progrès de la légalité démocratique soutenant la séparation entre les sphères civiles et militaires soumettent ces régimes guerriers à de strictes conditions. Ce regard historique résonne avec une acuité particulière lorsque l'on songe à la tendance contemporaine d'une confusion (politique et en partie juridique) entre les opérations de sécurité publique et les opérations militaires. Le cas de la militarisation de la sécurité publique au Mexique, peu connu et traité par Léa Boinnard, permet

d'appréhender un processus qui pousse à l'extrême la logique présentée en incipit de cet éditorial.

- 6 La sécurité globale et le continuum de sécurité qui président à l'évolution de la conception de la sécurité publique se comprennent également via le mantra selon lequel « la sécurité est l'affaire de tous » et doit mobiliser une multiplicité d'acteurs, y compris privés ou locaux. Olivier Renaudie en fait une démonstration magistrale dans son article sur l'organisation de la sécurité publique dans quatre capitales (Berlin, Bruxelles, Tokyo et Washington). Par la typologie qu'il établit, il démontre que la sécurité n'est plus qu'une affaire de l'État qui se retrouve, en y consentant, concurrencé.
- 7 L'analyse d'Olivier Renaudie, qui permet de prendre la mesure de la spécificité de la gestion de la sécurité publique dans les capitales, peut être utilement complétée par le débat récurrent sur la privatisation des missions de sécurité publique qui a donné lieu à deux jurisprudences retentissantes en France de la part du Conseil constitutionnel. La première portait sur la loi « Sécurité globale » dont le contenu a fait l'objet de nombreuses censures et réserves d'interprétation<sup>9</sup>. L'autre a retenu l'attention puisqu'elle considère que « l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la "force publique" nécessaire à la garantie des droits [...] constitue un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France<sup>10</sup> ». Si ces jurisprudences ne permettent certainement pas de mettre un terme ou de freiner l'empire de la sécurité globale et du continuum de sécurité<sup>11</sup> (une nouvelle fois concrétisés par la loi relative aux Jeux olympiques de 2024<sup>12</sup>), elles en fixent les premières limites à ce qui pourrait être perçu comme une forme d'affaiblissement de l'État par le transfert d'une compétence existentielle.
- 8 Toutefois, face à l'importance des phénomènes de déterritorialisation des enjeux de sécurité publique, force est d'admettre que l'État n'est pas le seul échelon pertinent. Au-delà du terrorisme international qui n'a rien de nouveau, les technologies numériques utilisées aux fins de porter atteinte à la sécurité des institutions (collectivités publiques et entreprises) ne peuvent, du fait de leur immatérialité, faire l'objet d'une régulation véritablement efficace par un État isolé. La réponse



régionale, voire internationale, est incontournable. Concurrencé au niveau local et par la sphère privée, l'État ne peut que s'en remettre à l'action forte d'organisations supranationales, afin de relever les défis des progrès technologiques. L'outil numérique peut néanmoins constituer un atout pour les États démocratiques dans l'objectif d'assurer la sécurité publique, mais dans le respect des droits et libertés fondamentaux. À la fois menaces pour la propre sécurité de l'État et moyens d'étendre son emprise sur la vie quotidienne des individus, les technologies du numérique rendent indispensables une double régulation supranationale devant protéger les États des attaques extérieures (publiques ou privées) et garantir leur utilisation proportionnée à l'égard des individus. Ce sont ces aspects dialectiques que Mouna Mouncif-Moungache examine dans sa présentation du rôle de l'Union européenne afin de réguler l'usage des technologies numériques par les États membres en matière de sécurité publique.

- 9 Non sans paradoxe, le succès de la sécurité globale, la promotion du continuum de sécurité, la prolifération des dispositifs sécuritaires, et l'addiction aux nouvelles technologies pour prévenir toute menace au nom d'un « risque zéro » ou d'une « tolérance zéro » chimériques n'ont pas permis de faire diminuer « l'insécurité ressentie » (Olivier Renaudie) ou d'empêcher la diffusion de l'idée pernicieuse selon laquelle la sécurité serait la première des libertés (au mépris de la sûreté des individus), voire « un droit fondamental » supplantant les autres (Mouna Mouncif-Moungache). Plus encore, des États, dont les législations liberticides et toujours plus sécuritaires ne cessent de se déployer depuis un quart de siècle, n'ont pas su se prémunir de troubles majeurs comme le rappelle Baptiste Charvin dans son travail comparatif entre l'attaque de l'Arc de Triomphe par les Gilets jaunes du 1<sup>er</sup> décembre 2018 à Paris et l'invasion du Capitole le 6 janvier 2021 à Washington.
- 10 La perspective comparatiste proposée dans ce dossier confirme finalement un mouvement d'ensemble préoccupant, déjà identifié et critiqué par les juristes de toute nationalité, attachés à la vivacité de la société démocratique face aux menaces d'un tropisme sécuritaire, né de peurs plus ou moins rationnelles et dirigé vers un « rêve de perfection » qui « transforme nos États de droit en États policiers<sup>13</sup> ».

## NOTES

---

- 1 M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010.
- 2 Expression de G. W. BUSH prononcée lors de son discours du 11 octobre 2001. Cette guerre globale est ainsi conçue : « The attack took place on American soil, but it was an attack on the heart and soul of the civilized world. And the world has come together to fight a new and different war, the first, and we hope the only one, of the 21st century. A war against all those who seek to export terror, and a war against those governments that support or shelter them. », « President Holds Prime Time News Conference », la Maison-Blanche, Office of the Press secretary, 11 octobre 2001 ; voir aussi « Address to the joint session of the 107th Congress », in : *Selected Speeches of President George W. Bush. 2001-2008*, Présidence des États-Unis, G. W. Bush archives, 2009, p. 65 et s.
- 3 Voir le rapport de A. THOUROT et J.-M. FAUVERGUE, *D'un continuum de sécurité vers une sécurité globale*, septembre 2018, dont certaines préconisations sont reprises par la loi n° 2021-646 du 25 mai 2021 pour une sécurité globale préservant les libertés, *Journal officiel de la République française*, 26 mai 2021.
- 4 Pour Michel Troper, « il y a deux séries de règles de droit, applicables pour deux types de situations différentes et l'état d'exception n'a rien d'exceptionnel » ; ou encore « il n'y a pas un état d'exception, puis des règles pour le régir, mais l'état d'exception est la situation qui fait l'objet de règles sur l'état d'exception », M. TROPER, *Le Droit et la Nécessité*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2011, p. 109.
- 5 C. SCHMITT, *Théologie politique*. 1922, 1969, J.-L. SCHLEGEL (trad.), Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 1988. Dans le premier essai de 1922 reproduit en français dans l'ouvrage (*Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*), le lecteur retrouvera p. 15 la célèbre formule « Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle ».
- 6 Parmi les auteurs qui ont traité de cette question, la philosophie aux tonalités métaphysiques de Giorgio Agamben est particulièrement éclairante dans sa capacité à appréhender le phénomène de confusion entre la normalité et l'exception juridique susceptible de déposséder l'individu de

son autonomie à partir d'une réflexion reprenant Arendt, Schmitt, Walter Benjamin et Foucault, G. AGAMBEN, *État d'exception. Homo Sacer II*, 1, J. GAYRAUD (trad.), Paris, Seuil, coll. « L'Ordre philosophique », 2003. Pour une présentation et une critique fort accessible et intégrant une dimension de droit public voir T. MÉNISSIER, « Le droit et la violence de l'exception. Autour de l'œuvre de Giorgio Agamben », *Les Cahiers de la Justice*, 2012, n° 3, p. 75.

7 Cette question a fait l'objet d'un débat dans le cadre de la pandémie de covid-19, en France, mais également à l'étranger, notamment sur la pertinence d'actionner la clause de sauvegarde (article 15) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (voir A. GREEN, « Derogations, deprivation of liberty and the containment stage of pandemic responses », *European Human Rights Law Review*, 2021, n° 4, p. 389 ; en France, voir F. SUDRE, « La Convention EDH face au covid-19 : dépasser les apparences », *Blog du Club des juristes*, 27 avril 2020 ; « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *Blog du Club des juristes*, 20 avril 2020 et JCP G, 2020, vol. 17, n° 510 ; S. TOUZÉ, « La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation... », JCP G, 2020, vol. 17, n° 511 ; G. GONZALEZ, « L'article 15 de la Convention européenne à l'épreuve du covid-19 ou l'ombre d'un doute », *RDLF*, 2020, chron. n° 43 ; O. BAILLET, « Coronavirus et état d'urgence sanitaire : la Convention européenne continue de s'appliquer », *Dalloz Actualité*, 9 octobre 2020).

8 Voir, par exemple, l'évolution du droit dans un État considéré historiquement comme l'un des plus libéraux, le Royaume-Uni (nous nous permettons de renvoyer à notre article « Libres propos sur l'évolution contemporaine de l'état des droits et libertés au Royaume-Uni », *Europe des Droits et Libertés*, 2023, n° 8, p. 456).

9 Décret n° 2021-817 DC du 20 mai 2021, *Loi pour une sécurité globale préservant les libertés*.

10 Décret n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Société Air France* [Obligation pour les transporteurs aériens de réacheminer les étrangers auxquels l'entrée en France est refusée].

11 En ce sens, voir O. CAHN, « Ambiguïtés de la force publique », *Revue de Sciences criminelles*, 2022, p. 155.

12 Loi n° 2023-380 du 19 mai 2023 relative aux Jeux olympiques et paralympiques de 2024 et portant diverses autres dispositions, *Journal officiel de la République française*, 20 mai 2023.

13 M. DELMAS-MARTY, « Le rêve de perfection transforme nos États de droit en États policiers », *Le Monde*, 1<sup>er</sup> mars 2021.

## AUTEUR

---

**Aurélien Antoine**

Professeur des universités, titulaire de la chaire droit et politique comparés,  
Faculté de droit Université Jean-Monnet Saint-Étienne (CERCRID UMR 5137 /  
CERSA UMR 7106)

IDREF : <https://www.idref.fr/125925778>

HAL : <https://cv.archives-ouvertes.fr/aurelien-antoine>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000071451889>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/16143656>

# L'organisation de la sécurité publique dans les capitales : quelle typologie ?

Olivier Renaudie

DOI : 10.35562/droit-public-compare.290

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

## PLAN

---

1. Les capitales dénuées de particularisme policier
  - 1.1. Berlin
  - 1.2. Bruxelles
2. Les capitales dotées d'un particularisme policier
  - 2.1. Tokyo
  - 2.2. Washington, D.C.
- Conclusion

## TEXTE

---

- 1 Le modèle français de sécurité publique<sup>1</sup> se distingue par un certain nombre de caractéristiques. D'un point de vue fonctionnel, il est marqué par la distinction classique entre, d'une part, la police judiciaire, dont l'objet est de réprimer les infractions, et d'autre part, la police administrative, dont l'objet est de prévenir les troubles à l'ordre public. D'un point de vue institutionnel, ce modèle est également marqué par l'existence de dualismes : celui des forces de police (étatiques et municipales) ; celui des autorités de police (autorités agissant au nom de l'État, d'un côté, autorités agissant au nom de la commune, de l'autre). Mais, à la vérité, ce n'est pas là l'essentiel. Ce qui fait la singularité du modèle français de sécurité publique, c'est que celui-ci est davantage tourné vers la protection de l'État, que vers la protection des personnes et des biens. En effet, à la différence d'autres modèles, notamment anglo-saxons, fondés sur l'idée de service offert à la population, le modèle français s'est, pour sa part, construit sur l'idée qu'il fallait protéger l'État là où il était susceptible d'être attaqué ou mis en cause. Il est à cet égard

significatif que la plupart des historiens de la police française considèrent que son acte de naissance est l'Édit royal du 16 mars 1667<sup>2</sup>. Ce texte, qui crée la charge de lieutenant de police de Paris, débute par cette phrase : « Notre bonne ville étant la capitale de nos États et le lieu de notre séjour ordinaire, nous avons estimé que rien n'était plus digne de nos soins que d'y bien régler la justice et la police ». C'est parce que le roi réside à Paris que la sécurité publique doit y être bien organisée. Après l'intermède révolutionnaire, le consulat prolongera cette vision en créant la préfecture de police à Paris<sup>3</sup>, dont la persistance symbolise le particularisme statutaire de l'organisation de la sécurité publique dans la capitale française.

- 2 Reposant sur des fondements anciens, ce modèle n'en est pas moins contesté depuis environ une trentaine d'années. Deux mouvements contribuent plus particulièrement à cette contestation. Le premier mouvement est celui de décentralisation territoriale. Entamé au début des années 1970, ce mouvement a été prolongé par la loi du 2 mars 1982, qui procède notamment à la suppression des tutelles et au transfert d'un certain nombre de compétences de l'État vers les collectivités territoriales<sup>4</sup>. Il a été amplifié par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003<sup>5</sup>, qui consacre le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales et affirme le caractère décentralisé de la République. Le second mouvement est le passage à une logique de sécurité. Longtemps, le système policier français a obéi à une logique d'origine juridique fondée sur le maintien de l'ordre public, principalement envisagé comme l'absence de désordre matériel. Une rupture a cependant eu lieu dans les années 1970 avec l'apparition de ce que l'on a appelé le sentiment d'insécurité<sup>6</sup> : désormais, il ne s'agit plus de répondre à une délinquance objective, mais également à une insécurité ressentie. La prise en compte de cette insécurité ressentie oblige ainsi les pouvoirs publics à se situer par rapport à une demande sociale et à répondre aux attentes des citoyens. Il en découle une remise en cause du modèle policier traditionnel et une globalisation des réponses à l'insécurité. Cette globalisation des réponses s'est traduite par l'émergence d'un concept, celui de coproduction de la sécurité : apparu lors des débats relatifs à la loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne, ce concept renvoie à l'idée selon laquelle la sécurité est « l'affaire de tous »<sup>7</sup>. Il faut

comprendre cette affirmation comme signifiant que l'État a une responsabilité éminente en matière de sécurité, mais n'est plus en situation de monopole. Pour apprécier le problème de la sécurité dans sa globalité, il convient dès lors de fédérer les actions de tous ceux qui concourent à sa production : les élus locaux, les magistrats, les associations, les travailleurs sociaux, les forces privées de sécurité, etc.

- 3 La conjonction de ces deux mouvements a conduit à faire évoluer le modèle français de police vers une meilleure protection des personnes et des biens. Cette évolution s'est traduite de manière fonctionnelle avec notamment la création de nouvelles incriminations pénales ou encore la multiplication des polices administratives spéciales<sup>8</sup>. Elle s'est également traduite de manière institutionnelle avec le rapprochement de la police et de la gendarmerie nationale, le renforcement des forces de police municipale, mais encore la réforme de l'organisation de la sécurité publique à Paris. Cette dernière s'est traduite de deux manières. D'une part, plusieurs compétences en matière de sécurité publique ont été transférées du préfet de police vers le maire de Paris, principalement en matière de salubrité publique, de circulation et de stationnement<sup>9</sup>. D'autre part, après avoir été longtemps considérée comme contraire au modèle français de police, une police municipale parisienne a été créée par la loi du 28 février 2017 relative au statut de Paris<sup>10</sup>.
- 4 Le constat de ce particularisme de l'organisation de la sécurité publique à Paris, mais également celui de son évolution, conduit à se demander ce qu'il en est ailleurs. Plus précisément, il est permis de s'interroger sur les modalités selon lesquelles est organisée la sécurité publique dans d'autres capitales. Dans cette perspective, il convient de rappeler comment ce dernier terme peut être défini et quelles capitales peuvent être comparées à Paris.
- 5 Le terme de capitale<sup>11</sup> est d'usage si courant que l'on pourrait penser sa définition aisée. Ce n'est pas tout à fait le cas : il n'est que de se reporter aux dictionnaires usuels pour s'en convaincre. La capitale y est définie tantôt comme la « ville principale d'un État »<sup>12</sup>, tantôt comme la « ville où siège le Gouvernement d'un État »<sup>13</sup>. Il arrive même parfois que ces deux éléments soient compris dans une seule

et même définition : Le Robert évoque ainsi la « ville qui occupe le premier rang d'un État, une province et qui est le siège du Gouvernement »<sup>14</sup>. À la vérité, la définition de la capitale d'un État comme la ville principale de celui-ci manque de rigueur et de précision, ne serait-ce qu'en raison des nombreux critères, d'ordre démographique, économique ou socioculturel, susceptibles d'être utilisés pour identifier celle des villes d'un État qui occupe le premier rang. Il convient donc de préférer la définition de la capitale fondée sur le siège du Gouvernement. Pour être plus précis encore et tenir compte de la diversité des formes d'organisation du pouvoir politique, on peut définir la capitale comme la ville où siègent de manière permanente les organes suprêmes de l'État. À cette définition, s'attachent généralement deux fonctions principales<sup>15</sup>. La première est celle de symbole de l'unité nationale : la capitale n'est en effet pas seulement le centre de l'activité politique, elle est également, au même titre que le drapeau ou l'hymne national, un emblème de l'État. La capitale joue ainsi, comme le souligne Simone Dreyfus, « un rôle de ralliement, d'unification et de stabilisation »<sup>16</sup>. La seconde fonction est celle de centre de l'activité diplomatique : siège des organes suprêmes de l'État, la capitale est aussi celui des diplomates représentant les États étrangers et, souvent, celui des organisations internationales. Une fois ainsi défini la capitale et les fonctions qu'elle exerce, le lien entre celle-ci et l'idée selon laquelle la sécurité publique doit y être organisée différemment des autres villes, apparaît clairement : la présence sur le territoire de la ville capitale des organes suprêmes de l'État et des représentations diplomatiques justifie des mesures spécifiques de protection contre d'éventuelles attaques.

- 6 Reste que, si un tel lien apparaît clairement identifiable en France, il n'est pas certain qu'il soit si évident ailleurs. D'où l'intérêt d'étudier l'organisation de la sécurité publique dans d'autres capitales. Lesquelles ? Notre choix s'est porté sur des capitales d'envergure comparable à Paris et situées, pour certaines en Europe, pour d'autres, au-delà de l'Europe, pour certaines, dans un État unitaire, pour d'autres, dans un État fédéral. Nous analyserons donc l'organisation de la sécurité publique à Berlin, Bruxelles, Tokyo et Washington. Une telle étude présente l'intérêt d'établir une typologie : une première catégorie permet de regrouper les capitales



ne présentant aucun particularisme policier (1.) ; une seconde catégorie permet de regrouper celles dotées d'un certain particularisme policier (2.).

## 1. Les capitales dénuées de particularisme policier

- 7 Le rang de capitale n'impose pas à lui seul une organisation spécifique de la police. Certaines capitales apparaissent en effet dénuées de tout particularisme statutaire en matière d'organisation de la sécurité publique : tel est le cas de Berlin (1.1.) et Bruxelles (1.2.).

### 1.1. Berlin

- 8 L'organisation de la sécurité publique dans la capitale de la République fédérale d'Allemagne ne présente guère de spécificités par rapport à celle des autres villes : ni la réunification allemande de 1990<sup>17</sup>, ni le transfert, en 1994<sup>18</sup>, des pouvoirs publics de Bonn à Berlin, n'ont entraîné de modifications substantielles en la matière<sup>19</sup>. Il convient d'évoquer les principes généraux de l'organisation de la police en Allemagne et leur mise en œuvre à Berlin. Comme le souligne Albrecht Funk, « parler d'une police allemande est d'un point de vue juridique et structurel inexact<sup>20</sup> ». La police en Allemagne est en effet organisée sur deux niveaux, celui de l'État fédéral et celui des *Länder*, qui sont au nombre de seize : il y a dès lors autant de polices que de *Länder*, auxquelles il faut ajouter la police fédérale. Cette organisation résulte du caractère fédéral de l'État<sup>21</sup> et des dispositions de la Loi fondamentale<sup>22</sup>, dont l'article 30 pose le principe que « l'exercice des prérogatives et l'accomplissement des tâches de l'État incombent aux *Länder*, à moins que la présente loi fondamentale n'en dispose autrement ou n'admette un autre règlement ». Deux dispositions de la Loi fondamentale allemande sont ainsi relatives à la police : l'article 73, paragraphe 5, précise que la police des frontières est du ressort exclusif de l'État fédéral ; l'article 87, paragraphe 1, dispose qu'en dehors de la police des frontières, il peut être établi, par voie de lois fédérales, des services centraux dans les domaines suivants : la police du renseignement, la police criminelle et la protection de la Constitution.

- 9 L'organisation de la police fédérale allemande résulte des lois fédérales du 19 octobre 1994 et du 21 juin 2005. Placée sous l'autorité du ministre fédéral de l'Intérieur, elle est composée d'environ 40 000 agents<sup>23</sup>, répartis au sein de services centraux comme, par exemple, l'Office fédéral de la police criminelle ou l'Office fédéral pour l'information et la communication, et de services régionaux, au nombre de cinq : le service « Nord », situé à Bad-Bramstedt, le service « Est », situé à Berlin, le service « Milieu », situé à Fulda, le service « Sud », situé à Munich et le service « Ouest », situé en Saint-Augustin. Telles qu'elles ont été précisées par les lois fédérales de 1994 et 2005, les missions de la police fédérale, qui découlent des dispositions constitutionnelles précitées, sont la police des frontières de l'État fédéral, la police des chemins de fer, la police des aéroports, la police criminelle s'agissant des affaires qui dépassent le territoire d'un *Land*, la protection des institutions constitutionnelles de l'État fédéral et des représentations diplomatiques étrangères, le soutien aux polices des *Länder* en cas d'opération de grande envergure<sup>24</sup>.
- 10 L'organisation de la police dans chaque *Land* relève de l'appréciation quasi souveraine de celui-ci. On pourrait dès lors penser qu'il existe des différences majeures entre les *Länder*. Ce n'est pas le cas : la police y est organisée selon le même modèle<sup>25</sup>. Les seules particularités tiennent au type de *Land* dont il s'agit : parmi les différents *Länder*, il existe en effet des villes-États au sein desquelles les administrations communales et étatiques se confondent<sup>26</sup>. Tel est le cas de la ville capitale<sup>27</sup> : Berlin est gouverné par une assemblée de 141 membres, qui nomme le *Regierender Bürgermeister*, lequel exerce à la fois les fonctions de maire de la ville et de Premier ministre du *Land*. Sur proposition de ce dernier, elle nomme également les huit sénateurs qui composent le gouvernement du *Land* (*Senat von Berlin*). Placée sous l'autorité du sénateur aux Affaires intérieures, la police de Berlin est commandée par un président de police<sup>28</sup>. Haut fonctionnaire nommé par le sénateur aux Affaires intérieures, le président de police commande une force de 23 000 agents<sup>29</sup>, dont la mission générale est, aux termes de la loi du *Land* du 14 avril 1992<sup>30</sup>, la protection de la sécurité et de l'ordre publics à Berlin. Comme celles des autres *Länder*<sup>31</sup>, la police de Berlin est composée de services centraux, à

vocation générale<sup>32</sup> ou spécialisés<sup>33</sup>, et de services déconcentrés, dont la compétence territoriale épouse les limites des douze districts de la ville

- 11 En Allemagne, il n'y a donc pas, en matière de sécurité publique, d'institution propre à la capitale. Tout au plus peut-on remarquer que la protection des organes constitutionnels de l'État fédéral et des représentations diplomatiques étrangères, qui se trouvent par définition sur le territoire de la capitale, ne relève pas de la compétence de la police du *Land* de Berlin, mais de celle du service régional « Est » de la police fédérale, lequel a, comme on l'a vu, son siège à Berlin.

## 1.2. Bruxelles

- 12 Comme Berlin, Bruxelles est à la fois la capitale d'un État fédéral<sup>34</sup> et une entité fédérée à part entière ; c'est également le siège des principaux organes de l'Union européenne<sup>35</sup>, mais aussi celui d'autres organismes internationaux comme, par exemple, l'OTAN. En dépit de leur importance, ces différents facteurs n'ont que peu d'influence sur l'organisation de la police, laquelle est, au prix de quelques aménagements, proche de celle des autres villes belges.
- 13 Aux termes des dispositions de la loi du 7 décembre 1998<sup>36</sup>, qui a opéré une réforme d'envergure de la police belge<sup>37</sup>, celle-ci est organisée sur deux niveaux, fédéral et local, qui « assurent ensemble la fonction de police intégrée »<sup>38</sup>. Autonomes, ces deux niveaux entretiennent néanmoins, comme le prévoit la loi, des relations d'ordre fonctionnel<sup>39</sup>.
- 14 La police locale a pour mission d'« assurer au niveau local la fonction de police de base, laquelle comprend toutes les missions de police administrative et judiciaire nécessaires à la gestion des événements et des phénomènes locaux sur le territoire de la zone de police, de même que l'accomplissement de certaines missions à caractère fédéral ». Elle est constituée de 196 corps de police, compétents sur le territoire d'une ou plusieurs communes. Chaque corps de police locale est placé sous la direction d'un chef de corps<sup>40</sup>, lequel exerce son activité sous l'autorité du bourgmestre pour les zones formées d'une seule commune et sous celle d'un collège de police, formé par

les bourgmestres des différentes communes de la zone de police, pour les zones composées de plusieurs communes<sup>41</sup>.

- 15 La police fédérale a, de son côté, pour mission d'« assurer sur l'ensemble du territoire, dans le respect des principes de spécialité et de subsidiarité, les missions spécialisées et supralocales de police administrative et judiciaire, ainsi que des missions d'appui aux polices locales ». Dirigée par un commissaire général, elle est placée sous l'autorité conjointe du ministre de l'Intérieur et du ministre de la Justice<sup>42</sup>. Elle est, par ailleurs, composée de 15 000 agents<sup>43</sup>, répartis dans les différents services centraux<sup>44</sup> et déconcentrés<sup>45</sup>.
- 16 Plusieurs mécanismes de coordination de la police locale et de la police fédérale sont prévus par la loi de 1998. Au niveau central, les ministres de l'Intérieur et de la Justice sont chargés de « coordonner la politique générale en matière de police ainsi que de coordonner la gestion de la police générale et de la police locale<sup>46</sup> » : ils sont, pour cela, assistés d'un conseil fédéral de police<sup>47</sup> et d'un conseil consultatif des bourgmestres<sup>48</sup>. Au niveau des provinces<sup>49</sup>, le gouverneur<sup>50</sup> est notamment chargé de « veiller à la bonne coopération entre les services de police et entre les zones de police dans sa province<sup>51</sup> ». À cette fin, des réunions de concertation regroupant le procureur général près la Cour d'appel, le gouverneur, les représentants de la police fédérale et les représentants des polices locales doivent être régulièrement organisées. Au niveau des zones de police, il est instauré un conseil zonal de sécurité, au sein duquel est organisée une concertation entre les bourgmestres, le procureur du Roi, le chef de corps de la police locale et le directeur coordinateur administratif de la police fédérale<sup>52</sup>.
- 17 Pour mieux appréhender la manière dont la sécurité publique de Bruxelles s'inscrit dans le paysage policier belge, il convient de rappeler que la région de Bruxelles-Capitale est l'une des trois régions qui composent la Belgique<sup>53</sup>. Elle est formée de dix-neuf communes, dont les habitants élisent les membres du Parlement bruxellois, lequel désigne les ministres et secrétaires d'État du Gouvernement bruxellois, organe exécutif de la région, mais également de l'agglomération<sup>54</sup>. Bruxelles-Capitale n'est pas une province, mais un arrondissement administratif<sup>55</sup> : ainsi, elle ne dispose ni de conseil provincial ni de députation permanente<sup>56</sup> ; en

revanche, comme dans les provinces, il existe un gouverneur. Nommé par le Gouvernement de Bruxelles, après avis conforme du conseil des ministres du Gouvernement fédéral<sup>57</sup>, le gouverneur de Bruxelles-Capitale exerce, comme ses homologues dans les provinces, trois missions principales : le maintien de l'ordre public<sup>58</sup>, l'élaboration des différents plans d'urgence en matière de sécurité civile<sup>59</sup> ; la délivrance des ports d'arme<sup>60</sup>.

18 Sur le territoire de Bruxelles-Capitale<sup>61</sup>, qui est aussi celui de l'arrondissement administratif, cohabitent les services des polices locales et ceux de la police fédérale. S'agissant des polices locales, Bruxelles-Capitale est divisée en six zones de police, comprenant chacune deux ou trois communes<sup>62</sup>. Conformément aux dispositions de la loi de 1999, il y a dans chaque zone un corps de police, dirigé par un chef de corps placé sous l'autorité d'un collège de police et administré par un conseil de police. S'agissant de la police fédérale, de nombreux services déconcentrés interviennent sur le territoire de l'arrondissement de Bruxelles-Capitale. Deux services sont compétents sur l'ensemble de ce territoire : le service judiciaire d'arrondissement<sup>63</sup> et le service de coordination et d'appui<sup>64</sup>. Plusieurs autres exercent leur mission sur certaines parties de ce territoire : le service de la police des chemins de fer dans les différentes gares et le métro de Bruxelles ; le service de la police de la route en matière de police de la circulation sur les grands axes routiers ; le service de la police des voies maritimes sur les voies navigables traversant l'arrondissement de Bruxelles ; le service de la sécurité chargé de la protection du palais royal. La coordination de l'ensemble des services de police bruxellois est assurée par le gouverneur qui veille à leur coopération en réunissant régulièrement les différents acteurs concernés<sup>65</sup>.

19 Ainsi, l'organisation de la sécurité publique à Bruxelles n'est pas différente de celle des autres villes belges. Deux particularités méritent toutefois d'être relevées : la composition spécifique des conseils de police de l'arrondissement administratif, qui doit tenir compte du bilinguisme de la région de Bruxelles-Capitale<sup>66</sup> ; les missions de police à caractère fédéral assurées par les polices locales bruxelloises<sup>67</sup>. En effet, eu égard à la fonction de capitale de Bruxelles et à sa dimension à la fois européenne et internationale, les polices locales y sont davantage sollicitées qu'ailleurs pour assurer,

par exemple, la sécurité lors des sommets européens ou le maintien de l'ordre à l'occasion de manifestations de voie publique<sup>68</sup>. C'est pour cette raison qu'a été créé par le législateur un « fonds de financement du rôle international et de la fonction de capitale de Bruxelles<sup>69</sup> », destiné à financer l'exercice par les polices locales bruxelloises de ces missions<sup>70</sup>.

- 20 Comme le montrent les exemples de Berlin et Bruxelles, il existe donc une première catégorie de capitales, dont l'organisation de la sécurité publique ne présente aucune spécificité particulière par rapport à celle des autres villes. En cela, ces deux capitales apparaissent très éloignées du modèle parisien. Cependant, d'autres s'en rapprochent davantage et constituent la seconde catégorie de la typologie : celle des capitales dotées d'un particularisme policier.

## 2. Les capitales dotées d'un particularisme policier

- 21 Comme c'est le cas de Paris, certaines capitales apparaissent dotées d'un particularisme statutaire en matière de sécurité publique. Ce particularisme est cependant d'une intensité variable, comme en témoigne l'étude de Tokyo (2.1.) et de Washington, D.C. (2.2.).

### 2.1. Tokyo

- 22 Tokyo n'est pas seulement la capitale du Japon<sup>71</sup>. Avec douze millions d'habitants, c'est également l'une des villes les plus peuplées au monde<sup>72</sup>. La conjonction de ces deux facteurs pourrait justifier l'existence d'une institution spécifique en matière de police : tel n'est pourtant pas le cas. L'organisation de la police à Tokyo présente néanmoins une certaine originalité par rapport à celle des autres grandes villes japonaises.
- 23 Avant d'évoquer l'organisation de la police, il convient de rappeler que le Japon est un État unitaire au sein duquel le pouvoir législatif est confié à un Parlement bicaméral, la Diète, qui se compose d'une Chambre des représentants et d'une Chambre des conseillers, dont les membres sont élus au suffrage universel direct<sup>73</sup>. De son côté, le pouvoir exécutif appartient au cabinet : composé du Premier ministre

et de ministres d'État, il est responsable devant la Diète<sup>74</sup>. Comme le précise la Constitution, la souveraineté appartient au peuple, et non plus à l'empereur, lequel est désormais défini comme « le symbole de l'État et de l'unité du peuple<sup>75</sup> ». S'il est un État unitaire, le Japon n'en est pas moins largement décentralisé<sup>76</sup>. La loi du 17 avril 1947 relative à l'autonomie locale<sup>77</sup> prévoit en effet l'exercice par les collectivités territoriales de nombreuses compétences<sup>78</sup>. Sur ce point, le Japon est divisé en 47 régions, chacune dirigée par un gouverneur<sup>79</sup> et une assemblée, élus au suffrage universel direct, et 3 245 communes. Depuis la loi sur la police du 1<sup>er</sup> juillet 1954<sup>80</sup>, qui a supprimé les polices municipales<sup>81</sup>, l'organisation de la police japonaise est structurée sur deux niveaux, national et régional.

- 24 Au niveau national, la sécurité publique ne relève pas directement d'un ministre, mais d'un organisme, dont l'existence a pour objet de garantir la neutralité de la police : la Commission nationale de la sécurité publique. Présidée par le ministre de l'Intérieur, cette commission est composée de cinq membres nommés pour cinq ans par le Premier ministre après approbation des deux chambres de la Diète. Comme le précise la loi de 1954<sup>82</sup>, ces membres ne doivent pas avoir exercé de fonctions dans les domaines de la police et de la justice durant les cinq années qui précèdent leur nomination ; pas plus de deux d'entre eux ne peuvent par ailleurs appartenir au même parti politique. La Commission nationale de la sécurité publique est investie de deux missions principales : elle définit les standards généraux relatifs à la formation, l'équipement, les statistiques, l'identification criminelle et elle supervise l'activité de l'Agence nationale de la police. L'Agence nationale de la police est dirigée par un commissaire général, nommé et révoqué par la Commission nationale de la sécurité publique après approbation du Premier ministre : elle est chargée de la mise en œuvre des règlements édictés par la commission nationale, de l'exercice de certaines missions à caractère national comme la police du renseignement, la police des étrangers ou la lutte contre le crime organisé, ainsi que de la coordination de l'activité des polices régionales<sup>83</sup> ; elle dispose pour cela d'environ 7 500 agents répartis au sein de différents services centraux<sup>84</sup> et déconcentrés<sup>85</sup>, chiffre qui peut paraître dérisoire si on le compare aux 274 000 agents des polices régionales.

- 25     Au niveau local, il existe autant de forces de police que de régions. La loi de 1954 dispose en effet que les autorités régionales sont compétentes pour « protéger la vie, les personnes et la propriété » et « maintenir l'ordre et la sécurité publics<sup>86</sup> ». Dans chaque région, il existe ainsi une commission régionale de sécurité publique : composée de trois ou cinq membres<sup>87</sup>, nommés pour trois ans par le gouverneur après approbation de l'assemblée régionale, cette commission est chargée de superviser l'activité de la force régionale de police et de coordonner les différentes opérations de police ; elle est par ailleurs chargée de la délivrance des ports d'armes et des permis de conduire<sup>88</sup>. Chaque force régionale de police est commandée par un chef de police nommé et révoqué par la Commission nationale de la sécurité publique, après avis de la commission régionale<sup>89</sup>.
- 26     Au sein de l'organisation administrative japonaise, Tokyo occupe une place dont il est difficile de dire si elle est ou non particulière<sup>90</sup>. Sur le plan statutaire, il convient de noter que « le gouvernement de la métropole de Tokyo est une organisation régionale similaire à celle des autres régions du pays. Tout comme les autres régions, le GMT a un gouverneur et une Assemblée, les deux étant élus pour une période de quatre ans<sup>91</sup> ». L'on doit par ailleurs ajouter que les compétences exercées par ces autorités sont identiques à celles des autres autorités régionales. En dépit de cette similarité, Tokyo présente plusieurs caractéristiques propres. La première tient à son appellation : Tokyo est en effet la seule « région métropolitaine<sup>92</sup> ». La deuxième tient à ce que Tokyo est la seule région sur le territoire de laquelle on trouve des arrondissements, et non uniquement des communes<sup>93</sup>. La troisième tient à la position particulière du gouverneur de la région de Tokyo, lequel, du fait de son élection au suffrage universel direct par plus d'un dixième de la population japonaise, jouit d'une légitimité importante et d'une forte influence au sein du système politico-administratif japonais.
- 27     Des remarques identiques peuvent être formulées à propos de l'organisation de la sécurité publique à Tokyo. Conformément au droit commun, il existe à Tokyo une commission régionale de la sécurité publique, formée de cinq membres nommés pour trois ans par le gouverneur de la région de Tokyo, dont la principale fonction est de superviser l'activité de la force régionale de police. Composée



d'environ 45 000 agents<sup>94</sup>, cette force de police exerce des missions et compétences identiques à celles des autres forces régionales de police<sup>95</sup>. Plusieurs caractéristiques originales méritent toutefois d'être relevées. En premier lieu, à la différence des autres forces régionales dirigées par un chef de police, la police de Tokyo est désignée sous l'appellation de département de la police métropolitaine (*metropolitan police department*) et est dirigée par un commissaire général (*superintendent general*)<sup>96</sup>. En deuxième lieu, la procédure de nomination du commissaire général est différente de celle des autres chefs régionaux de police : alors que ces derniers sont, on l'a vu, nommés et révoqués par la Commission nationale de la sécurité publique après approbation de la commission régionale, le commissaire général de la police métropolitaine de Tokyo est, quant à lui, nommé et révoqué par la Commission nationale de sécurité publique après avis du Premier ministre<sup>97</sup>. En troisième lieu, on peut souligner la présence sur le territoire de la région de Tokyo d'une force de police que l'on peut qualifier de propre à la capitale, la garde impériale : composée de 900 agents, rattachée à l'Agence nationale de la police, la garde impériale est chargée de la protection de l'empereur et de sa famille et de la sécurité du palais impérial<sup>98</sup>.

## 2.2. Washington, D.C.

- 28 Les États-Unis d'Amérique sont une fédération constituée de cinquante États. Washington, D.C. (*District of Columbia*), en est la capitale fédérale<sup>99</sup>. La ville est soumise à un statut particulier qui prend la forme d'un district fédéral. La sécurité publique n'est sans doute pas le domaine où l'originalité statutaire de la capitale fédérale est la plus prononcée ; plusieurs particularismes peuvent cependant être relevés.
- 29 Comme le fait remarquer Elisabeth Zoller, « le droit des États-Unis est tout entier adossé à une structure fédérale et présente, de ce fait, une organisation duale entre un droit des États et un droit fédéral<sup>100</sup> ». La police n'échappe pas à l'influence décisive du fédéralisme : il est dès lors nécessaire de distinguer la police fédérale des polices des États. Il faut y ajouter les polices locales, qui se trouvent dans les villes et les comtés. L'organisation de la police aux États-Unis<sup>101</sup> peut ainsi être présentée comme structurée sur

trois niveaux, qui correspondent aux trois niveaux de gouvernement (*federal government, state government, local government*).

- 30 Au niveau fédéral, deux ministères se partagent la responsabilité de la police : le ministère de la Justice (*Department of Justice*) et le ministère de la Sécurité intérieure (*Department of Homeland Security*). Créé en 1870, le ministère de la Justice est dirigé par le ministre de la Justice (*Attorney general*), lequel est chargé du respect de la loi et de la protection de la société contre toute activité criminelle et subversive. Il comprend plus d'une quarantaine de services et agences spécialisées ayant compétence sur l'ensemble du territoire national : les plus importants sont le Bureau fédéral d'enquête (*Federal Bureau of Investigation*), le service de lutte contre les stupéfiants (*Drug Enforcement Administration*), le service de recherche des fugitifs (*United States Marshals Service*) et le bureau des alcools, tabacs, armes à feu et explosifs (*Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms and Explosives*). Le ministère de la Sécurité intérieure a été créé par la loi du 25 novembre 2002<sup>102</sup> en réaction aux événements du 11 septembre 2001. Il est dirigé par un secrétaire d'État (*Homeland Security Secretary*) qui, comme le ministre de la Justice, fait partie du Cabinet du président des États-Unis. Définies par la loi de 2002<sup>103</sup>, ses missions sont au nombre de quatre : la sécurité des transports et des frontières, la préparation et la réaction aux situations d'urgence, la définition des contre-mesures dans les domaines chimique, biologique et nucléaire, ainsi que l'analyse des informations et la protection des infrastructures. Au sein du ministère, chacune de ces missions correspond à une direction, sans compter celle chargée des finances, des personnels et du matériel. Au total, ce sont plus de 88 000 agents qui sont ainsi répartis dans les différents services et agences en charge de la police au niveau fédéral.
- 31 Au niveau des États, chacun – à l'exception de celui d'Hawaï – dispose d'une force de police, qui est généralement dénommée police d'État (*State Police*)<sup>104</sup>. Si ces 49 forces de police ont en commun d'être placées sous le commandement d'un *superintendant* nommé et révoqué par le gouverneur de l'État, elles n'en diffèrent pas moins sur de nombreux points<sup>105</sup>. Le plus important tient à ce que leur compétence varie selon les États. Sur le plan territorial, certaines

polices d'État exercent leurs missions sur l'ensemble du territoire de l'État, alors que d'autres ne sont autorisées à intervenir qu'en dehors des circonscriptions des polices locales. Sur le plan matériel, certaines polices d'État exercent des compétences limitées à la police des autoroutes de l'État (*State highways*) et à la protection du gouverneur, alors que d'autres ont une compétence générale en matière de respect de la loi et de police judiciaire<sup>106</sup>. Au total, ce sont plus de 82 000 agents qui sont ainsi répartis au sein de ces différentes forces de police.

32 Au niveau local, il existe deux types de forces de police. Il y a tout d'abord les polices des villes (*cities* ou *townships*) dirigées par un chef de police nommé et révoqué par le maire (*mayor*). Si, comme le précise Erik Monkonnén, « la police américaine reste fondamentalement une activité municipale<sup>107</sup> », c'est parce que le maire est l'autorité chargée du maintien de l'ordre public et de l'exécution de la loi au niveau local<sup>108</sup>. En 2000, il y avait ainsi plus de 12 600 polices de ce type qui employaient 440 000 agents<sup>109</sup>. Il y a également les polices des comtés (*counties*) qui constituent un échelon intermédiaire entre les villes et l'État<sup>110</sup> : elles sont placées sous l'autorité d'un *sheriff* élu au suffrage universel direct ; la durée du mandat et les missions qui lui sont dévolues varient d'un État à l'autre<sup>111</sup>. En 2000, il y avait ainsi 3 070 polices des comtés, regroupant plus de 164 000 agents.

33 Au sein de l'organisation politico-administrative des États-Unis, Washington, D.C. occupe une place à part<sup>112</sup>. En tant que capitale fédérale, la ville est en effet soumise à un statut particulier : elle ne fait partie d'aucun État fédéré et constitue un district fédéral depuis 1790<sup>113</sup>. L'application d'un tel statut trouve son origine dans les dispositions de l'article 1<sup>er</sup>, section 8 de la Constitution des États-Unis du 17 septembre 1787, aux termes desquelles « le Congrès aura le pouvoir [...] d'exercer une législation exclusive, dans tous les cas quelconques, sur tel district (ne dépassant pas dix mille mètres carrés), qui pourra devenir, en vertu de la cession de certains États et sur l'acceptation du Congrès, le siège du Gouvernement des États-Unis<sup>114</sup> ». De ces dispositions, il découle que Washington, D.C., est étroitement subordonné au pouvoir fédéral : comme le fait remarquer Xavier Prétot, cela « n'implique nullement la suppression de toute autonomie du District, [...] seulement la compétence

exclusive du pouvoir fédéral et, en premier chef, du Congrès, pour définir les règles juridiques applicables sur le sol du District <sup>115</sup> ».

34 Défini par la loi fédérale du 24 décembre 1973 <sup>116</sup>, le statut de Washington, D.C., consacre une véritable autonomie administrative au profit de la capitale fédérale. La ville est ainsi administrée par un conseil municipal (D.C. Council) composé de treize membres et un maire (D.C. Mayor), tous élus au suffrage universel direct pour quatre ans <sup>117</sup> : « le D.C. Council constitue ainsi à la fois le législateur <sup>118</sup> et l'assemblée délibérante de la capitale, tandis que le maire de D.C. cumule l'ensemble des fonctions exécutives et administratives correspondantes <sup>119</sup> ». Le texte prévoit cependant de nombreuses limitations à cette autonomie au profit de l'État fédéral <sup>120</sup>. Les lois votées par le D.C. Council doivent être transmises au président de chacune des deux chambres du Congrès : elles n'acquièrent force exécutoire que dans la mesure où, dans les trente jours suivant leur transmission, la Chambre des représentants et le Sénat n'ont pas adopté une résolution concurrente de désapprobation <sup>121</sup>. En dépit de la délégation accordée au D.C. Council en matière législative, le Congrès a le pouvoir d'édicter toute disposition législative concernant n'importe quel sujet relatif au district fédéral <sup>122</sup>. Le budget adopté par le D.C. Council doit être transmis au président des États-Unis, lequel est chargé de le soumettre au Congrès pour approbation : ce n'est qu'une fois approuvé par le Congrès par le biais d'une loi fédérale que le budget du district devient exécutoire <sup>123</sup>. Le président conserve le droit de nommer tous les juges des tribunaux du district <sup>124</sup>. Il faut ajouter que si les habitants de Washington, D.C., ont le droit de vote s'agissant des élections municipale et présidentielle <sup>125</sup>, ils n'ont pas de représentation dotée du droit de vote au Congrès : ils élisent un représentant à la Chambre des représentants, mais celui-ci n'a pas le droit de vote ; ils n'élisent personne au Sénat <sup>126</sup>.

35 En matière de sécurité publique, la loi de 1973 prévoit que le maire de Washington, D.C., est compétent pour garantir la paix publique, empêcher les crimes et délits, protéger les droits des personnes et leurs biens, préserver la santé publique, appliquer et faire respecter les lois et ordonnances applicables sur le territoire du district <sup>127</sup>. Pour l'assister dans l'exercice de ces missions, il dispose d'une force de police, le département de la police métropolitaine (*Metropolitan*

*Police Department*) : dirigé par un chef de police nommé et révoqué par le maire, le département de la police métropolitaine est composé d'environ 4 200 agents<sup>128</sup>. Washington, D.C. n'est pas pour autant une ville comme les autres s'agissant de la sécurité publique : la loi de 1973 prévoit en effet deux particularités dont l'existence est justifiée par le souci de protéger le pouvoir fédéral<sup>129</sup>.

- 36 La première particularité est prévue à la section 740 de la loi de 1973 : en cas d'urgence dont il est seul juge, le président des États-Unis peut requérir du maire de Washington, D.C., les services du département de la police métropolitaine. Cette réquisition est cependant doublement limitée dans le temps : elle ne peut excéder une durée de quarante-huit heures, à moins que le président n'avertisse, par écrit et avant l'expiration de ce délai, les représentants du district aux deux Chambres du Congrès en leur indiquant les motifs et la durée de la réquisition ; une fois les représentants du district avertis de la sorte, la durée de la réquisition ne peut excéder trente jours, sauf si une résolution conjointe des deux Chambres le prévoit expressément.
- 37 La seconde particularité, prévue à la section 739 de la loi de 1973, est d'un tout autre ordre : elle consiste en l'institution sur une partie du territoire du district d'une zone spécifique (*National Capital Service Area*) sur laquelle les pouvoirs de police sont exercés par des autorités fédérales<sup>130</sup>. Définie de manière très précise par la loi<sup>131</sup>, cette zone comprend la Maison-Blanche, le Capitole, la Cour suprême, la bibliothèque du Congrès et, de manière générale, les principales administrations fédérales. L'autorité chargée de la police, de la lutte contre l'incendie, de l'hygiène et de la voirie dans cette zone est le *Director*, qui est nommé par le président des États-Unis et fait partie du Bureau exécutif de la présidence (*Executive Office of the Presidency*)<sup>132</sup>. Toutefois, la compétence territoriale de cette autorité ne s'étend pas à l'ensemble du territoire de cette zone spécifique : la loi de 1973 précise, en effet, que les parties de cette zone sur lesquelles se trouvent les immeubles du Capitole, de la Cour suprême et de la bibliothèque du Congrès sont exclues de la compétence territoriale du *Director*. Ces restrictions s'expliquent par le fait que ces trois institutions fédérales disposent chacune de leur propre force de police<sup>133</sup>. Par ailleurs, il convient d'insister sur un point : la compétence matérielle du *Director* est strictement limitée à la police, à la lutte contre l'incendie, à l'hygiène et à la voirie ; en

dehors de ces différents domaines, l'autorité du maire et du conseil municipal s'exerce sur cette zone spécifique comme sur le reste du territoire du district<sup>134</sup>. Le *Director* ne saurait donc être comparé au préfet de police.

## Conclusion

- 38 L'étude de l'organisation de la sécurité publique dans les capitales, telle qu'elle vient d'être conduite, conduit à formuler trois constats. Le premier constat est que les capitales sont susceptibles d'être regroupées en deux grandes catégories : celles dénuées d'un particularisme statutaire en matière de police ; celles dotées d'un tel particularisme. Pour autant, comme le montrent les capitales étudiées, ces deux catégories constituent des idéal-types. En pratique, l'organisation de la sécurité publique peut emprunter des chemins multiples et les particularismes organisationnels peuvent être plus ou moins prononcés. Le deuxième constat est que, contrairement à la manière dont le sujet est parfois présenté, la sécurité publique dans la capitale n'est pas un attribut régalien, à savoir une compétence relevant par principe de la souveraineté de l'État. Comme on l'a vu, il est des capitales, dont la sécurité publique est une compétence confiée à des élus locaux, d'autres, dans lesquelles il s'agit d'une compétence partagée entre l'État et une ou plusieurs collectivités territoriales. De ce point de vue, il est possible de considérer que l'organisation de la sécurité publique dans la capitale est un bon marqueur, voire un totem, de la manière dont l'autonomie locale est envisagée dans les États concernés. Le troisième constat concerne la situation française et il est triple. D'abord, il n'existe pas d'institution équivalente à la préfecture de police dans les capitales étudiées : de ce point de vue, Paris apparaît comme la capitale présentant l'originalité statutaire la plus prononcée en matière de sécurité publique. Ensuite, cette originalité trouve certainement sa raison d'être dans l'histoire mouvementée de la France, marquée par de nombreuses révoltes, insurrections, révolutions, dont le point de départ a été situé à Paris. D'où une méfiance historique, politique et culturelle à l'égard de la capitale, perçue comme un danger pour la sûreté de l'État. Enfin, et c'est peut-être le plus important aujourd'hui, cette originalité statutaire de l'organisation de la sécurité publique à Paris n'est pas gravée dans le

marbre : aussi ancienne soit-elle, celle-ci a pu évoluer récemment pour se rapprocher du droit commun et intégrer la Ville de Paris et son maire à son dispositif. Nul doute que, sur ce point, les autres capitales ont pu servir de modèles rassurants.

## NOTES

---

- 1 Sur le modèle français de police, voir J. CHEVALLIER, « La police est-elle encore une activité régalienne ? », *Archives de politique criminelle*, 2011, n° 33, p. 13-27, DOI : [10.3917/apc.033.0013](https://doi.org/10.3917/apc.033.0013) et D. MONJARDET, « Le modèle français de police », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 1993, n° 13, p. 61-82.
- 2 Édit portant création d'un lieutenant de police de Paris.
- 3 Loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800), concernant la division du territoire français et l'administration. Sur ce texte, voir CURAPP, *La loi du 28 pluviôse an VIII deux cents ans après : survivance ou pérennité ?*, Paris, PUF, 2000.
- 4 Sur ce point, voir P. BON, « Les lois de décentralisation et la police locale », *Les Petites Affiches*, 22 juillet 1983, p. 5-13 et, 25 juillet 1983, p. 9-17.
- 5 Loi n° 2003-276, relative à l'organisation décentralisée de la République.
- 6 Sur ce point, voir H. LAGRANGE, « Perceptions de la violence et sentiment d'insécurité », *Déviance et Société*, 1984, vol. 8, n° 4, p. 321-344, DOI : [10.3406/ds.1984.1421](https://doi.org/10.3406/ds.1984.1421) et S. ROCHÉ, « Le sentiment d'insécurité – Insécurité et libertés », Paris, PUF, 1993.
- 7 Selon l'expression du ministre de l'Intérieur de l'époque, M. Daniel Vaillant, J.O., débats, Assemblée nationale, 25 avril 2001, p. 2250.
- 8 Voir notamment en ce sens les lois n° 2011-267 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure et n° 2021-646 pour une sécurité globale préservant les libertés.
- 9 Voir D. BOTTEGHI, « La nouvelle répartition des compétences entre la préfecture de police et la mairie de Paris », *AJDA*, 2017, n° 18, p. 1049-1054.
- 10 Voir O. RENAUDIE, « La création de la police municipale parisienne », *JCP A*, 5 juillet 2021, p. 21-25.
- 11 Sur la notion de capitale, voir F. LAFFAILLE, L. JANICOT et O. RENAUDIE (dir.), *Les villes capitales, miroirs de l'État ?*, Cergy-Pontoise, université Cergy-

Pontoise, coll. « LEJEP », 2015, p. 17-24.

12 *Le nouveau Littré*, Paris, Garnier, 2005, p. 242.

13 *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Flammarion, 1999, p. 171.

14 *Le Grand Robert de la langue française : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Tome II*, 2<sup>e</sup> édition, Le Robert, 1985, p. 333. Pour une définition similaire, voir le *Dictionnaire de l'Académie française*, Paris, Imprimerie nationale-Fayard, 9<sup>e</sup> édition, 2005, p. 669.

15 S. DREYFUS, *Les capitales et leur statut juridique*, thèse, Faculté de droit de Paris, 1960, p. 200 et s.

16 *Les capitales et leur statut juridique*, op. cit., p. 208.

17 Loi du 3 octobre 1990.

18 Loi dite « Berlin-Bonn » du 26 avril 1994, opérant le transfert du Parlement et de certains ministères de Bonn vers Berlin.

19 Voir en ce sens F. JOBARD, « Un et un font un : L'alchimie policière dans le Berlin en voie de réunification », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 41, 2000, p. 119-140.

20 « Le système policier allemand dans le cadre européen », *Les Cahiers de la Sécurité intérieure*, n° 13, 1993, p. 84.

21 Voir A. JACQUEMET-GAUCHÉ, *Droit administratif allemand*, Paris, PUF, 2022, p. 14.

22 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* du 23 mai 1949. Sur les principes posés par la Loi fondamentale en matière d'administration, voir P. Badura, « Le cadre constitutionnel », RFAP, 1996, p. 267-278.

23 30 000 agents de police et 10 000 agents administratifs (Direction de la police fédérale, *Bundespolizei. Aufgaben und Organization*, 2005, p. 3).

24 En cas d'opération de ce type, c'est aux *Länder* qu'il revient de solliciter la police fédérale.

25 Voir en ce sens A. FUNK, op. cit., p. 88. Ce constat n'est pas propre à la police : « malgré cette liberté dont dispose le législateur de l'État, il s'est constitué un tableau très homogène des administrations de Land, qui repose sur une tradition de près de deux siècles » (M. FRANCK, « L'administration des *Länder* », RFAP, 1996, p. 305).

26 Sur ce point, voir M. FRANCK, op. cit., p. 305-306.



- 27 Berlin est une ville-État (*Stadt-Land*) depuis la réunification allemande du 3 octobre 1990. Il en existe deux autres : Hambourg et Brême.
- 28 Il s'agit de la traduction littérale de *Polizeipräsident*.
- 29 Voir le site Internet de la police de Berlin : <https://www.berlin.de/polizei/>.
- 30 Loi sur la protection de la sécurité et de l'ordre publics à Berlin (*Gesetz zum schutz des öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin*).
- 31 Sur ce point, voir P. MEYZONNIER, *Les forces de police dans l'Union européenne*, IHESI-L'Harmattan, 1994, p. 24-27 et E. PEREZ, « Polices d'Europe », *Pouvoirs*, 2002, n° 102, p. 73.
- 32 Il existe ainsi six directions (*direktionen*), chacune compétente sur le territoire de deux districts.
- 33 Ils sont au nombre de trois. Le *Landeskriminalamt* est chargé de la police criminelle. La *Direktion Zentrale Aufgaben* exerce des missions de nature diverse, dont la police de la route, la police fluviale et la police de l'air. Le *Zentrale Service-einheit* est chargé des finances, de la gestion des personnels et des matériels.
- 34 L'article 1<sup>er</sup> de la Constitution belge du 17 février 1994 dispose que « la Belgique est un État fédéral qui se compose des communautés et des régions ». L'article 194 prévoit, lui, que « la ville de Bruxelles est la capitale de la Belgique et le siège du gouvernement fédéral ».
- 35 Bruxelles est le siège du Conseil de l'Union européenne, de la Commission européenne, du Conseil européen, du Comité des régions et du Comité économique et social.
- 36 Loi n° 1998.102731/F, organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux. Pour une présentation de la genèse de ce texte, voir P. PONSAERS, « La réforme de la police en Belgique : Un compromis à huit tentacules », *RFAP*, 1999, p. 565-576.
- 37 L'une des innovations principales de cette réforme tient à la fusion des polices communales et des brigades territoriales de la police fédérale.
- 38 Article 3 de la loi de 1998 précitée.
- 39 L'article 3 de la loi de 1998 précitée est ainsi rédigé : « ces niveaux sont autonomes et dépendent d'autorités distinctes. La présente loi organise des liens fonctionnels entre ces deux niveaux ».

40 Article 44 de la loi de 1998 précitée. Le chef de corps est responsable de l'exécution de la politique de sécurité publique locale.

41 Dans les zones composées de plusieurs communes, il est également institué un conseil de police formé de conseillers communaux des différentes communes concernées, en fonction de la population de chacune. Ce conseil de police (ou dans les zones composées d'une seule commune, le conseil communal) est chargé d'administrer la police locale. Il est notamment compétent pour nommer les agents de la police locale ou pour proposer celle du chef de corps de la police locale.

42 L'article 98 de la loi de 1998 précitée dispose que « la police fédérale est placée sous l'autorité du ministre de l'Intérieur et du ministre de la Justice qui, conformément aux dispositions légales, sont conjointement compétents pour fixer les principes généraux de l'organisation, du fonctionnement et de l'administration générale de la police fédérale pour assurer notamment un service minimum équivalent à la population ».

43 Voir le site Internet de la police fédérale belge : [www.polfed.be/police/polfed/org/organisation.htm](http://www.polfed.be/police/polfed/org/organisation.htm).

44 Les services centraux de la police fédérale sont au nombre de cinq.

45 Comme le précise la loi n° 2001.1040234/F du 2 avril 2001, « le ressort et le siège des services déconcentrés de la police fédérale sont ceux des arrondissements judiciaires, sauf exceptions justifiées par des situations particulières ».

46 Article 4 de la loi de 1999 précitée. À cette fin, les ministres de l'Intérieur et de la Justice arrêtent tous les quatre ans un plan national de sécurité.

47 Le conseil fédéral de police est composé comme suit : un président, un représentant du ministère de l'Intérieur, un représentant du ministère de la Justice, un procureur général, un gouverneur, un procureur fédéral, un procureur du Roi, un juge d'instruction, trois bourgmestres, le commissaire général et un chef de corps de la police locale. Selon l'article 7 de la loi de 1999 précitée, il « donne des avis aux ministres de l'intérieur et de la Justice et est chargé de l'évaluation globale du fonctionnement et de l'organisation de la police fédérale et des polices locales ».

48 Le conseil consultatif des bourgmestres est chargé de donner au ministre de l'Intérieur des avis consultatifs sur les arrêtés réglementaires relatifs à la police locale. Aux termes des dispositions de l'arrêté royal du

6 avril 2000, il est composé de seize bourgmestres, lesquels sont nommés par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres.

49 La Belgique compte dix provinces, auxquelles il faut ajouter l'arrondissement de Bruxelles-Capitale.

50 Il y a un gouverneur dans chacune des dix provinces et à Bruxelles.

51 Article 226 de la loi de 1998 précitée.

52 Article 35 de la loi de 1998 précitée.

53 L'article 3 de la Constitution belge précise que « la Belgique comprend trois régions : la région wallonne, la région flamande et la région bruxelloise ».

54 Sur ces différents points, voir les dispositions de la loi n° 1989.011230/F du 12 janvier 1989, relative aux institutions bruxelloises, modifiées par celles de la loi n° 2001.071375/F du 13 juillet 2001, portant diverses réformes relatives aux institutions locales de la région de Bruxelles-capitale. Voir également M. MONNIER, « Le statut de Bruxelles », RDP, 1994, p. 1037-1077 et C. VAN WYNSBERGHE, « Bruxelles, la clef de voûte capitale d'un État en chantier » in : F. LAFFAILLE, L. JANICOT et O. RENAUDIE (dir.), *Les villes capitales, miroirs de l'État*, op. cit., p. 97-111.

55 Article 2 de la loi de 1989 précitée.

56 Chacune des dix provinces belges dispose d'un organe législatif (conseil provincial) et d'un organe exécutif (députation permanente).

57 La nomination des gouverneurs a longtemps relevé du roi. Depuis les accords du 23 janvier 2001 dits *Polycarpe* et *Lambermont* de 2001, elle relève du Gouvernement régional, après avis conforme du conseil des ministres du Gouvernement fédéral.

58 Article 226, alinéa 1, de la loi de 1998 précitée.

59 Ces plans sont particulièrement nombreux. Pour un exemple, voir les dispositions de la loi n° 2001/1052235 du 22 mai 2001 sur la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses.

60 Articles 5 et 6 de la loi n° 1933.010331/F du 3 janvier 1933, relative à la fabrication, au commerce et au port des armes et au commerce des munitions, laquelle a été modifiée par la loi n° 1991.013039 du 30 juin 1991.

61 Lequel représente une superficie de 160km<sup>2</sup>. Bruxelles-Capitale compte environ un million d'habitants.

62 Voir les dispositions de l'arrêté royal du 28 avril 2000, déterminant la délimitation du territoire de l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale en zones de police.

63 Le service judiciaire d'arrondissement est compétent pour exercer les missions spécialisées de police judiciaire qui lui sont attribuées conformément à l'article 5 de la loi n° 1992.080552/F du 5 août 1992 sur la fonction de police.

64 Le service de coordination et d'appui est chargé d'appuyer et de coordonner les actions de police qui impliquent plusieurs zones de police.

65 Comme le précise l'article 162 de la loi de 1998 précitée : « dans chaque province, ainsi que dans l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale, une concertation est organisée entre le procureur général près la Cour d'appel, le gouverneur, les directeurs coordinateurs administratifs ou leurs délégués, les directeurs judiciaires ou leurs délégués et des représentants des polices locales ».

66 L'article 4 de la loi n° 2001.071375/F du 13 juillet 2001 portant diverses réformes relatives aux institutions locales de la région de Bruxelles-Capitale est ainsi rédigé : « les conseils de police des zones de l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale doivent comprendre au moins le nombre suivant de membres du groupe linguistique néerlandais : deux pour la zone d'Uccle, Auderghem et Watermael-Boitsfort ; quatre pour la zone d'Anderlecht, Forest et Saint-Gilles ; trois pour la zone de Molenbeek-Saint-Jean, Berchem-Sainte-Agathe, Ganshoren, Jette et Koekelberg ; quatre pour la zone de Bruxelles et Ixelles ; quatre pour la zone de Schaerbeek, Saint-Josse-ten-Node et Evere ; deux pour la zone d'Etterbeek, Woluwé-Saint-Lambert et Woluwé-Saint-Pierre ».

67 Il convient de rappeler qu'aux termes des articles 3 et 61 de la loi de 1999 précitée, « la police locale assure certaines missions de police à caractère fédéral ».

68 Il existe à Bruxelles une zone neutre où toute manifestation est interdite : cette zone englobe le Parlement, le palais royal et les ministères.

69 Loi n° 2001.081060/F du 10 août 2001 créant un Fonds de financement du rôle international et de la fonction de capitale de Bruxelles et modifiant la loi organique du 27 décembre 1990 créant des fonds budgétaires.

70 Sur ce point, voir l'arrêté royal du 18 novembre 2005 qui octroie aux six zones de police de la région Bruxelles-Capitale la somme de deux millions

d'euros, qui est répartie comme suit : « la moitié du montant global pour la zone de Bruxelles-Ixelles ; l'autre moitié répartie en cinq parts égales entre chacune des autres zones ».

71 Tokyo est la capitale du Japon depuis 1868 : son nom signifie « capitale de l'est », par opposition à Kyoto, capitale précédente, située plus à l'ouest.

72 Les chiffres relatifs à la population de Tokyo varient selon le territoire pris en compte. Celui de douze millions correspond à la population de la « région métropolitaine » (to) de Tokyo. Si l'on prend en compte le territoire de l'agglomération, lequel s'étend sur une partie des trois régions voisines, l'on parvient au chiffre de 20 millions.

73 Articles 42 et 43 de la Constitution japonaise du 3 novembre 1946.

74 Articles 65 à 69 de la Constitution japonaise.

75 Article 1<sup>er</sup> de la Constitution japonaise.

76 Sur ce point, voir J.-M. BOUISSOU, « L'organisation politico-administrative du territoire » in : J.-F. SABOURET (dir.), *L'État du Japon*, Paris, La Découverte, 1995, p. 254-257 ; E. SEIZELET, « Les méandres de la réforme de l'administration locale », RFAP, 1995, n° 73, p. 51-69, DOI : [10.3406/rfap.1995.2929](https://doi.org/10.3406/rfap.1995.2929) et K. TASHIRO, « Japan » in : D. C. ROWAT (dir.), *Public Administration in developed democracies. A comparative study*, New York, Marcel Dekker, 1988, p. 375-394.

77 Loi n° 67. Toujours en vigueur, ce texte est la loi-cadre relative aux collectivités territoriales. Elle a fait l'objet de très nombreuses modifications.

78 Les collectivités territoriales sont notamment compétentes en matière d'éducation, de protection sociale, d'urbanisme, de réglementation du travail et de police. Sur ce point, voir J.-M. BOUISSOU, *op. cit.*, p. 256.

79 Élu par les habitants de la région, le gouverneur exerce aussi bien des missions au nom de la région que de l'Etat : il peut dès lors être présenté comme « l'interface entre le centre et la périphérie ». Il faut toutefois bien insister sur un point : « le gouverneur en tant qu'élu, n'est pas un fonctionnaire placé sous l'autorité hiérarchique de l'administration centrale et cette dernière ne dispose donc pas du pouvoir de le révoquer. Si sanction il y a, elle ne peut être que politique » (E. SEIZELET, « La fonction préfectorale au Japon », RFAP, 2000, n° 96, p. 641, DOI : [10.3406/rfap.2000.3436](https://doi.org/10.3406/rfap.2000.3436)).

80 Loi n° 162 du 1<sup>er</sup> juillet 1954.

81 Sur l'organisation de la police au Japon, voir le rapport de la promotion Averroès de l'École Nationale d'Administration, *La police de proximité : une révolution culturelle ?*, 2000, p. 46-48, et les notices figurant sur le site de l'Agence nationale de la police, URL : <https://www.npa.go.jp/keidai/english/index.html>.

82 Article 22 de la loi n° 162 précitée.

83 Il convient de noter qu'en cas de catastrophe nationale, le commissaire général de l'Agence nationale de la police peut prendre le commandement des forces régionales de police.

84 Les services centraux de l'Agence nationale de la police sont au nombre de quatre.

85 Les services déconcentrés de l'Agence nationale de la police sont au nombre de sept : chacun d'entre eux couvre le territoire de plusieurs régions.

86 Art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 162 précitée.

87 La commission régionale est composée de cinq membres, dès lors que la population de la région dépasse un certain seuil. Il faut par ailleurs noter que ces membres, tout comme ceux de la Commission nationale de sécurité publique, ne peuvent avoir exercé de fonctions au sein de la police et de la justice durant les cinq années qui précèdent leur nomination. De même, pas plus de deux d'entre eux ne peuvent appartenir au même parti politique.

88 Article 54 de la loi n° 162 précitée.

89 Pour une présentation de l'organisation des forces régionales de police japonaise sur le plan territorial, l'on se permet de renvoyer au rapport précité de l'ENA et aux notices précitées de l'Agence nationale de la police.

90 En ce sens, voir A. NAKAMURA, « Essais de gouvernance du gouvernement de Tokyo : développement et problème d'administration publique dans la capitale du Japon », RISA, 1998, p. 265-278 et S. NOMURA, « Problems of local administration : the case of the Tokyo Metropolitan Government », RISA, 1982, p. 187-197.

91 A. NAKAMURA, *op. cit.*, p. 268.

92 Aux termes des dispositions de la loi n° 67 du 17 avril 1947, relative à l'autonomie locale, les régions sont dénommées *ken*, sauf celle de Tokyo (*to*), Osaka, Kyoto (*fu*) et Hokkaido (*do*).

93 Tout comme les régions, l'appellation des communes varie. S'agissant de ces dernières, c'est en fonction du nombre d'habitants que le nom varie : à l'heure actuelle, il y a ainsi 655 « villes » (*shi*), 1 999 « bourgs » (*cho*) et 591 « villages » (*son* ou *mura*). Pour sa part, la région de Tokyo est composée de 23 « arrondissements » (*nijūsanku*), 26 « villes », 5 « bourgs » et 8 « villages ». Ces données statistiques et les traductions sont empruntées à J.-M. BOUISSOU (*op. cit.*, p. 256).

94 Ce qui comprend 42 101 agents de police et 2 861 agents administratifs. Sur ce point, voir Tokyo Metropolitan police department, *Annual report 2022*, p. 8.

95 Son organisation est par ailleurs identique à celle des autres forces régionales, voir sur ce point le site de la police métropolitaine de Tokyo, URL : <https://www.keishicho.metro.tokyo.lg.jp/multilingual/english/index.html>.

96 Ces appellations ne sont pas sans rappeler la Metropolitan Police de Londres. Cela peut s'expliquer par l'influence du modèle britannique de police sur l'organisation de la police japonaise. Sur ce point, voir L. TIPTON, « De la police du peuple à la police de l'empereur : la police japonaise pendant les années trente » in : J.-M. BERLIÈRE et D. PESCHANSKI (dir.), *Pouvoirs et polices au xx<sup>e</sup> siècle*, Bruxelles, Complexe, 1997, p. 84-85.

97 Il convient de remarquer que cette procédure de nomination est identique à celle du commissaire général de l'agence nationale de la police.

98 Sur la garde impériale, voir la notice qui lui est consacrée sur le site Internet de l'Agence nationale de la police, URL : <https://www.npa.go.jp/keidai/english/index.html>.

99 Sur le sujet, voir G. CALVÈS, « Washington D.C. : Taxation without Representation » in : F. LAFFAILLE, L. JANICOT et O. RENAUDIE (dir.), *Les villes capitales, miroirs de l'État ?*, *op. cit.*, p. 81-95.

100 *Le droit des États-Unis*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2001, p. 36.

101 Sur l'organisation de la police aux États-Unis, voir A. BAUER et E. PEREZ, *Les polices aux États-Unis*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2003 ; E. MONKOEENEN, « La police aux États-Unis depuis la seconde guerre mondiale : des milliers de services de police, des centaines de variations sur un même thème » in : J.-M. BERLIÈRE et D. PESCHANSKI (dir.), *Pouvoirs et polices au xx<sup>e</sup> siècle*, Bruxelles, Complexe, 1997, p. 285-304 ; W. G. SKOGAN, « La police communautaire aux États-Unis », *Les Cahiers de la*

sécurité intérieure, n° 13, 1993, p. 121-149 ; « Les difficultés de réformer le système policier aux Etats-Unis » in : S. ROCHÉ (dir.), *Réformer la police et la sécurité. Les nouvelles tendances en Europe et aux Etats-Unis*, Odile Jacob, 2004, p. 39-58 et S. WALKER, *The Police in America*, New York, Mc Graw-Hill, 7<sup>e</sup> édition, 2014.

102 Loi sur la sécurité intérieure (*Homeland Security Act*). La création du ministère de la Sécurité intérieure peut être considérée comme le changement relatif à l'organisation ministérielle le plus important depuis la création en 1947 du ministère de la Défense.

103 Section 102 de la loi sur la Sécurité intérieure.

104 Il y a des exceptions. La force de police de l'État du Texas s'appelle le département de sécurité publique (*Texas Department of Public Safety*).

105 Voir en ce sens W. G. SKOGAN, « Les difficultés de réformer le système policier aux États-Unis », *op. cit.*, p. 41-42.

106 C'est le cas, par exemple, de la police de l'État de New York (*New York State Police*).

107 « La police aux États-Unis depuis la seconde guerre mondiale : des milliers de services de police, des centaines de variations sur un même thème », *op. cit.*, p. 288.

108 E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 41.

109 La police municipale dont l'effectif est le plus important est celle de la ville de New York, qui comprend plus de 40 000 agents.

110 On compte en moyenne 62 comtés par État. Seuls les États d'Alaska et de Louisiane ne sont pas divisés en comtés. Sur les comtés, voir X. PRÉTOT, « L'administration locale aux États-Unis », *Administration*, n° 130, 1985, p. 106-107.

111 Voir W. G. SKOGAN, *op. cit.*, p. 51 et S. WALKER, *op. cit.*, p. 198-201.

112 Voir G. CALVÈS, *op. cit.*, p. 81 et X. PRÉTOT, *Washington, D.C. Contribution à l'étude du régime juridique des capitales*, thèse, université Paris I, 1986, deux volumes.

113 Article 1<sup>er</sup> de la loi du 16 juillet 1790 (*Residence Act*). Sur l'histoire de Washington, D.C., voir X. PRÉTOT, *op. cit.*, Tome I, p. 167-213.

114 Traduction personnelle de l'auteur. Sur le fondement de ce texte, le territoire originel de Washington, D.C., a été cédé par les États du Maryland et de la Virginie.



115 *Op. cit.*, Tome I, p. 105.

116 *District of Columbia self-government and governmental reorganization Act.*

117 Section 401 de la loi de 1973 précitée.

118 Aux termes des dispositions de la section 404 de la loi de 1973, le D.C. Council exerce l'ensemble du pouvoir législatif délégué au District.

119 X. PRÉTOT, *op. cit.*, Tome I, p. 335.

120 Voir en ce sens X. PRÉTOT, *op. cit.*, Tome I, p. 321 et s.

121 Section 602, paragraphe c) de la loi de 1973 précitée

122 Section 601 de la loi de 1973 précitée.

123 Section 446 de la loi de 1973 précitée.

124 Section 433 de la loi de 1973 précitée.

125 Aux termes des dispositions du vingt-troisième amendement (1961) de la Constitution des États-Unis, « le district où se trouve établi le siège du gouvernement des États-Unis désignera selon telle procédure que pourra déterminer le Congrès un nombre d'électeurs du président et du vice-président équivalent au nombre total de sénateurs et de représentants au Congrès auquel ce district aurait droit s'il était constitué en État ; ce nombre ne pourra dépasser en aucun cas celui des électeurs désignés par l'Etat le moins peuplé de l'Union ». Les habitants du district élisent ainsi trois grands électeurs.

126 Bien qu'il ne soit pas représenté au Congrès lors du vote du budget fédéral, le district paye des impôts fédéraux. Cette situation est résumée par la formule « des impôts sans représentation électorale » (*Taxation without representation*), qui figure sur les plaques des véhicules immatriculés dans le district et qui fait référence à l'un des grands principes de la révolution américaine : « Pas d'impôt sans représentation électorale » (*no taxation without representation*). Sur ce point et sur la jurisprudence de la Cour Suprême relative à cette question, voir G. CALVÈS, *op. cit.*, p. 85-86 et J. A. RASKIN, « Is This America ? The District of Columbia and the Right to Vote », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 39, n° 1, 1999, p. 39-97.

127 Section 422 de la loi de 1973 précitée.

128 Ce qui comprend 3 600 agents de police et 600 agents administratifs, URL : [www.mpdc.dc.gov](http://www.mpdc.dc.gov).

129 Voir en ce sens X. PRÉTOT, *op. cit.*, Tome II, p. 351-353.

130 Xavier Prétot qualifie cette zone d'« enclave fédérale » (*op. cit.*, Tome II, p. 352).

131 L'alinéa f de la section 740 de la loi de 1993 énumère une par une les voies ou portions de voies formant cette zone spécifique. Cette énumération n'est pas sans rappeler celle du décret n° 2002-810 du 2 mai 2002 (J.O., 5 mai 2002, p. 8735) fixant les voies parisiennes pour lesquelles le préfet de police fixe les règles de circulation et de stationnement.

132 Sur l'organisation du Bureau exécutif de la présidence, voir B. A. ROCKMAN, « La Maison-Blanche et ses conseillers : une administration tentaculaire », RFAP, 1997, n° 83, p. 481-489, DOI : [10.3406/rfap.1997.3135](https://doi.org/10.3406/rfap.1997.3135).

133 Si l'on prend l'exemple du Congrès, celui-ci dispose d'une force de police (*United States Capitol Police*) depuis 1828. Elle est composée de plus de 1 350 agents, qui, selon les dispositions de la loi du 31 juillet 1946, sont chargés de la sécurité des immeubles du Congrès, de la protection des membres du Congrès, de la protection de la vie et de la propriété, de la prévention et de la répression des crimes et délits et de la police de la circulation et du stationnement sur les portions de voies comprises dans la zone où sont situés les immeubles du Congrès, URL : <https://www.uscp.gov/>.

134 Comme le fait remarquer Xavier Prétot « la National Capital Service Area n'équivaut donc pas à un "district fédéral à l'intérieur du district fédéral" ; la loi du 24 décembre 1973 prend d'ailleurs le soin de préciser que les lois applicables au sein du district s'appliquent également sur l'emprise de la National Capital Service Area » (*op. cit.*, Tome II, p. 353).

## RÉSUMÉS

---

### Français

L'étude de l'organisation de la sécurité publique dans les capitales permet de regrouper celles-ci en deux grandes catégories : celles dénuées d'un particularisme statutaire en matière de police ; celles dotées d'un tel particularisme. Pour autant, comme le montrent les capitales étudiées, Paris, Berlin, Bruxelles, Tokyo et Washington, ces deux catégories constituent des idéal-types. En pratique, l'organisation de la sécurité publique peut emprunter des chemins multiples et les particularismes organisationnels peuvent être plus ou moins prononcés.

### **English**

A study of the organization of public security in capital cities enables us to group them into two main categories: those with no specific police statutes, and those with such statutes. However, as the study of several capital cities – Paris, Berlin, Brussels, Tokyo and Washington – shows, these two categories are ideal-types. In practice, the organization of public safety can take multiple paths, and organizational particularisms can be more or less pronounced.

## **INDEX**

---

### **Mots-clés**

sécurité publique, capitales, police, Paris, Berlin, Bruxelles, Tokyo, Washington

### **Keywords**

public security, capital cities, police, Paris, Berlin, Brussels, Tokyo, Washington

## **AUTEUR**

---

### **Olivier Renaudie**

Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (ISJPS), secrétaire général de l'Association française de droit de la sécurité et de la défense (AFDSD)

IDREF : <https://www.idref.fr/052198316>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000055129435>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/13612597>

# De l'Arc de triomphe de Paris au Capitole de Washington D.C.

L'insurrection est-elle une anachronie juridique ?

**Baptiste Charvin**

DOI : 10.35562/droit-public-compare.308

**Droits d'auteur**

CC BY-SA 4.0

## PLAN

---

Introduction

1. L'insurrection en tant qu'instrument juridique hautement politique
  - 1.1. Aux origines de l'insurrection : un dévoiement du droit de résistance à l'oppression
  - 1.2. Un crime singulier dans le droit pénal français et américain
2. L'insurrection en tant que dérive illégitime de la liberté de manifestation
  - 2.1. Le choix logique de réprimer à partir d'autres dispositions pénales
  - 2.2. Le sursaut sécuritaire face aux risques de nouvelles manifestations violentes

## TEXTE

---

### Introduction

- 1 Dans son ouvrage *Psychologie des foules*, Gustave Le Bon écrivait : « L'individu en foule acquiert, par le seul fait du nombre, un sentiment de puissance invincible lui permettant de céder à des instincts, que, seul, il eût forcément réfréné »<sup>1</sup>. Ces dérives, la France et les États-Unis en ont été les victimes. Le 1<sup>er</sup> décembre 2018 avait lieu le troisième acte des Gilets jaunes. Déstructuré et sans véritable organisation verticale, le mouvement des Gilets jaunes manifestait afin de dénoncer les inégalités et les injustices, notamment la hausse des tarifs du carburant. Si les protestations ont au départ été pacifiques, l'acte III donnera lieu à des violences telles qu'à Paris l'Arc de triomphe fut envahi et vandalisé tandis que le maintien de l'ordre peinait à être assuré. De nombreux qualificatifs furent employés pour

qualifier l'événement et le mouvement en général à ce moment ou plus tardivement : « séditieux<sup>2</sup> », « chaos<sup>3</sup> », « quasi-insurrection<sup>4</sup> », voire « ennemis intérieurs accusés de déloyauté à l'encontre de la Nation<sup>5</sup> ». S'il n'a pas remis en cause la stabilité de la République, cet événement a toutefois donné le sentiment qu'elle pouvait vaciller et que les forces de l'ordre pouvaient être débordées. Au total, 263 personnes seront blessées et 412 interpellées. Plus dramatique fut le 6 janvier 2021 à Washington D.C., où une cohorte de séides du président sortant Donald Trump envahit le Capitole, siège du Congrès américain, afin d'interrompre le transfert pacifique du pouvoir à la suite d'accusations infondées de fraudes électorales. L'attaque fut symbolique : alors que le bâtiment était resté inviolé pendant la guerre civile, le drapeau confédéré fut fièrement brandi dans les couloirs du Capitole. Cinq personnes sont mortes, dont un policier et un émeutier, sans compter les suicides qui s'ensuivirent au sein des forces de l'ordre. Une nouvelle fois, le champ lexical de la protestation fut invoqué : « émeutes », « rébellion », « sédition » et « insurrection », sans que pour autant des individus ne soient poursuivis pénalement sur ce dernier fondement.

- 2 À première vue, le lien entre ces deux événements ne paraît pas évident, à tel point qu'ils soulèveraient le risque de l'incommensurabilité. Trop différents, ils souffriraient de ne pouvoir être comparés. Ils sont en effet distincts sur bien des points. Dans le cas français, il s'agissait notamment de revendiquer davantage de pouvoir par l'instauration d'un référendum d'initiative citoyenne, de mettre à mal le régime représentatif, dont les dérives sont toujours plus contestées dans un cadre constitutionnel vieillissant, et de lutter contre l'augmentation des tarifs du carburant. La crise « trouverait donc son origine dans un fonctionnement des institutions gravement défectueux<sup>6</sup> ». Le saccage de l'Arc de Triomphe se produit à l'issue d'une manifestation cyclique qui a dégénéré. A *contrario*, il s'agissait aux États-Unis d'interrompre le transfert du pouvoir, voire, de le prendre par la force après que les manifestants ont pensé être privés de représentation à la suite des résultats de l'élection présidentielle. Il y a donc deux conceptions de la démocratie qui s'expriment, l'une qui souhaiterait davantage s'incarner par les urnes, l'autre qui, par la violence, consiste à s'asseoir sur leurs résultats. Dans les deux cas, il s'agissait de résister à une « oppression »

particulière. Les deux événements sont opposés aussi bien en ce qui concerne leur temporalité que leurs conséquences et, bien entendu, le système juridique dans lequel ils se sont inscrits. Ils font pourtant émerger des problématiques qui les unissent. D'abord, les deux événements se sont produits chacun dans la capitale de leur pays respectif, capitales où est très majoritairement concentré le pouvoir national (exécutif, législatif et judiciaire). Cela interroge donc nécessairement sur la sécurité et le maintien de l'ordre, qui a montré ses limites, alors qu'il est primordial pour le fonctionnement régulier des institutions et que la puissance publique doit à ses citoyens la sécurité. Sur ce point, ces événements ont permis de mettre en lumière les défaillances des autorités publiques, de police et de renseignement, et ont ainsi servi de leçon. Unis aussi par leur passé révolutionnaire et leurs inspirations mutuelles en la matière, la France et les États-Unis constituent un terrain fertile aux révoltes populaires. Ils révèlent aussi tous deux les difficultés relatives à la qualification juridique des faits qui font l'objet de cette étude. Manifestations ? Émeutes ? Rébellion ? L'acte III des Gilets jaunes et l'invasion du Capitole ont été l'occasion de mettre en avant une autre expression que l'on croyait reléguée aux révolutions et aux graves crises du passé à tel point qu'elle paraît anachronique : l'insurrection. Cette émergence dans le débat public d'un tel terme est à la fois paradoxale et logique. Paradoxale parce que sa conception politique ne correspond pas à sa réalité juridique. Logique parce qu'elle est lourde de sens et permet ainsi de désigner *l'ennemi* en République. Classiquement, l'insurrection se définit comme un « mouvement populaire, action collective tendant à renverser le pouvoir établi<sup>7</sup> ». De cette définition large il résulte que « l'univers des pratiques ne se superpose pas à l'univers des normes<sup>8</sup> ».

- 3 Pourquoi donc s'interroger sur le crime d'insurrection ? Au-delà du simple fait que ces événements furent perçus comme tels politiquement, cette infraction ne semble plus appropriée juridiquement pour appréhender les contestations émergentes, en théorie comme en pratique, et ce, pour plusieurs raisons notables. En premier lieu, l'insurrection gravite autour de crimes et délits qui peuvent lui être substitués. Cela tient au fait que la jurisprudence a restrictivement – et rarement – interprété le crime d'insurrection, de sorte que son application soit rendue compliquée et les éléments

constitutifs de l'infraction difficiles à réunir. Ce silence du juge n'est pas étonnant dans la mesure où, tel qu'il est conçu, le crime d'insurrection n'a pas véritablement vocation à être appliqué et parce que le contexte est évidemment différent de son élaboration. S'il a bien entendu un dessein répressif, sa fonction apparaît avant tout préventive. Ensuite, parce qu'il s'agit d'une infraction qui subit naturellement un traitement politique. Ce sont donc autant de dérives qui peuvent se produire lorsque le droit invoqué, dans le cas où il est manipulé, ne correspond pas aux faits contestés ou lorsque son corollaire, la résistance à l'oppression, est utilisé de manière injustifiée, voire, est mal interprété. Cela implique donc de correctement les qualifier afin d'apporter une réponse et un régime juridique appropriés. Enfin, les événements du 1<sup>er</sup> décembre 2018 et du 6 janvier 2021 s'inscrivent dans un contexte plus global de remise en cause de la démocratie représentative et surtout dans un contexte social, économique et politique qui donne lieu à un accroissement des inégalités et conséquemment à des résistances, parfois violentes, encadrées par des techniques de maintien de l'ordre qui le sont parfois tout autant. Dans cette perspective, l'insurrection n'apparaît plus comme une infraction pénalement réprimée, mais comme un droit exercé en résistance à une « oppression ». L'acte III des Gilets jaunes à Paris et l'attaque du Capitole aux États-Unis illustrent la tension entre la conception théorique de l'insurrection, incorrectement conçue comme un droit, et sa réalité juridique matérialisée par la mise en œuvre difficile de sa criminalisation dans un contexte de vives protestations. Ils illustrent enfin l'opposition classique entre le droit et politique et les limites des mesures prises dans le cadre de la sécurité publique. Cette étude de droit comparé entend montrer, en s'appuyant sur les événements précités, en quoi l'insurrection fait finalement figure d'anachronie dans l'arsenal pénal et quelles en sont les conséquences sur la sécurité publique. L'insurrection doit être envisagée d'abord comme un instrument juridique hautement politique (1.), puis comme une dérive illégitime de la liberté de manifestation (2.).

# 1. L'insurrection en tant qu'instrument juridique hautement politique

- 4 Il faut s'intéresser d'abord aux origines de l'insurrection, qui résultent d'un dévoiement du droit de résistance à l'oppression (1.1.), pour ensuite aborder sa qualification pénale (1.2.).

## 1.1. Aux origines de l'insurrection : un dévoiement du droit de résistance à l'oppression

- 5 En 1776 fut inscrit dans le marbre de la Déclaration d'indépendance américaine le principe selon lequel renverser son gouvernement est un droit, voire un devoir lorsqu'il devient tyrannique, dans la continuité de la Déclaration des droits de l'État de Virginie, rédigée la même année, et de la pensée de John Locke<sup>9</sup>. Il figure aujourd'hui dans nombre de Constitutions fédérées. En France, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 fait sienne cette conception jusnaturaliste reprise par Lafayette puisque son article 3 érige le droit de résistance à l'oppression au rang « des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». Le Conseil constitutionnel consacrera la valeur constitutionnelle de ce droit en 1982<sup>10</sup>. Le droit de résistance à l'oppression se définit comme le droit reconnu au peuple de s'opposer aux autorités pour conserver l'ordre constitutionnel lorsqu'il fait l'objet de violations<sup>11</sup>. Il est envisagé comme un « contrepoids au pouvoir du Gouvernement<sup>12</sup> » et peut être invoqué seulement « lorsqu'un niveau d'injustice devient intolérable et qu'aucun recours juridique n'est disponible<sup>13</sup> ». En cela, on peut le rapprocher de l'état de nécessité et de la légitimité défense<sup>14</sup>, puisque le recours à la force n'est finalement permis que si les conditions l'exigent<sup>15</sup>. La résistance à l'oppression peut prendre diverses formes, de la manifestation à la désobéissance civile ou par exemple, la possibilité pour les agents publics de ne pas avoir à obéir à des ordres manifestement illégaux. Dans le pire des cas, il est parfois avancé que la résistance à l'oppression peut prendre le visage



de l'insurrection<sup>16</sup>. La très éphémère Constitution de 1793, d'ailleurs invoquée par les Gilets jaunes à l'appui de leur contestation, allait en effet plus loin que le texte de 1789 puisqu'elle accordait une place importante à l'insurrection, conçue comme un droit, considérant qu'il était « la conséquence des autres Droits de l'homme » (article 33) pour ensuite faire de l'insurrection le plus sacré des devoirs « quand le gouvernement viole les droits du peuple » (article 34), provoquant alors un changement de paradigme puisque l'on passera d'un droit individuel à un devoir collectif<sup>17</sup> comme l'affirmera plus tard Léon Duguit<sup>18</sup>. Or, la résistance à l'oppression ne saurait être confondue avec l'insurrection<sup>19</sup>. Les deux sont en effet à distinguer dans la mesure où la résistance à l'oppression vise avant tout la conservation de l'ordre constitutionnel, tandis que l'insurrection vise, au contraire, à le renverser. Il existe donc une différence de nature entre le texte de 1789 et celui de 1793<sup>20</sup>. L'idée que cette dernière puisse être un droit ou un devoir est paradoxale, car envisager sa consécration et sa réalisation dans un instrument constitutionnel, c'est admettre qu'un système juridique pourrait « octroyer la permission aux individus de ne pas respecter les normes juridiques existantes et il se nuirait alors à lui-même<sup>21</sup> ». « Destructif de l'ordre social<sup>22</sup> », le droit de résistance constitue une menace pour l'État même qui doit défendre les intérêts des individus qui le composent<sup>23</sup>. Le droit de résistance à l'oppression pourrait alors constituer les prémices d'une guerre civile s'il venait à être mis en œuvre<sup>24</sup>. Aussi faut-il se rappeler que l'intérêt de l'État prime l'intérêt des individus<sup>25</sup>. À l'issue des manifestations ayant eu lieu en 1848, la Haute Cour de justice de Bourges affirma que le droit d'insurrection non seulement ne trouvait pas son origine dans la Constitution, mais en plus lui était-il contraire et en opposition aux dispositions de son préambule<sup>26</sup>. La Cour a également précisé que « si le droit de libre défense est de l'essence de la justice, ce droit sacré change de nature et de caractère s'il dégénère en agression contre les principes inviolables qui sont le fondement de toute société et que là où sont ouvertes les voies de droit les voies de fait sont virtuellement interdites<sup>27</sup> ». De manière générale, la jurisprudence est réticente à l'égard du droit de résistance exercé de manière violente<sup>28</sup>. Quant aux États-Unis, il n'existe pas de droit à l'insurrection, ou même à la révolution qui soit constitutionnellement

ou jurisprudentiellement consacré, pas même par le biais du deuxième amendement<sup>29</sup>. Il ne s'agit que d'un droit moral et théorique, non juridique<sup>30</sup>. Il avait par exemple été jugé que « ni la torche de l'incendiaire, ni l'arme de l'insurrectionnel, ni la langue enflammée de celui qui incite au feu et à l'épée n'est l'instrument qui permet de réaliser les réformes<sup>31</sup> ».

- 6 Dans le cadre du mouvement des Gilets jaunes, y avait-il une oppression contre laquelle résister ? On pourrait tout à fait arguer que les difficultés économiques ressenties par les manifestants étaient par elles-mêmes oppressives, peu importe d'ailleurs qu'elles fussent ressenties ou non par une partie infime de la population dans la mesure où « il y a oppression contre le corps social lorsqu'un seul de ses membres est opprimé<sup>32</sup> ». L'oppression doit toutefois s'entendre de manière objective et existe lorsque les autorités s'affranchissent du droit, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. En ce qui concerne le cas américain, les manifestants remettaient en cause les résultats de l'élection présidentielle sur le fondement de supposées fraudes électorales. Les recours effectués par Donald Trump avaient été en totalité rejetés. Aussi ses partisans n'avaient-ils pas trouvé la justice à leur côté et estimé qu'il était leur devoir que de s'indigner. Or, il n'y avait point de tyran à abattre, point de loi scélérate à combattre, de sorte que là encore, il n'y avait pas d'oppression qui justifîât que le Capitole fût pris d'assaut. Dans les deux cas, il n'était donc pas permis de résister en opposant la violence, et ce pour deux raisons majeures. La première tient à l'autorité du juge. C'est à lui qu'il revient de dire si oui ou non le cadre juridique a connu des violations, que ce soit par le contrôle de légalité ou le contrôle de constitutionnalité. La seconde tient à la souveraineté. On ne peut imaginer une portion infime du peuple s'arroger le pouvoir, *a fortiori* dans une république où « le pouvoir du Gouvernement est, comme son étymologie l'indique, la chose de tous<sup>33</sup> ». À supposer qu'un droit à l'insurrection existe effectivement (ce dont on doute fortement) il aurait « pour titulaire le peuple, non l'individu ou un groupe d'individus<sup>34</sup> ». Il ne s'agit pas d'un acte privé<sup>35</sup>. Comme l'affirmait la Haute Cour dans l'arrêt précité : « il n'appartient à personne de substituer sa propre volonté à l'action souveraine des pouvoirs<sup>36</sup> ». Pour ces motifs, il paraît inconcevable qu'un droit à l'insurrection existe.

## 1.2. Un crime singulier dans le droit pénal français et américain

- 7 Traditionnellement, l'insurrection vise à renverser l'ordre établi et à prendre le pouvoir par la force<sup>37</sup>, notamment en s'attaquant aux lieux de pouvoirs et aux symboles qui représentent la puissance publique. Elle est donc par nature susceptible de porter atteinte à la stabilité des institutions qu'elle réussisse ou non et constitue une attaque directe contre la société<sup>38</sup>. C'est bien ce critère finaliste qui permet de la distinguer des autres formes de protestations comme l'émeute ou la révolution. Même si elles peuvent être parfois violentes, les émeutes n'ont pas de fins aussi subversives et sont dénuées de volonté de renverser le gouvernement<sup>39</sup>. De même, il y a une distinction qui doit être faite avec la révolution<sup>40</sup>. Une révolution est l'aboutissement d'une insurrection qui réussit de sorte qu'en définitive<sup>41</sup>, l'insurrection est un acte transitoire situé après l'émeute et à rebours de la révolution. L'étude du droit pénal français et américain révèle une différence de degré dans la mesure où en droit français, l'insurrection est caractérisée non pas à raison de son but, mais de ses conséquences et des moyens employés, tandis que le droit américain accorde une place prépondérante à l'objectif poursuivi par les insurgés.
- 8 Les prémices de la criminalisation de l'insurrection en France se situent dans la loi sur les détenteurs d'armes ou de munitions de guerre du 24 mai 1834<sup>42</sup>. Consécutives à la révolution des Trois Glorieuses et des mouvements insurrectionnels qui lui ont succédé, cette loi n'a pas défini en tant que telle l'insurrection, qui était alors entendue largement comme « une attaque à main armée, contre le gouvernement, par plusieurs conjurés<sup>43</sup> ». Elle a pour particularité de ne prendre en compte ni le résultat de l'insurrection ni sa finalité, mais ses actes préparatoires et les actes commis lors d'une participation à des mouvements insurrectionnels. L'absence de critère finaliste, *a contrario* de ce que prévoyait le projet de loi, est logique dans la mesure où il aurait été difficile d'apporter la « la preuve d'un but ou d'un résultat général<sup>44</sup> ». Cela permet de pénaliser l'individu à raison de sa seule participation à un mouvement insurrectionnel<sup>45</sup> et de graduer le quantum de la peine

selon que le manifestant était ou non armé. Cette loi a fait l'objet de nombreuses applications dans les années 1830 et jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, justifiant la mise en place d'un état de siège et la compétence de tribunaux militaires<sup>46</sup>. Tel qu'il est issu de sa rédaction de 1999, l'article 412-3 du Code pénal s'inscrit dans cette continuité et saisit l'insurrection par le biais des mouvements insurrectionnels définis comme « toute violence collective de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national ». Cette infraction hautement politique est envisagée comme étant susceptible de porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation et ainsi de causer de graves troubles à l'ordre public<sup>47</sup>. La dimension collective de l'infraction la distingue de l'attentat, entreprise individuelle<sup>48</sup>. La participation à un mouvement insurrectionnel s'effectue par ailleurs par le biais de six éléments matériels listés à l'article 412-4, notamment l'édification de barricades (1<sup>o</sup>), la destruction de tout édifice ou installation par ruse ou à force ouverte (2<sup>o</sup>) ou encore la provocation à des rassemblements d'insurgés (4<sup>o</sup>). Ces dispositions n'ont jamais été appliquées. Le critère du but est toutefois primordial aux États-Unis et c'est grâce à cet élément que l'on distingue l'insurrection d'autres incriminations. L'insurrection constitue un acte dont la répression remonte à fort longtemps, aux « racines du droit anglo-américain<sup>49</sup> », et a fait l'objet d'une longue évolution législative<sup>50</sup> au gré des crises successives, notamment la guerre de Sécession<sup>51</sup>. Le Code des États-Unis sanctionne en ce sens « quiconque incite, déclenche, assiste ou s'engage dans une rébellion ou une insurrection contre l'autorité des États-Unis<sup>52</sup> ». Que ce soit en doctrine ou en jurisprudence, une insurrection se caractérise bien par la volonté de renverser le gouvernement<sup>53</sup>. Elle va au-delà de l'émeute<sup>54</sup> puisqu'elle est « un soulèvement contre une autorité civile ou politique<sup>55</sup> », voire, pour aller plus loin, une « guerre menée par des traîtres contre le gouvernement pour le démembrer et le détruire<sup>56</sup> ». Ces dispositions sont quasi neutralisées par l'élément probatoire dans la mesure où il est difficile de prouver la volonté de commettre de telles actions et par le fait que seul le ministre de la Justice peut déclencher des poursuites sur ce fondement.

9 Le crime d'insurrection se heurte frontalement à la problématique de sa qualification. Non seulement parce que d'autres dispositions plus

simples peuvent être utilisées pour répondre à ces événements (ce qui fut le cas), mais aussi parce qu'il repose sur un paradoxe frappant que Patrick Wachsmann avait bien mis en avant. Selon lui : « si la révolte triomphe de l'ordre ancien, ses auteurs ne seront pas jugés et si elle est vaincue, aucun organe de l'ordre en place ne fera bénéficier les auteurs de la révolte d'un droit pourtant inscrit dans le texte suprême<sup>57</sup> ». Le choix de recourir à d'autres dispositions pénales est donc logique.

## 2. L'insurrection en tant que dérive illégitime de la liberté de manifestation

- 10 Il ressort de la jurisprudence que le crime d'insurrection a été exclu des chefs d'accusation retenus à l'encontre des manifestants (2.1). Se pose *in fine* la question de la sécurité publique alors que des mouvements violents, parfois armés, peuvent menacer la stabilité des institutions (2.2.).

### 2.1. Le choix logique de réprimer à partir d'autres dispositions pénales

- 11 La lecture de la jurisprudence française comme américaine frappe sur un point : l'insurrection est souvent mentionnée pour qualifier des événements, sans que pour autant ce recours terminologique ne coïncide avec les moyens juridiques soulevés. Il s'agit donc non pas d'une expression normative, mais d'un pur jugement de valeur. En France, l'insurrection a souvent été invoquée dans son versant psychologique, le juge évoquant un « climat insurrectionnel<sup>58</sup> » pouvant « troubler profondément la paix publique<sup>59</sup> ». Elle est aussi invoquée à des fins politiques. Par exemple, le ministre de l'Intérieur avait parlé de « climat insurrectionnel » pour décharger l'État de sa responsabilité lorsqu'il fut poursuivi pour l'usage d'un LBD contre une manifestante<sup>60</sup> lors d'une manifestation des Gilets jaunes en 2019, sans succès. Lors des émeutes de 2005, les renseignements généraux avaient parlé « d'insurrections urbaines<sup>61</sup> ». En ce qui concerne le saccage de l'Arc de Triomphe, les dispositions du Code

pénal relatives aux mouvements insurrectionnels n'ont pas été retenues, puisque certains manifestants ont été condamnés sur le fondement de l'article 222-14-2 du Code pénal, issu de la loi du 2 mars 2010, renforçant la lutte contre les violences de groupe. Jugées trop souples et contestées par la doctrine, les dispositions dudit article prévoient qu'est réprimée « la seule participation à un groupement créé, même provisoirement, en vue de commettre des violences aux personnes ou des dégradations aux biens, l'infraction étant consommée sans passage aux actes de violence <sup>62</sup> ». Dans cette optique, le Tribunal correctionnel de Paris dans son jugement du 25 mars 2021 <sup>63</sup> a souligné les nombreuses violences et dégradations qui ont été commises dans le cadre de l'acte III des Gilets jaunes. En plus des dispositions précitées, les prévenus étaient jugés pour délits d'intrusion non autorisée dans un lieu historique ou culturel, de vol aggravé et de dégradations d'un monument inscrit. En défense, les prévenus invoquaient l'état de nécessité <sup>64</sup> et arguaient de ce que l'intrusion dans l'Arc de Triomphe était rendue nécessaire par la présence des forces de l'ordre et les tirs de gaz lacrymogènes, mais le tribunal en a jugé autrement, considérant que « l'intrusion dans le monument n'était pas le seul moyen d'échapper aux gaz » et que la réaction des forces de l'ordre était « prévisible ». En l'espèce, le juge fit preuve d'un relativisme contestable puisque les faits sont jugés de « relativement graves », tandis que les attaques portées « à un monument emblématique de Paris comportent en eux-mêmes un certain niveau de gravité ». De manière plus singulière, un prévenu fut condamné à six mois d'emprisonnement, dont trois avec sursis sur le fondement de l'article 222-14-2 du Code pénal pour des faits intervenus lors d'une manifestation des Gilets jaunes en 2019. La Cour d'appel avait relevé que « la gravité des faits est inhérente à l'infraction de participation à un groupement violent qui *présente un caractère insurrectionnel*, avec en outre, une dimension crapuleuse <sup>65</sup> ».

- 12 Dans le cadre des arrestations consécutives à l'assaut du Capitole, les juges américains ont majoritairement parlé d'insurrection pour désigner l'assaut du bâtiment <sup>66</sup>. Pourtant, à la lecture des rapports des commissions d'enquêtes parlementaires portant sur les événements du 6 janvier, il apparaît qu'il n'est pas aisé de savoir quelle qualification attribuer à l'attaque du Capitole. Le directeur du FBI

s'était en effet refusé d'employer le terme d'insurrection<sup>67</sup>, tandis que les membres du Congrès ne sont pas tombés d'accord sur cette question<sup>68</sup>. Par ailleurs, aucun des chefs d'accusation précités ne figure parmi ceux qui ont été retenus à l'encontre des assaillants. Le ministre de la Justice (par ailleurs, seul compétent pour poursuivre a, dans un bon nombre de cas, poursuivi sur le fondement non pas de l'insurrection ou de la rébellion, mais de la conspiration visant à commettre un délit<sup>69</sup>, c'est-à-dire en l'espèce « d'arrêter, de retarder ou d'entraver la certification par le Congrès du vote du Collège électoral, et de faire obstruction et d'interférer avec les agents de la force publique dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Les charges retenues sont à peu près similaires à celles qui ont été appliquées à l'encontre de certains des Gilets jaunes, notamment l'entrée dans un bâtiment sans autorisation<sup>70</sup>, la participation à des troubles civils<sup>71</sup> ou encore le vol de biens appartenant au Gouvernement<sup>72</sup>. Toutefois, il est des cas marginaux dans lesquels une disposition particulièrement rare a été soulevée par le ministère de la Justice et dont l'application a donné lieu à des condamnations en 2023 : la conspiration séditeuse<sup>73</sup>. Ces dispositions, très connotées politiquement<sup>74</sup> entendent sanctionner quiconque prévoit d'utiliser la force en vue d'empêcher l'exécution des lois<sup>75</sup>. La différence entre la sédition et l'insurrection n'est pas des plus évidentes. La première se matérialise davantage dans les paroles, tandis que la seconde se retranscrit dans les actes. Dans nombre d'autres cas, le juge a mis en avant la volonté destructrice des assaillants, venus armés non pas pour exercer leur droit de manifester, mais bien pour en découdre avec les forces de l'ordre<sup>76</sup>.

## **2.2. Le sursaut sécuritaire face aux risques de nouvelles manifestations violentes**

- 13      Lorsqu'il est question de maintien de l'ordre public, il est forcément question de liberté de manifestation. Constitutionnellement garantie en France et aux États-Unis, elle doit nécessairement être conciliée avec « gestion par l'autorité administrative de l'ensemble des rassemblements, hostiles ou non, de personnes sur la voie publique ou dans les lieux publics, qui vont nécessiter un encadrement par la

force publique<sup>77</sup> ». Aux États-Unis, les manifestations pacifiques sont protégées par le premier amendement, mais doivent être encadrées. La Cour suprême affirmait en effet que : « la protection constitutionnelle des libertés implique l'existence d'une société organisée maintenant l'ordre public, sans quoi la liberté elle-même serait perdue dans un excès d'anarchie.<sup>78</sup> » Elles sont soumises à Washington D.C. à un régime de déclaration préalable<sup>79</sup> comme en France où la tendance est à considérer la manifestation de rue comme illégitime<sup>80</sup>. Les manifestations ont évolué de telle manière que les cortèges de violences et d'incivilités se sont multipliés et qu'au « fait de s'affranchir des règles qui s'appliquent à la manifestation se sont ajoutés l'imprévisibilité des lieux, des actes et la volonté de certains d'affronter directement la police<sup>81</sup> ». Parce que Paris et Washington D.C. sont des capitales où se situent les organes suprêmes, la question de la sécurité publique est évidemment fondamentale. De là, il s'ensuit que l'exercice du droit de manifestation doit nécessairement être encadré, car l'État ne peut permettre de garantir les libertés jusqu'à son autodestruction<sup>82</sup>. L'article L.111-1 du Code de la sécurité intérieure dispose à cet effet que « l'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens ». Mais peut-il faire face à des mouvements violents insurrectionnels que l'on qualifierait aux États-Unis de « terrorisme intérieur<sup>83</sup> » ? De nombreuses dispositions existent en France<sup>84</sup> comme outre-Atlantique,<sup>85</sup> car toute insurrection, sitôt qu'elle est constatée, doit être réprimée. Il faut bien évidemment que la réponse soit proportionnée et que la révolte soit correctement qualifiée puisque c'est la légitimité et la nécessité de l'usage de la force qui vont en découler.

- 14 Le saccage de l'Arc de Triomphe et l'assaut du Capitole ont été à tort comparés à de grands moments et œuvres de l'histoire : la Révolution française de 1789 ou encore la Liberté guidant le peuple d'Eugène Delacroix pour les Gilets jaunes ; l'incendie de Washington par les Anglais en 1812 et la guerre civile pour les assaillants du 6 janvier. Au-delà de leur pertinence relative, ces comparaisons interrogent sur la nature de ces actes et leurs conséquences s'ils avaient provoqué un



chaos généralisé. La sécurisation des lieux de pouvoirs ainsi que des monuments à Paris et à Washington D.C. dans le cadre de manifestations a été vivement remise en question et des mesures ont été prises pour pallier ces carences. En France, le mouvement des Gilets jaunes a donné lieu à un sursaut sécuritaire. Cela s'est manifesté d'emblée à Paris où le nouveau préfet de police Didier Lallement a mis en place en 2019 de nouvelles techniques de maintien de l'ordre par la création de la fameuse brigade motorisée BRAV-M ou encore le recours à des canons à eau<sup>86</sup> qui donneront lieu à une nouvelle doctrine et schéma de maintien de l'ordre en 2020. Le recours au renseignement intérieur s'est intensifié<sup>87</sup> de même que le traitement répressif des débordements violents. Les interdictions de manifestation se sont quant à elles multipliées.

- 15 Dans le même ordre d'idées, l'attaque du Capitole a permis de mettre en lumière les failles dans la protection du bâtiment et l'organisation de la sécurité aussi bien en ce qui concerne les mesures préventives que les mesures répressives. Il ressort des travaux de la Commission d'enquête parlementaire sur les événements du 6 janvier que le FBI n'avait pas jugé les menaces crédibles et admis que les propos qui avaient été tenus sur les réseaux sociaux étaient couverts par le premier amendement, rendant donc *a priori* difficile une quelconque intervention. La police du Capitole n'était quant à elle pas préparée et la répartition des compétences mal opérée dans la mesure où le chef de la police ne disposait pas du pouvoir unilatéral de déclarer l'état d'urgence et de recourir à la Garde nationale<sup>88</sup> (25 000 soldats ont finalement été déployés en vue de l'investiture<sup>89</sup>). Dans un contexte où les élus américains sont de plus en plus menacés, la police du Capitole a appris de ses erreurs. Grâce à une loi adoptée par le Congrès en 2021, le chef de la police peut désormais déclarer unilatéralement l'état d'urgence et prendre des mesures en ce sens<sup>90</sup>. Les mesures de sécurité et de renseignement ont quant à elles été renforcées et les effectifs de police augmentés<sup>91</sup>.

## NOTES

---

1 G. LE BON, *Psychologie des foules* [1895], Paris, PUF, 2013, p. 13.

- 2 « “Gilets jaunes” : Castaner dénonce la violence des “séditieux” d’ultradroite », *Challenges*, 24 novembre 2018, URL : [https://www.challenges.fr/top-news/gilets-jaunes-castaner-denonce-la-violence-des-seditieux-d-ultradroite\\_628078](https://www.challenges.fr/top-news/gilets-jaunes-castaner-denonce-la-violence-des-seditieux-d-ultradroite_628078)
- 3 *Loc. cit.*
- 4 Voir « Pour Didier Lallement, le mouvement des Gilets jaunes était “une quasi-insurrection qui pouvait prendre des palais nationaux” », *BFMTV*, 12 décembre 2022, URL : [https://www.bfmtv.com/police-justice/pour-didier-lallement-le-mouvement-des-gilets-jaunes-etait-une-quasi-insurrection-qui-pouvait-prendre-des-palais-nationaux\\_VN-202212120306.html](https://www.bfmtv.com/police-justice/pour-didier-lallement-le-mouvement-des-gilets-jaunes-etait-une-quasi-insurrection-qui-pouvait-prendre-des-palais-nationaux_VN-202212120306.html).
- 5 N. LEBOURG, R. SÈZE, « L’État face aux violences politiques, gouverner l’ennemi », in : I. SOMMIER (dir.), *Violences politiques en France de 1986 à nos jours*, Paris, Presses de Science Po, 2021, p. 362.
- 6 P. LEROY, *L’organisation constitutionnelle et les crises*, Paris, LGDJ, 1966, p. 16.
- 7 G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 13<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 2020, p. 555 ; B. A. GARNER (dir.), *Black’s law Dictionary*, 10<sup>e</sup> édition, St. Paul, Thomson Reuters, 2014, p. 928. Sauf indication contraire, les traductions sont celles de l’auteur.
- 8 P. FAVRE, « La manifestation entre droit et politique », in : CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, p. 284.
- 9 D. GROS, « Qu’est-ce que le droit de résistance à l’oppression ? », *Le Genre humain*, n° 33, 2005, p. 15.
- 10 Cons. const., 16 janvier 1982, décision n° 81-132 DC, loi de nationalisation. Pour un tour d’horizon du droit de résistance dans les constitutions étrangères, voir A. VIDAL-NAQUET, « Le droit constitutionnel de résistance à l’oppression » in : *Révolution, Constitution, Décentralisation, Mélanges en l’honneur de Michel Verpeaux*, Paris, Dalloz, 2020, p. 111-130.
- 11 S. GROSBON, « La justiciabilité problématique du droit de résistance à l’oppression : antilogie juridique et oxymore politique », in : V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *À la recherche de l’effectivité des droits de l’homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 139.
- 12 F. CHARBONNEAU, « Institutionnaliser le droit à l’insurrection. L’article 35 de la Constitution montagnarde de 1793 », *Tangence* [en ligne], n° 106, 2014, p. 112, DOI : [10.7202/1032602ar](https://doi.org/10.7202/1032602ar).

- 13 T. GINSBURG, D. LANSBERG-RODRIGUES, M. VERSTIEG, « When to overthrow your government: the right to resist in the world's constitutions », *UCLA Law Review*, vol. 60, n° 5, 2013, p. 1192. Voir aussi G. GEAMANU, *La résistance à l'oppression et le droit à l'insurrection. L'organisation pratique de la résistance révolutionnaire*, thèse de doctorat, université de Paris, Domat-Montchrestien, Paris, 1933, p. 291.
- 14 M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> édition, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1930, p. 310-311, URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5042662/f321.item.r=cycle>.
- 15 R. FRAGKOU, « Le droit de résistance à l'oppression en droit constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2013, vol. 65, n° 4, p. 837, DOI : [10.3406/ridc.2013.20282](https://doi.org/10.3406/ridc.2013.20282).
- 16 W. MASTOR, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Dalloz, 2021, p. 29.
- 17 E. DESMONS, « Philosophie sur la barricade. Blanqui : l'insurrection contre la démocratie représentative », *Le Genre humain*, vol. 2005/1, n° 44, p. 105.
- 18 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. Tome III, La théorie générale de l'État (suite et fin)*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, éditions de Boccard, 1923, p. 738.
- 19 G. KABI, « Penser le droit de résistance à l'oppression dans les sociétés démocratiques contemporaines », in : P-A. PERROUTY, *Obéir et désobéir. Le citoyen face à la loi*, éditions de l'université de Bruxelles, 2000, p. 121.
- 20 En effet : « Le droit de résistance à l'oppression contenu à l'article 2 de la DDHC n'est pas un droit à l'insurrection : il n'est pas une invitation au désordre et à la dissolution du lien social, mais un instrument de protection de la légalité républicaine ou une clause juridique nous permettant notamment de faire primer la protection des droits fondamentaux sur tout le reste », in : M. COTTEREAU, « Prendre au sérieux le droit de résistance à l'oppression contenu à l'article 2 de la DDHC », *RDP*, n° 5, 2019, p. 1332.
- 21 M. COTTEREAU, « Prendre au sérieux le droit de résistance à l'oppression contenu à l'article 2 de la DDHC », *Revue de droit public*, n° 5, 2019, p. 1327.
- 22 B. SMYRNADIS, *Les doctrines de Hobbes, Locke et Kant sur le droit d'insurrection. Esquisse d'une théorie du droit d'insurrection*, thèse de doctorat, Université de Paris, Faculté de droit, Paris, La Vie universitaire, 1921, p. xxvi.
- 23 *Ibid.*, p. ix.

- 24 *The Amy Warwick*, 67 US 635, 666-67, 17 L. Ed. 459, 1862 WL 6725 (1862). Voir aussi C. ZORGBIBE, « L'État devant l'insurrection », *La Revue administrative*, n° 130, 1909, p. 424.
- 25 J. DUVAL, *Des notions de contrainte morale et d'état de nécessité appliquée aux crimes et délits contre la sûreté de l'État*, Bruylant, Bruxelles, 1945, p. 22.
- 26 Haute Cour de justice de Bourges, 10 novembre 1849, in : A. DALLOZ, A. DALLOZ et autres jurisconsultes, *Jurisprudence générale du Royaume. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile divisé en quatre parties*, vol. 5, 1849, Paris, p. 295.
- 27 A. DALLOZ in : A. DALLOZ et autres jurisconsultes, *Jurisprudence générale du Royaume. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile divisé en quatre parties*, vol. 5, 1849, Paris, p. 295.
- 28 Cass. 22 août 1867, cité par J. DELPECH, « De la provocation par les ministres du culte à la résistance et l'insurrection contre les lois », *Revue du droit public et de la science politique*, 24, 1907, p. 289, URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111157c/f288.item>. On notera d'ailleurs qu'elle est moins réticente à l'égard de la désobéissance civile qu'elle admet sans pour autant prévoir d'irresponsabilité lorsque l'état de nécessité n'est pas respecté. Voir par exemple Cass. Crim. 22 septembre 2021, n° 20-80.489.
- 29 *District of Columbia v. Heller*, 554 US 570 (2008).
- 30 D. C. WILLIAMS, « The Constitutional Right to "Conservative" Revolution », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 32, 2002, p. 425.
- 31 *In re Charge to Grand Jury*, 62 F. 828, 830 (D.C. III. 1894).
- 32 Art. 34 Constitution de 1793.
- 33 H. MOUTOUH, « Intérêts fondamentaux de la Nation », in : *Dictionnaire du renseignement*, Perrin, Paris, 2018, p. 476.
- 34 G. KABI, *op. cit.*, p. 21.
- 35 E. BEAUSSIRE, *Les principes du droit*, Paris, Félix Alcan, 1888, p. 87.
- 36 A. DALLOZ, A. DALLOZ et autres jurisconsultes, *op. cit.*, p. 295.
- 37 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. Tome III, La théorie générale de l'État (suite et fin)*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, 1923, p. 738.
- 38 J. S. G. NYPELS, *Le droit pénal français progressif et comparé : Code pénal de 1810 accompagné des sources, des discussions au Conseil d'État, des exposés*

des motifs, Bruxelles, Bruylant – Christophe et Compagnie, 1863, p. 418,  
URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9677380f/f598.item>.

39 Harvard Law Review Association, « Riot control and the rise of federal troops », *Harvard Law Review*, vol. 81, n° 3, 1968.

40 En effet : « Les révolutionnaires s'emparent d'un droit qui ne leur a jamais été octroyé. L'insurrection quant à elle, se focalise singulièrement sur les signes du pouvoir, les symboles et les emblèmes », in : M. RIOT-SARCEY, « Pertinence et actualité de l'insurrection », in : J.-C. CARON (dir.), *Paris, l'insurrection capitale*, Champ Vallon, 2014, p. 414.

41 G. GEAMANU, *La résistance à l'oppression et le droit à l'insurrection. L'organisation pratique de la résistance révolutionnaire*, thèse de doctorat, Paris, Domat-Monchrestien, 1933, p. 291.

42 A. COLLET, « Insurrection », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, juillet 2001.

43 A. MORIN, *Répertoire général et raisonné du droit criminel*, Tome II, Paris, A. Durand, 1851, p. 256.

44 E. BOITARD, *Leçons sur le Code pénal et d'instruction criminelle*, 8<sup>e</sup> édition, Paris, Cotillon, 1863, p. 229.

45 A. BATBIE, *Théorie et pratique de droit public et administratif*, Tome II, Paris, Cotillon, 1862, p. 559.

46 Cass. 20 décembre 1849 in : R. DE VILLARGUES, *Code des lois sur la presse*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, Marescq Ainé, 1876, p. 16.

47 Il s'agit ni plus ni moins que les atteintes à la sûreté intérieure de l'État. Voir sur ce point F. ROUSSEAU, « Fasc. 20, Atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation – Généralités. Historique. Art – 412-1 à 412-8 », *JurisClasseur Pénal Code*, Paris, LexisNexis, p. 41. En vertu de l'article 410-1 du Code pénal : « Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel ».

48 A. COLLET, « Insurrection », *op. cit.*

49 179 American Jurisprudence Trials 435, §8. Insurrection and rebellion.

50 Par exemple avec les *Militia Acts* de 1792 et 1793, l'*Insurrection Act* de 1807, le *Suppression of Rebellion Act* de 1863 et l'*Enforcement Act* de 1871 consécutifs à la guerre civile et enfin le *Smith Act* de 1940.

51 L'article 3 du 6<sup>e</sup> amendement prévoit que : « Nul ne sera sénateur ou représentant au Congrès, ou électeur des président et vice-président, ni n'occupera aucune charge civile ou militaire du gouvernement des États-Unis ou de l'un quelconque des États, qui après avoir prêté serment comme membre du Congrès, ou fonctionnaire des États-Unis, ou membre d'une législature d'État, ou fonctionnaire exécutif ou judiciaire d'un État, de défendre la Constitution des États-Unis, aura pris part à une insurrection ou à une rébellion contre eux, ou donné aide ou secours à leurs ennemis. Mais le Congrès pourra, par un vote des deux tiers de chaque Chambre, lever cette incapacité. »

52 18 US Code §2383.

53 3 *Wharton's Criminal Law* §47:8, 16<sup>e</sup> édition, ; voir également 7 C.J.S. Riot §36.

54 L'émeute « désigne un trouble de l'ordre public impliquant (1) un ou plusieurs actes de violence commis par une ou plusieurs personnes faisant partie d'un groupe de trois personnes ou plus, acte(s) qui constitue(nt) un danger clair et présent ou qui entraîne(nt) des dommages ou des blessures aux biens d'une autre personne ou à la personne d'un autre individu ou (2) une ou plusieurs menaces de commettre un ou plusieurs actes de violence par une ou plusieurs personnes faisant partie d'un groupe de trois personnes ou plus, ayant, individuellement ou collectivement, la capacité d'exécuter immédiatement cette ou ces menaces, lorsque l'exécution de l'acte ou des actes de violence menacés constituerait un danger clair et présent ou entraînerait des dommages ou des blessures aux biens d'une autre personne ou à la personne d'une autre personne, individuellement ou collectivement, la capacité d'exécuter immédiatement cette ou ces menaces, lorsque l'accomplissement de l'acte ou des actes de violence menacés constituerait un danger clair et présent ou entraînerait des dommages ou des blessures aux biens d'une autre personne ou à la personne d'un autre individu » (18 US Code §2101 – Riot).

55 44B American Jurisprudence 2<sup>nd</sup> Insurrection §1.

56 *United States v. Cathcart*, 25 F. Cas. 344, 348 (C.C.S.D. Ohio 1864).

57 P. WACHSMAN, *Libertés publiques*, 9<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2021, p. 305.

58 Cass. crim., 1<sup>er</sup> décembre 2020, n° 20-83-039.

59 CA Lyon, 26 juin 2007, n° 07/00298.

60 M. LAHOVAZI, « Responsabilité sans faute de l'État du fait d'un attroupement et usage du LBD : lorsque le juge administratif se saisit de la question des violences policières », JCP A, n° 4, 2021, p. 2034.

61 Les renseignements généraux avaient quant à eux désigné « d'insurrection urbaine » les émeutes de 2005, in : « Selon les RG, les émeutes en banlieue n'étaient pas le fait de bandes organisées », *Le Monde*, 7 décembre 2005. URL : [https://www.lemonde.fr/societe/article/2005/12/07/selon-les-rg-les-emeutes-en-banlieue-n-etaient-pas-le-fait-de-bandes-organisees\\_718347\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2005/12/07/selon-les-rg-les-emeutes-en-banlieue-n-etaient-pas-le-fait-de-bandes-organisees_718347_3224.html).

62 V. NIORE, « D'une loi anti-casseurs défunte à une loi anti-bandes conforme à la Constitution : la résurrection », *Gaz. Pal.*, n° 91, 2010, p. 8.

63 Tribunal correctionnel de Paris, 25 mars 2021, n° 1.

64 Telle que prévue à l'article 122-7 du Code pénal.

65 Cass. Crim., 16 décembre 2020, n° 20-81.015. Nous soulignons.

66 Il a ainsi pu être parlé d'« insurrection » *United States v. DeGrave* – F. Supp. 3d – (2021), 2021 WL 1940536; *John Lester Cox, Plaintiff, v. Mira Narkiewicz, et al., Defendants*, 2021 WL 6072749 (W.D.Wash., 2021); *Noem v. Haaland*, 2021 WL 2221728 (D.S.D., 2021) ; *Amalgamated Transit Union Local 85 v. Port Authority of Allegheny County*, 2021 WL 719671 (W.D.Pa., 2021) ; d'insurrection « violente » (*United States v. Hunt*, 2021 WL 5399986, 21 (E.D.N.Y., 2021)) et « infâme » (*Rutenburg v. Twitter, Inc.*, 2021 WL 1338958, 1 (N.D.Cal., 2021)) ; de « discorde ayant débouché sur des violences, l'insurrection et la mort » (*Matter of Giuliani*, n° 2021-00491, 2021-00506, 146 N.Y.S.3d 266, 283, 2021 N.Y. Slip Op. 04086, 2021 WL 2583536 (N.Y.A.D. 1 Dept., June 24, 2021) ou encore d'« insurrection infructueuse » (*United States v. Munchel*, – F. Supp. 3d –, 1 (2021), 2021 WL 4709745.). Les manifestants ont quant à eux été qualifiés d'« insurgés » (*O'Rourke v. Dominion Voting Systems Inc* – F. Supp. 3d – (2021), 2021 WL 3400671). Le terme d'émeute (riot) figure quant à lui dans la majorité des décisions. Par exemple, voir *United States v. Sabol*, 534 F. Supp. 3d 58, 61 (D.D.C. 2021); *United States v. Gieswein*, n° CR 21-24 (EGS), 2021 WL 3168148, 1 (D.D.C. July 27, 2021), aff'd, n° 21-3052, 2021 WL 5263635 (D.C. Cir. Oct. 19, 2021); *United States v. Whiton*, 534 F. Supp. 3d 32, 34

(D.D.C. 2021); *United States v. Caldwell*, n° CR 21-181 (CKK), 2021 WL 2036667, 2 (D.D.C. May 21, 2021).

67 C. WRAY, « Capitol Insurrection: Unexplained Delays & Unanswered Questions (Part II): Hearing Before the Committee on Oversight & Reform, House of Representatives », 117<sup>e</sup> Congrès, première session (2021), p. 31 et 46.

68 *Ibid.*, p. 52.

69 18 US Code §371.

70 18 US Code §1752(a)(1).

71 18 US Code §231.

72 18 US Code §1752(a)(1).

73 18 US Code §2384 : « Si deux personnes ou plus, dans un État ou territoire, ou en tout lieu soumis à la juridiction des États-Unis, conspirent en vue de renverser, d'abattre ou de détruire par la force le gouvernement des États-Unis, ou de déclencher une guerre contre eux, ou de s'opposer par la force à l'autorité de ce gouvernement, elles seront passibles d'une amende, ou d'empêcher, d'entraver ou de retarder par la force l'exécution de toute loi des États-Unis, ou de saisir, de prendre ou de posséder par la force tout bien des États-Unis contrairement à l'autorité de ceux-ci, ils seront chacun condamnés à une amende en vertu du présent titre ou à une peine d'emprisonnement de vingt ans au maximum, ou aux deux ».

74 3 *Wharton's Criminal Law* §47:9 (16<sup>e</sup> édition).

75 70 *American Jurisprudence* 2<sup>nd</sup> Sedition, etc. §5.

76 Par exemple, *United States v. Chrestman*.

77 H. VLAMYNCK, « Le maintien de l'ordre : manifestation, réunions publiques et attroupements », *AJ Pénal*, 2009, p. 288.

78 *Cox v. Louisiana*, 379 US 536 (1965), cité par D. MONGOIN, in : « La liberté de manifestation aux États-Unis », *Jus Politicum*, n° 17, 2017.

79 I. FASSASSI, « La liberté de manifestation aux États-Unis », *Jus Politicum*, n° 17, 2017.

80 D. TARTKOWSKY, « Quand la rue fait l'histoire », *Pouvoirs*, n° 116, 2006, p. 20. Voir aussi C. DOBOVETZKY, « Une liberté qui dérange. Réflexions sur la liberté de manifestation à partir de l'exemple suisse », *RFDA*, 2020, p. 325.



81 X. BIOY, « Manifestations et recours à la force publique : le choix des armes », *AJDA*, 2020, n° 8, p. 463.

82 J. RIVERO, *Les libertés publiques*, Tome I, *Les droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1973, p. 204.

83 Le terrorisme intérieur est prévu par l'article 18 US Code §2331 (5). L'attaque du Capitole est par ailleurs également qualifiée de terrorisme intérieur in : National Security Council, « National Strategy for Countering Domestic Terrorism », Rapport, 2021, p. 30. Des explosifs avaient également été retrouvés près du Capitole. En France, le terrorisme est défini à l'article 412-2 du Code pénal et le crime d'insurrection s'en rapproche.

84 Par exemple la loi du 10 avril 2019 visant à renforcer et à garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations prévoit que la dissimulation du visage soit interdite et que les fouilles des manifestants soient permises, afin de trouver de potentielles armes par destination. De plus, en décembre 2021 a été publiée la version révisée du schéma national du maintien de l'ordre qui « développe une doctrine protectrice des manifestants et ferme avec les auteurs de violences » in : Ministère de l'Intérieur, « Schéma National du Maintien de l'Ordre », décembre 2021, p. 9.

85 En vertu de la « Guarantee clause » prévue par l'article 4 section 4 de la Constitution des États-Unis, « les États-Unis garantiront à chaque État de l'Union une forme républicaine de gouvernement, protégeront chacun d'eux contre l'invasion, et sur la demande de la législature ou de l'exécutif, contre toute violence intérieure ». Cette notion de violence intérieure justifie que l'État fédéral intervienne, in : Harvard Law Review Association, *op. cit.* p. 643. Le président peut fédéraliser la garde nationale alors placée sous son contrôle et celle du Pentagone pour maintenir ou restaurer l'ordre dans trois cas, notamment en cas d'insurrection contre un gouvernement d'un État ou en cas de violence domestiques (10 US Code, chap. 13 – Insurrection).

86 A. RESTELLI, « Le maintien de l'ordre français mis à l'épreuve par les gilets jaunes », *Droit et Société* [en ligne], 2019, URL : <https://ds.hypotheses.org/6045>.

87 A. DEPRAU, « La lutte contre la contestation à tendance subversive », *Sécurité globale*, n° 17, 2019, p. 65.

88 Committee on Homeland Security and Governmental Affairs et Committee on Rules and Administration, « Examining the US Capitol attack.

A review of the security, planning and response failures on January 6 », *United States Senate*, 2021, p. 1-3.

89 J. BLOCHER, R. SIEGEL, « When guns threaten the public sphere: a new account of public safety regulation under Heller », *Northwestern University Law Review*, vol. 116, n° 1, 2021, p. 145.

90 *Capitol Police Emergency Assistance Act of 2021*.

91 US Capitol Police, « Two Years of Hard Work: A Message from US Capitol Police Chief Tom Manger », 2 janvier 2023, URL : <https://www.uscp.gov/media-center/press-releases/two-years-hard-work-message-us-capitol-police-chief-tom-manger>.

## RÉSUMÉS

---

### Français

Le saccage de l'Arc de triomphe le 1<sup>er</sup> décembre 2018 et l'assaut du Capitole le 6 janvier 2021 ont donné lieu à un sursaut sécuritaire et remis au goût du jour une notion ancienne : celle de l'insurrection. Saisie par la politique et par le droit, l'insurrection fait l'objet d'un régime spécifique arrimé au droit pénal et dont la qualification est très difficile à opérer. Il est donc permis de se demander si, à la lumière de l'arsenal existant, elle n'est pas un anachronisme juridique.

### English

The looting of the Arc de triomphe on December 1<sup>st</sup> 2018, and the attack on the Capitol on January 6 2021, led to increased security and the revival of the ancient concept of insurrection. Nonetheless, French and American Criminal and Constitutional Law reveal that these events could not be characterized as such, and that insurrection might be a legal anachronism given the existing legal arsenal.

## INDEX

---

### Mots-clés

insurrection, manifestation, Capitole, élection, résistance à l'oppression

### Keywords

insurrection, protest, Capitol, election, resistance to the oppression

## AUTEUR

---

**Baptiste Charvin**

Attaché temporaire d'Enseignement et de Recherche et doctorant, centre de droit public comparé (CDPC EA7320), université Paris Panthéon-Assas  
IDREF : <https://www.idref.fr/273448811>

# La militarisation de la sécurité publique au Mexique : les effets ambigus de la réforme constitutionnelle de 2019

Léa Boinnard

DOI : 10.35562/droit-public-compare.320

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

## PLAN

---

1. Un encadrement salué de l'intervention des forces armées dans la sécurité publique
  - 1.1. Le contexte de la réforme : une situation sécuritaire problématique
  - 1.2. Les promesses du nouveau cadre juridique : un encadrement de l'intervention des forces armées
2. Des craintes persistantes quant à la militarisation de la sécurité publique
  - 2.1. Des inquiétudes face à l'absence de remise en cause de la militarisation
  - 2.2. Un bilan mitigé

## TEXTE

---

- 1 La sécurité publique constitua un enjeu central lors de la dernière élection présidentielle mexicaine en 2018. Pendant la campagne qui mena Andrés Manuel López Obrador (dit AMLO), figure de la gauche, à la présidence du pays, celui-ci proposait une nouvelle approche de la sécurité, promettant de « renvoyer les forces armées à leurs casernes et de les retirer de la rue<sup>12</sup> ». Alors que ses prédécesseurs avaient fait le choix de l'intervention massive des forces armées dans la lutte contre l'insécurité, AMLO entendait centrer son approche sur une prise en compte des causes profondes de celle-ci, en particulier les causes sociales. Si le président et sa majorité parlementaire ont effectivement réorganisé en profondeur la sécurité publique pendant ce sextennat, ce n'est pourtant pas dans le sens d'un retrait de l'armée des rues.

- 2 La révision constitutionnelle de 2019<sup>3</sup> fut au cœur de cette réorganisation de la sécurité publique, définie à l'article 21 §9 de la Constitution mexicaine comme « une fonction de l'État assurée par la Fédération, les entités fédérées et les municipalités, dont les missions sont de préserver la vie, les libertés, l'intégrité et le patrimoine des personnes, ainsi que de contribuer à la construction et à la préservation de l'ordre public et de la paix sociale, conformément à ce que prévoient la Constitution et les lois en la matière ». Selon ce même article, « [l']action des institutions de sécurité publique est régie par les principes de légalité, d'objectivité, d'efficacité, de professionnalisme, d'honnêteté et de respect des droits de l'homme reconnus par cette Constitution ».
- 3 La notion de sécurité publique se distingue de celles de sécurité intérieure et de sécurité nationale. Cette distinction présente des enjeux importants en droit mexicain. Si la sécurité publique vise en principe à protéger la population des atteintes aux droits individuels et à l'ordre public<sup>4</sup>, la notion de sécurité intérieure renvoie à une protection plus institutionnelle que personnelle, c'est-à-dire à la garantie du bon fonctionnement des institutions étatiques<sup>5</sup>. Elle s'inscrit au Mexique, dans le cadre d'un État confronté à d'importantes violences internes, qui se trouve dans une sorte de « zone grise » entre la guerre et la paix<sup>6</sup>. La notion de sécurité intérieure avait été définie dans la loi du même nom en 2017<sup>7</sup>, qui fut intégralement censurée par la Cour suprême mexicaine<sup>8</sup>. La définition qui y était adoptée, à savoir « la condition nécessaire, garantie par l'État, à la sauvegarde de ses institutions, de sa population, à la garantie du développement national et au maintien de l'État de droit et de la gouvernementalité du territoire<sup>9</sup> », a en effet été jugée trop large par la Cour, au regard de son empiètement sur celle de sécurité publique. La sécurité nationale, enfin, apparaît comme un domaine plus large et comprend à la fois la sécurité intérieure et la défense nationale, c'est-à-dire la protection contre les menaces extérieures<sup>10</sup>. Ce concept apparaît pour la première fois dans la Constitution mexicaine avec la révision de 2004, sous l'influence notamment de la doctrine états-unienne<sup>11</sup>.
- 4 La distinction a des incidences sur la répartition des compétences, qu'elle soit horizontale entre le pouvoir législatif et exécutif, ou verticale entre les différents échelons fédéraux. En effet, les

compétences en matière de sécurité nationale, y compris la sécurité intérieure, sont réservées à l'échelon fédéral avec une participation du président<sup>12</sup> et du Congrès<sup>13</sup>, alors que les missions de sécurité publique sont partagées entre différents organes de la Fédération, des États et des communes<sup>14</sup>. La légalité de l'intervention des forces armées dépend également de cette qualification. En principe, la sécurité publique est assurée par des autorités civiles et non militaires, comme le prévoient les paragraphes 9 et 10 de l'article 21 de la Constitution mexicaine. Cependant, le phénomène de militarisation de la sécurité publique amène les forces armées à intervenir de manière croissante dans ce domaine.

- 5 Ce phénomène n'est pas propre au Mexique : il s'observe dans d'autres pays d'Amérique latine confrontés au narcotrafic comme la Colombie<sup>15</sup>, mais également dans des pays européens, y compris la France, dans le contexte de lutte contre le terrorisme<sup>16</sup>. Cette militarisation fait l'objet de multiples recherches et suscite des inquiétudes, émanant à la fois de la société civile, de la doctrine et d'organisations internationales. Celles-ci pointent les risques d'atteintes à la protection des droits de l'homme, en particulier au Mexique où, malgré d'importants efforts constitutionnels<sup>17</sup>, les violations demeurent fréquentes, y compris de la part des institutions publiques.
- 6 C'est en réponse à ces craintes et aux critiques portées aux politiques sécuritaires de ses prédécesseurs qu'AMLO et son parti Morena (*Movimiento de regeneración nacional*), majoritaire au Congrès, ont proposé, dès 2018, de réformer en profondeur la sécurité. Le projet de réforme visait notamment à créer une Garde nationale (*Guardia Nacional*), dont la nature – civile ou militaire – prêtait initialement à débats. L'objectif était de disposer d'une institution plus adaptée que la police fédérale pour lutter contre le crime organisé, tout en limitant l'intervention des forces armées au sens strict dans cette mission. Une autre partie de la réforme autorisait, tout en l'encadrant, l'intervention des forces armées dans des tâches de sécurité publique. Enfin, deux nouveaux dispositifs pénaux furent créés : la détention provisoire officieuse (*prisión preventiva oficiosa*<sup>18</sup>), qui, contrairement à la détention provisoire justifiée (*prisión preventiva justificada*), est automatique dans certaines circonstances et l'extinction de domaine, qui consiste à

supprimer la propriété sur certains biens liés à des crimes ou délits particuliers<sup>19</sup>. Ces deux aspects seront écartés ici, car ils ne concernent pas directement la militarisation de la sécurité publique.

- 7 La réforme de 2019 a fait l'objet d'importants débats au Mexique, tant lors des discussions qu'après son adoption. Selon le gouvernement, celle-ci permettait de limiter l'intervention des forces armées dans les tâches de sécurité publique, tout en répondant aux difficultés rencontrées par les corps civils traditionnels pour faire face au crime organisé. Pour ses opposants, elle amenait seulement à renforcer ou tout au moins entériner l'intervention des forces armées, directement ou indirectement, dans des missions de sécurité publique.
- 8 Alors que le mandat du président López Obrador s'achève, il semble intéressant de dresser un premier bilan des effets de la révision constitutionnelle de 2019 et des réformes de la sécurité publique qui l'ont complétée. L'objectif étant d'évaluer si ce nouveau droit de la sécurité a permis d'atteindre le but initialement affiché, à savoir la diminution de la militarisation et une meilleure garantie de la sécurité des habitants. La réforme peut ainsi être étudiée sous l'angle de l'effectivité du droit, en s'intéressant aux « effets, juridiques ou non, qu'elle engendre<sup>20</sup> ». Pour mener à bien cette analyse et au regard de son approche comparatiste<sup>21</sup>, il est utile de replacer la réforme du droit dans le contexte historique, politique et juridique mexicain, en mobilisant des éléments de la science politique et de l'histoire récente. Afin d'évaluer les effets de la militarisation sur la réduction de l'insécurité – son but affiché – quelques données statistiques sont également utilisées, lesquelles visent plutôt à illustrer l'évolution de l'insécurité au Mexique qu'à apporter une évaluation chiffrée des effets de la réforme, ce qui sortirait du cadre de cette étude.
- 9 Ainsi, l'on constate que dans un premier temps, l'encadrement de la participation des forces armées aux missions de sécurité publique, qui visait à répondre aux écueils du passé, a globalement été salué (1.). Ce nouveau cadre n'a toutefois pas remis en cause le mouvement de militarisation de la sécurité publique, qui tend plutôt à se renforcer (2.).

# **1. Un encadrement salué de l'intervention des forces armées dans la sécurité publique**

- 10 La réforme de 2019 est intervenue dans le contexte d'une situation sécuritaire problématique et du constat de l'inefficacité des politiques et du cadre juridique mis en place par les gouvernements précédents (1.1.). L'objectif affiché était ainsi d'encadrer l'intervention des forces armées dans la sécurité publique et portait une promesse d'apaisement (1.2.).

## **1.1. Le contexte de la réforme : une situation sécuritaire problématique**

- 11 La réforme de 2019 s'inscrit dans le contexte d'une militarisation croissante des missions de sécurité publique par les gouvernements précédents, sans que celle-ci ne permette de contenir l'insécurité dans le pays.
- 12 Sur le plan politique, il faut noter que de 1917 – date de la révolution mexicaine et de l'adoption de l'actuelle Constitution – à 2000, le Mexique était gouverné par un même parti, le Parti révolutionnaire institutionnel (PRI). Paradoxalement, la stabilité de ce pouvoir et la corruption existante contenaient dans une certaine mesure la montée de l'insécurité<sup>22</sup>. En 2000 eut lieu la première alternance politique, matérialisée par l'élection de Vicente Fox, chef du Parti d'action nationale (PAN), à la présidence de la République. Cette alternance, saluée pour le progrès démocratique qu'elle représentait, s'est également accompagnée d'une déstabilisation de la situation sécuritaire favorisée par la déstructuration des anciens réseaux de relations entre le crime organisé et la politique<sup>23</sup>. Cette montée de l'insécurité a incité les pouvoirs publics à chercher des solutions. Parmi celles-ci, le recours croissant aux forces armées, qui jouissent d'un pouvoir important dans les pays latino-américains<sup>24</sup> et bénéficient d'une confiance assez élevée de la part des populations<sup>25</sup>.
- 13 C'est sous la présidence de Felipe Calderón (2006-2012) que s'opéra un réel tournant à ce sujet. Dès son élection, il déclara vouloir mener



une « guerre contre la drogue ». Le 9 mai 2006, il adopta un décret présidentiel créant un corps spécial de l'armée et des forces aériennes, chargé de soutenir les forces policières dans la lutte contre la criminalité organisée, nommé Corps de soutien fédéral<sup>26</sup>. Ce corps de nature militaire, agissant sous les ordres du président de la République, dépendait en matière technique, opératoire et administrative du secrétariat de la Défense nationale (SEDENA, équivalent du ministère des Armées en France). Cela se solda par une intervention croissante de l'armée dans des missions liées à la vie quotidienne des individus, qui fut vivement critiquée dans le pays<sup>27</sup>. Loin de régler la question du narcotrafic, elle fut plutôt réputée responsable de l'augmentation de la violence, y compris envers des civils<sup>28</sup>.

- 14 Enfin, Enrique Peña Nieto, président de 2012 à 2018, avait déclaré vouloir s'écarter de cette rhétorique militaire et en finir avec la « guerre », afin d'entamer une désescalade de la violence. Pour autant, son mandat ne marqua pas de retrait de « l'armée des rues ». Malgré la création d'une Gendarmerie nationale, corps de nature civile appartenant à la police fédérale et chargé de lutter contre le crime organisé, les militaires conservèrent leurs fonctions dans des missions de sécurité publique<sup>29</sup>. Son mandat fut également marqué par une tentative de réforme de la sécurité à travers l'adoption de la loi de sécurité intérieure, qui amena la Cour suprême mexicaine à se prononcer sur le cadre constitutionnel de la sécurité et sur les limites de la participation des militaires à l'exercice de missions de sécurité publique<sup>30</sup>.
- 15 Censurée par la Cour dans le cadre d'un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, cette loi prévoyait l'intervention de l'armée dans des missions qu'elle qualifiait de « sécurité intérieure ». Il ne s'agissait donc pas en théorie de missions de sécurité publique, comme le précisait expressément la loi dans son article 18 §2. Pourtant, l'initiative eut pour effet de relancer le débat sur la sécurité publique. En effet, la distinction opérée par la loi entre sécurité publique et sécurité intérieure fut immédiatement questionnée, d'abord par la doctrine<sup>31</sup>, puis par la Cour suprême. Les critiques estimaient que la loi prévoyait en réalité l'intervention des forces armées dans des tâches de sécurité publique, telles que des investigations ou des détentions. Cet empiètement des militaires dans des fonctions civiles,

normalement assurées par la police et le ministère public, n'était pas assorti de garanties suffisantes en matière de droits de l'homme<sup>32</sup>. Il était jugé d'autant plus problématique que le pouvoir exécutif dispose de compétences étendues pour assurer la sécurité intérieure – contrairement à la sécurité publique – et que ce domaine est largement protégé du contrôle juridictionnel<sup>33</sup>.

- 16 La Cour suprême mexicaine a confirmé cette analyse. Sa décision, dans l'action en inconstitutionnalité<sup>34</sup> 6/2018, permet de positionner la question dans le cadre constitutionnel du pays. Pour censurer l'intégralité de la loi, la Cour s'est fondée sur deux motifs principaux. D'une part, elle a estimé que la loi méconnaissait l'article 129 de la Constitution qui interdit la participation des forces armées à des missions non militaires en temps de paix. Elle a jugé que la distinction opérée dans la loi entre sécurité intérieure et sécurité publique était artificielle, dès lors qu'elle se fondait uniquement sur une répartition fonctionnelle des compétences<sup>35</sup>. Ainsi, la loi prévoyait *de facto* de conférer des tâches de sécurité publique aux forces armées, en les qualifiant à tort de missions de sécurité intérieure, car elles étaient prises en charge par ces mêmes forces armées. D'autre part, la Cour a estimé qu'en raison de cette mauvaise qualification juridique, le Congrès avait outrepassé ses compétences, car les domaines concernés par la loi n'entraient en réalité pas tous dans la catégorie de la sécurité nationale<sup>36</sup>. La Cour n'écarta cependant pas toute possibilité d'intervention des forces armées dans des missions liées à la sécurité publique. Elle posa ainsi trois critères à cette participation : l'intervention doit être exceptionnelle, en appui à celle des autorités civiles et temporaire<sup>37</sup>. Cette décision pose donc le cadre constitutionnel dans lequel s'inscrit la réforme de 2019. Elle justifie également le choix de la révision constitutionnelle, dès lors que la participation des forces armées aux tâches de sécurité publique – existante *de facto*<sup>38</sup> – se fondait sur un cadre juridique insuffisant et était même contraire à la Constitution.
- 17 La réforme de 2019 s'inscrit également dans un contexte d'augmentation de l'insécurité dans le pays. Sans entrer dans le détail des chiffres – l'insécurité étant par ailleurs difficilement quantifiable – on peut toutefois donner quelques indicateurs qui incitent à penser que les politiques sécuritaires, y compris l'intervention des militaires dans la lutte contre le crime organisé,

n'ont pas permis de juguler ce phénomène. En choisissant deux indicateurs – le sentiment d'insécurité et le taux d'homicides – on constate que si une légère amélioration a eu lieu entre 2011 et 2014, celle-ci n'a pas perduré par la suite, des niveaux inédits de violence ayant même été atteints à partir de cette date. En 2011 par exemple, 69,5 % de la population mexicaine déclarait se sentir en insécurité dans son État. En 2012, ce pourcentage était descendu à 66,6 %, pour ensuite entamer une hausse continue jusqu'à présent, avec un taux de 79,4 % à la fin de la présidence d'Enrique Peña Nieto<sup>39</sup>. Concernant le taux d'homicides, celui-ci était de 24 homicides pour 100 000 habitants en 2011, de 17 pour 100 000 en 2014 et de 29 pour 100 000 en 2016. Ces taux plaçaient le Mexique dans les dix pays au plus fort taux d'homicides du monde<sup>40</sup>. Par comparaison, la France déplorait 1,3 homicide pour 100 000 habitants sur la période 2018-2020<sup>41</sup>. Si ces seuls éléments ne permettent pas de conclure de l'inefficacité de l'intervention des forces armées dans la lutte contre le crime organisé, ils révèlent toutefois son caractère insuffisant.

- 18 Enfin, l'armée pourrait avoir elle-même joué un rôle dans cette insécurité et participé à d'importantes violations des droits de l'homme. C'est en tout cas ce qu'indique le rapport du Groupe interdisciplinaire d'experts indépendants (GIEI), mandaté par la Commission interaméricaine des droits de l'homme pour enquêter sur l'affaire d'Ayotzinapa<sup>42</sup>. Cet événement, qui concerne la disparition forcée de quarante-trois étudiants de l'école normale supérieure d'Ayotzinapa, le 26 septembre 2014, avait été entouré de nombreuses zones d'ombre quant à l'implication des différentes autorités – fédérales, locales, civiles, militaires – dans les crimes commis. Le rapport du GIEI avait en effet révélé la probable implication d'autorités fédérales, y compris la police et l'armée, dans la disparition des étudiants et leur livraison à des groupes criminels. Il ne s'agit pas du seul exemple à ce sujet, mais il permet d'illustrer l'un des enjeux de la militarisation de la sécurité publique au Mexique.
- 19 La réforme de 2019 s'inscrit ainsi dans un contexte de militarisation, *de facto* comme *de jure*, de la sécurité publique dans le pays, ainsi que de maintien, voire de croissance, de l'insécurité. En réponse, elle proposait de mieux encadrer l'intervention des forces armées.

## 1.2. Les promesses du nouveau cadre juridique : un encadrement de l'intervention des forces armées

- 20 Le gouvernement entama, dès 2018, une profonde réforme du système de sécurité publique. Celle-ci s'appuyait sur différents textes : des déclarations d'intention, une révision de la Constitution, puis un corpus législatif et réglementaire. Sur le fond, la réforme est particulièrement vaste : elle intègre aussi bien des questions opérationnelles que des mesures visant à lutter contre les causes sociales de l'insécurité.
- 21 Concernant les sources tout d'abord, celles-ci ont pris différentes formes. Le lancement de la réforme s'est matérialisé en premier lieu par une déclaration d'intention du président élu dans son Plan national pour la paix et la sécurité 2018-2024 du 14 novembre 2018<sup>43</sup>. Bien que sans valeur juridique, le plan présente les objectifs qui ont servi de base aux réformes constitutionnelles et législatives. Ceux-ci sont regroupés en huit axes censés renforcer la paix et la sécurité au Mexique, parmi lesquels se trouvent par exemple l'amélioration des conditions sociales de la population (emploi, éducation, santé et bien-être), la promotion des droits de l'homme ou encore la recherche de la paix comme objectif de sécurité. Le dernier axe porte sur un « plan de sécurité publique », qui comprend trois sous-axes : repenser la sécurité nationale et réorienter le rôle des forces armées, créer une Garde nationale et renforcer la coordination régionale.
- 22 Ce plan a été suivi d'une proposition de révision constitutionnelle initiée par des députés du groupe parlementaire Morena le 20 novembre 2018<sup>44</sup>. Dans l'exposé des motifs, la proposition initiale soulignait la nécessité d'encadrer l'intervention de l'armée, « pilier principal et le plus fiable pour la sécurité du pays », mais qui « manque d'un cadre légal spécifique et d'une formation institutionnelle adéquate pour participer aux tâches de sécurité publique »<sup>45</sup>. La révision intégrait ainsi la création d'un nouveau corps de sécurité, la Garde nationale et la réorientation des forces armées vers des tâches de sécurité publique<sup>46</sup>.

- 23 La Garde nationale existait déjà en tant que corps de réserve de l'armée dans la Constitution de 1857, mais n'opérait plus depuis le <sup>xx<sup>e</sup></sup> siècle <sup>47</sup>. La proposition initiale de révision réinstituait ce corps, en le rattachant à l'État fédéral, mais sans préciser si sa nature était civile ou militaire. L'exposé des motifs entendait toutefois affirmer son caractère militaire, en s'appuyant sur les expériences étrangères (Garde civile espagnole, Gendarmerie française, Arme des carabinieri italienne, etc.) et sur des raisons pratiques, estimant que les moyens dont disposait déjà l'armée permettraient de répondre plus rapidement à l'urgence de la situation. Ainsi, la proposition prévoyait une institution hybride, répondant à la discipline militaire, composée de membres de la police comme de l'armée, ayant des attributions civiles. Cela suscita de vives critiques quant à la nature militaire de l'institution <sup>48</sup>. En conséquence, la proposition, modifiée après les débats parlementaires, insistait sur le caractère « civil, disciplinaire et professionnel » de cette institution <sup>49</sup>.
- 24 Ainsi, le décret final de modification de la Constitution <sup>50</sup> est le fruit d'un compromis à l'issue des différentes étapes de révision. Pour être adoptée, une proposition de révision constitutionnelle doit recueillir deux tiers des votes des membres présents au Congrès (composé de la Chambre des députés et du Sénat), ainsi que l'accord de la majorité absolue des trente-deux législatures des États membres et de la ville de Mexico <sup>51</sup>. Il est intéressant de constater que si la proposition initiale avait fait l'objet de nombreuses critiques, la version finale, avec les modifications qui y ont été apportées, est parvenue à un large consensus <sup>52</sup>. En effet, l'accord final a obtenu la totalité des votes – à une voix près – au Congrès, ainsi que l'approbation de l'ensemble des trente-deux législatures des États <sup>53</sup>. Cela provenait notamment de la volonté de la majorité de conférer une plus grande légitimité à la réforme en raison de son caractère controversé <sup>54</sup>.
- 25 La révision constitutionnelle a été suivie de quatre lois visant à compléter le cadre juridique de la nouvelle organisation de la sécurité publique : la loi sur la Garde nationale <sup>55</sup>, la loi nationale sur le registre de détentions <sup>56</sup>, la loi générale sur le système national de sécurité publique <sup>57</sup> ainsi que la loi nationale sur l'usage de la force <sup>58</sup>.
- 26 La Garde nationale fut ainsi conçue comme une institution de sécurité publique de caractère civil, rattachée au secrétariat de

Sécurité et de protection citoyenne<sup>59</sup>. Sa coordination opérationnelle était toutefois partagée avec le secrétariat de la Défense nationale et celui de la Marine<sup>60</sup>. Sa fonction est d'assurer les missions de sécurité publique qui relèvent des compétences de la Fédération, ainsi que dans certains cas, de contribuer temporairement à l'exercice de celles à la charge des entités fédérales et municipales<sup>61</sup>. Son organisation est similaire à l'organisation militaire, avec à sa tête des chefs d'état-major issus de la Défense nationale, de l'armée et de la Marine<sup>62</sup>. Enfin, la loi prévoit l'obligation pour le président de la République d'informer annuellement le Sénat des activités de la Garde nationale et laisse une période de transition pour mettre en place l'institution et évaluer son efficacité<sup>63</sup>. L'objectif de cette organisation hybride est de remédier à l'état critique de la police fédérale, en sous-effectif et ne disposant pas selon le gouvernement des capacités et de la formation suffisantes pour faire face au crime organisé<sup>64</sup>. Ce choix était initialement considéré comme pragmatique et provisoire, dans un contexte particulièrement tendu.

27 Enfin, l'accord<sup>65</sup> du 11 mai 2020 permet aux forces armées permanentes de participer, à titre exceptionnel et en complément de la Garde nationale, à des fonctions de sécurité publique dans ses domaines de compétence, et ce initialement pour une durée maximale de cinq ans<sup>66</sup>. Le texte rappelle l'obligation de respect des droits de l'homme dans l'action des forces armées. Cet accord fut présenté par le gouvernement comme un mal nécessaire pour organiser l'intervention des forces armées, déjà présentes de fait sur le terrain et pour s'assurer que celle-ci se fasse dans le respect du droit.

28 Le cadre juridique mis en place proposait donc d'encadrer l'intervention des forces armées dans la sécurité publique, d'une part en instituant un corps civil spécialement prévu à cet effet et d'autre part en précisant ses limites lorsqu'elle intervient dans un autre cadre. Il ne semble toutefois pas avoir tenu ses promesses, dès lors que les craintes liées à militarisation croissante de la sécurité publique semblent se révéler fondées.

## 2. Des craintes persistantes quant à la militarisation de la sécurité publique

- 29 Dès l'adoption de la réforme, l'une de ses principales critiques portait sur l'absence de remise en cause claire de la militarisation de la sécurité publique (2.1.). Le nouveau cadre juridique aurait à l'inverse entériné cette intervention, au risque de porter atteinte à la garantie de l'État de droit. À ce jour, la réforme ne semble en effet pas avoir tenu ses promesses : la militarisation a été accentuée, pour un résultat peu satisfaisant sur la situation sécuritaire du pays (2.2.). D'autant plus que les nouvelles modifications du cadre juridique intervenues depuis s'orientent plus encore vers la militarisation.

### 2.1. Des inquiétudes face à l'absence de remise en cause de la militarisation

- 30 Malgré la volonté affichée par le gouvernement de faire évoluer la rhétorique sécuritaire, plusieurs juristes et organisations de défense des droits de l'homme ont relevé que la réforme n'avait fait qu'accentuer la militarisation déjà en cours de la sécurité publique dans le pays. Selon eux, la Garde nationale, malgré son caractère civil, s'avère n'être qu'une institution militaire supplémentaire dans l'horizon de la sécurité. Par ailleurs, l'intégration dans le droit de l'intervention des forces armées au sens strict dans certaines tâches conduit à la légitimer<sup>67</sup>.
- 31 Tout d'abord, le caractère militaire de la Garde nationale, que l'on observait dès sa création, n'a fait que se renforcer depuis. Le juriste Sergio García Ramírez, qui semblait pourtant plutôt favorable à la réforme, reconnaissait en 2019 qu'elle était « évidemment, [...] un corps majoritairement militaire, qui prédomine dans le panorama général de la police du pays<sup>68</sup> ». Si beaucoup ont pu qualifier cette institution de corps militaire *de facto*<sup>69</sup>, c'est d'abord en raison de sa composition, majoritairement militaire. En 2019, 77 % de ses membres étaient issus des forces armées, à savoir de l'armée de terre ou de la Marine<sup>70</sup>. Par ailleurs, trente-et-une des trente-deux

coordinations étatiques se trouvaient sous la direction d'un militaire, octroyant de fait un pouvoir important à ces derniers<sup>71</sup>. Cette composition a plusieurs incidences sur le fonctionnement de l'institution : non seulement la majorité de ses membres disposent d'une formation initiale militaire et non civile, mais ils continuent par ailleurs de dépendre administrativement des secrétariats chargés de la Défense nationale et de la Marine. Au-delà des seules ressources humaines, plusieurs infrastructures destinées à la Garde nationale sont fournies ou créées par des instances militaires<sup>72</sup>. Une fois encore, cela tend à placer la Garde nationale autant – voire plus – sous l'égide d'autorités militaires que d'autorités civiles. Ces aspects sont encore renforcés par un fonctionnement hiérarchisé et discipliné issu du milieu militaire, avec un commandant nommé par le président de la République<sup>73</sup>, des coordinations territoriales, étatiques et régionales, des unités et des quartiers généraux<sup>74</sup>. Enfin, la formation des nouveaux membres de la Garde se rapproche de celle des militaires plus que de celle des forces de police<sup>75</sup>.

32 La tentative de réforme de l'institution en 2022<sup>76</sup>, invalidée par la Cour suprême<sup>77</sup>, témoigne de l'orientation vers un renforcement du caractère militaire de l'organisation. La révision de plusieurs textes encadrant la Garde nationale<sup>78</sup> transférait la majorité des ressources humaines et matérielles de l'institution au secrétariat de la Défense nationale. La Cour suprême a invalidé ce transfert, dès lors qu'il méconnaissait le caractère civil de la sécurité publique reconnu par l'article 21 de la Constitution. Elle laissait un délai de huit mois aux autorités pour se conformer à la décision, ce qui amenait au 1<sup>er</sup> janvier 2024. Toutefois, l'application effective de la décision par le gouvernement n'est pas encore actée, le président ayant d'abord déclaré qu'il chercherait un accord au Congrès pour constitutionnaliser la réforme<sup>79</sup>. Début janvier 2024, il a toutefois indiqué « qu'il se conformerait à la décision de la Cour<sup>80</sup> », sans que cela ne se soit pour l'instant concrétisé<sup>81</sup>.

33 Pour ce qui relève de la participation des forces armées, au sens strict, à des missions de sécurité publique, elle a également augmenté depuis l'adoption de la réforme de 2019. Les tâches de sécurité publique concernées par l'accord présidentiel<sup>82</sup> sont nombreuses et intègrent notamment la prévention des délits, la sauvegarde de l'intégrité des personnes, l'exécution de mesures de détentions, des



tâches de surveillance ou le traitement d'informations pour la prévention des délits<sup>83</sup>, missions traditionnellement partagées entre le ministère public et la police. Les forces mobilisées sont importantes et ont tendance à augmenter<sup>84</sup>. Cette participation, en principe provisoire, a été prolongée par un décret de novembre 2022 modifiant les dispositions qui permettaient de déroger provisoirement à certaines dispositions constitutionnelles concernant la participation des forces armées à ces missions<sup>85</sup>. Ainsi, en vertu de l'article 5 transitoire de ce décret, elles disposent désormais de ces prérogatives jusqu'à 2028.

34 Il pèse par ailleurs encore des doutes sur la constitutionnalité de l'accord du 11 mai 2020. Un juge de district, saisi d'une demande d'*amparo indirecto*<sup>86</sup> par l'organisation *Mexico unido contra la delincuencia*, a estimé que l'accord était inconstitutionnel, en ce qu'il méconnaissait l'article 129 de la Constitution tel qu'interprété par la Cour suprême dans sa jurisprudence<sup>87</sup>. La décision a été confirmée par le tribunal supérieur après un recours du gouvernement<sup>88</sup>. La Cour suprême, qui s'est prononcée dans une autre affaire sur la constitutionnalité de l'accord<sup>89</sup>, n'a pas entièrement réglé cette question. Saisie par la présidente de la Chambre des députés, la Cour devait principalement se prononcer sur la question de l'éventuel empiètement du président sur le pouvoir du Parlement par l'adoption de l'accord. La Cour a rejeté le recours, estimant que l'accord se conformait au décret constitutionnel cité précédemment<sup>90</sup>. La question de la constitutionnalité de la militarisation de la sécurité publique au Mexique reste toutefois posée et des affaires sont pendantes<sup>91</sup>.

35 La Cour interaméricaine des droits de l'homme encadre pourtant l'intervention des forces armées dans des missions de sécurité publique. Les critères d'intervention utilisés par la Cour suprême mexicaine<sup>92</sup> sont ainsi inspirés des conditions posées par la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), issus de l'affaire *Cabrera García y Montiel Flores v. México*<sup>93</sup>, puis confirmés par des jurisprudences postérieures. Ainsi, la participation des forces armées dans des fonctions qui relèvent de la compétence des autorités civiles doit être extraordinaire, c'est-à-dire strictement nécessaire aux circonstances de l'espèce, subordonnée et complémentaire à l'action des corps de sécurité civile, régulée par

des mécanismes légaux et des protocoles sur l'usage de la force et enfin contrôlée par des organismes civils compétents et indépendants. La Cour rappelle également que cette participation peut impliquer un risque pour les droits de l'homme et que les fonctions d'investigation de la police judiciaire doivent être à la charge des autorités civiles. Dans la décision *Alvaro Espinoza v. Mexico* du 28 novembre 2018, la CIDH rappelle que l'intervention des forces armées dans la sécurité publique doit respecter les exigences de la Convention, cet emploi devant « être limité au maximum et répondre à de stricts critères d'exception pour confronter des situations de criminalité ou de violence interne ». Cette interprétation avait d'ailleurs amené la Cour à condamner le Mexique.

- 36 La CIDH comme la SCJN soulèvent en effet les risques de la militarisation. Ceux-ci proviennent d'abord de la formation des agents. Les militaires sont formés à « vaincre un ennemi <sup>94</sup> » alors que la formation des policiers est supposée tournée vers la « protection et le contrôle des civils <sup>95</sup> ». Comme le souligne François Sureau, « l'emploi de la force en vue de la destruction d'un ennemi "étranger" », rôle de l'armée, peut « dans l'intérêt général, transcender les catégories habituelles du droit, au sens où, par exemple, on peut passer une trêve temporaire, consentir à un armistice, à une cessation d'hostilité, avec l'ennemi étranger, alors qu'on n'imagine pas la police s'abstenir, pour telle raison d'opportunité, de pourchasser des criminels » <sup>96</sup>.
- 37 Ainsi, des inquiétudes pèsent sur la menace que ces évolutions représentent pour la protection des droits de l'homme reconnus constitutionnellement et internationalement. Selon Jaime Cárdenas Gracia : « L'idée d'un État où les forces armées jouent un rôle notable dans la défense de l'ordre constitutionnel et de la souveraineté est contradictoire avec la logique générale de l'État de droit constitutionnel et démocratique <sup>97</sup> ». La guerre doit en effet être l'ultime recours dans un État démocratique et rester une exception. Le Comité des droits de l'homme de l'ONU, dans son rapport sur le Mexique de 2019, s'était également dit préoccupé par la militarisation de la sécurité publique <sup>98</sup>, enjoignant même à l'État de « démilitariser la Garde nationale ». Une lettre ouverte de nombreuses ONG,

membres de l'Observatoire international des droits de l'homme au Mexique, dénonçait également la militarisation<sup>99</sup>.

38 Se pose également la question de la répartition des compétences et du contrôle des forces armées. Le secret qui entoure l'intervention militaire ainsi que le droit d'exception dont elle fait l'objet peuvent entraîner des problèmes quant à la transparence de leur action de maintien de la sécurité publique, qui est pourtant essentielle pour garantir l'État de droit. L'INAI, autorité de protection des données et de transparence de la vie publique mexicaine, a d'ailleurs exigé de la Garde nationale qu'elle communique publiquement ses rapports sur l'usage de la force par ses membres<sup>100</sup>. Par ailleurs, la militarisation renforce le pouvoir exécutif par rapport au législatif, puisqu'il dispose de la Garde nationale et des forces armées, ce qui crée un déséquilibre entre les institutions.

39 Enfin, la limite temporelle de l'intervention des forces armées<sup>101</sup> et l'examen régulier de l'efficacité de la Garde nationale ne constituent pas des garanties suffisantes pour éviter la militarisation. En effet, comme le note Jaime Cárdenas Gracia, malgré le délai de trois ans avant évaluation, le plus probable est que la Garde nationale se militarise et se maintienne indéfiniment<sup>102</sup>. D'autant plus que les forces armées chercheront probablement à conserver ce pouvoir<sup>103</sup>. Quoiqu'il en soit, si des moyens plus importants ne sont pas investis dans le fonctionnement des institutions civiles de sécurité, il est peu probable que le gouvernement puisse se passer des forces militaires pour sa politique de sécurité publique. Ces premières inquiétudes ont été renforcées par le bilan mitigé de la réforme.

## 2.2. Un bilan mitigé

40 Quelques années de recul ne suffisent pas à dresser un bilan complet des effets de la réforme sur la militarisation ou la réduction de l'insécurité. Elles permettent néanmoins d'observer l'orientation que prennent ces politiques et d'évaluer si les engagements pris ont été respectés. La Garde nationale a en effet été déployée dans l'ensemble du pays et ses moyens ont fortement augmenté depuis sa création. Mais force est de constater que depuis l'adoption de la réforme, la politique de sécurité publique a penché vers de plus en plus de militarisation, sans amélioration de la situation sécuritaire.

- 41 La Garde nationale et les forces armées sont intervenues dans plusieurs missions de sécurité publique, l'étendue de ces missions s'étant par ailleurs élargie. Aux tâches auparavant assurées par les forces armées s'ajoutèrent la lutte contre le vol de combustible, la surveillance des réseaux de distribution du pétrole, la distribution d'essence, de manuels scolaires et d'engrais, la surveillance de la frontière et la détention de migrants en transit vers les États-Unis. La Garde nationale et l'armée interviennent également dans la construction d'un nouvel aéroport civil et ont contribué à la distribution des aides pendant la pandémie de covid-19<sup>104</sup>. Récemment, l'intervention de la Garde nationale dans des opérations de contrôle migratoire a été fortement médiatisée, notamment en raison de l'usage de la force à l'encontre des migrants, d'autant plus que cette action s'écarte des missions pour lesquelles elle fut initialement créée<sup>105</sup>. Cette intervention fut par ailleurs condamnée par la Commission nationale des droits de l'homme (CNDH), autorité administrative indépendante de protection des droits de l'homme au Mexique<sup>106</sup>. Les militaires sont donc impliqués dans une série de domaines ne relevant pas des missions traditionnelles de l'armée. Amnesty International a même montré que le gouvernement actuel avait déployé plus de militaires dans les fonctions de sécurité publique que ses prédécesseurs<sup>107</sup>.
- 42 Cette diversité des tâches s'est accompagnée d'une augmentation des ressources. Au 1<sup>er</sup> janvier 2020, le budget assigné à la Garde nationale était de 3,84 milliards de pesos mexicains (équivalent à environ 165 millions d'euros). Par la suite, la Garde nationale se vit transférer des ressources de la part de la police fédérale, du secrétariat de Défense nationale et du secrétariat de la Marine, pour un montant total de 56,85 milliards de pesos (environ 2,5 milliards d'euros)<sup>108</sup>. Ce transfert s'est inscrit dans le cadre de l'absorption de la police fédérale par la Garde nationale, laquelle fut dissoute officiellement le 31 décembre 2019.
- 43 Il est vrai que le sentiment d'insécurité et le taux d'homicide ont légèrement baissé dans le pays depuis 2018, mais ils restent particulièrement élevés, y compris en comparaison à d'autres périodes au cours du <sup>xxi</sup>e siècle. Le sentiment d'insécurité est ainsi passé de 79,4 % à 74,6 %<sup>109</sup>, et le nombre d'homicides de 29 à 25 pour 100 000 habitants<sup>110</sup>. Il n'est pas établi que la militarisation de la

sécurité publique permettrait de réduire l'insécurité. Concernant l'idée selon laquelle la Garde nationale serait moins corrompue et plus fiable que les autres institutions de sécurité, elle n'a pas été démontrée dans les faits. En effet, les membres de la Garde nationale sont tout autant mis en cause dans des plaintes contre des violations des droits de l'homme dans l'exercice de leurs fonctions que ceux de l'armée ou de l'ancienne police fédérale. La CNDH a reçu 577 plaintes pour violations des droits de l'homme concernant les membres de la Garde nationale en 2022, ce qui en fait l'organisme de sécurité visé par le plus grand nombre de plaintes<sup>111</sup>. Ainsi, la mise en place de la Garde nationale n'a pas à ce jour permis d'éviter les violences commises par les institutions de sécurité dans le cadre de leur mission.

- 44 Par ailleurs, comme le démontrent les révisions présentées précédemment, le gouvernement ne semble pas revenir en arrière sur cette orientation. L'intention du gouvernement semble actuellement être de militariser la Garde nationale en révisant la Constitution pour outrepasser les décisions de la Cour suprême. Si cette réforme est menée à bien, la militarisation de la sécurité publique sera probablement entérinée dans le pays.
- 45 Face à ce mouvement, des voix s'élèvent pour proposer des solutions alternatives. Parmi elles, le renforcement des institutions policières civiles. C'est l'objet par exemple de l'initiative de *Seguridad sin guerra*, portée par plusieurs universitaires et personnalités publiques<sup>112</sup>. Cette solution est également plébiscitée par des juristes, comme Dante Jaime Haro-Reyes<sup>113</sup>. Le renforcement des autorités civiles pourrait également se traduire par la revalorisation des forces de police locales<sup>114</sup>. Enfin, Jaime Cárdenas Gracia propose différentes solutions, parmi lesquelles : établir un plan de pacification nationale, mieux protéger les droits économiques et sociaux, la prise en compte de leurs responsabilités en termes de sécurité publique par les instances qui en sont responsables, la constitution d'une Commission de la vérité pour rechercher les actes et omissions ayant impliqué des violations des droits de l'homme par des conduites civiles ou militaires et dépenaliser les délits liés à la drogue<sup>115</sup>.
- 46 Ainsi, la militarisation de la sécurité publique n'apparaît pas comme la seule voie possible pour lutter contre les problèmes de crime

organisé que rencontre le Mexique. Plus encore, celle-ci semble avoir un effet néfaste sur la sécurité et la protection des droits de l'homme. Elle tend à éloigner le Mexique de la pacification de sa politique de sécurité, pourtant indispensable au renforcement de sa démocratie et à l'édification de son État de droit. On peut espérer que la justice contribuera à limiter ce phénomène, dans le respect du cadre constitutionnel qui octroie une place centrale aux droits de l'homme depuis la révision constitutionnelle de 2011, lesquels sont supposés irriguer l'ensemble du droit mexicain<sup>116</sup>.

## NOTES

---

1 J. L. MONTENEGRO, « Al Ejército, todo el poder; avanza la militarización de México », *Independent en Español*, 7 décembre 2021. URL : <https://www.independentespanol.com/noticias/militarizacion-mexico-amlo-fuerzas-armadas-b1971030.html> [consulté le 27 mars 2024].

2 Sauf indication contraire, les traductions sont celles de l'autrice.

3 « Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional », *Diario Oficial de la Federación* (DOF) 26 mars 2019.

4 M. TELLO BAÑUELOS et al., « La seguridad pública en México: un esquema para determinar el cumplimiento teleológico del Estado en 2019 », *Sincronía*, n° 76, p. 755.

5 P. M. MOLOEZNIK, « Seguridad interior, un concepto ambiguo », *Revista IUS*, vol. 13, n° 44, 2019, p. 154.

6 Loc. cit.

7 « Ley de Seguridad Interior », DOF, 21 décembre 2017.

8 Cour suprême de justice de la nation (*Suprema Corte de Justicia de la Nación* – SCJN), *Acción de inconstitucionalidad 6/2018 y sus acumuladas 8/2018, 9/2018, 10/2018 y 11/2018*, 15 novembre 2018.

9 « Ley de Seguridad Interior », op. cit., art. 2.

10 P. M. MOLOEZNIK, op. cit., p. 151.

11 J. GRACIA CÁRDENAS, « Las distinciones analíticas de la seguridad interior », *Alegatos*, n° 98, 2018, p. 11.

12 CPEUM, art. 89, sect. VI.

13 CPEUM, art. 73, sect. XXIX-M.

14 M. TELLO BAÑUELOS et al., « La seguridad pública en México: un esquema para determinar el cumplimiento teleológico del Estado en el 2019 », *op. cit.*, p. 758.

15 E. G. ORDOÑEZ MARTINEZ, « Les guerres contre la drogue. Armées, sécurité intérieure et narcotrafic en Amérique latine », *Focus stratégique*, n° 83, Ifri, 2018.

16 F. SUREAU, « Le militaire dans son droit », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 51 (Dossier : la Constitution et la défense nationale), 2016, p. 7.

17 Une importante révision constitutionnelle a, en 2011, fortement renforcé la protection constitutionnelle des droits de l'homme au Mexique (« Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos », DOF, 10 juin 2011). Elle intègre plusieurs mécanismes qui visent à assurer une protection plus efficace des droits de l'homme, notamment la primauté du droit international dans l'ordre juridique interne, leur mention à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution mexicaine et le principe *pro hominem* qui implique que le juge, lorsqu'il est face à plusieurs normes du même niveau hiérarchique, doit appliquer la norme la plus favorable à la protection des droits fondamentaux de la personne, et interpréter les restrictions de la manière la plus stricte possible. Voir notamment J. L. CABALLERO OCHOA et D. A. GARCÍA HUERTA, « El principio pro persona en el marco del sistema de interpretación sobre los derechos humanos en México », in : *Derecho procesal constitucional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, Mexico, Editorial Porrúa, 2016, p. 61 et J. SILVA MEZA, « La Cour suprême de justice de la Nation du Mexique. La Révolution mexicaine des droits de l'homme », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n° 39, 2013, URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour-supreme-de-justice-de-la-nation-du-mexique-la-revolution-mexicaine-des-droits-de-l-homme> [consulté le 27 mars 2024].

18 S. V. GARCÍA RAMÍREZ, « La reforma constitucional de 2019 sobre seguridad y justicia », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. L1, n° 156, 2019, p. 1722-1725.

19 *Ibid.*, p. 1725-1727.

20 Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 3, n° 79, 2011, p. 731, DOI : [10.3917/drs.079.0715](https://doi.org/10.3917/drs.079.0715).

21 Au sens où il s'agit d'une analyse d'un droit étranger à notre propre système juridique.

22 J. D. ROSEN et R. Z. MARTÍNEZ, « La guerra contra el narcotráfico en México: una guerra perdida », *Rev. Reflexiones*, vol. 94, n° 1, 2015, p. 158.

23 *Loc. cit.*

24 G. E. ORDÓÑEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 13.

25 S. FLORES ROMERO, « La inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Interior », *Hechos y Derechos* [en ligne], n° 45, 2018. URL : <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12420/14027> [consulté le 27 mars 2024].

26 « Decreto por el que se crea el Cuerpo Especial del Ejército y Fuerza Aérea denominado Cuerpo de Fuerzas de Apoyo Federal », DOF, 9 mai 2007.

27 S. MORENO PÉREZ, « La Guardia Nacional. ¿Militarización del país o solución a la inseguridad pública? », p. 7 et L. M. SÁNCHEZ ORTEGA, *La militarización de la seguridad pública en México y sus fundamentos legales*, Friedrich-Ebert-Stiftung, novembre 2020, p. 13

28 J. D. ROSEN et R. Z. MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 162.

29 G. E. MARTÍNEZ ORDÓÑEZ, *op. cit.*, p. 48.

30 SCJN, *Acción de inconstitucionalidad 6/2018 y sus acumuladas 8/2018, 9/2018, 10/2018 y 11/2018*, 15 novembre 2018.

31 Voir par exemple : S. FLORES ROMERO, *op. cit.* Et C. M. PELAYO, « La Ley de Seguridad Interior: normalización de la excepcionalidad y perpetuación de una estrategia fallida », *Hechos y Derechos* [en ligne], 2018, URL : <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12887/14435> [consulté le 27 mars 2024].

32 J. GÁRDENAS GRACIA « Ley de Seguridad Interior y militarización », *Cuestiones Constitucionales*, n° 40, 2019, p. 294.

33 *Ibid*, p. 296.

34 L'action en inconstitutionnalité est un recours devant la Cour suprême dont l'objet est de dénoncer une possible contradiction entre la Constitution et une norme ou disposition de caractère générale hiérarchiquement inférieure (article 105-II de la Constitution mexicaine).



- 35 SCJN, *Acción de inconstitucionalidad 6/2018 y sus acumuladas 8/2018, 9/2018, 10/2018 y 11/2018*, 15 novembre 2018, §137.
- 36 *Ibid.*, §146.
- 37 *Ibid.*, §151.
- 38 S. GARCÍA RAMÍREZ, « La reforma constitucional de 2019 sobre seguridad y justicia », *op. cit.*, p. 1715.
- 39 INEGI, *Percepción sobre seguridad pública. Distribución del porcentaje de la población de 18 años y más, por entidad federativa según percepción de la inseguridad en su entidad federativa, entre marzo y abril*. URL : <https://www.inegi.org.mx/temas/percepcion/> [consulté le 27 mars 2024].
- 40 INEGI, « Patrones y tendencias de los homicidios en México », *En Números. Documentos de análisis y estadísticas*, vol. 1, n° 15, 2019.
- 41 SSMSI, *Insécurité et délinquance en 2020 : bilan statistique*, avril 2021, p. 66.
- 42 GIEI, *Informe Ayotzinapa II. Avances y nuevas conclusiones sobre la investigación, búsqueda y atención a las víctimas*, 2016.
- 43 A. M. LÓPEZ OBRADORA, *Plan nacional de paz y seguridad 2018-2024*.
- 44 *Iniciativa de reforma a los artículos 13, 16, 21, 31, 32, 36, 55, 73, 76, 78, 82, 89 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, suscrita por diputadas y diputados integrantes del grupo parlamentario de Morena, 20 novembre 2018.
- 45 *Loc. cit.*
- 46 S. GARCÍA RAMÍREZ, « La reforma constitucional de 2019 sobre seguridad y Justicia », *op. cit.*, p. 1714-1715.
- 47 J. CÁRDENAS GRACIA, « La iniciativa de reforma constitucional que propone la Guardia Nacional », *Hechos y Derechos* [en ligne], n° 49, 2019. URL : <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13081/14574> [consulté le 27 mars 2024].
- 48 S. GARCÍA RAMÍREZ, *Seguridad y justicia penal. Plan nacional y reforma constitucional. El difícil itinerario hacia un nuevo orden*, Mexico, Editorial Porrúa, 2019, p. 44.
- 49 « Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional », *op. cit.*. Voir également : S. GARCÍA RAMÍREZ,

*Seguridad y justicia penal. Plan nacional y reforma constitucional. El difícil itinerario hacia un nuevo orden*, op. cit., p. 75.

50 Loc. cit.

51 CPEUM, art. 135.

52 S. GARCÍA RAMÍREZ, « La reforma constitucional de 2019 sobre seguridad y justicia », op. cit., p. 1712.

53 R. A. UVALLE AGUILERA, « Retos y perspectivas de la Guardia Nacional en México », *Revista del Posgrado en derecho de la UNAM*, Nueva época, año 4, n° 6, 2019, p. 187.

54 S. GARCÍA RAMÍREZ, « La reforma constitucional de 2019 sobre seguridad y justicia », op. cit., p. 1712.

55 « Ley de la Guardia Nacional », DOF, 27 mai 2019.

56 « Ley Nacional del Registro de Detenciones », DOF, 27 mai 2019.

57 « Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública », DOF, 27 mai 2019.

58 « Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza », DOF, 27 mai 2019.

59 « Ley de la Guardia Nacional », op. cit., art. 4.

60 *Ibid.*, art. 86.

61 *Ibid.*, art. 5.

62 R. A. UVALLE AGUILERA, op. cit., p. 185.

63 S. GARCÍA RAMÍREZ, « La reforma constitucional de 2019 sobre seguridad y justicia », op. cit., p. 1717.

64 C. M. SERRANO CARRETO, « La estrategia de seguridad de AMLO. ¿De la pacificación a la militarización? », *Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla*, nueva época, vol. 13, n°44, 2019, p. 212.

65 Norme à caractère réglementaire adoptée par le président de la République.

66 « Acuerdo por el que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria », DOF, 11 mai 2020.

67 J. F. RIVAS RODRÍGUEZ (dir.), *La Estrategia Nacional de Seguridad Pública (2018-2024). Un análisis desde la perspectiva de coherencia de*

*políticas públicas*, Mexico, Observatorio Nacional Ciudadano de Seguridad, Justicia y Legalidad, 2020, p. 14.

68 S. GARCÍA RAMÍREZ, « La reforma constitucional de 2019 sobre seguridad y justicia », *op. cit.*, p. 1720.

69 J. F. RIVAS RODRÍGUEZ (dir.), *op. cit.*, p. 15.

70 *Ibid.*, p. 14.

71 *Loc. cit.*

72 *Loc. cit.*

73 « Ley de la Guardia Nacional », *op. cit.*, art. 14.

74 *Ibid.*, art. 21.

75 E. LÓPEZ PORTILLO VERGAS (dir.), *Militarización en la 4T 2018-2020*, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2020, p. 15.

76 « Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; de la Ley de la Guardia Nacional; de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, y de la Ley de Ascensos y Recompensas del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, en Materia de Guardia Nacional y Seguridad Pública », DOF, 9 septembre 2022.

77 SCJN, « Acción de inconstitucionalidad 137/2022 », DOF, 20 septembre 2023.

78 Notamment la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal* et la *Ley de Guardia Nacional*.

79 P. DÁVILA, « AMLO insiste en despojar a la Guardia Nacional de su máscara civil », *Proceso*, 1<sup>er</sup> janvier 2024. URL : <https://www.proceso.com.mx/nacional/justicia/2024/1/1/amlo-insiste-en-despojar-la-guardia-nacional-de-su-mascara-civil-321272.html> [consulté le 27 mars 2024].

80 Communiqué sur le site internet du président, « Guardia Nacional dependerá de la Secretaría de Seguridad; Gobierno acatará resolución de SCJN, afirma presidente », décembre 2023, URL : <https://lopezobrador.org.mx/2023/12/18/guardia-nacional-dependera-de-la-secretaria-de-seguridad-gobierno-acatara-resolucion-de-scnjn-afirma-presidente/> [consulté le 27 mars 2024].

81 À l'heure de la dernière actualisation de cette contribution en janvier 2024.

82 « Acuerdo por el que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria », *op. cit.*

83 L. M. SÁNCHEZ ORTEGA, *op. cit.*, p. 23.

84 E. LÓPEZ PORTILLO (dir.), *op. cit.*, p. 17-18.

85 « Decreto por el que se reforma el Artículo Quinto Transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 2019 », DOF, 18 novembre 2022.

86 Recours contre une norme générale d'un organe non juridictionnel portant atteinte aux droits de l'homme garantis dans la Constitution et les traités internationaux.

87 « Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México », *amparo indirecto* 588/2020, 8 octobre 2020.

88 « Vigésimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito », *amparo en revisión* 226/202, 25 novembre 2021.

89 SCJN, Pleno, Controversia constitucional 90/2020, 29 novembre 2022. Ce type de décision intervient lorsqu'un pouvoir institué saisit la Cour d'une question liée à l'empiètement par un autre organe de son champ de compétences constitutionnelles.

90 « Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional », DOF, 26 mars 2019.

91 M. G. VEGA CARDONA et C. REYEZ ORTIZ, « La Suprema Corte ante la militarización: la resolución de la controversia constitucional 90/2020 », *El Juego de la Suprema Corte* [en ligne], 1<sup>er</sup> décembre 2022. URL : <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/la-suprema-corte-ante-la-militarizacion-la-resolucion-de-la-controversia-constitucional-90-2020/> [consulté le 27 mars 2024].

92 Voir SCJN, « Pleno », *Tesis jurisprudencial* P./J.38/2000, 1<sup>er</sup> avril 2000. Il s'agit de ce que le droit mexicain qualifie de « thèse jurisprudentielle » ou « jurisprudence », c'est-à-dire une décision adoptée par la Cour après qu'une interprétation du droit a été réitérée au moins cinq fois dans d'autres décisions, et qui acquière dès lors une valeur obligatoire pour elle-même et

pour les autres tribunaux ; Voir également SCJN, « Acción de inconstitucionalidad 6/2018 », *op. cit.*, §151.

93 CIDH, 26 novembre 2010, Serie C n° 220.

94 CIDH, affaire *Alvaro Espinoza y otros vs México*, 28 novembre 2018, p. 68.

95 *Loc. cit.*

96 F. SUREAU, *op. cit.*

97 J. CÁRDENAS GRACIA, « Ley de Seguridad Interior y militarización », *op. cit.*, p. 309.

98 Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Observations finales concernant le sixième rapport périodique du Mexique*, CCPR/C/MEX/CO/6, 4 décembre 2019, §18.

99 OMCT, « Carta abierta al Presidente: Llamado urgente a reconsiderar la creación de la Guardia Nacional », 21 février 2019. URL : <https://www.omct.org/es/recursos/declaraciones/open-letter-to-president-l%C3%B3pez-obrador-urgent-call-to-reconsider-creation-of-national-guard> [consulté le 27 mars 2024].

100 INAI, *expediente RRA 6771/21*, 1<sup>er</sup> septembre 2021.

101 « Acuerdo por el que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria », *op. cit.*, art. 1<sup>er</sup> transitoire.

102 J. CÁRDENAS GRACIA, « La iniciativa de reforma constitucional que propone la Guardia Nacional », *op. cit.*

103 P. SALAZAR UGARTE, « Guardia Nacional », *Hechos y Derechos* [en ligne], n° 49, 2019. URL : <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13102/14592> [consulté le 31 déc. 2021].

104 L. M. SÁNCHEZ ORTEGA, *op. cit.*, p. 24.

105 D. MARCAL PÉREZ, « Un operativo de la Guardia Nacional provoca el pánico entre la caravana de migrante », *El País*, 7 novembre 2021.

106 CNDH, « Emite CNDH medidas cautelares en favor de albergues para migrantes en Sonora y Coahuila, y condena hostigamiento y amenazas de personal militar y de la Guardia Nacional a personas defensoras de derechos humanos », communiqué de presse, 25 juillet 2019.

107 Amnesty International, *Rapport 2020/21. La situation des droits humains dans le monde*, 2021, p. 31.

108 Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, *Informe anual de actividades de la Guardia Nacional 2020*, janvier 2021, p. 28.

109 INEGI, « Percepción sobre seguridad pública. Distribución del porcentaje de la población de 18 años y más, por entidad federativa según percepción de la inseguridad en su entidad federativa, entre marzo y abril », *op. cit.*

110 INEGI, « Defunciones por homicidio. Enero a diciembre de 2022 (Preliminar) », Comunicado de prensa n° 418/23, 25 juillet 2023.

111 CNDH, « Metodología y desarrollo », *Sistema Nacional de Alerta de Violación a los Derechos Humanos*, 2022. URL : [https://appweb2.cndh.org.mx/sna/ind\\_Autoridad\\_SM.asp?Id\\_Aut=1063&p=1](https://appweb2.cndh.org.mx/sna/ind_Autoridad_SM.asp?Id_Aut=1063&p=1) [consulté le 27 mars 2024].

112 URL : <https://www.seguridadsinguerro.org/> [consulté le 27 mars 2024].

113 D. J. HARO REYES, « Reflexión sobre los derechos de los policías en México », *Revista Criminalidad*, vol. 55, n° 1, 2013, p. 153-164.

114 S. GARCÍA RAMÍREZ, « La reforma constitucional de 2019 sobre seguridad y justicia », p. 1720.

115 J. CÁRDENAS GRACIA, « La iniciativa de reforma constitucional que propone la Guardia Nacional », *op. cit.*

116 CPEUM, art. 1<sup>er</sup>.

## RÉSUMÉS

---

### Français

En 2019, le Mexique a adopté une importante réforme constitutionnelle visant à répondre à la situation d'insécurité dans le pays, tout en encadrant l'intervention des forces armées dans des missions de sécurité publique. Le pays est en effet confronté à un phénomène de militarisation de la sécurité publique depuis le début du <sup>xxi</sup>e siècle. La réforme n'a toutefois pas permis – pour l'instant – de limiter ce mouvement qui pose de sérieuses questions quant à la garantie des droits de l'homme.

### English

In 2019, Mexico passed a major constitutional reform. Aimed at responding to insecurity, it promised to limit the involvement of the military in public security tasks. The country has indeed been facing a trend of militarization

of public security over the course of the 21<sup>st</sup> century. However, the reform has not – for now – managed to deal with this phenomenon and failed to prevent the threats it causes to human rights.

## INDEX

---

### **Mots-clés**

Mexique, sécurité publique, militarisation, droits de l'homme, insécurité, révision constitutionnelle

### **Keywords**

Mexico, public security, militarization, human rights, insecurity, constitutional reform

## AUTEUR

---

### **Léa Boinnard**

Doctorante en droit public au CURAPP-ESS et ATER, université de Picardie Jules Verne

IDREF : <https://www.idref.fr/265598060>

# L'influence des nouvelles technologies sur l'action de l'Union européenne en matière de sécurité publique

Mouna Mouncif-Moungache

DOI : 10.35562/droit-public-compare.444

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

## PLAN

---

1. L'usage des technologies numériques positionne l'Union européenne comme un autre acteur de la sécurité publique
  - 1.1 L'Union européenne redynamise la coopération entre États membres
  - 1.2. L'Union européenne tente de cadrer l'action des États membres
2. L'usage des nouvelles technologies positionne l'Union européenne comme protectrice des droits fondamentaux
  - 2.1. L'action des États délimitée par l'interprétation rendue par la Cour de justice
  - 2.2. L'action des États régulée par le contrôle des autorités européennes indépendantes

## TEXTE

---

« [L]'État n'a pas pour fin de transformer les hommes d'êtres raisonnables en animaux ou en automates, mais bien de faire en sorte que les citoyens développent en sécurité leur corps et leur esprit, fassent librement usage de leur raison, ne rivalisent point entre eux de haine, de fureur et de ruse, et ne se considèrent point d'un œil jaloux et injuste. La fin de l'État,



c'est donc véritablement  
la liberté<sup>1</sup>. »

- 1 À l'instar de ce qu'ont pu décrire des visionnaires ou des spécialistes de science-fiction, la tentation de surveiller massivement grâce aux technologies numériques, afin de prévenir tout risque pour la sécurité des biens et des personnes, n'est pas l'apanage d'États non démocratiques. Chacun aura pu constater la facilité, liée à une certaine nécessité, avec laquelle le numérique s'est imposé dans le domaine de la sécurité sanitaire attestant la thèse d'un biopouvoir<sup>2</sup>. Si l'équilibre entre sécurité et liberté est forcément difficile à atteindre, force est de constater que les événements liés au terrorisme ou à la pandémie, et peut-être bientôt au changement climatique, rendent les débats complexes. La sécurité dépend de l'espace géographique dans lequel il se construit, mais aussi de son espace-temps. Des phénomènes nouveaux apparaissent et l'autorité publique doit réagir de manière adéquate. À l'échelle d'un État, la sécurité occupe une place prépondérante si nous en voulons pour preuve le contrat social qui en fait un fondement essentiel de la naissance d'un État. L'État est devenu l'acteur principal de la sécurité des individus au nom d'un contrat social<sup>3</sup>. Cette sécurisation passe donc par celle de l'État. Mais les États ne sont pas les seuls à être préoccupés par la nécessaire sécurité. Dans sa communication relative à la stratégie de l'Union européenne en matière de sécurité, la Commission européenne rappelle, à juste titre, que la responsabilité première de la sécurité appartient aux États membres. Pour autant, les évolutions quant à l'importance et l'étendue des menaces pour la sécurité ont pour conséquence un besoin et une volonté de l'Union européenne de jouer un rôle en matière de sécurité. Dans ses orientations politiques, la Commission a indiqué clairement qu'il ne fallait négliger aucun aspect pour protéger les citoyens. La cybercriminalité ou encore le terrorisme sont autant des dangers soulignés par la Commission européenne dans sa communication sur l'union de la sécurité, présentée le 24 juillet 2020<sup>4</sup>. Elle préconise à cet égard la mise en place d'un « solide écosystème européen de la sécurité » fondé sur la recherche et l'innovation dans ce domaine.

- 2 La notion de sécurité n'est pas en soi facile à définir. Elle est présente dans les constitutions de plusieurs États, sans pour autant qu'une définition positive de celle-ci soit fournie. Le sens qui lui est donné varie en fonction des différentes traditions juridiques nationales et s'articule, « tantôt comme un droit subjectif des individus à l'intégrité physique, tantôt comme une des missions régaliennes de l'État<sup>5</sup> ». La sécurité a pu être qualifiée de droit fondamental et comme l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives<sup>6</sup>. La « sûreté » mentionnée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen comme étant un « droit naturel et imprescriptible de l'homme » est une garantie contre les abus du pouvoir.
- 3 La sécurité publique, quant à elle, est une composante de la sécurité *lato sensu*. Associée à l'ordre public sans se confondre à ce dernier, la sécurité publique est un outil de prévention, de surveillance et plus globalement de police administrative. À ce titre, les nouvelles technologies permettent la surveillance généralisée et de masse. L'usage des drones<sup>7</sup> et des caméras de surveillance avec outils d'analyse en est un bel exemple. La protection de la sécurité publique est aussi un pan du droit pénal étant entendu que la frontière entre la prévention et la répression n'est pas toujours aisée. La frontière est devenue d'autant plus poreuse que l'on constate que les menaces ont évolué contribuant ainsi à une gestion plus globale de la sécurité. « La répression pénale...participe à la sécurité publique<sup>8</sup> ». Cette porosité est encore plus prégnante lorsqu'elle étudie la manière dont l'Union européenne s'investit dans ces champs. En effet, les mesures prises par l'Union européenne intégrant les nouvelles technologies impliquent une approche globale de la question de la sécurité sans pour autant les confondre. Il s'agit non seulement de lutter contre la criminalité, mais également de la prévenir. L'usage des nouvelles technologies permet d'agir de manière efficace sur les deux pans, ce qui influence de manière importante la manière dont les États membres protègent la sécurité publique. L'Union européenne a acquis une compétence en matière de sécurité au fur et à mesure de la construction européenne, ce qui, en matière de nouvelles technologies, crée des tensions importantes entre l'Union européenne et les États comme en atteste l'adoption du règlement

sur l'intelligence artificielle<sup>9</sup> sur lequel nous reviendrons dans les développements ultérieurs.

- 4 Dans un premier temps, la sécurité publique a exclusivement permis aux États membres de préserver, voire de créer, des mesures contraires aux libertés de circulation<sup>10</sup>, sous réserve d'une interprétation de l'exception par application du principe de proportionnalité. À cet égard, il convient de noter que la marge d'appréciation des États membres s'est réduite. Il a été justement relevé que la sécurité publique fait l'objet d'un encadrement plus poussé<sup>11</sup> dans le cadre de l'interprétation des restrictions qui peuvent être apportées à une liberté en l'occurrence la libre circulation des marchandises. Dans un second temps, l'Union européenne agit indirectement en matière de sécurité publique grâce à la compétence qu'elle détient au titre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>12</sup> et en matière de technologies numériques. Depuis le début des années quatre-vingt-dix, d'importantes initiatives sont prises, dont la création d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice » par le traité d'Amsterdam. Le contrôle aux frontières ou encore la lutte contre l'immigration illégale, ou le maintien de l'ordre deviennent des enjeux d'intervention de l'Union européenne. Elle devient un acteur de la sécurité intérieure des États membres en définissant des priorités et en modifiant les systèmes juridiques en vigueur<sup>13</sup>. Le titre V du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne consacré à l'espace de liberté, de sécurité et de justice contient un article 67<sup>14</sup> qui en précise les objectifs. Outre des dispositions générales, ce titre contient un chapitre spécifique, consacré à chacun des domaines que sont les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, coopération judiciaire en matière civile, coopération judiciaire en matière pénale et coopération policière. La disparition des piliers a conduit à un mouvement d'intégration des questions relevant de la sécurité contribuant à marquer un peu plus les possibilités d'action de l'Union européenne en la matière. En sus de cette évolution, l'Union européenne dispose également d'un nouveau levier d'intervention grâce à la réglementation qu'elle adopte dans le domaine des technologies numériques. Une Union européenne armée pour faire face aux évolutions des technologies numériques<sup>15</sup> pourrait résumer la perspective dans laquelle elle s'inscrit. Ce mouvement initié depuis

quelques années connaît une forte accélération depuis 2020. La Commission européenne a présenté le 9 mars 2021 une communication sur la décennie numérique de l'Europe : « 2030 digital compass : the European way for the digital decade » qui présente les grands objectifs de la politique numérique européenne d'ici à 2030. Favoriser l'émergence d'un secteur du numérique français et européen fort est un enjeu de sécurité. Dans son mouvement d'engrenage permanent, l'Union européenne continue à approfondir son action en matière de sécurité. Ce mouvement devient encore plus patent lorsque l'Union européenne, à l'instar de l'ensemble des États, considère que les nouvelles technologies sont simultanément un potentiel et un danger qu'il convient de maîtriser pour assurer la sécurité publique. L'Union européenne est une puissance normative qu'elle met au service des nouvelles technologies et de la sécurité publique. Compte tenu des dangers que cela représente pour les droits fondamentaux, l'Union européenne s'est attachée par ses institutions et organes à trouver un équilibre, afin que les nouvelles technologies numériques utilisées dans le domaine de la sécurité publique ne soient liberticides. L'objectif consiste donc à traiter certains points saillants et d'actualité du sujet <sup>16</sup>. L'Union européenne s'appuie sur les technologies numériques pour assurer la sécurité publique. Par conséquent, l'usage des technologies numériques en matière de sécurité publique positionne l'Union européenne comme autre acteur de celle-ci (1.). Cette nouvelle configuration conduit l'Union européenne à s'affirmer en même temps comme défenseur des droits fondamentaux (2.).

## **1. L'usage des technologies numériques positionne l'Union européenne comme un autre acteur de la sécurité publique**

- 5 Bien qu'étant les principaux acteurs de la sécurité publique, les États n'en ont plus le monopole absolu. Les évolutions de la construction européenne expliquent que l'action des États membres en matière de sécurité publique voit ses contours partiellement redessinés. L'adoption simultanée d'un corps de règles dans le domaine de la

sécurité et en matière de technologies numériques positionne l'Union européenne comme un acteur stratégique de la sécurité, et *in fine* de la sécurité publique. Alors que les initiatives de l'Union européenne s'appuient sur les nouvelles technologies pour redynamiser les dispositifs de coopération entre États membres (1.1.), les normes juridiques ayant pour objet l'usage des nouvelles technologies contribuent à encadrer l'action des États membres en matière de sécurité publique (1.2.).

## 1.1 L'Union européenne redynamise la coopération entre États membres

- 6 Les dangers pour la sécurité sont transnationaux. Ils ont accru et ont changé de nature. Les États membres doivent offrir une approche, *a minima*, coordonnée afin de répondre de manière satisfaisante à ces nouveaux enjeux, dans l'objectif de protéger au mieux la sécurité publique. Si la compétence nationale reste de principe pour assurer la sécurité de chaque territoire, le but est d'intensifier les coopérations au bénéfice d'une plus grande sécurité de chacun. En vertu du principe de subsidiarité, l'Union européenne se définit comme étant la mieux placée pour répondre à ces défis. Conformément à l'article 4, paragraphe 2, point j) du TFUE, la compétence pour adopter des mesures dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice est partagée entre l'Union européenne et ses États membres. Les États membres ne peuvent donc agir seuls pour réglementer l'utilisation des canaux de communication numériques. Sans action de l'Union européenne, les progrès sont plus lents et il est par définition plus difficile d'assurer l'interopérabilité des canaux de communication au niveau de l'Union. Les fondements juridiques issus des traités ont permis la création de plusieurs organes et objectifs<sup>17</sup> qui s'appuient sur les technologies numériques et l'échange de données pour accélérer le processus et le rendre plus efficace.
- 7 Europol et le système d'information Schengen sont des exemples typiques de ce qui peut être entrepris et de l'influence des nouvelles technologies. Europol est un office créé par acte du Conseil du 26 juillet 1995 qui coordonne, organise et réalise des enquêtes et des actions opérationnelles pour soutenir et renforcer les actions des autorités compétentes des États membres. Il soutient les activités

d'échange d'informations pour lutter essentiellement contre les infractions pénales. Bien qu'Europol soit pensé pour mener des enquêtes policières dans le cadre d'enquêtes pénales, son champ d'action a des implications sur la manière dont les États peuvent assurer la sécurité publique. En effet, le centre opérationnel coordonne l'aide qu'Europol peut apporter au maintien de l'ordre lors des grandes manifestations, c'est-à-dire les rassemblements culturels, politiques, économiques ou sportifs de premier plan au niveau international qui représentent une cible ou une occasion pour la criminalité et le terrorisme. Le niveau de coopération a été amélioré en modernisant les instruments disponibles<sup>18</sup>. Lors des sessions de mai et juin 2022, dans le cadre de la procédure législative ordinaire, les députés du Parlement européen<sup>19</sup> ont approuvé un accord conclu en février par les négociateurs du Parlement européen et du Conseil visant à donner à Europol plus de pouvoir. La réforme établit des règles claires et une base juridique pour le traitement des données volumineuses et complexes afin d'améliorer le partage d'informations, l'utilisation de l'intelligence artificielle ou la prise de décision par algorithmique. La possibilité qui lui est donnée de fournir aux États membres des renseignements et une aide à l'analyse lorsqu'ont lieu des manifestations internationales importantes n'est pas négligeable du point de vue des missions confiées à l'État même si cela reste marginal. Certes, les États membres demeurent selon les traités<sup>20</sup>, responsables du maintien de l'ordre public et de la sauvegarde de la sécurité nationale, pour autant la mission confiée à Europol a des implications quant au maintien d'ordre public et de la sécurité publique.

- 8 Le système d'information Schengen est une autre illustration de la manière dont les nouvelles technologies peuvent faire évoluer la prise en charge de la sécurité publique par les États membres. Ce système d'information a été instauré afin d'assurer un niveau élevé de sécurité dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne, y compris la préservation de la sécurité publique et de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité sur les territoires des États membres. La gestion des frontières est devenue un lieu privilégié de l'utilisation des nouvelles technologies. Les frontières seraient devenues, elles aussi, *intelligentes*. Ainsi, le système d'entrée et de sortie de l'espace Schengen a créé une base de données

commune qui enregistre les informations sur les ressortissants de pays tiers, telles que le nom, le document de voyage, les empreintes digitales, la photo faciale, la date et le lieu d'entrée, de sortie ou de refus d'entrée dans l'espace Schengen. Il s'agit d'un système électronique qui stocke les données non seulement des voyageurs soumis à l'obligation de visa, mais aussi de ceux qui en sont exemptés et admis à séjourner jusqu'à 90 jours. Ces données sont mises à disposition d'Europol. À cet égard, dans le cadre de son nouveau mandat, Europol a la possibilité de proposer aux États membres l'introduction de signalements reçus de pays hors Union européenne ou d'organisations internationales dans le système d'information Schengen II<sup>21</sup> (SIS II) qui a pour objet de permettre aux États membres de l'espace Schengen de mettre en place une politique commune de contrôle des entrées dans l'espace Schengen et, ainsi, de faciliter la libre circulation de leurs ressortissants tout en préservant l'ordre et la sécurité publics<sup>22</sup>. Ces informations se présenteraient sous la forme d'alertes et seraient uniquement accessibles aux policiers situés dans la zone Schengen et aux frontières extérieures de l'Union européenne. Ainsi, l'article 10 du règlement dispose que « [l]orsqu'un État membre a pris une décision de retour, conformément à l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2008/115/CE, et envisage d'introduire un signalement concernant le retour au sujet d'un ressortissant de pays tiers qui est titulaire d'un titre de séjour ou d'un visa de long séjour en cours de validité, octroyé par un autre État membre, les États membres concernés se consultent par la voie d'échange d'informations supplémentaires, et notamment lorsqu'il prend la décision en question, l'État membre d'octroi tient compte des motifs de la décision de l'État membre qui a pris la décision de retour et il prend en considération, conformément au droit national, toute menace pour l'ordre public ou la sécurité publique que pourrait représenter la présence du ressortissant de pays tiers en question sur le territoire des États membres. En vertu du règlement 2018/1862 qui étend l'utilisation du SIS en faveur de la coopération entre les autorités policière et judiciaire, le signalement et l'échange d'informations et de données couvrent également les contrôles ayant pour objet la prévention contre les menaces pour la sécurité publique. Ces différents dispositifs ont ainsi fait dire à la doctrine que « [l]e recours

à des fichiers et systèmes informatiques de plus perfectionnés consacre le passage de la frontière juridique la frontière électronique<sup>23</sup> ».

- 9 Les initiatives prises par l'Union européenne tendent à vouloir encadrer l'usage des nouvelles technologies dans le domaine de la sécurité publique au sein des États membres.

## 1.2. L'Union européenne tente de cadrer l'action des États membres

- 10 Les professionnels de la prévention et de la répression de chacun des États membres doivent s'adapter aux nouvelles technologies en acquérant de nouvelles compétences et en intégrant de nouvelles techniques d'enquêtes et de surveillance. Les normes juridiques adoptées par le droit de l'Union européenne en matière de nouvelles technologies notamment sur le fondement de la compétence qu'elle détient au titre du marché intérieur ont des répercussions directes sur la manière dont les États membres pourront faire usage de ces nouvelles technologies pour assurer la sécurité publique dans l'espace physique et l'espace virtuel sur leur territoire. Deux cas concrets peuvent être présentés. L'utilisation de l'intelligence artificielle pour la surveillance de l'espace public et la cybersécurité sont deux exemples pour lesquels l'encadrement des nouvelles technologies redessine partiellement l'usage qui peut en être fait par les États en matière de sécurité publique.
- 11 L'intelligence artificielle<sup>24</sup> est une technologie en pleine expansion dont les conséquences ne sont pas toutes connues. En tout état de cause, elle constitue assurément un outil puissant de lutte contre la criminalité et de surveillance grâce à l'analyse de grandes quantités d'informations. L'analyse extrêmement rapide informations issues des réseaux sociaux, de la géolocalisation, des sons, des vidéos permet d'orienter les forces de sécurité contribuant ainsi non seulement à détecter des infractions, mais même à la prévoir. Plus généralement, il s'agit d'un outil de surveillance de plus en plus performant. L'analyse prédictive ne consiste pas bien entendu à notre capacité à lire dans l'avenir, mais à se fonder sur des données agrégées qui reflètent une situation à un instant donné. Nous retrouvons ainsi le débat majeur de l'analyse *prédictive*<sup>25</sup> de tous les actes mettant en jeu la sécurité<sup>26</sup>.



La proposition de règlement relatif à l'intelligence artificielle (en voie d'adoption définitive<sup>27</sup>) est un texte très général et fondé en particulier, mais non exclusivement, sur le fonctionnement du marché intérieur<sup>28</sup>. Il prévoit l'utilisation de cette technologie notamment en tentant d'encadrer les possibilités d'une surveillance de grande ampleur justifiée pour des raisons de sécurité. De manière générale, il est important de constater que le règlement entend contraindre le plus possible les autorités nationales tout en tenant compte des exigences des États quant à la nécessité de préserver la spécificité du champ de la sécurité<sup>29</sup>. Ainsi, la classification de système d'IA de surveillance dans la catégorie de systèmes interdits a un impact sur la manière dont les États membres doivent pouvoir y recourir. Si le principe est l'interdiction de l'utilisation des systèmes d'identification biométrique à distance « en temps réel<sup>30</sup> » dans des espaces accessibles au public à des fins répressives, le règlement précise les cas où cette surveillance est autorisée. On retrouve plusieurs éléments qui attestent de cette volonté d'encadrer. L'utilisation de cette technologie n'est possible que, dans certains cas, comme la prévention d'une menace spécifique, substantielle et imminente pour la vie ou la sécurité physique des personnes physiques ou la prévention de menaces réelles, actuelles ou prévisibles comme c'est le cas pour les attentats terroristes. Il s'agit d'autoriser cette utilisation de manière exceptionnelle et strictement nécessaire. Par conséquent, le texte prévoit que l'utilisation doit tenir compte d'un certain nombre d'éléments tels la nature de la situation notamment sa gravité ou l'ampleur du préjudice potentiel, mais aussi les conséquences de l'utilisation sur les droits et libertés. Cela revient bien entendu à l'appréciation des États membres qui devront prévoir une procédure d'autorisation administrative ou judiciaire. En outre, il convient de préciser que d'autres dispositifs d'exemption ont été négociés. Si les fournisseurs et organismes publics qui entendent utiliser des systèmes d'IA à haut risque doivent les déclarer dans une base de données, les services de police et de contrôle des migrations pourront bénéficier d'un dispositif particulier non public. Enfin, l'évaluation de la conformité est écartée dans des situations exceptionnelles, puisqu'une procédure d'urgence a été introduite afin de permettre aux services répressifs compétents d'utiliser et déployer un outil d'intelligence artificielle répertorié selon les

critères du règlement comme « à haut risque » sans passer par la procédure d'évaluation de la conformité<sup>31</sup>. Cependant, l'Union européenne entend cadrer cette possibilité en précisant que « l'autorisation visée au paragraphe 1 n'est délivrée que si l'autorité de surveillance du marché conclut que le système d'IA à haut risque satisfait aux exigences du chapitre 2 du présent titre. L'autorité de surveillance du marché informe la Commission et les autres États membres de toute autorisation délivrée conformément au paragraphe 1. Cette obligation ne couvre pas les données opérationnelles sensibles relatives aux activités des autorités répressives ».

- 12 Il convient de noter que le Comité européen de la protection des données avait demandé que la reconnaissance faciale soit interdite dans les lieux publics au sein de l'Union européenne. Fin 2021, les eurodéputés avaient également adopté un moratoire sur l'utilisation de la reconnaissance faciale par la police. Cette résolution avait été adoptée par le Parlement européen<sup>32</sup> qui réclamait la définition d'un cadre juridique précis.
- 13 L'espace numérique est aussi l'objet de nombreuses attaques qui peuvent mettre en danger la sécurité publique faisant de ce nouvel espace le lieu de la création d'un ordre public numérique<sup>33</sup>. Les nouvelles technologies constituent un atout du point de vue de l'Union européenne afin de prévenir et lutter contre la criminalité dans l'espace virtuel. La cybercriminalité est un concept très large qui englobe tous les dangers en matière de sécurité publique que l'on peut connaître dans ce nouvel espace qu'est le numérique. La cybercriminalité est nouvelle catégorie d'infractions<sup>34</sup> dont s'est emparée l'Union européenne. Elle s'appuie sur plusieurs types de dispositifs et de nombreux textes à l'image du caractère protéiforme de cette notion. Le Conseil et le Parlement européen se sont mis d'accord sur des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de cybersécurité dans l'ensemble de l'Union, afin d'améliorer encore la résilience et les capacités de réaction aux incidents du secteur public comme du secteur privé et de l'Union européenne dans son ensemble. Le 13 mai 2022, le Conseil et le Parlement européen sur le fondement de l'article 114 du TFUE ont trouvé un nouvel accord sur le contenu de la nouvelle directive dite « SRI 2<sup>35</sup> » qui remplace l'actuelle directive<sup>36</sup> sur la sécurité des

réseaux et des systèmes d'information afin de supprimer les divergences entre États membres. L'obligation d'identifier les opérateurs de services essentiels a donné lieu à une évaluation globale qui montre les progrès encore à faire en la matière<sup>37</sup>. En effet, ont été constatés le faible niveau de prise de conscience conjointe de la situation et l'absence de réponse conjointe à la crise. Par exemple, dans un État membre, certains grands hôpitaux ne relèvent pas du champ d'application de la directive SRI et ne sont donc pas tenus de mettre en œuvre les mesures de sécurité qui en découlent, tandis que dans un autre État membre, la quasi-totalité des fournisseurs de soins de santé du pays est couverte par les exigences en matière de sécurité des réseaux et des systèmes d'information. Elle a pour objet la définition des mesures de gestion des risques en matière de cybersécurité et des obligations en matière de signalement dans tous les secteurs couverts par la directive. Si la directive s'attache à respecter les compétences des États membres en matière de sécurité publique, il n'en demeure pas moins qu'elle a un impact notable sur la conception même de sécurité publique qui implique la sécurité des réseaux des structures publiques et privées. La directive précise qu'elle serait « sans préjudice des compétences des États membres concernant la préservation de la sécurité publique, de la défense et de la sécurité nationale<sup>38</sup> » et que les États membres ne seraient pas tenus, dans le cadre des mécanismes d'échanges d'informations, de « fournir des renseignements dont la divulgation serait contraire aux intérêts essentiels de [leur] sécurité intérieure » (considérant 6). Bien que le texte précise également que la directive ne s'appliquera pas aux entités exerçant des activités dans des domaines tels que la défense ou la sécurité nationale, la sécurité publique, les services répressifs et le pouvoir judiciaire, il n'en demeure pas moins que les actions entreprises en la matière ont un impact sur la manière dont la sécurité publique est protégée. En effet, il est indiqué que la nouvelle directive s'appliquera aux entités de l'administration publique aux niveaux central et régional. En outre, les États membres peuvent décider de l'appliquer également à ce type d'entités au niveau local. À ce titre, les États membres sont dans l'obligation d'identifier des opérateurs de services essentiels et d'imposer aux opérateurs des mesures de gestion des risques pour la sécurité des réseaux. Cette obligation qui s'impose aux États contribue à envisager la question de la sécurité publique sous un

nouvel angle avec une vision élargie des dangers et des acteurs indirects de la sécurité publique. Les entreprises et les entités publiques sont ainsi pleinement impliquées dans la mise en place de protocole de gestion des risques sur les réseaux numériques.

- 14 Si l'usage des technologies numériques constitue une avancée importante pour assurer la sécurité publique, il s'agit d'un danger majeur pour les droits fondamentaux dont l'Union européenne doit assurer la protection, car la confiance ne se décrète pas. Celle-ci doit être le résultat d'une véritable stratégie de contrôle des usages des nouvelles technologies en conformité aux droits fondamentaux.

## **2. L'usage des nouvelles technologies positionne l'Union européenne comme protectrice des droits fondamentaux**

- 15 L'Union européenne doit veiller également à ce que l'usage des nouvelles technologies en matière de sécurité publique reste fondé sur les valeurs européennes communes, à savoir le respect de l'État de droit, de l'égalité et des droits fondamentaux. La sécurité et le respect des droits fondamentaux ne sauraient être envisagés comme des objectifs contradictoires. En particulier dans une Union de droit. S'appuyant sur un corpus juridique, cette stratégie de l'Union européenne est délimitée par un contrôle *administratif* et juridictionnel. Le contrôle juridictionnel est assuré en partie par la Cour de justice qui rend une interprétation délimitant l'action des États (2.1.). Le contrôle exercé par des autorités indépendantes permet de la réguler (2.2.).

### **2.1. L'action des États délimitée par l'interprétation rendue par la Cour de justice**

- 16 Afin d'éviter que les technologies numériques ne soient des « outils d'asservissement <sup>39</sup> », les ordres juridiques pour lesquels la protection des droits fondamentaux constitue une valeur importante,

telles que l'Union européenne, se doivent de dessiner un système suffisamment robuste. On note ainsi une vigilance de l'Union européenne qui se manifeste dans le contenu des normes adoptées par les institutions de l'UE notamment dans le cadre du RGPD et surtout de la directive du 27 avril 2016<sup>40</sup>, mais aussi par des interprétations des textes par la Cour de justice saisie sur renvoi préjudiciel. Dans tous les cas, la recherche de l'équilibre n'est pas simple en particulier lorsqu'on apprécie le potentiel de ces nouvelles technologies pour la sécurité publique et pour l'innovation sujet sur lequel l'Union européenne souhaite fortement se positionner. Le rapport de la Commission européenne, relatif à l'application de la Charte des droits fondamentaux pour l'année 2021, a souligné la nécessité d'une « stratégie visant à renforcer l'application de la Charte des droits fondamentaux dans l'Union européenne<sup>41</sup> ». Elle a ainsi prévu de travailler en partenariat avec les autres institutions et agences de l'Union européenne, dont l'Agence des droits fondamentaux. Le rapport montre comment la situation évolue dans les États membres, et comment ces derniers et la Commission européenne ont recours à la Charte pour surmonter les différents obstacles. Parmi tous les sujets qui peuvent être abordés se trouve la question de l'utilisation des données personnelles par les autorités étatiques. La Cour de justice a élaboré une jurisprudence de plus en plus centrale permettant de rappeler l'importance et la nécessité d'une protection des données personnelles, en particulier dans le champ de la sécurité publique. Toute personne dans l'Union européenne, dont les données à caractère personnel font l'objet d'un traitement, est protégée par le cadre juridique adopté par l'Union européenne conformément à l'article 8 de la Charte et à l'article 16 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'enjeu en matière de sécurité publique est de trouver le bon équilibre, comme l'a souligné le Parlement européen dès la conception des politiques en matière de sécurité<sup>42</sup>. En effet, en vertu de l'article 52 de la Charte, les droits des personnes peuvent être restreints dans des circonstances très spécifiques, uniquement si cela est nécessaire et proportionné, dans une société démocratique, pour répondre effectivement à des objectifs d'intérêt général expressément reconnus par la législation de l'Union européenne en matière de protection des données. Les arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne en la matière soulignent le fait que l'Union

européenne se positionne comme un espace juridique protecteur des données personnelles<sup>43</sup> et font apparaître les points de tension avec les États membres quant à leur volonté de préserver leur marge d'action en matière de sécurité publique.

- 17 La jurisprudence de la Cour permet de déterminer le cadre des obligations qui s'imposent aux États membres lorsqu'ils se saisissent des données pour protéger la sécurité publique. Dans les affaires sur lesquelles elle a eu à statuer, la Cour de justice s'est prononcée sur l'interprétation de l'article 15 §1 de la directive du 25 novembre 2009<sup>44</sup> qui prévoit une exception à l'interdiction de conserver des données sans le consentement de la personne concernée. Comme la doctrine l'a justement relevé, la Cour a condamné le stockage de masse des données à caractère personnel, « de façon généralisée et indifférenciée<sup>45</sup> ». Le champ d'application de la directive protégeant les communications électroniques est large. Pour autant, celle-ci entend prendre en considération la particularité du champ de la sécurité. Ainsi, « une conservation généralisée et indifférenciée des métadonnées à d'autres fins telles que la prévention, la recherche, la détection ou la poursuite d'infractions pénales n'est pas conforme au droit de l'Union européenne dans la mesure où l'objectif n'est pas suffisamment grave pour justifier une telle ingérence dans les droits et libertés fondamentaux<sup>46</sup> ». S'agissant de l'accès des autorités nationales compétentes aux données conservées, la Cour confirme que la réglementation nationale concernée ne saurait se limiter à exiger que l'accès réponde à l'un des objectifs visés à la directive. Elle doit également prévoir les conditions matérielles et procédurales régissant l'accès des autorités nationales compétentes aux données conservées. Cette réglementation doit se fonder sur des critères objectifs pour définir les circonstances et les conditions dans lesquelles l'accès aux données doit être accordé aux autorités nationales compétentes, étant entendu que la défense de la sécurité publique est prise en compte par la Cour comme situation particulière. Cette dernière précise d'ailleurs les obligations des États membres à qui il appartient d'instaurer un contrôle préalable effectué par une juridiction ou une entité indépendante et d'en informer les personnes concernées.

- 18 Les conditions de conservation des données dépendent de la manière dont on qualifie la sécurité. Dans l'affaire du 5 avril 2022, la Cour tient à la distinction qu'il n'est pas aisé d'opérer entre sécurité nationale et sécurité publique, ce qui a été justement relevé par la doctrine<sup>47</sup>. Cette distinction est fondamentale en ce que seule la nécessité de protéger la sécurité nationale peut permettre à l'État de conserver de manière généralisée et indifférenciée les données. La Cour de justice considère que les données relatives au trafic et des données de localisation ne pourraient être conservées de manière justifiée autrement que par la nécessité de sauvegarder la sécurité nationale qui « dépasse celle des autres objectifs visés à l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58 ». Dans ce cas (sécurité nationale), la Cour a jugé que l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58, lu à la lumière des articles 7, 8 et 11 ainsi que de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, « ne s'oppose pas, en principe, à une mesure législative qui autorise les autorités compétentes à enjoindre aux fournisseurs de services de communications électroniques de procéder à la conservation des données relatives au trafic et des données de localisation de l'ensemble des utilisateurs des moyens de communications électroniques pendant une période limitée, dès lors qu'il existe des circonstances suffisamment concrètes permettant de considérer que l'État membre concerné fait face à une menace grave [...] pour la sécurité nationale qui s'avère réelle et actuelle ou prévisible<sup>48</sup> ». Les États membres font le choix d'une conception large de la sécurité nationale<sup>49</sup>. La Cour de justice permet de donner des indications sur l'utilisation des données en cas de menace grave pour la sécurité publique en listant différentes hypothèses. Sont ainsi compatibles avec la directive

« une conservation ciblée des données relatives au trafic et des données de localisation qui soit délimitée, sur la base d'éléments objectifs et non discriminatoires, en fonction de catégories de personnes concernées ou au moyen d'un critère géographique, pour une période temporellement limitée au strict nécessaire, mais renouvelable ; une conservation généralisée et indifférenciée des adresses IP attribuées à la source d'une connexion, pour une période temporellement limitée au strict nécessaire ; une conservation généralisée et indifférenciée des données relatives à l'identité civile des utilisateurs de moyens de communications électroniques, et le

recours à une injonction faite aux fournisseurs de services de communications électroniques, au moyen d'une décision de l'autorité compétente soumise à un contrôle juridictionnel effectif, de procéder, pour une durée déterminée, à la conservation rapide des données relatives au trafic et des données de localisation dont disposent ces fournisseurs de services, dès lors que ces mesures assurent, par des règles claires et précises, que la conservation des données en cause est subordonnée au respect des conditions matérielles et procédurales y afférentes et que les personnes concernées disposent de garanties effectives contre les risques d'abus<sup>50</sup> ».

- 19 Plus récemment la Cour de Justice de l'Union européenne saisie d'une question préjudicielle relative notamment à l'interprétation de l'article 5 de la directive 2016/680<sup>51</sup>, a considéré que

« celui-ci s'oppose à une législation nationale qui prévoit la conservation, par les autorités de police, à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, de données à caractère personnel, notamment de données biométriques et génétiques, concernant des personnes ayant fait l'objet d'une condamnation pénale définitive pour une infraction pénale intentionnelle relevant de l'action publique, et ce jusqu'au décès de la personne concernée, y compris en cas de réhabilitation de celle-ci, sans mettre à la charge du responsable du traitement l'obligation de vérifier régulièrement si cette conservation est toujours nécessaire, ni reconnaître à ladite personne le droit à l'effacement de ces données, dès lors que leur conservation n'est plus nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles ont été traitées, ou, le cas échéant, à la limitation du traitement de celles-ci<sup>52</sup> ».

- 20 Les différents arrêts rendus par la Cour montrent les nombreux points de friction entre des intérêts divergents. Cette jurisprudence sera sans doute de plus en plus abondante dans les années à venir avec en parallèle une interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme qui sera aussi saisie de ce type de questions et qui sera sans doute prise en considération par la Cour de justice de l'Union européenne.



- 21 La jurisprudence de la Cour de justice est complétée par l'action des agences européennes qui, par le contrôle qu'elles exercent, assurent un rôle de régulateur.

## 2.2. L'action des États régulée par le contrôle les autorités européennes indépendantes

- 22 Si un contrôle politique est exercé par les institutions de l'Union européenne notamment par le Parlement européen lors du processus décisionnel ou par le truchement de l'adoption de résolutions<sup>53</sup>, un contrôle plus expert et plus indépendant est aussi exercé par les agences de l'Union européenne<sup>54</sup>, ce qui contribue à renforcer la protection des droits. Ce contrôle s'exerce *a priori* et *a posteriori*. À ce titre, deux autorités jouent un rôle important, mais non exclusif d'autres autorités. Elles jouent un rôle *a priori* en exerçant une activité de conseil auprès des institutions de l'Union européenne et des États. Elles interviennent de ce fait dans le processus décisionnel contribuant à en renforcer la *crédibilité* par le degré d'expertise qu'elles apportent. Elles exercent également des missions *a posteriori* en contrôlant l'application des règles. Il convient de noter à titre subsidiaire que des autorités nationales ont été désignées par les États membres afin de protéger les individus et en particulier leurs données (ex. la CNIL en France). On peut donc souvent identifier un double dispositif de coopération entre les États membres et l'échelon européen ainsi qu'une coopération entre les agences européennes elles-mêmes.
- 23 Ainsi, l'Agence européenne des droits fondamentaux, instituée en 2007<sup>55</sup> a pour mission de fournir aux institutions et autorités compétentes de l'Union et des États membres, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union européenne, des informations, une assistance et des compétences en matière de droits fondamentaux. Par conséquent, elle a en charge la collecte, le recensement, l'analyse et la diffusion des informations en matière de droits fondamentaux. En revanche, son action reste limitée dans la mesure où elle ne peut prendre des décisions. Elle mène ses actions notamment en coopération avec le contrôleur européen de la protection des données (CEPD), l'Agence de l'Union européenne, chargée de la

sécurité des réseaux et de l'information (ENISA) et le Centre commun de recherche (JRC) de la Commission européenne, et de manière à compléter leur travail. L'Agence européenne a poursuivi son travail de promotion des droits fondamentaux dans l'utilisation des technologies numériques. Son rapport de 2018 sur l'utilisation des données biométriques dans les systèmes d'information à grande échelle a révélé des insuffisances d'information aux personnes lors de la prise d'empreintes digitales à des fins d'immigration, d'asile et de gestion des frontières. Afin d'améliorer l'information aux migrants et aux demandeurs d'asile enregistrés dans la base de données dactyloscopiques européenne en matière d'asile (Eurodac)<sup>56</sup>, l'agence a publié une brochure conjointement avec le Groupe de coordination du contrôle d'Eurodac en janvier 2020. Il s'agit d'accompagner les autorités à délivrer une meilleure information aux citoyens sur les raisons pour lesquelles les empreintes digitales sont prises et sur ce qu'il advient des données biométriques stockées dans Eurodac.

- 24 Le CEPD (Comité européen de la protection des données), quant à lui, exerce plusieurs fonctions et a des missions importantes dont le périmètre s'est élargi avec le RGPD. En vertu de l'article 43 du RGPD, le rôle de conseiller indépendant que joue le CEPD auprès des institutions de l'Union européenne couvre tous les aspects du traitement de données à caractère personnel, notamment les initiatives visant à renforcer la sécurité dans l'Union européenne et les nouveaux outils d'échange de données utilisés par les services répressifs. Le système d'information sur les visas, contenant des données à caractère personnel sur les demandeurs de visa, est supervisé par les autorités de contrôle nationales et le contrôleur européen de la protection des données du système d'information sur les visas. En effet, le rôle du CEPD ne consiste plus uniquement en la surveillance et la garantie de l'applicabilité des dispositions du règlement du 11 mai 2016, mais également des dispositions du règlement (UE) 2018/1725<sup>57</sup>. Il exerce donc un contrôle sur les institutions et organes de l'Union européenne garantissant de ce fait le respect de la protection des données personnelles.
- 25 Les possibilités offertes par les nouvelles technologies pour assurer la sécurité publique sont nettes et révèlent tout leur potentiel. Bien qu'étant cadrées par la nécessaire protection des droits fondamentaux, elles font apparaître les difficultés à trouver un

équilibre satisfaisant entre la protection de la sécurité publique d'une part et la protection des droits fondamentaux d'autre part. Ressurgit dans ce nouveau contexte technologique le débat sur l'existence d'un droit fondamental à la sécurité<sup>58</sup> ayant conduit à considérer, en matière de sécurité sanitaire, que désormais la sécurité était au-dessus des lois comme l'affirmait Michel Foucault. Cette période marquée par des ruptures et des effondrements structurels (tels qu'en matière d'environnement ou de santé) est particulièrement propice à faire ressurgir une demande accrue de sécurité de la part des États, voire de celle des individus.

## NOTES

---

- 1 B. SPINOZA, *Traité théologico-politique* [1670], E. Saisset (trad.), Saint-Martin-de-Londres, H&O éditions, 2018, p. 176.
- 2 M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique : cours au collège de France, 1978-1979*, Paris, Gallimard-Seuil, coll. « Hautes études », 2004.
- 3 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social* [1762], Paris, F. Rieder, 1922.
- 4 Commission européenne, *Communication au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions relative à la stratégie de l'UE pour l'union de la sécurité*, Bruxelles, le 24 juillet 2020, COM (2020) 605 final.
- 5 F. NATOLI, « Sécurité et ordre public : deux notions à relations variables. Comparaison franco-italienne », *Revue des droits de l'homme*, 2017, n° 11, DOI : [10.4000/revdh.2905](https://doi.org/10.4000/revdh.2905).
- 6 Loc. cit.
- 7 M. BOUCHET, « Les drones face aux enjeux de droit pénal et de libertés fondamentales », *Dalloz IP/IT : droit de la propriété intellectuelle et du numérique*, Paris, Dalloz, 2022, p. 299-303.
- 8 F. LAMY, « La production de la sécurité publique », dans *Ordre public et libertés publiques*, colloque organisé par l'Association française de philosophie du droit, 17 et 18 septembre 2015, URL : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/ordre-public-et-libertes-publiques> .

9 Commission européenne, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle et modifiant certains actes législatifs de l'Union*, SEC (2021) final, Buxelles, 21 avril 2021, COM (2021), 206 final. La proposition après plusieurs modifications a été adoptée définitivement par le Parlement européen le 13 mars 2024 et par le Conseil en avril de la même année.

10 M. BLANQUET, « L'appropriation par la Communauté européenne des impératifs de sécurité », in : *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens*, Toulouse, Presses universitaires de l'université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2006, p. 175.

11 F. PICOD, « Libertés de circulation des marchandises », *JurisClasseur*, synthèse, septembre 2023.

12 G. GIUDICELLI-DELAGE. et C. LAZERGES, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Paris, Société de législation comparée, coll. « Unité mixte de recherche de droit comparé », vol. 28, 2012

13 D. ZEROUKI-COTTIN, « L'espace pénal européen : A la croisée des chemins ? », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2013.

14 « L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres. [...] Elle assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures et développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre États membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers. Aux fins du présent titre, les apatrides sont assimilés aux ressortissants des pays tiers. [...] L'Union œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, ainsi que de lutte contre ceux-ci, par des mesures de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires et autres autorités compétentes, ainsi que par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et, si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales. [...] L'Union facilite l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ».

15 Commission européenne, *Déclaration européenne sur les droits et principes pour la décennie numérique*, Bruxelles, 26 janvier 2022, COM (2022) 28 final.

16 D'autres exemples pourraient en effet être cités tels que le règlement DSA permettant de combattre notamment le cyberharcèlement : Parlement européen et Conseil, Règlement (UE) 2022/2065 du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE, JOUE L. 227/1, 25/10/2022.

17 F. CHALTIEL, « Bilan et perspectives de la coopération européenne en matière de sécurité », *Actujuridique.fr*.

18 Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Règlement (UE) 2016/794 du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol) et remplaçant et abrogeant les décisions du Conseil 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI et 2009/968/JA, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 135, 24 mai 2016, p. 53-114, article 4.

19 480 voix pour, 143 contre et 20 abstentions.

20 Article 4, paragraphe 2 du Traité sur l'Union européenne et article 72 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

21 Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Règlement (UE) 2018/1860 du 8 novembre 2018 relatif à l'utilisation du système d'information Schengen aux fins du retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier », *Journal officiel de l'Union européenne*, L 312/1, 17 décembre 2018, Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Règlement (UE) 2018/1861 du 28 novembre 2018, sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen (SIS) dans le domaine des vérifications aux frontières, modifiant la convention d'application de l'accord Schengen et modifiant et abrogeant le règlement (CE) n° 1987/2006, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 312/14, 7 décembre 2018, et Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Règlement (UE) 2018/1862 du 28 novembre 2018, sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen (SIS) dans le domaine de la coopération policière et les coopérations judiciaires en matière pénale, modifiant et abrogeant le règlement CE n° 1986/2006 du Parlement européen et du Conseil et la décision 2010/261 :UE de la Commission, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 312/56, 7 décembre 2018.

22 Art. R. 231-1 Code de la sécurité intérieure : « Le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) a pour objet d'assurer un niveau élevé de sécurité dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union

européenne, notamment la préservation de la sécurité et de l'ordre publics sur les territoires des États membres de l'espace Schengen ».

23 E. AUBIN, « L'eupéanisation de la politique des visas : les nouvelles frontières du droit des étrangers », RFDA, 2017, n° 5, p. 917.

24 Voir notamment S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelles bibliothèque des thèses », vol. 197, 2020.

25 Le caractère prédictif est en effet discuté.

26 Voir notamment en ce sens Assemblée nationale (Commission des lois), *Rapport d'information sur les enjeux d'utilisation des images de sécurité dans le domaine public dans une finalité de lutte contre l'insécurité*, 12 avril 2023.

27 Les informations relatives au règlement sur l'IA sont à jour au 14 mai 2024.

28 Article 114-1 du TFUE : « Sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ».

29 Point 69 de la proposition de règlement

30 « un système d'identification biométrique à distance dans lequel l'acquisition des données biométriques, la comparaison et l'identification se déroulent sans décalage temporel significatif. Cela comprend non seulement l'identification instantanée, mais aussi avec un léger décalage afin d'éviter tout contournement des règles » art. 9 pt. 37 de la proposition de règlement sur l'IA.

31 Commission européenne, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle et modifiant certains actes législatifs de l'Union*, SEC (2021) final, Buxelles, 21 avril 2021, COM (2021), 206 final, article 47.

32 Résolution du Parlement européen, « L'intelligence artificielle en droit pénal et son utilisation par les autorités policières et judiciaires en matière pénale », *Parlement européen*, 2020/2016 (INI) – 06 octobre 2021

33 Voir notamment en ce sens Ph. MOURON et C. PICCIO (dir.), *L'ordre public numérique*, PUAM, 2015.

34 L'Organisation des Nations unies la définit comme « tout comportement illégal faisant intervenir les opérateurs électroniques qui visent la sécurité des systèmes informatiques et des données qu'ils traitent », tandis que le ministère français de l'Intérieur la définit plus simplement comme l'ensemble des infractions pénales qui se commettent sur le réseau internet ([www.interieur.gouv.fr](http://www.interieur.gouv.fr)), souligné par L. BURGOGUE-LARSEN, « Les nouvelles technologies », *Revue Pouvoirs*, 2009, n° 130, p. 65-80.

35 Parlement européen et Conseil européen, « Directive (UE) 2022/2555 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relative à des mesures pour un niveau commun élevé de cybersécurité dans l'Union, modifiant le règlement (UE) n° 910/2014 et la directive (UE) 2018/1972, et abrogeant la directive (UE) 2016/1148 », JO L 333, 27/2022, p. 80.

36 Parlement européen et Conseil, « Directive (UE) 2016/1148 du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union », JO L 194, 19 juillet 2016, p. 1-30

37 Commission européenne, *Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil évaluant la cohérence de l'approche adoptée par les États membres pour identifier les opérateurs de services essentiels conformément à l'article 23, paragraphe 1 de la directive 2016/1148/UE concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union*, Bruxelles, 28 octobre 2019, COM (2019) 546 final.

38 Parlement européen et Conseil européen, « Directive (UE) 2022/2555 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relative à des mesures pour un niveau commun élevé de cybersécurité dans l'Union, modifiant le règlement (UE) n° 910/2014 et la directive (UE) 2018/1972, et abrogeant la directive (UE) 2016/1148 », JO L 333, 27/2022, p. 80.

39 L. BURGOGUE-LARSEN, « Les nouvelles technologies », *Revue Pouvoirs*, 2009, n° 130, p. 79.

40 Voir notamment en ce sens dans le champ spécifique de la sécurité : Parlement européen et Conseil, « Directive (UE) 2016/680 du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de

poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données », *Journal Officiel de l'Union européenne*, 2016, L. 119, p. 89.

41 Rapport de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Commission européenne, « Protéger les droits fondamentaux à l'ère numérique », *Rapport annuel sur l'application de la Charte*, 2021, COM (2021) 819 final.

42 Le Parlement européen a adopté plusieurs résolutions sur la surveillance électronique de masse des citoyens.

43 J. SIRINELLI, « La protection des données de connexion par la Cour de justice : cartographie d'une jurisprudence européenne inédite », *RTD. Eur.*, avril-juin 2021, p. 313-329.

44 Parlement européen et Conseil européen « Directive 2009/136/CE, modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs », *Journal officiel de l'Union européenne*, 25 novembre 2009, L. 337/11, article 15 §1.

45 CJUE 8 avril 2014, aff. jointes C-293/12, C-594/12, Digital Rights Ireland et CJUE, 21 décembre 2016, Tele2 Sverige Tele2 Sverige AB, aff. C-203/15 et Secretary of State for the Home Department, aff. C-698/15.

46 CJUE, 6 octobre 2020, Privacy International, aff. C-623/17, La Quadrature du Net, French Data Network, aff. C-511/18 et C-512/18. CJUE, 2 mars 2021, aff. C-746/18, Prokuratuur, Dalloz actu, 5 mars 2021, obs. B. BERTRAND.

47 CJUE (Gde Ch.), 5 avril 2022, aff. C-140/20, GDC, *Dalloz*, obs. B. BERTRAND.

48 *Charte des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, 2021. Je souligne.

49 CE, ass, 21 avril 2021, n° 393099, French Data Network, J. SIRINELLI et B. BERTRAND, « Le Conseil d'État et la conservation des données de connexion : la quadrature du cercle », *Dalloz IP/IT*, 2021, p. 408.



50 *Loc. cit.*

51 Parlement européen et Conseil, « Directive (UE) 2016/680 du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil », L 119/89, 4 mai 2016.

52 CJUE, 30 janvier 2024, NG c/Direktor na Glavna direktsia « Natsionalna politsia » pri Ministerstvo na vatreshnite raboti – Sofia, aff. C-118/22.

53 Le Parlement a adopté plusieurs résolutions sur ces questions sensibles, notamment sur la surveillance électronique de masse des citoyens de l'Union européenne. L'objectif est de veiller à ce que les politiques en matière de sécurité soient conçues en tenant compte des droits fondamentaux.

54 D. DERO-BUGNY, « Agences européennes », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 245, 2016.

55 Conseil de l'Union européenne, Règlement (CE) n° 168/2007, 15 février 2007, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 53, 22 février 2007, p. 1

56 Conseil de l'Union européenne, Règlement (CE) n° 2725/2000 du 11 décembre 2000 concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 316, 5 décembre 2000 p. 1-10

57 Parlement et Conseil européens, Règlement (UE) 2018/1725 du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement (CE) n° 45/2001 et la décision n° 1247/2002/CE », *Journal officiel de l'Union européenne*, L 295/39, 21 novembre 2018.

58 X. DUPRÉ DE BOULOIS., « Existe-t-il un droit à la sécurité publique ? », *RDLF*, 2018, chron n° 13.

## RÉSUMÉS

---

### Français

Le caractère transnational des menaces qui pèsent sur la sécurité publique ou encore l'évolution de la nature de certaines menaces et infractions, ainsi que l'usage des nouvelles technologies pour les contrer contribuent à positionner l'Union européenne en la matière. L'Union européenne a pris des mesures importantes pour promouvoir l'utilisation des technologies numériques dans le domaine de la sécurité publique. Elle devient ainsi actrice de la sécurité publique aux côtés des États membres, mais elle tend également à s'affirmer comme protectrice des droits fondamentaux parfois en opposition aux États membres.

### English

The transnational nature of the threats to public security and the changing nature of certain threats and offenses, as well as the use of new technologies to counter them, are helping to position the European Union on the matter. The European Union has taken important steps to promote the use of digital technologies in the field of public security. The European Union is thus becoming a player in public security alongside the member states, but it is also a fervent defender of fundamental rights, sometimes against the member states.

## INDEX

---

### Mots-clés

nouvelles technologies, surveillance biométrique, données personnelles, intelligence artificielle, droits fondamentaux

### Keywords

new technologies, biometric surveillance, personal data, artificial intelligence, fundamental rights

## AUTEUR

---

### Mouna Mouncif-Moungache

Maître de conférences en droit public à l'Université Jean-Monnet Saint-Étienne

IDREF : <https://www.idref.fr/113942605>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000401522337>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/16665844>

# Restaurer l'ordre par la force des armes et dans le respect du droit : étude historique comparée de la loi martiale et de l'état de siège

Luc Klein

DOI : 10.35562/droit-public-compare.331

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

## PLAN

---

1. La construction historique de deux notions fonctionnelles
    - 1.1. Des notions nées du champ de bataille et détournées par analogie
    - 1.2. Une tentation d'arbitraire repoussée par le droit
  2. Des régimes stabilisés d'emploi de la force armée contre les insurrections
    - 2.1. Qui ? Le déclenchement de l'état de siège et de la loi martiale saisi par le droit
    - 2.2. Quand ? Les circonstances de l'état de siège et de la loi martiale encadrées par le droit
    - 2.3. Quoi ? Des compétences militaires strictement encadrées
- Conclusion

## TEXTE

---

- 1 « Avis est donné que la loi martiale est proclamée, que tous attroupements sont criminels ; on va faire feu ; que les bons citoyens se retirent ». Les termes de la sommation prescrits à l'article 6 de la loi du 21 octobre 1789 ne laissent pas place à l'ambiguïté. L'officier municipal informe les citoyens assemblés qu'un régime de légalité spéciale est en vigueur – la loi martiale – et qu'il en résulte une conséquence juridique – les attroupements sont criminels – ainsi qu'une conséquence pratique – ces attroupements seront dispersés par la force des armes. Les citoyens ont donc le choix entre deux conduites : obéir et se retirer, ou désobéir et subir le feu de la troupe.
- 2 Le contexte ayant donné lieu à la création du régime de la loi martiale en France est connu. L'Assemblée essaye de reprendre la main face

aux explosions de violence de la population parisienne<sup>1</sup>. Les députés visent deux objectifs : rétablir l'ordre, mais le faire *par le droit*, et sont face à un constat de fait – seule la force armée a les moyens matériels pour mater les rassemblements armés et rétablir l'ordre dans les rues. L'enjeu est donc clairement compris. Il s'agit de créer un régime légal permettant d'employer la force armée pour disperser, au besoin en ouvrant le feu et en ordonnant la charge, les attroupements de citoyens perturbant l'ordre.

- 3 Le nom choisi pour ce régime légal est la « loi martiale ». C'est la première fois que cette expression est utilisée en droit français. Et pour cause : il s'agit d'une traduction en français d'un concept anglais, la *martial law*. À la recherche d'une expression pour qualifier l'emploi de la force pour mater les attroupements armés, les révolutionnaires puisent dans l'histoire d'outre-Manche, et importent un concept déjà porteur à l'époque d'une symbolique et d'un imaginaire puissants<sup>2</sup>.
- 4 À la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, la *martial law* n'a rien d'une nouveauté. Au contraire, elle jouit, dans le contexte anglais, d'une réputation bien arrêtée. Dans les écrits des grands juristes anglais tels que William Blackstone, Edward Coke ou Matthew Hale, la *martial law* est présentée comme l'antithèse du droit. Il s'agirait d'une institution née de la nécessité militaire, figurant l'arbitraire absolu du général sur le champ de bataille, réutilisée ensuite sur le sol anglais à l'occasion des multiples rébellions et guerres civiles, pour triompher comme instrument ultime de la répression sanglante entre les mains des monarques, en particulier de la période Tudor. La *martial law* représente l'arbitraire de l'exécutif, qui retourne contre la population civile les moyens du champ de bataille. Pour paraphraser Hale dans son classique *The History of the Common Law of England* de 1713, la *martial law* ne doit pas être considérée comme du droit, mais plutôt comme une nécessité à laquelle le droit « cède<sup>3</sup> ». Citant Hale, Blackstone reprend la même idée dans son *Commentaries on the Law of England*, et affirme même que, compte tenu de sa brutalité et de son caractère arbitraire, la *martial law* est incompatible avec le temps de paix<sup>4</sup>.
- 5 Avec la loi d'octobre 1789, les révolutionnaires français n'entendent cependant pas reprendre le régime ainsi décrit. Tout au contraire, la

« loi martiale » à la française se présente comme l'opposée de la *martial law* décrite par les juristes anglais : il s'agit d'un régime précis, encadré, dans lequel l'emploi de la force armée est subordonné à des procédures strictes, et s'inscrit dans un cadre normé et défini. Ainsi, le texte prévoit des sommations multiples et même la possibilité pour les citoyens assemblés de députer certains d'entre eux pour exposer leurs griefs (article 5). En ce sens, la loi martiale de 1789 ne ressemble guère à la *martial law* anglaise, dénoncée par Hale, mais bien davantage à l'institution qui lui a succédé sur le sol anglais depuis le début du siècle, à savoir le Riot Act<sup>5</sup>. Les similitudes entre les deux sont en effet flagrantes : tant dans la loi martiale française que dans le Riot Act anglais, l'accent est mis sur une utilisation en dernier recours de la force. Face à un attroupement, les troupes doivent d'abord signaler expressément qu'il sera fait usage de la force, les sommations doivent être répétées, et l'objectif est que l'attroupement se disperse de lui-même<sup>6</sup>.

6 La loi de 1789 a donc donné naissance à un concept original de « loi martiale française », dérivée du Riot Act de 1715, mais qui ne s'installera pas durablement dans le paysage juridique. Son emploi à l'occasion de la fusillade du Champ-de-Mars de juillet 1791 est fortement critiqué, avec pour conséquence que l'Assemblée décide de la réserver aux hypothèses les plus graves de troubles s'inscrivant dans la durée, créant en parallèle d'autres procédures d'emploi de la force armée pour les hypothèses de troubles ponctuels<sup>7</sup>. Ainsi corsetée, la loi martiale perd son utilité au fur et à mesure des développements révolutionnaires. D'un côté, le régime est perçu comme trop brutal dans sa fonction initiale de dispersion des attroupements ponctuels. De l'autre, il prévoit un emploi de la force trop encadré pour être adapté à la situation de guerre civile qui s'installe, notamment en Vendée<sup>8</sup>. La Convention signe finalement son acte de décès le 23 juin 1793, et la loi martiale disparaît de l'ordre juridique, fermant ce qui ne sera resté qu'une parenthèse dans l'histoire française.

7 La loi martiale n'est pas la seule à échouer à s'installer dans l'ordre juridique français. La période, en particulier de la terreur, a en effet donné naissance à de nombreuses tentatives d'encadrer juridiquement l'emploi de la force armée pour mater les populations en armes<sup>9</sup>. Quelques années plus tard, sous le consulat, un nouvel

instrument est inauguré : la suspension de l'empire de la Constitution, qui permet de confier aux autorités militaires les pleins pouvoirs pour mater une insurrection. Le parallèle avec la *martial law* anglaise décrite par Blackstone est cette fois bienvenu. L'exemple des pouvoirs confiés sous ce régime au général commandant l'armée de l'Ouest l'illustre de manière remarquable : l'autorité militaire était en effet habilitée à faire des règlements portant peine de mort, à imposer des contributions exceptionnelles, et même à recourir aux « moyens usités en pays ennemi » pour obtenir l'obéissance<sup>10</sup>.

- 8 Dans ce tourbillon de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et du début du XIX<sup>e</sup>, un terme commence en parallèle à s'imposer en France dans les écrits de la période pour désigner l'emploi du feu et de l'acier contre les citoyens en armes : l'état de siège<sup>11</sup>. Le succès de cette appellation est surprenant. Ainsi que l'a démontré Sébastien Le Gal dans sa thèse consacrée à son histoire, l'état de siège trouve en effet son origine dans des considérations techniques très éloignées de l'emploi de la force contre les attroupements.
- 9 Inauguré par une loi des 8 et 10 juillet 1791, l'état de siège comme régime juridique s'applique à une catégorie très particulière de villes : les « places de guerre », c'est-à-dire des villes dont la localisation géographique les désigne comme d'un intérêt militaire tel qu'elles sont dotées de fortifications et d'une garnison et font l'objet d'un classement officiel en cette qualité<sup>12</sup>. Dans ces localités, « l'état de siège » désigne la situation de fait dans laquelle, par l'action de l'ennemi, la place de guerre se trouve à devoir remplir son rôle militaire : interdire la percée des armées ennemies en les forçant à mettre le siège et à s'y épuiser. Dans cette hypothèse, l'état de siège entraîne le dessaisissement des autorités civiles de la place et la subordination de l'ensemble de la population aux besoins militaires du commandement en vue de soutenir le siège et de repousser l'ennemi<sup>13</sup>. Très vite, cependant, la notion se détache de ses origines liées à la guerre de siège proprement dite pour devenir l'un des instruments de lutte contre les insurrections contre-révolutionnaires. Dans l'esprit, en particulier, des représentants en mission, l'amalgame est facile : une ville républicaine menacée par l'insurrection royaliste, ou investie par des rebelles, ne subit rien de moins qu'un siège. Dès lors, on ne retient de la loi de 1791 que sa conséquence : la saisine par l'autorité militaire des pouvoirs

nécessaires à la victoire contre l'ennemi, y compris, au besoin, l'ouverture du feu et la charge contre les rebelles en armes. Un décret du 26 mai 1792 maintient l'illusion en élargissant officiellement la liste des places de guerre, seules légalement susceptibles d'être mises en état de siège. Le masque tombe cependant avec le décret du 18 juillet 1795, qui systématise pour la première fois la possibilité de placer n'importe quelle ville en état de siège, indépendamment de sa qualité ou non de place de guerre<sup>14</sup>. La confusion dès lors s'installe : le terme « état de siège » s'impose dans les discours et les écrits de la période pour désigner toutes les hypothèses dans lesquelles une ville ou une localité est soumise aux troupes de ligne pour la répression des troubles armés<sup>15</sup>.

- 10 À la différence des autres régimes d'exception nés des tumultes révolutionnaires, l'état de siège va s'installer dans le droit français. Tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, il va même s'imposer comme le cadre juridique par excellence d'emploi de la force militaire pour rétablir l'ordre en situation d'insurrection à main armée. La « greffe » de la loi martiale, tentée en 1789 par les Constituants, a échoué. D'ailleurs, à la même époque, outre-Manche, la *martial law* est déjà de l'histoire du droit.
- 11 Remplacée par le mécanisme du Riot Act en Angleterre, éclipsée par celui de l'état de siège en France, la loi martiale trouve néanmoins outre-Atlantique une nouvelle terre d'élection. Si la *martial law* a disparu progressivement, à partir du XVII<sup>e</sup> siècle, du territoire anglais, la Couronne britannique a en effet continué à en faire un usage important dans ses multiples colonies<sup>16</sup>. La *martial law* est ainsi une réalité juridique des colonies américaines, dès la fondation de Jamestown, et fait partie de l'univers mental des juristes américains<sup>17</sup>. Dès lors, la guerre d'Indépendance entraîne l'appropriation de la notion par les insurgés. À l'été 1781, pour la première fois, la législature de Virginie fait ainsi une proclamation de *martial law*, suivie par celle de Caroline du Nord<sup>18</sup>. La notion apparaît également dans les débats autour des premières constitutions des colonies nouvellement indépendantes. Ainsi de la convention provisoire de New York, qui prévoit la possibilité de *martial law* contre les espions et les saboteurs<sup>19</sup>. Des décennies plus tard, lorsque les États-Unis font face à leur tour à la question de l'emploi de la force armée contre les insurrections, la notion revient naturellement. L'épisode des

rébellions au Rhode Island en 1842 en témoigne, qui donne lieu à une déclaration formelle de *martial law* par l'assemblée de l'État afin de mater les insurrections<sup>20</sup>.

- 12 Tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle s'observe ainsi, des deux côtés de l'Atlantique, une construction en parallèle de deux notions visant le même but : encadrer juridiquement l'emploi du feu et de l'acier pour rétablir l'ordre face à des populations civiles en armes. À cet égard, si la *martial law* américaine dérive certes de la *martial law* anglaise, elle s'en détachera largement pour donner naissance à un régime juridique propre aux États-Unis. De même, l'état de siège français connaîtra une évolution importante, qui en fera un régime aux ressemblances seulement nominales avec le service des places de guerre qui lui a donné naissance. Dans cette élaboration progressive d'un régime juridique précis et encadré, la *martial law* et l'état de siège traverseront une histoire similaire. Cela se comprend aisément : nés tous les deux du monde militaire (le champ de bataille du roi anglais, les places de guerre du roi de France), détournés aux mêmes fins (faire feu sur une foule de civils armés), ils partagent la même tension fondamentale : comment encadrer juridiquement la violence des armes, quand cette violence apparaît comme la seule solution pour ramener l'ordre ?
- 13 Les États-Unis et la France ont tenté de répondre à cette question par la construction de deux notions historiquement fonctionnelles (1.), dont le régime s'est stabilisé au tournant du XX<sup>e</sup> siècle (2.), avant de finalement tomber en désuétude en droit contemporain.

## 1. La construction historique de deux notions fonctionnelles

- 14 L'histoire de la loi martiale, tant anglaise qu'américaine, et celle de l'état de siège français font apparaître de nombreux points communs. Il s'agit à chaque fois de notions nées de la guerre, et même, plus précisément, du champ de bataille lui-même (1.1.). Elles charrient donc, dès l'origine, un caractère d'exceptionnalité qui a eu pour conséquence la tentative d'en faire, une fois tournées vers la population civile, des synonymes d'arbitraire (1.2.).



## 1.1. Des notions nées du champ de bataille et détournées par analogie

- 15 La loi martiale et l'état de siège ont le gout du sang, et ont en commun d'avoir été détournés de leur champ originel d'application. Un retour aux origines de ces notions permettra de comprendre que cette mutation – du champ de bataille vers la rue – est une réalité ancienne, et qu'elle s'est faite au prix d'une évolution comparable de leurs logiques juridiques.
- 16 Le privilège de l'ancienneté en la matière revient sans conteste à la *martial law* anglaise. Le terme apparaît sous la dynastie Tudor, il est attesté pour la première fois dans les documents légaux en 1530, pour désigner les pouvoirs confiés par commission royale à certains hauts personnages du royaume<sup>21</sup>. À l'époque, il ne s'agit cependant pas d'une innovation. Le terme « *martial law* » renvoie au contraire à un régime juridique déjà bien connu et vieux de plusieurs siècles, qui trouve simplement ici la formulation qui fera date et s'installera. Pour comprendre cela, l'étymologie du terme doit arrêter l'attention. Contrairement à ce qu'une lecture hâtive des grands classiques anglais du XVIII<sup>e</sup> siècle pourrait laisser penser, le terme « martial » de « *martial law* » ne fait pas référence à la divinité romaine de la guerre. La « loi martiale » n'est pas la « loi de Mars », laquelle désignerait par analogie une sorte de violence arbitraire sur le champ de bataille<sup>22</sup>. Il s'agit au contraire de la *transformation* linguistique d'une formule beaucoup plus concrète : ce qui entrera dans l'histoire à l'époque Tudor comme la *martial law* n'est rien autre qu'une institution ancienne du droit anglais, à savoir la *law of the marshal*<sup>23</sup>.
- 17 Le *marshal* est une autorité militaire remontant à l'époque médiévale, où il était l'un des adjoints du *constable*. Ce dernier, en sa qualité de chef de l'ost royal, est responsable de la bonne tenue des troupes convoquées, et possède pour remplir cette mission une compétence de nature juridictionnelle sur tous les gens d'armes appelés à l'ost. Cette compétence est précise : toute personne en armes se trouvant dans un rayon de 20 miles autour de la bannière levée du roi est soumise à la juridiction du *constable*. Ce pouvoir a une vocation elle-même aussi précise : assurer la discipline de la troupe, et sa bonne conduite face à l'ennemi<sup>24</sup>. Le *constable* délègue en pratique ce pouvoir à ses

*marshals*, lesquels prennent de plus en plus d'importance, pour finir par remplacer le *constable* quand cette institution disparaît au début de la période Tudor. Comprise dans son sens médiéval strict, la *law of the marshal*, qui donnera naissance à la *martial law*, désigne donc une compétence de nature juridictionnelle, sur les gens d'armes au service du roi, dans le but d'assurer leur bonne tenue en campagne.

- 18 Pour autant, la *martial law* ne saurait être confondue avec le droit militaire, au sens d'un corpus de règles applicables uniquement aux hommes de l'ost. Les juristes de la période Tudor en sont conscients, qui renoncent dans leurs textes rédigés en latin à traduire *martial law* par la *lex martialis* romaine, et choisissent au contraire de conserver le terme anglais, pour bien marquer sa spécificité<sup>25</sup>. Dès l'époque médiévale, en effet, la compétence juridictionnelle du *constable* et de ses *marshals* connaît une extension, en ce qu'elle est très tôt utilisée comme instrument de répression. L'idée est simple : pour lutter contre ses nobles révoltés, le roi lève sa bannière et leur livre bataille. Un noble, pris les armes à la main sur le champ de bataille, tombe dès lors sous la juridiction du *constable*, lequel le reconnaîtra en état de trahison. Conformément à la *law of arms*, un individu convaincu de trahison par « commune renommée » (difficilement contestable dans la mesure où il est saisi sur le lieu même de la bataille...) sera condamné à mort et exécuté sur le champ, sans droit à un procès devant un jury de pairs<sup>26</sup>. Cette extension du champ de la *law of the marshal* passe ensuite dans les commissions royales de l'époque Tudor à travers la définition donnée au pouvoir de *martial law*. Ainsi, recevoir une commission de *martial law* signifie recevoir la compétence de « juger comme le *marshal* », et cela se comprend, certes, comme l'autorité sur les gens d'armes du roi, mais aussi, et surtout, comme le pouvoir d'appliquer la *law of arms* pour exécuter sans procès les rebelles à l'autorité royale pris les armes à la main<sup>27</sup>.

- 19 À partir de cette époque, l'autonomisation de la notion par rapport au champ de bataille se développe encore davantage avec la distinction qui apparaît dans les années 1550 entre la loi martiale *plénière* et la loi martiale *sommaire*. La première désigne en quelque sorte le reliquat originel, et comprend la compétence de juger les crimes et délits commis au sein de la troupe. La seconde, quant à elle, connaît une utilisation massive, en ce qu'elle finit par englober le pouvoir

d'exécuter sur le champ, sans procès, n'importe quel voleur, fuyard, vagabond et autres gens « sans aveu », attrapés dans une localité en proie à des troubles<sup>28</sup>. Au début du xvii<sup>e</sup> siècle, la *summary martial law* s'impose comme l'instrument par excellence de répression des troubles armés : elle passe entre les mains des *lord-lieutenants*, qui reçoivent par commission le pouvoir de *execute martial law*, et qui en confient la mission aux *provost marshals*, lesquels deviennent de véritables autorités de police extraordinaire chargées de ramener l'ordre par la violence.

- 20 Le lien originel avec le champ de bataille a donc très vite été dépassé en ce qui concerne la *martial law*. En France, il en va de même pour l'état de siège, en particulier si on inscrit l'institution dans la continuité de la législation d'Ancien Régime sur la conservation des places de guerre. Formellement, il convient ici de rappeler que l'état de siège en tant que notion juridique apparaît avec la loi précitée des 8 et 10 juillet 1791 concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires. Comme l'explique Sébastien Le Gal, les archives conservées sur les discussions autour de cette loi montrent que l'enjeu principal du texte concerne bien les places, dont il s'agit de confirmer l'intérêt militaire en les dotant d'un cadre juridique leur permettant de remplir leur rôle opérationnel. En 1791, quand l'état de siège est créé, ses effets en termes de compétences extraordinaires reconnues à l'autorité militaire sont tout à fait secondaires. Il ne s'agit que des conséquences de la nécessité du service des places en présence de l'ennemi<sup>29</sup>. Plus précisément, l'état de siège ne sert qu'à mettre l'organisation des places de guerre héritées de l'Ancien Régime en conformité avec les règles nouvellement proclamées de cantonnement de l'autorité militaire. Sous le régime des ordonnances royales de 1750 et 1768, l'organisation des places de guerre était en effet subordonnée au besoin du commandement, et il s'agissait là du critère essentiel de distinction avec les villes dites « de l'intérieur ». À la différence de ces dernières, les places de guerre étaient sous l'autorité d'un gouverneur militaire, à qui appartenait la responsabilité de maintenir en toutes circonstances la place en état de résister à l'ennemi<sup>30</sup>. La loi des 28 février et 21 mars 1790, en opérant la séparation des fonctions militaires avec les fonctions de police, rend obsolète ce modèle : des citoyens civils ne sauraient être soumis à l'autorité d'un gouverneur

militaire pour la simple raison qu'ils résident dans une ville de frontière pourvue d'une garnison. C'est pour cette raison que la loi de 1791 invente l'état de siège. Celui-ci correspond en définitive à la circonstance, exceptionnelle, dans laquelle la présence de l'ennemi oblige à rendre une ville forte à sa vocation militaire, l'idée étant qu'elle doit fonctionner sinon selon les règles ordinaires de cantonnement de l'autorité militaire.

- 21 Aux origines du dispositif de l'état de siège se trouvent donc les nécessités opérationnelles d'une guerre d'un genre particulier : la guerre de siège. Et à cet égard, un phénomène semblable à celui qui a présidé à l'évolution de la *martial law* anglaise était déjà repérable sous l'Ancien Régime.
- 22 La « place de guerre » des ordonnances n'était pas définie dans l'abstrait, mais par la présence d'un *état-major de place*, c'est-à-dire par l'existence d'un commandement militaire, affecté à la place, et mis sous l'autorité d'un gouverneur nommé par le roi<sup>31</sup>. Autrement dit, les pouvoirs exorbitants reconnus au commandement militaire selon la législation des places de guerre étaient liés à la nomination concrète d'un gouverneur par le roi bien plus qu'à la réalité objective, opérationnelle, de la ville en question. Ainsi, la tentation était grande pour le pouvoir royal d'en faire un dispositif de répression en cas de graves troubles à main armée. À plusieurs reprises, les archives font ainsi état de la nomination de « commandants », qui étaient dotés des pouvoirs de gouverneurs de place, dans des villes qui n'étaient nullement des places fortes. L'épisode connu sous le nom de « guerre des farines » en 1765 à Paris en fournit une illustration remarquable. Pour ramener l'ordre dans sa capitale traversée de graves émeutes, le roi confia au maréchal de Biron le « commandement de la ville de Paris et de ses environs » en visant l'ordonnance de 1733, relative aux places de guerre<sup>32</sup>.
- 23 Le « débordement » de la législation royale des places de guerre sur le maintien de l'ordre n'a jamais atteint le degré de systématisation de la *martial law* anglaise. Il témoigne cependant de la tentation historique d'utiliser ce qui était originellement une institution destinée à la guerre contre l'ennemi étranger, pour en faire un instrument intérieur contre des civils révoltés, exceptionnellement traités comme des ennemis domestiques. En France, c'est avec l'état

de siège issu de la loi de 1791 que ce débordement va se systématiser, et cela ne se fera pas sans un basculement majeur dans la logique du dispositif.

- 24 Déjà dans la législation royale des places de guerre, et encore dans la loi de 1791, c'est une logique de pur fait qui commande l'action de l'autorité militaire. Le « siège » d'une place de guerre n'est pas défini juridiquement sous l'Ancien Régime. Il s'agit d'une réalité opérationnelle, née de l'action de l'ennemi, face à laquelle le gouverneur prend les mesures pour « sauvegarder son honneur », c'est-à-dire mettre la place en état de repousser l'ennemi<sup>33</sup>. La loi de 1791, quant à elle, ne peut échapper à la définition du siège, en ce que sa survenue entraîne désormais une conséquence juridique : le passage de la place sous l'autorité du commandement militaire. La même logique objective est cependant à l'œuvre, car l'état de siège reçoit une définition *technique*. La place se trouvera en état de siège, soit par la rupture des communications par l'ennemi à une distance de 1800 toises du chemin couvert, soit par le début des attaques. L'état de siège n'est donc pas déclaré, il est simplement constaté comme une réalité opérationnelle imposée par l'action de l'ennemi. Dans le même ordre d'idées, l'état de siège n'a pas de procédure pour être levé, il cesse tout simplement lorsque le siège est physiquement levé par l'ennemi, c'est-à-dire quand les troupes cessent les attaques contre la place et se retirent<sup>34</sup>.
- 25 Pour que le dispositif juridique de l'état de siège soit repris dans un contexte de maintien de l'ordre, cette dimension objective doit être transformée. Cela se fera par la lente élaboration de ce que la doctrine publiciste du début du xx<sup>e</sup> siècle nommera plus tard « l'état de siège politique » ou « fictif<sup>35</sup> ». Dans un premier temps, la législation révolutionnaire hésite, comme en témoignent les décrets du 26 mai 1792 puis du 18 juillet 1795. Le premier élargit la liste des places de guerre pour y inclure les villes de l'intérieur touchées par les insurrections, mais toujours avec une dimension objective. Ne sont visées que les villes effectivement touchées par les opérations des insurgés, ou susceptibles de l'être au vu de la situation militaire concrète. De même, le décret de 1795, s'il déconnecte formellement le régime de l'état de siège de la classification en qualité de place de guerre, prévoit tout de même des conditions objectives liées à des actions armées constatées à une certaine distance de la ville<sup>36</sup>. La

rupture sera le fait de la loi du 19 fructidor an V (5 septembre 1797), prise au lendemain du coup d'État du 18 fructidor, et qui prévoit pour la première fois la mise en état de siège sans considération des circonstances objectives de la ville<sup>37</sup>.

- 26 À partir de cette date, la logique de l'état de siège change radicalement. Il ne s'agit plus de la conséquence juridique d'une situation de fait objectivement constatée, mais d'un régime de légalité exceptionnelle faisant l'objet d'une déclaration. Des siècles auparavant, la même transformation s'était observée en Angleterre en ce qui concerne la *martial law*. De ses origines au sein de l'ost médiéval, la loi martiale conserve en effet une dimension objective, en ce que la *law of the marshal* s'applique à une réalité factuelle : l'assemblée physique des gens d'armes autour de la bannière levée par le roi. Dès lors, la *martial law* se construit originellement selon une logique objective, liée à des circonstances de fait. Ainsi en 1405, l'exécution de Henri de Boynton par *law of the marshal* est justifiée par une situation de guerre, matérialisée en l'espèce par des coups de feu tirés depuis sa forteresse<sup>38</sup>. Cette appréhension objective du champ de la loi martiale s'éclipse cependant à l'époque Tudor avec la pratique déjà évoquée des commissions aux *lords-lieutenants*. Désormais, la *martial law* n'est plus liée à une situation de guerre, elle est une compétence extraordinaire confiée à un personnage. Symbole de cette transformation, les *provost marshals* désignés par les *lords-lieutenants* pour rétablir l'ordre dans les localités en proie aux troubles ont l'obligation de faire des proclamations publiques de leurs pouvoirs de loi martiale<sup>39</sup>.
- 27 En définitive, pour la *martial law*, comme pour l'état de siège politique, c'est l'existence d'une déclaration qui marque la mutation de l'institution. Dans leurs origines militaires, ni l'un ni l'autre ne se déclare, ils sont la simple conséquence d'une circonstance de fait. En revanche, extraits du monde de la guerre pour entrer dans celui de la lutte contre les insurrections, ils deviennent des régimes juridiques venant suspendre, temporairement, l'empire de la légalité ordinaire. L'objectif est le même : quand le recours à la troupe apparaît comme le seul moyen pour rétablir l'ordre public dans une localité déterminée, celle-ci est soumise à un régime dérogatoire par déclaration de l'état de siège ou proclamation de la loi martiale. Du constat de cette évolution naît dès lors une question, celle des

conséquences attachées à la mise en vigueur de cette légalité extraordinaire.

## 1.2. Une tentation d'arbitraire repoussée par le droit

- 28 Sur le champ de bataille, on tire sur l'ennemi pour le tuer, et on passe le traître par les armes. L'idée d'une translation de la loi martiale et de l'état de siège au domaine de la lutte contre les insurrections est d'en faire de même face aux citoyens rebelles. Prise au pied de la lettre, cette logique conduit alors au constat d'une suspension de la légalité ordinaire, et son remplacement par l'arbitraire des armes. Les écrits de Carl Schmitt planent en conséquence sur la réflexion, qui amènent à voir la loi martiale et l'état de siège comme de simples habillages *pseudojuridiques* du surgissement du pouvoir souverain. Derrière les histoires et les traditions juridiques différentes, les deux notions recouvriraient la même essence philosophique : celle de l'état d'exception, au sens de Giorgio Agamben<sup>40</sup>.
- 29 Retournant à l'histoire, cette tentation de faire de l'état de siège et de la loi martiale des synonymes d'arbitraire se retrouve effectivement. Cependant, force est de constater qu'elle n'a pas prévalu. Au contraire, il ressort de la construction parallèle des deux notions une volonté nette, de part et d'autre de la Manche et de l'Atlantique, d'en faire de véritables régimes, saisis et encadrés par le droit.
- 30 Il est possible de faire remonter cette tradition de résistance à l'arbitraire au <sup>xiv</sup><sup>e</sup> siècle, avec la célèbre affaire de Thomas de Lancastre. Ce dernier est exécuté par *law of the marshal* en 1322, mais le Parlement casse sa condamnation cinq ans plus tard. Il estime en effet que le *marshal* a outrepassé sa compétence, en l'absence d'éléments matériels attestant de la réalité d'une situation de guerre<sup>41</sup>. Toute l'histoire de la *martial law* anglaise est d'ailleurs marquée par cette volonté d'encadrement, qui s'inscrit dans la confrontation classique entre le trône et le Parlement. La *Petition of Right* de 1628 inaugure ainsi une tradition d'encadrement strict des commissions de *martial law*, à partir duquel les contentieux se multiplient tout au long du siècle sur les conditions dans lesquelles un commissaire peut utiliser ses pouvoirs, et les conséquences qui s'y attachent. Le procès du comte de Strafford en 1641 est par exemple

cité dans de nombreuses pétitions : ce général est condamné en *common law* pour avoir exécuté un de ses soldats par *martial law*, alors que le royaume était en paix. La *martial law* n'a donc rien d'un « état d'exception » : elle est au contraire une branche de la *law of the land*, saisie et conditionnée par la *common law* et les Acts of Parliament<sup>42</sup>.

- 31 Le cantonnement de la loi martiale à l'intérieur de l'ordre juridique se manifeste de manière encore plus spectaculaire à l'occasion de sa réception dans le contexte de la Constitution des États-Unis. La *martial law* est employée pour la première fois dans ce cadre en 1812 pendant la guerre anglo-américaine par le général Andrew Jackson, lors de la bataille de la Nouvelle-Orléans. La mise en œuvre de la loi martiale dans la ville donne alors lieu à une confrontation chimiquement pure entre, d'un côté, une conception arbitraire du pouvoir militaire et, de l'autre, une volonté d'astreindre la loi martiale au respect de l'ordre constitutionnel.
- 32 Tout commence par l'arrestation d'un journaliste ayant publié un article jugé séditieux par le général Jackson. En réaction, le journaliste dépose un *writ d'Habeas corpus* devant le juge fédéral de la ville, qui ordonne aussitôt sa libération au motif que l'autorité militaire ne détient aucune compétence sur les civils. Le général ne se laisse pas impressionner : il donne l'ordre aux soldats de se saisir du juge, et de l'expulser de la ville pour incitation à la mutinerie. Le juge en conçoit une rancœur compréhensible. À la fin de la guerre, le magistrat fait son retour en ville et convoque le général pour *contempt of court*. À nouveau, Jackson ne se démonte pas. En grand uniforme, acclamé sur son passage, le général victorieux comparait et explique n'avoir fait que son devoir. Le juge n'est évidemment pas convaincu et condamne Jackson à mille dollars d'amende pour outrage à la cour. Le général règle le montant sur le champ et sort sous les applaudissements, refusant même l'offre des dames de la ville de le rembourser<sup>43</sup>.
- 33 Force est donc resté, sur le papier du moins, au droit : la proclamation de *martial law* par le général Jackson était illégale, ce que les tribunaux supérieurs de Louisiane vont d'ailleurs confirmer<sup>44</sup>. L'histoire ne s'arrête pas là, car l'affaire fait grand bruit jusqu'au Congrès des États-Unis, qui prend en 1844 la décision extraordinaire



de rembourser avec intérêt l'amende infligée au général, en prenant néanmoins soin de ne pas approuver le principe de la *martial law*<sup>45</sup>. En d'autres termes, le général a bien commis une illégalité, mais il l'a fait au nom de la suprême nécessité. L'amende pour outrage à la cour est donc justifiée, mais l'honneur commande de la rembourser.

34 L'ordre juridique des États-Unis d'Amérique était donc très mal à l'aise avec la *martial law*, dès sa première utilisation. Pour sa seconde apparition, en 1842 au Rhode Island, c'est au tour de la Cour suprême de s'y confronter, et elle le fait avec timidité. Dans son arrêt *Luther v. Borden* de 1849, la majorité des *Justices* se contente de reconnaître la possibilité pour un État de recourir, de manière exceptionnelle, à la *martial law* pour sauvegarder l'ordre en cas de troubles graves, à la simple condition que cela n'aboutisse pas à la mise en place d'un « gouvernement militaire » permanent<sup>46</sup>. Il faut attendre l'utilisation de la loi martiale pendant la guerre de Sécession pour que la Cour suprême se saisisse enfin à bras le corps des enjeux, ce qu'elle fait dans son grand arrêt *Ex-parte Milligan*<sup>47</sup>. Et cette fois, la Haute Cour n'a pas la plume tremblante. Elle commence en effet par expliciter la conception absolutiste de la *martial law* comme le pouvoir de l'autorité militaire de « substituer la force au droit et de punir toute personne ainsi qu'elle le désire, sans règles fixes<sup>48</sup> » et affirme solennellement qu'une telle logique est frontalement incompatible avec les principes constitutionnels des États-Unis<sup>49</sup>. Ce faisant, la Cour inscrit la *martial law* dans le cadre de la Constitution de 1787. Elle l'interprète comme un pouvoir appartenant à l'exécutif en tant que commandant en chef des armées, avec la conséquence qu'il ne peut s'exercer que dans les limites que la Constitution impose à l'exécutif. *Ex-parte Milligan* ne laisse donc plus de place au doute. La loi martiale n'est pas la suspension du droit, elle s'inscrit au contraire en son sein, et dans les limites prescrites par la Constitution.

35 Pendant ce temps, de l'autre côté de l'Atlantique, au pays de l'état de siège, la même tendance se dessine. Cela n'allait pas de soi. Au début de la Restauration, l'état de siège est en effet compris comme un synonyme d'arbitraire. En témoigne par exemple un télégraphe du 6 mai 1816, envoyé au préfet de l'Isère par le ministre de la Police Decazes : « le département de l'Isère doit être regardé comme étant en état de siège ; les autorités civiles et militaires ont un

pouvoir discrétionnaire<sup>50</sup> ». À Grenoble, cet état d'esprit se traduit à la même époque par des arrêtés ordonnant la mise à prix de certains individus, l'arrestation « pour être passé par les armes » des conspirateurs, et la démolition de leurs maisons<sup>51</sup>. Même idée en 1832, lors de la mise en état de siège de Paris, décidée sur le rapport de Montalivet, où l'on trouve la formule selon laquelle cela signifie la « mise hors la loi de la loi tout entière<sup>52</sup> ». Cette fois, cependant, les tribunaux ne s'en laissent pas compter.

- 36 La Cour de cassation, par un arrêt *Geoffroy* du 29 juin 1832, marque la fin de la conception arbitraire de l'état de siège, et opère sa réintégration dans l'ordre juridique<sup>53</sup>. En l'espèce, le sieur Geoffroy a été déféré devant un conseil de guerre et condamné à mort. Les hauts magistrats cassent le jugement, au motif que la mise en état de siège ne pouvait se faire qu'en conformité avec les dispositions de la Charte constitutionnelle. Or, la Cour interprète les articles 53 et 54 de celle-ci comme excluant la compétence des conseils de guerre sur les civils<sup>54</sup>. Cela revient donc, pour la plus haute juridiction judiciaire, à affirmer que l'état de siège ne suspend nullement le droit, il doit au contraire s'y conformer. Cette volonté d'inscrire l'institution dans le droit trouve ensuite sa consécration avec l'assemblée constituante de 1848, qui inscrit l'état de siège dans l'article 106 de la Constitution, et renvoie à une loi le soin d'en déterminer le régime. Celle-ci intervient le 9 août 1849, donnant enfin à l'état de siège un contenu et un cadre législatif précis.
- 37 Les États-Unis ne connaissent pas l'équivalent pour la *martial law* de la loi de 1849 sur l'état de siège. Il revient dès lors à la jurisprudence de fixer le régime de la loi martiale, une tâche à laquelle la Cour suprême s'attèle avec méthode dès son arrêt *Ex-parte Milligan*. Par l'action du juge aux États-Unis, et du législateur en France, ni la loi martiale, ni l'état de siège ne s'imposent donc comme des équivalents philosophiques de l'état d'exception. Tout au contraire, ils se dessinent l'un et l'autre comme des outils juridiques précis et encadrés de lutte, par les armes, contre les insurrections.

## 2. Des régimes stabilisés d'emploi de la force armée contre les insurrections

- 38 L'encadrement par le droit de la loi martiale et de l'état de siège se matérialise à trois niveaux. D'abord, les deux obéissent à des *conditions* pour pouvoir être légalement déclenchés, tant en ce qui concerne les autorités habilitées à prendre cette décision (2.1.) que les circonstances dans lesquelles elles peuvent le faire (2.2.). Ensuite, loi martiale et état de siège sont limités quant à leurs conséquences, l'un et l'autre n'ouvrant que des compétences déterminées et encadrées à l'autorité militaire (2.3.).

### 2.1. Qui ? Le déclenchement de l'état de siège et de la loi martiale saisi par le droit

« Si [la Constitution] autorise la suspension de l'Habeas corpus dans certains cas, elle admet aussi implicitement l'application de la loi martiale quand, dans l'éventualité de rébellions ou d'invasion, la sécurité publique le nécessite. À qui la déclaration de cette loi martiale incombe-t-elle ? Au gardien de la sécurité publique – à celui auquel revient la conduite des opérations contre l'ennemi ».

- 39 Ainsi s'exprime le général Andrew Jackson dans son ordre de marche du 14 mars 1815, pour justifier sa proclamation de loi martiale dans la Nouvelle-Orléans<sup>55</sup>. Sans ambiguïté, le général affirme donc qu'il lui appartient à lui, autorité militaire, de se saisir, par la loi martiale, de tous les pouvoirs nécessaires à la victoire. Cette prétention est cependant contredite catégoriquement par la Maison-Blanche. Le secrétaire à la guerre Dallas publie en ces termes la réponse officielle de l'administration du président Monroe : si un commandant militaire déclare la loi martiale, il peut certes se réclamer de la « loi de la nécessité » pour « sauver son pays », mais sans pouvoir trouver aucune justification dans le droit (« he cannot resort to the established law of the land<sup>56</sup> »).

- 40 Le président Jackson reste isolé. Dans les hypothèses suivantes de loi martiale sur le territoire américain, l'autorité militaire n'intervient plus qu'au stade de l'exécution. La décision de mettre la loi martiale en vigueur, elle, demeure à chaque fois l'apanage du pouvoir civil<sup>57</sup>. Dans *Ex-parte Milligan*, la Cour suprême affirme à cet égard avec solennité que le cantonnement de l'autorité militaire dans un simple rôle d'exécutant, et non de décideur, découle directement du principe de suprématie civile sur la force armée. Dans le cas contraire, en effet, la loi martiale aurait pour effet de « détruire toute garantie de la Constitution et rendre l'armée indépendante et supérieure au pouvoir civil<sup>58</sup> ».
- 41 De l'autre côté de l'Atlantique, il en va de même en ce qui concerne l'état de siège. Ainsi que cela a été vu dans la partie précédente de cette étude, les exemples historiques montrent que l'autorité civile était toujours à l'initiative, au moins depuis la période de la Restauration<sup>59</sup>. Ce point ne fait d'ailleurs aucunement débat à l'occasion de la loi du 9 août 1849, qui donne à l'état de siège « politique » son premier régime précis. Commentant ladite loi dans son *Traité*, Léon Duguit ne s'y trompe pas, en affirmant que l'état de siège n'entraîne aucune conséquence sur les rapports entre l'autorité militaire et le gouvernement qui dispose d'elle : la force armée reste pleinement et entièrement soumise à ses chefs civils, et ne peut prendre aucune initiative. Elle n'acquiert que les compétences que la loi prescrit, dans les conditions dans lesquelles elle le prescrit, et sous l'autorité du gouvernement<sup>60</sup>. Ainsi, aucun officier ne peut prendre sur lui de déclarer l'état de siège<sup>61</sup>. De plus, même quand l'état de siège est déclaré, aucun officier n'échappe à sa soumission au pouvoir civil. Ce second aspect du cantonnement de l'autorité militaire se retrouve également dans la *martial law*, en ce qu'il découle logiquement de la structure même de la chaîne de commandement militaire aux États-Unis. Le droit américain, à la différence du droit français, règle en effet l'enjeu de la relation entre pouvoir exécutif et autorité militaire en faisant du premier le commandant en chef des armées. En d'autres termes, le président des États-Unis est une autorité militaire, il est l'autorité militaire suprême et fait connaître ses ordres par l'exercice d'un pouvoir de commandement de même nature que celui d'un officier supérieur sur un officier subalterne. Il n'est donc nulle question que la force armée

échappe sous loi martiale au pouvoir civil, dans la mesure où le président demeure toujours le commandant en chef<sup>62</sup>.

- 42 Loi martiale et état de siège s'inscrivent donc dans le respect de la suprématie du pouvoir civil. Reste à déterminer quelle institution, au sein du pouvoir civil, détient la compétence de mettre en vigueur ce régime. Historiquement, en Angleterre, il s'agit d'un point de tension majeur entre le roi et les parlementaires. Il en ressort une limitation du pouvoir royal de *martial law* au temps de guerre, couplée d'une interdiction en temps de paix sauf décision contraire du Parlement<sup>63</sup>. Le contexte américain est différent, qui inscrit dès l'origine la *martial law* sous le chapeau de la suspension de l'*Habeas Corpus*. En conséquence, le débat sur la compétence de déclarer la loi martiale constitue une dimension de la controverse, beaucoup plus vaste, autour de la compétence de suspendre l'*Habeas Corpus*<sup>64</sup>. À cet égard, à l'occasion de la guerre de Sécession, la loi martiale est d'ailleurs mobilisée pour défendre la décision du président Lincoln de suspendre l'*Habeas Corpus* avant d'y avoir été formellement autorisé par le Congrès. L'idée en est simple : le président, en tant que commandant en chef, peut déclarer la loi martiale ; la loi martiale est incompatible avec l'*Habeas Corpus* en ce qu'elle entrave la compétence des juridictions ordinaires ; le président doit donc avoir la compétence de suspendre l'*Habeas Corpus*. Cette question est au cœur de l'arrêt *Ex-parte Milligan* et entraîne des conséquences importantes quant à l'étendue des pouvoirs reconnus à l'autorité militaire en loi martiale<sup>65</sup>. En ce qui concerne ici le pouvoir de déclarer la loi martiale, il est résumé de la manière la plus simple dans l'opinion du *Chief Justice* par la définition qu'il retient de la loi martiale : celle-ci est mise en vigueur par le Congrès ou, de manière temporaire, par le président, si l'urgence le justifie, en cas d'insurrection, d'invasion, ou de guerre étrangère ou civile<sup>66</sup>.

- 43 Aux États-Unis, la loi martiale peut ainsi être considérée comme à cheval entre l'exécutif et le législatif<sup>67</sup>. En France, il en va différemment pour l'état de siège. Dans un premier temps, la loi du 19 fructidor an V, déjà citée, qui inaugure l'ère de l'état de siège « fictif », en confie la compétence au Directoire exécutif<sup>68</sup>. La logique reste la même jusqu'à la révolution de 1848, quand le retour de la République marque une rupture déterminante. L'Assemblée constituante confie certes le pouvoir exécutif au général Cavaignac,

mais décide dans le même temps de déclarer elle-même l'état de siège devant les émeutes liées à la fermeture des ateliers nationaux. Il s'agit pour les parlementaires d'affirmer que seule la représentation nationale dispose d'une telle compétence. Les événements confirment cette position. Comme cela a déjà été évoqué, la Constitution de la Deuxième République appelle à l'adoption d'une loi pour fixer le régime de l'état de siège, mais celle-ci n'intervient pas dans la foulée. En juin 1849, la question de l'autorité compétente pour déclarer l'état de siège se repose donc, à l'occasion des troubles parisiens liés à la décision de soutenir militairement la papauté contre la République romaine. De manière significative, le président Bonaparte demande à l'Assemblée la mise en état de siège de Paris, plutôt que de la déclarer sous sa propre autorité<sup>69</sup>. La loi du 9 août 1849 grave la logique dans le marbre, en établissant dans son article 2 la compétence exclusive de l'Assemblée nationale pour déclarer l'état de siège<sup>70</sup>.

44 Le coup d'État du 2 décembre 1851 acheva de discréditer le pouvoir exécutif, en ce que l'état de siège – illégalement déclaré par le prince-président – fut un instrument déterminant de la répression<sup>71</sup>. L'installation de la III<sup>e</sup> République ne peut donc que signifier le retour à la logique d'une compétence parlementaire. La lecture de la loi du 3 avril 1878 confirme cette idée, mais cette fois, un impératif d'équilibre apparaît. Les chambres des lois constitutionnelles de 1875 ne sont plus permanentes, sans oublier que l'une d'entre elles peut désormais faire l'objet d'une dissolution. La nécessité d'adapter le mécanisme de déclenchement de l'état de siège à cette nouvelle réalité institutionnelle donne dès lors l'occasion à l'exécutif de retrouver une place<sup>72</sup>. Pour autant, la compétence exécutive demeure subsidiaire. L'article 1<sup>er</sup> de la loi commence en effet par affirmer que l'état de siège ne peut être déclaré que par une loi, et que le président peut uniquement agir en cas d'ajournement des chambres (article 2). Celles-ci se réunissent alors de plein droit, et décident du maintien ou de la levée de l'état de siège (article 5)<sup>73</sup>.

45 Au tournant du xx<sup>e</sup> siècle, la question de la compétence pour déclencher l'état de siège et la loi martiale peut être considérée comme résolue. En France, l'exécutif apparaît solidement corseté par le législatif, ce qui n'est pas le cas du président américain, auquel la

Cour suprême reconnaît une latitude plus importante, malgré une affirmation de principe quant à la compétence du Congrès.

## 2.2. Quand ? Les circonstances de l'état de siège et de la loi martiale encadrées par le droit

- 46 La translation de l'état de siège et de la loi martiale depuis le champ de bataille vers la rue se justifie par leur dimension finaliste. L'un et l'autre sont des instruments, entre les mains du pouvoir civil, lorsque celui-ci fait face à des troubles domestiques nécessitant à ses yeux le déploiement de la force armée. Ce constat amène aussitôt la question de la définition de ces troubles domestiques, et on comprend aisément qu'il s'agit là d'un enjeu déterminant de l'encadrement juridique des deux régimes. Quelles sont les *circonstances* dans lesquelles l'état de siège et la loi martiale peuvent être employés, et ces circonstances font-elles l'objet d'un contrôle juridictionnel ?
- 47 La première de ces questions est au cœur des discussions françaises autour de la loi du 9 août 1849. Le projet initial proposait la notion « d'insurrection » comme condition mise à l'emploi de l'état de siège, mais les débats révèlent qu'elle fut jugée trop imprécise<sup>74</sup>. Le texte adopté par l'Assemblée retient à la place l'idée du « péril imminent pour la sécurité intérieure ou extérieure<sup>75</sup> ». L'accent est donc mis sur l'urgence davantage que sur la qualification précise de l'évènement en question : ce qui compte est moins le trouble en lui-même que ses conséquences potentielles. Il y a lieu à déclarer l'état de siège non quand un trouble grave éclate, mais quand ce trouble grave fait peser un « péril imminent » à la sécurité du pays. Reste que le trouble lui-même n'est pas défini, et ce flou demeure jusqu'à la loi du 3 avril 1878. Celle-ci saisit en effet l'occasion de l'adaptation du mécanisme aux nouvelles institutions de la III<sup>e</sup> République pour remettre sur le métier la question des circonstances pouvant donner lieu à l'état de siège. À nouveau, les débats parlementaires sont complexes, mais il en ressort la nécessité de qualifier le trouble, ce qui est fait avec le retour de la notion d'« insurrection<sup>76</sup> ». Ainsi, la nouvelle mouture de l'état de siège le conditionne au cas de « péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée<sup>77</sup> ». La loi de 1878 opère donc une combinaison de

deux critères : le trouble domestique doit être d'un certain type – il doit s'agir d'une insurrection à main armée – et faire peser un péril imminent. Le texte ne précise pas de quel péril il s'agit, mais il est aisé de comprendre que c'est la logique de 1849 qui est reprise sur ce point : c'est d'un péril pour la sécurité du pays dont il est question.

- 48 Aux États-Unis, la définition des circonstances de proclamation de la loi martiale tourne elle aussi autour des mêmes termes. Déjà dans *Luther v. Borden* en 1849 apparaît la même formule que sous la plume des parlementaires français : « insurrection armée » (*armed insurrection*)<sup>78</sup>. La Cour suprême dans cet arrêt se retranche ensuite derrière l'appréciation des autorités de l'État. C'est à ces dernières d'interpréter les circonstances de fait, et d'estimer si cette insurrection armée est « trop forte pour être contrôlée par l'autorité civile », c'est-à-dire si elle est « si formidable et si étendue » qu'une déclaration de loi martiale est « requise »<sup>79</sup>.
- 49 S'agissant aux États-Unis d'une définition jurisprudentielle, la question des conditions de déclenchement de la loi martiale est intimement liée, dès l'origine, à celle du contrôle juridictionnel. À cet égard, malgré une déférence qui demeure envers les autorités politiques en ce qui concerne la déclaration de loi martiale elle-même<sup>80</sup>, la jurisprudence ne va pas hésiter à développer son contrôle. L'arrêt *Sterling v. Constantin*, rendu en 1932, en fournit une illustration remarquable. En l'espèce, le gouverneur du Texas avait fait usage de la loi martiale dans un contexte de tension sur les prix du pétrole, afin d'interdire par décret la production sur de nouveaux sites de forage. La Haute Cour ne se laisse cependant pas impressionner, et décide de passer outre la revendication de la loi martiale : peu importe, pour les *Justices*, au nom de quoi le gouverneur prétend justifier son décret, la Cour en apprécie la constitutionnalité et aboutit à un constat de non-conformité<sup>81</sup>. En d'autres termes, même si la Cour suprême ne censure pas frontalement l'emploi de la loi martiale, son raisonnement aboutit à en neutraliser les effets. Ainsi, les autorités politiques ne peuvent plus s'abriter absolument derrière une proclamation de loi martiale : les juges se reconnaissent compétents pour « lever le voile » et considérer la réalité objective des circonstances afin, le cas échéant, de faire obstacle aux mesures outrepassant la nécessité<sup>82</sup>.



- 50 L'attitude des juridictions françaises face à l'état de siège est comparable. La déclaration elle-même, dans la logique de la III<sup>e</sup> République, ne saurait être discutée au contentieux. Suivant l'argumentaire de Édouard Laferrière, il s'agit en effet d'un acte de nature législative lorsque la déclaration est le fait de la loi, et d'un acte de gouvernement lorsqu'elle est le fait du président de la République en cas d'ajournement des chambres, et dans l'intervalle de la réunion de celles-ci pour statuer sur sa nécessité<sup>83</sup>. Cependant, l'immunité contentieuse ne s'étend pas aux mesures prises ensuite par l'autorité militaire. Dans un important arrêt *Chéron* du 5 juin 1874, le Conseil d'État a en effet affirmé que les arrêtés pris par les commandants d'état de siège sont susceptibles d'être contestés devant lui, et qu'ils sont soumis au même examen que les arrêtés civils<sup>84</sup>. En d'autres termes, l'état de siège emporte transfert des compétences des autorités civiles aux autorités militaires, mais non augmentation de leur contenu. Si l'autorité militaire prend un acte que l'autorité civile ordinaire n'aurait pas eu la compétence de prendre, elle encourra la censure du juge administratif<sup>85</sup>. Dans le domaine de compétence de l'autorité judiciaire, la Cour de cassation développe une jurisprudence similaire : ainsi pendant la Première Guerre mondiale, la haute juridiction n'hésite pas à censurer les jugements des conseils de guerre pour défaut de base légale, si ces derniers ont fondé les poursuites sur des arrêtés militaires excédant les compétences reconnues par l'état de siège<sup>86</sup>.
- 51 Il ressort donc de ces développements, consacrés aux circonstances de déclenchement que les autorités politiques ne peuvent disposer à leur guise de l'état de siège et de la loi martiale. Même si la décision de mise en vigueur n'est pas, en elle-même, susceptible de censure par les juges, ni l'état de siège ni la loi martiale n'empêche le contrôle juridictionnel de s'exercer au regard des circonstances concrètes. Ainsi, même sous le régime de l'état de siège et de la loi martiale, les décisions prises pour la lutte contre les insurrections font l'objet d'un contrôle du juge, qui neutralisera celles d'entre elles qui ne sont pas justifiées par les circonstances concrètes.

## 2.3. Quoi ? Des compétences militaires strictement encadrées

- 52 À ce stade de l'étude, il est bien établi que l'état de siège et la loi martiale ne sont pas des synonymes d'arbitraires. Pour autant, il ne saurait être question d'en minimiser les conséquences. L'un comme l'autre sont des instruments de lutte par les armes contre les insurrections, et cela se manifeste par la reconnaissance de compétences exceptionnelles à l'autorité militaire. Ces compétences forment en quelque sorte deux étages : en premier lieu, l'autorité militaire prend en charge le maintien de l'ordre au sens strict – la police ; puis, en second lieu, elle prend en charge le jugement des insurgés. Ces deux ensembles sont liés, en ce que la compétence juridictionnelle sert de garantie à l'exécution des mesures de police et permet à l'autorité militaire d'avoir la main sur toute la chaîne répressive. Cependant, si le premier étage ne fait guère l'objet de controverses, il n'en va pas de même pour le second. La fonction *exécutive* confiée aux militaires ne pose ainsi pas de difficultés, mais la délégation d'une fonction *judiciaire* ne se conçoit qu'au prix d'un encadrement sévère.
- 53 Quant au maintien de l'ordre, les lois françaises sur l'état de siège sont les plus explicites. L'article 7 de la loi du 9 août 1849 dispose ainsi simplement que « les pouvoirs dont l'autorité civile était revêtue pour le maintien de l'ordre et la police passent tout entiers à l'autorité militaire ». Il s'agit donc d'un transfert intégral, et qui porte sur toutes les dimensions du maintien de l'ordre et de la police. Il faut donc en conclure que l'autorité militaire prend en charge la police administrative, à la fois *concrètement* sur le terrain et *juridiquement* par l'exercice d'un pouvoir de réglementation. De même, elle prend en charge la police judiciaire, c'est-à-dire qu'elle mène les enquêtes, opère les perquisitions, ordonne les arrestations d'individus suspectés de crimes et de délits<sup>87</sup>. Aux États-Unis, des pouvoirs de même nature sont reconnus sous l'empire de la *martial law*. Son utilisation en 1892 en Idaho en fournit une parfaite illustration : la déclaration de *martial law* eut pour conséquence l'envoi de la troupe pour mater l'insurrection, puis pour maintenir l'ordre par sa présence physique, l'édiction de réglementation de circulation et l'arrestation

des agitateurs. Une fois ces objectifs atteints, la loi martiale est révoquée, et la Cour suprême de l'État valide les mesures<sup>88</sup>.

54 Avec le pouvoir d'arrestation des individus suspects, on touche cependant à une limite ayant trait au sort des civils ainsi saisis par l'autorité militaire. La question brûlante de la compétence juridictionnelle apparaît, face à laquelle autant la France que les États-Unis refusent d'abandonner complètement le civil à la sévérité des juridictions militaires.

55 En droit français de l'état de siège, c'est l'article 8 de loi de 1849 qui fixe les conditions dans lesquelles les juridictions militaires seront compétentes vis-à-vis des civils. L'article 8 diffère grandement de l'article 7, relatif au maintien de l'ordre, en ce qu'il n'opère nullement un transfert pur et simple des compétences des tribunaux civils. Au contraire, dans le cas où l'état de siège est déclaré pour cause d'insurrection à main armée, les juridictions militaires ne se voient confier qu'une compétence *d'attribution*, réduite à une liste précise d'infractions<sup>89</sup>. Dans toutes les autres hypothèses, un civil arrêté par l'autorité militaire pour infraction aux règlements édictés par le commandant de l'état de siège doit être déféré devant les tribunaux civils, dans les conditions du droit commun<sup>90</sup>. Lorsque l'état de siège est déclaré pour lutter contre une insurrection à main armée, les civils ne sont donc pas abandonnés aux juridictions militaires.

56 Cette protection des civils contre la répression militaire doit néanmoins être nuancée dans les hypothèses d'insurrection de grande ampleur. L'exemple de la commune de Paris de 1871 le rappelle. Déjà, dès les premiers combats entre les communards et l'armée républicaine, près du Mont-Valérien le 2 avril, les insurgés pris les armes à la main sont fusillés sommairement<sup>91</sup>. Ensuite, ce sont les cours prévôtales qui, durant la « Semaine sanglante », mettent en forme l'emploi de la mitrailleuse et les « abattoirs » où l'on fusille à la chaîne<sup>92</sup>. Enfin, vingt-quatre conseils de guerre jugent les communards après la bataille, et prononcent plusieurs milliers de condamnations, dont 87 à mort<sup>93</sup>. L'état de siège dans sa forme juridique républicaine est donc loin d'offrir une immunité complète aux civils contre les juridictions militaires.

- 57 Le régime américain de la loi martiale se montre, pour sa part, plus pointilleux sur cette question. Il ressort en effet de l'opinion de la Cour suprême dans *Ex-parte Milligan* que, par principe, la loi martiale ne peut avoir pour effet de donner compétence aux juridictions militaires pour juger les civils, qui bénéficient d'une sorte d'immunité statutaire contre les cours martiales<sup>94</sup>. Cette immunité n'est cependant pas absolue, car la Cour reconnaît l'hypothèse d'une « fermeture » des juridictions civiles rendant impossible la remise des civils à leurs juges naturels, avec la conséquence que les cours martiales redeviennent compétentes. Cette distinction amène dans les décisions judiciaires postérieures l'émergence de deux types de loi martiale. La première, que la Cour suprême de Pennsylvanie est la première à appeler *qualified martial law*, se traduit par une collaboration entre l'autorité militaire et les cours civiles en fonctionnement : la force armée maintient l'ordre, arrête les perturbateurs, et les remet aux juges civils<sup>95</sup>. La seconde, qualifiée de *punitive martial law*, entraîne, quant à elle, la soumission des civils aux cours martiales, mais uniquement s'il est avéré que le fonctionnement des cours civiles est rendu impossible par les circonstances<sup>96</sup>. La Cour suprême des États-Unis reprend implicitement cette grille de lecture dans son arrêt *Duncan v. Kahanamoku* à propos de la déclaration de loi martiale à Hawaï en 1941. Sous la plume du juge Blake, elle interprète en effet l'Acte organique d'Hawaï prévoyant la loi martiale en conformité avec *Ex-parte Milligan* pour en conclure que la loi martiale ne saurait avoir pour effet de donner compétence aux juridictions militaires sur les civils, dans la mesure où les juridictions ordinaires fonctionnaient normalement<sup>97</sup>.
- 58 En définitive, si la loi martiale et l'état de siège emportent des conséquences importantes, leurs régimes ressortent donc de l'analyse comme véritablement encadrés par le droit. L'un et l'autre n'entraînent qu'une compétence limitée pour l'autorité militaire, sur laquelle les juges, tant français qu'américains, exercent un contrôle juridictionnel réel. Issus de traditions juridiques différentes, l'état de siège et la loi martiale se ressemblent donc sur l'essentiel. Ils sont des instruments entre les mains du pouvoir civil, destinés à être utilisés en situation d'insurrection, par le déploiement de la force armée pour restaurer l'ordre public, et toujours sous le regard pointilleux du juge.

## Conclusion

- 59 « L'état de siège est déclaré par décret en conseil des ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement ». Ainsi en dispose sobrement l'article 36 de la Constitution de 1958. En ce qui concerne l'institution à l'origine du déclenchement de l'état de siège, la V<sup>e</sup> République opère donc une évolution remarquable : l'initiative en revient désormais à l'exécutif, le Parlement n'intervenant plus que dans un second temps. D'une certaine manière, l'état de siège français, tel qu'il se présente aujourd'hui en droit positif, se rapproche sur ce point de la formule du *Chief Justice* Blake dans *Ex-parte Milligan* à propos de la loi martiale. Cette convergence en faveur de l'exécutif relève cependant de l'anecdote. C'est plutôt une autre convergence entre les deux régimes qui appelle l'attention en conclusion de cette étude : qu'il s'agisse de l'état de siège en France ou de la loi martiale aux États-Unis, l'un comme l'autre sont aujourd'hui tombés en désuétude.
- 60 Sur le plan *technique*, les deux instruments perdent beaucoup de leur utilité, dès lors qu'il ne s'agit pas de la seule manière d'employer la force armée en cas de troubles civils. Aux États-Unis, il fut toujours admis que le gouverneur d'un État fédéré et le président des États-Unis peuvent déployer la force armée sans recourir à la *martial law*, dans une logique de soutien aux autorités civiles<sup>98</sup>. À partir du milieu du xx<sup>e</sup> siècle, cette logique prend le pas sur celle de la loi martiale, comme en témoignent les choix faits pour forcer la déségrégation des écoles dans les États du Sud : des troupes de l'*army* furent mobilisées, mais la loi martiale n'apparaît pas dans les contentieux nés à cette occasion<sup>99</sup>. En France, l'emploi de la force armée dans le maintien de l'ordre s'oriente également dans cette logique supplétive, à travers les mécanismes de réquisition, désormais codifiés dans le Code de la sécurité intérieure et le Code de la défense. En d'autres termes, la force armée représente surtout des « bras » supplémentaires, intervenant dans un contexte de droit commun. Son déploiement n'est plus le synonyme d'une suspension de la légalité ordinaire et d'un transfert de compétences entre les mains de l'autorité militaire<sup>100</sup>.

- 61 Ce transfert de compétences, marqueur de l'état de siège comme de la loi martiale, n'apparaît plus nécessaire dans les circonstances contemporaines. En d'autres termes, les troubles domestiques n'atteignent plus le degré de gravité tel que l'ouverture du feu et l'arrestation des agitateurs par la force armée, voire leur traduction devant les juridictions militaires, apparaissent comme nécessaires pour restaurer la paix publique.
- 62 Au moment de refermer cette étude, il faut néanmoins se garder d'une confusion dangereuse. La mise en sommeil de l'état de siège et de la loi martiale ne doit pas faire oublier que le droit contemporain connaît des instruments juridiques tout aussi menaçants, voire davantage, pour les libertés individuelles. En France, les compétences que l'autorité militaire acquerrait en cas d'état de siège feraient pâle figure au regard des compétences que l'appareil policier possède déjà, soit au titre de l'état d'urgence, issu de la loi de novembre 2015, soit même en droit commun depuis la loi d'octobre 2017<sup>101</sup>. De même aux États-Unis, la législation antiterroriste ouvre aux services fédéraux, civils et même militaires, des pouvoirs inconnus de la loi martiale.
- 63 La désuétude des mécanismes nés du champ de bataille ne révèle nullement un progrès dans la protection des libertés individuelles. Elle est la simple conséquence de leur dépassement au profit de mécanismes nouveaux, plus adaptés aux circonstances sécuritaires du XXI<sup>e</sup> siècle.

## NOTES

---

1 Parmi une littérature surabondante sur les événements de l'été et de l'automne 1789, on se référera ici aux travaux de Jean-Clément Martin. Voir en particulier : J.-C. MARTIN, *Nouvelle histoire de la Révolution française*, Perrin, 2012, p. 221 et s.

2 M. PERTUÉ, « La loi martiale », *Mélanges en l'honneur de Henri Jacquot*, Presses Universitaires d'Orléans, 2006, p. 460 et s.

3 M. HALE, *The History of the Common Law of England*, J. Nutt, 1713, p. 21 [réédité, University of Chicago Press, 1977].

4 W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Book I, 1765, p. 400.

- 5 Ce point avait déjà été relevé par Paul Romain dans son étude des influences historiques autour des régimes de légalité exceptionnelle de la période révolutionnaire : P. ROMAIN, *L'État de siège politique: (histoire, déclaration, effets, levée)*, thèse de doctorat, université de Toulouse. Faculté de droit et des sciences économiques, 1918, p. 36.
- 6 J. M. COLLINS, *Martial Law and English Laws*, Cambridge, University of Cambridge Press, 2016, p. 274.
- 7 M. PERTUÉ, « La loi martiale », *op. cit.*, p. 467.
- 8 *Ibid.*, p. 469.
- 9 S. LE GAL, *Origines de l'état de siège en France (Ancien Régime-Révolution)*, thèse de doctorat, sous la direction de Christian Bruschi, université Jean-Moulin Lyon 3, 2011, p. 301 et s.
- 10 P. ROMAIN, *L'État de siège politique*, *op. cit.*, p. 57.
- 11 S. LE GAL, *Origines de l'état de siège en France (Ancien Régime-Révolution)*, *op. cit.*, p. 320.
- 12 *Loc. cit.*
- 13 *Ibid.*, p. 290-300.
- 14 *Ibid.*, p. 333-338.
- 15 *Ibid.*, p. 16 et s ; P. ROMAIN, *L'État de siège politique*, *op. cit.*, p. 27.
- 16 J. M. COLLINS, *Martial Law and English Laws*, *op. cit.*, p. 208 et s.
- 17 *Ibid.*, p. 97-98. La Compagnie anglaise de Virginie avait ainsi reçu de la Couronne britannique juridiction de loi martiale, ainsi que le révèle la publication en 1612 des « *Lawes Diuine Morall and Martiall* » par la Compagnie pour l'organisation et la discipline des implantations de colons dans le Nouveau Monde.
- 18 Relevé par : S. PRAKASH, « The Sweeping Domestic War Powers of Congress », *Michigan Law Review*, vol. 113, n° 8, 2015, p. 1356.
- 19 *Ibid.*, p. 1357.
- 20 R. S. RANKIN, *When Civil Law Fails. Martial Law and its Legal Basis in the United States*, Duke University Press, 1939, p. 26 et s.
- 21 J. M. COLLINS, *Martial Law and English Laws*, *op. cit.*, p. 27.
- 22 *Ibid.*, p. 3 ; Les auteurs américains reprenant l'histoire de la loi martiale l'ont également relevé : R. S. RANKIN, *When Civil Law Fails. Martial Law and*

*its Legal Basis in the United States*, op. cit., p. 4 et s.

23 J. M. COLLINS, *Martial Law and English Laws*, op. cit., p. 27 et s.

24 *Ibid.*, p. 13-17.

25 *Ibid.*, p. 31.

26 *Ibid.*, p. 18.

27 *Ibid.*, p. 32-33.

28 *Ibid.*, p. 57-58.

29 S. LE GAL, *Origines de l'état de siège en France (Ancien Régime-Révolution)*, op. cit., p. 276.

30 *Ibid.*, p. 144.

31 *Ibid.*, p. 214.

32 *Ibid.*, p. 350.

33 *Ibid.*, p. 198.

34 *Ibid.*, p. 297-298.

35 Voir par exemple : M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923, p. 111-115.

36 S. LE GAL, *Origines de l'état de siège en France (Ancien Régime-Révolution)*, op. cit., p. 338-346.

37 P. ROMAIN, *L'État de siège politique*, op. cit., p. 50.

38 J. M. COLLINS, *Martial Law and English Laws*, op. cit., p. 21.

39 *Ibid.*, p. 57-58.

40 Sur la théorie de l'état d'exception dans ses relations avec la notion de souveraineté, il est impossible de ne pas renvoyer à G. AGAMBEN, *Homo Sacer. L'Intégrale* (1997-2015), Seuil, 2016. On lira surtout le volume 1 sur « le pouvoir souverain et la vie nue » (en particulier p. 33 et 41), ainsi que le volume 2.1 sur « l'état d'exception » (en particulier p. 180, avec l'exemple explicite de l'état de siège français).

41 J. M. COLLINS., *Martial Law and English Laws*, op. cit., p. 12-13.

42 *Ibid.*, p. 167 et 212-223.

43 Pour le récit complet de cette histoire, voir : R. S. RANKIN, *When Civil Law Fails. Martial Law and its Legal Basis in the United States*, op. cit., p. 5-17.

44 *Johnson v. Duncan*, 3 Martin (La.) 530 (1815).



- 45 R. S. RANKIN, *When Civil Law Fails. Martial Law and its Legal Basis in the United States*, op. cit., p. 18 et s.
- 46 *Luther v. Borden*, 48 US 1, 45 (1849).
- 47 *Ex-parte Milligan*, 71 US 2 (1866).
- 48 *Ibid.*, at 124.
- 49 *Ibid.*, at 125, 126.
- 50 P. ROMAIN, *L'État de siège politique*, op. cit., p. 77.
- 51 *Ibid.*, p. 77-79.
- 52 *Ibid.*, p. 95.
- 53 Cour de cassation, 29 juin 1832, *Sieur Geoffroy*, Sirey 1832.1.401 ; D. 1832. I.265.
- 54 J.-L. MESTRE, « Les contrôles judiciaires a posteriori de constitutionnalité à partir de la Révolution », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, 2010.
- 55 Cité par R. S. RANKIN, *When Civil Law Fails. Martial Law and its Legal Basis in the United States*, op. cit., p. 12.
- 56 *Ibid.*, p. 13.
- 57 Dans le cadre fédéré, plusieurs Constitutions font d'ailleurs expressément référence à la loi martiale, et en confient la compétence soit à la législature, soit à l'exécutif, soit à une combinaison des deux.
- 58 *Ex-parte Milligan*, 71 US 2, 124 (1866)
- 59 Voir *supra*, §1B
- 60 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 1924, p. 613-615.
- 61 Il convient de préciser que cette affirmation n'est exacte qu'en ce qui concerne l'état de siège « fictif », appliqué aux insurrections. La loi de 1849 conserve en effet l'état de siège « réel » issu du texte révolutionnaire de 1791, au titre duquel le commandant d'une place de guerre peut mettre sa place en état de siège si les conditions objectives classiques sont remplies (art. 5).
- 62 Sur la logique américaine des relations civilo-militaires, en particulier au sein du pouvoir exécutif, nous nous permettons de renvoyer à nos travaux : L. KLEIN, *Le contrôle civil de la force armée en démocratie. Droit et*

*pratique de la suprématie civile dans les démocraties contemporaines*, Paris, mare & martin, 2020, p. 589 et s.

63 J. M. COLLINS, *Martial Law and English Laws*, op. cit., p. 169-171.

64 A. L. TYLER, « The Forgotten Core Meaning of the Suspension Clause », *Harvard Law Review*, vol. 125, n° 4, 2012, p. 118.

65 Voir *infra*, II.C

66 *Ex-parte Milligan*, 71 US 2, 142 (1866) (Chief Justice Chase concurring). Plus précisément, l'opinion évoque la « loi martiale au sens strict » (*martial law proper*), pour la distinguer du « droit militaire » applicable aux membres des forces armées (*military law*) et du « gouvernement militaire » (*military government*) mis en place exceptionnellement dans les États du Sud pendant la Reconstruction.

67 Il convient de noter à cet égard qu'il n'en va pas toujours de même au sein des ordres juridiques fédérés. Ainsi, la Constitution du Massachusetts dispose que seule la législature peut proclamer la loi martiale.

68 P. ROMAIN, *L'État de siège politique*, op. cit., p. 50.

69 *Ibid.*, p. 128.

70 Loi du 8 août 1849 sur l'état de siège, art. 2, *Bulletin des lois*, n° 186, p. 146. La loi prévoit tout de même une compétence exceptionnelle du président de la République dans le cas de prorogation de l'Assemblée nationale, mais à la condition d'en informer la commission permanente.

71 P. ROMAIN, *L'État de siège politique*, op. cit., p. 143-145.

72 J. CARRET, *L'organisation de l'état de siège politique d'après la loi du 3 avril 1878*, Université de Dijon, 1916, p. 54 et s.

73 Loi du 3 avril 1878 relative à l'état de siège, *Bulletin des lois*, n° 384, p. 338

74 P. ROMAIN, *L'État de siège politique*, op. cit., p. 131.

75 Loi du 9 août 1849 sur l'état de siège, art. 1, *Bulletin des lois*, n° 186, p. 146.

76 P. ROMAIN, *L'État de siège politique*, op. cit., p. 168-169.

77 Loi du 3 avril 1878, relative à l'état de siège, art. 1, *Bulletin des lois*, n° 384, p. 338.

78 *Luther v. Borden*, 48 US 1, 2 et 45 (1849)

79 *Ibid.*, at 45.

80 Dans un arrêt *Moyer v Peabody* [212 US 78 (1909)], la Cour suprême affirmera ainsi que la déclaration de loi martiale est « conclusive » et ne fait pas l'objet d'une revue par les cours.

81 *Sterling v. Constantin*, 287 US 378 (1932).

82 R. S. RANKIN, *When Civil Law Fails. Martial Law and its Legal Basis in the United States*, op. cit., p. 155.

83 É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2<sup>e</sup> édition, Berger-Levrault, 1896, p. 36 et s. (tome 2).

84 CE 5 juin 1874 *Chéron et autres*, S.1876, 2-89.

85 P. ROMAIN, *L'État de siège politique*, op. cit., p. 252.

86 Voir par exemple Cass. Crim. 12 mai 1916, *Dalloz* 1916, I, p. 131.

87 P. ROMAIN, *L'État de siège politique*, op. cit., p. 249 ; voir aussi J. CARRET, *L'organisation de l'état de siège politique d'après la loi du 3 avril 1878*, op. cit.

88 *In re Boyle*, 6 Idaho 609 (1899)

89 Loi du 9 août 1849 sur l'état de siège, art. 8, *Bulletin des lois*, n° 186, p. 146.

90 La Cour de cassation a affirmé très tôt cette obligation : Cass., chambre des requêtes, 3 juin 1872, *Dalloz* 1872, I, p. 385.

91 J. ROUGERIE, *Paris insurgé. La Commune de 1871*, Paris, Gallimard, 1995, p. 96.

92 *Ibid.*, p. 113.

93 *Ibid.*, p. 117.

94 Pour une mise en contexte et une analyse détaillée de l'arrêt, on lira, parmi une littérature abondante : P. J. BARRY, « Ex-parte Milligan: History and Historians », *Indiana Magazine of History*, vol. 109, n° 4, 2013, p. 355 ; voir aussi : E. W. KILLAM, « Martial Law in Times of Civil Disorder », *Law and Order*, vol. 37, n° 9, 1989, p. 44-47.

95 *Commonwealth v. Shortall*, 206 Pa. State Reports 165 (1903).

96 On en retrouve la définition la plus claire dans un arrêt rendu par la Cour suprême de Virginie de l'Ouest : *State v. Brown*, 71 W. Va. 519 (1912).

97 *Duncan v. Kahanamoku*, 327 US 304, 324 (1946).

98 Les jurisprudences sur ce point ne manquent pas. On citera par exemple un arrêt de la Cour suprême du Kentucky [*Franks v. Smith*, 142

Ky. 232 (1911)], et le même raisonnement se retrouve au niveau fédéral [*United States v. Adams*, 26 Fed. (2d) 141 (1928)]. En droit fédéral contemporain, ces hypothèses font même l'objet d'une codification dans le titre 10 de l'US Code (en particulier §252 à §254).

99 Exemple dans l'arrêt *Cooper v. Aaron*, 358 US 1 (1958) : les troupes sont mentionnées en tant qu'auxiliaires du pouvoir civil dans l'exécution de l'arrêt *Brown*, sans mention de la loi martiale.

100 Voir sur ce point O. RENAUDIE, « Le retour de l'armée dans l'espace public : quels enjeux juridiques ? », in : G. DAHO et L. KLEIN (dir.), *Les armes cèdent-elles toujours à la toge ? Regards interdisciplinaires sur les relations civilo-militaires en démocratie*, Paris, mare & martin, 2022, p.131

101 Voir sur ce point O. BEAUD et C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, 2<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2018.

## RÉSUMÉS

---

### Français

La loi martiale et l'état de siège sont des régimes de légalité exceptionnelle qui ont pour point commun de confier des compétences extraordinaires à l'autorité militaire. Ils trouvent leur origine en Angleterre et en France sur le champ de bataille, et ont ensuite évolué pour devenir les instruments juridiques de la lutte contre les insurrections armées. Cependant, ni l'un ni l'autre ne sont des régimes synonymes d'arbitraires. Au contraire, il s'agit de régimes strictement encadrés, à la fois en droit français pour l'état de siège, et en droit anglo-saxon pour la loi martiale, qu'il s'agisse des conditions dans lesquelles ils peuvent être utilisés ou des compétences confiées à l'autorité militaire.

### English

Martial law and "état de siège" are systems of extraordinary law, which give exceptional powers to the military. In England and France, they both come from the battlefield, before they evolved into legal instruments for dealing with armed insurrections. However, neither is a synonym to arbitrary powers. On the contrary, martial law in the United Kingdom and the United States and "état de siège" in France are strictly defined by law, which prescribes the conditions for declaring it, and the precise powers it gives to the military.

## INDEX

---

### **Mots-clés**

légalité exceptionnelle, guerre, insurrection, tribunaux militaires, France, États-Unis, Royaume-Uni, état d'exception

### **Keywords**

exceptional legal regime, war, insurrection, military courts, France, United States, United Kingdom, state of exception

## AUTEUR

---

### **Luc Klein**

Professeur de droit public, université de Reims Champagne-Ardenne  
IDREF : <https://www.idref.fr/197933572>

# Actualité des thèses en droit public comparé et étranger

# Présentation des actes du colloque sur l'actualité des thèses en droit public comparé et étranger

Denis Jouve

DOI : 10.35562/droit-public-compare.440

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

## TEXTE

---

- 1 Le 26 avril 2022, s'est tenu à l'université de Reims un colloque sur l'actualité des thèses en droit public comparé et étranger. L'objectif de cette manifestation était de présenter l'état de la *jeune* recherche française en droit public comparé et étranger en mettant à l'honneur les docteurs ayant soutenu leur thèse récemment. De nombreuses excellentes thèses sont soutenues chaque année et il est regrettable de ne pas diffuser le résultat de ces recherches autrement que par une éventuelle publication de celles-ci. Il paraît important de présenter et d'échanger les résultats de sa thèse dans d'autres contextes que celui des comités de sélection et jurys d'agrégation. Il est regrettable, au-delà du droit comparé, que des chercheurs aient acquis une connaissance experte d'un sujet, une vision d'un thème, et que la communauté scientifique ne s'en empare pas plus qu'elle ne le fait actuellement. Il y aurait tant à gagner à développer et multiplier les occasions pour les docteurs de parler de leurs thèses et converser dessus avec les autres chercheurs. Ce colloque souhaitait remédier à ce manque et organiser la rencontre entre les récents docteurs pour faire naître des discussions, à partir de leurs travaux, sur les méthodes du droit comparé et étranger, et offrir plus de visibilité à leurs travaux.
- 2 Il s'agissait de la deuxième édition, après celle de 2019, dont les actes ont été publiés à la *Revue générale du droit*<sup>1</sup>. Devant le nombre relativement conséquent de travaux doctoraux en droit comparé et étranger, le critère de sélection des thèses présentées lors de ces journées a été le même : les thèses soutenues et qualifiées par le

Conseil national des universités les dernières années (2020 et 2021 pour le colloque de 2022). Ce critère est certes imparfait, mais il permet d'assurer une sélection objective de travaux de qualité soutenus récemment. Certaines des thèses présentées dans le cadre du colloque ont, par ailleurs, été primées.

- 3 Le plan du colloque était d'une grande simplicité puisque la matinée était consacrée aux thèses en droit comparé et l'après-midi aux thèses en droit étranger. L'idée dominante de cette répartition était que si des enjeux méthodologiques sont communs aux deux approches (choix d'un État, obstacles linguistiques, etc.), les méthodes de recherche sont, pour partie, différentes. Outre l'intérêt doctrinal incontestable de faire connaître les travaux récents en ce domaine, le colloque a été l'occasion de discuter de la méthode du droit comparé. Ainsi, des échanges collectifs entre docteurs, mais également avec le public présent, ont eu lieu sur le choix de l'État ou des États, sur la méthode de la comparaison, sur les obstacles rencontrés et enfin, sur les différences d'approche entre droit comparé et droit étranger.
- 4 La revue *Droit public comparé – Comparative Public Law* est donc tout indiquée pour accueillir les actes de ce colloque et contribuer à la diffusion et à la visibilité des thèses récentes en droit comparé et étranger. Les contributions ne sont pas de simples résumés des thèses soutenues, ce qui serait déjà en soi très intéressant, mais il a été demandé aux docteurs d'expliquer la manière dont ils avaient utilisé le droit comparé pour leur démonstration (pourquoi ? comment ? pour quels résultats ?). Il s'agit donc de véritables retours réflexifs sur leur travail de recherche et la mobilisation de la méthode comparative. Ainsi, ces contributions peuvent éclairer tout chercheur en droit comparé et étranger – débutant ou expérimenté – confronté à des questionnements sur la méthode à adopter ; tout en les renseignant sur les thèses développées par les auteurs. Les sujets abordés dans les thèses sont d'une grande diversité attestant de la richesse et du dynamisme de la recherche en la matière dans les universités françaises. Il reste à espérer que ce type de manifestation deviendra récurrent, tout comme leur publication dans cette revue, afin de nourrir l'actuelle et la future recherche en droit comparé et étranger.
- 5 Ces actes de colloque contiennent les contributions suivantes :



- Mariana Almeida Kato, « La transparence de la justice constitutionnelle : une étude de droit comparé (France, Brésil, États-Unis) » ;
- Alexis Buixan, « La réflexivité au cœur du droit constitutionnel comparé. Considérations sur l'analyse méthodologique des cultures française et américaine de la Constitution » ;
- Rym Fassi-Fihri, « Les droits et libertés du numérique. Étude comparée en droits français et américain : éléments de méthode d'une thèse de droit comparé » ;
- Mathilde Laporte, « La distinction public-privé aux États-Unis et la tradition doctrinale du *legal process* » ;
- Maud Michaud, « L'État administratif aux États-Unis ». Étudier un droit administratif étranger » ;
- Adrien Monat, « Le comparatiste et sa méthode. Réflexions à partir de la thèse *Le fédéralisme sans l'État fédéral* — la question de l'unité de l'Espagne et du Royaume-Uni » ;
- Marie Padilla, « Représenter la doctrine publiciste britannique : essai de comparaison juridique critique » ;
- Anthony Sfez, « Réflexion sur la spécificité et l'intérêt du droit étranger à partir de la thèse *La question catalane ou le problème de la souveraineté en Espagne* ».

## NOTES

---

<sup>1</sup> D. JOUVE, « Présentation des actes du colloque sur l'actualité des thèses en droit public comparé », *Revue générale du droit* [en ligne], 2019, n° 49736  
URL : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2019/11/08/presentation-des-actes-du-colloque-sur-lactualite-des-theses-en-droit-public-compare/>.

## AUTEUR

---

**Denis Jouve**

Professeur de droit public, université de Reims (CRDT)

IDREF : <https://www.idref.fr/17622825X>

HAL : <https://cv.archives-ouvertes.fr/jouve-denis>

ISNI : <http://www.isni.org/000000042835621X>

# La transparence de la justice constitutionnelle : une étude de droit comparé (France, Brésil, États-Unis)

Mariana Almeida Kato

DOI : 10.35562/droit-public-compare.349

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

## PLAN

---

1. Comparer pour démultiplier le regard sur l'objet étudié : la diversité des systèmes juridiques analysés
  - 1.1. L'étude de différents styles de justice constitutionnelle
  - 1.2. L'étude de différents niveaux de transparence
2. Comparer pour approfondir le regard sur l'objet étudié : la portée des résultats obtenus
  - 2.1. La dimension culturelle de la transparence
  - 2.2. Les limites de la transparence

## TEXTE

---

- 1      Quoi comparer, pourquoi comparer et comment comparer ? Tout chercheur en droit comparé se voit confronté à ces trois questions interdépendantes. Le choix d'un système juridique amène au choix d'un objet à étudier et *vice versa* ; le choix de l'objet est souvent associé à une interrogation de départ où se dissimulent déjà des objectifs à atteindre (la connaissance, la recherche de la *meilleure* solution juridique, des emprunts juridiques, etc.) ; enfin, ces choix sont à la fois déterminants pour la méthode à être retenue et déterminés par elle. La réponse à chacune de ces questions dépend en effet de l'approche comparatiste adoptée par le chercheur, laquelle n'est pas dissociée de sa vision du droit.
- 2      La doctrine comparatiste est assez diverse. On distingue traditionnellement trois courants : l'universaliste, selon lequel le droit comparé est un instrument qui « permet d'unifier des droits différents ou d'anticiper l'unification (ou, à défaut, l'homogénéisation)

inhérente à l'évolution des systèmes juridiques globalement considérés<sup>1</sup> »; le fonctionnaliste, qui voit dans le droit comparé un instrument permettant de faire émerger la meilleure solution pour un problème juridique<sup>2</sup> ; et, enfin, le courant *culturaliste* ou *contextualiste*, qui tend à concentrer l'analyse sur les aspects extrajuridiques des systèmes juridiques<sup>3</sup>. Toutes ces méthodes impliquent des choix qui prêtent le flanc à la critique : faire reposer l'analyse essentiellement sur les similarités entre les systèmes juridiques<sup>4</sup>, attribuer une place secondaire ou trop importante au contexte dans lequel les droits s'inscrivent<sup>5</sup>, ne pas être suffisamment adaptées au droit public<sup>6</sup> ou enfin ne pas proposer une méthode spécifique<sup>7</sup>. Plutôt qu'une réponse universelle aux questions soulevées, ce qui existe ce sont des méthodes et des objectifs qui sont propres à chaque recherche et qu'il faut que tout chercheur explicite dans son travail<sup>8</sup>.

- 3 Une esquisse de réponse à ces questions se dessine souvent en parallèle au choix du sujet à traiter, mais c'est seulement au moment où la recherche commence à prendre forme qu'il devient possible d'établir de manière plus précise la démarche comparative qu'il paraît pertinent d'adopter. En effet, ce n'est qu'au moment où la démarche comparative a déjà commencé – dans le sens de la découverte du droit de l'« autre » – que l'on s'aperçoit plus concrètement des possibilités de la comparaison. Le travail de découverte de l'approche comparatiste adoptée n'est ainsi pas dissocié de la découverte de l'objet de la recherche. C'est pourquoi, afin d'explicitier la démarche comparative retenue, il convient de situer la présente recherche dans le temps, en restituant ainsi le processus de découverte de l'objet de la thèse.
- 4 L'intitulé de la thèse – *La transparence de la justice constitutionnelle, une étude de droit comparé (France, Brésil, États-Unis)* – désigne les trois éléments constitutifs de l'objet de la recherche : la transparence, la justice constitutionnelle et le droit comparé. Les deux premiers termes indiquent la thématique : la transparence dans le domaine spécifique de la justice constitutionnelle ; le dernier indique l'approche retenue. Plus précisément, cet intitulé révèle que l'étude confronte un objet spécifique – la transparence de la justice constitutionnelle – dans des contextes géographiques, juridiques et

culturels distincts et que nous accordons à cette comparaison une place prépondérante.

- 5 Le choix du sujet de la transparence de la justice constitutionnelle est né de deux sentiments : l'étonnement et la naïveté. L'étonnement, d'abord, de constater que le mode de fonctionnement du Conseil constitutionnel – au contraire d'autres juridictions constitutionnelles dans le monde – se caractérisait, ou plutôt se caractérise par le secret. Et la naïveté, ensuite, de penser que, puisque le Tribunal fédéral suprême brésilien – tout à l'opposé du Conseil constitutionnel – a su faire de la transparence sa marque, il pourrait servir d'exemple. Ainsi, avons-nous rédigé en 2016 un mémoire de recherche sur la transparence de la justice constitutionnelle brésilienne, avec cette intention naïve d'en montrer tous les bienfaits pour la justice constitutionnelle. L'idée de réaliser une étude comparative avec la France est venue, mais a été déconseillée : le Conseil constitutionnel était bien trop secret pour faire l'objet d'une étude sur la transparence. Or, comme il est souvent inévitable dans un travail de recherche, celui-ci s'achève sur beaucoup moins de certitudes qu'au départ. La transparence, fréquemment assimilée à la lumière, est une lumière parfois aveuglante et nous étions tombés dans le piège du « transparence-marketing », si brillamment mis en avant par le juge constitutionnel brésilien. L'objectif de départ : présenter un *meilleur* modèle de transparence, ne résistait pas à une analyse plus approfondie de la réalité de la justice constitutionnelle brésilienne.
- 6 La poursuite de cette recherche s'est donc imposée dans le cadre du doctorat, mais, cette fois, avec plus d'interrogations que de certitudes. Il fallait ainsi commencer la thèse en revenant en arrière. Plutôt que de partir d'un postulat pour ensuite faire une démonstration, c'est le chemin inverse qui a été emprunté : partir d'une – ou plutôt de plusieurs – interrogation(s) pour arriver à une conclusion. Il ne s'agissait plus de chercher à présenter la *meilleure* solution, mais de mobiliser le droit comparé comme un outil épistémologique permettant de mieux comprendre, et surtout de façon critique, notre objet d'étude. Les juridictions constitutionnelles sont-elles transparentes ? Doivent-elles l'être ? Comment cette exigence, qui émerge dans un contexte politique, s'adapte-t-elle à la justice constitutionnelle ? Comment la transparence peut-elle être

conciliable avec d'autres principes applicables en la matière, comme l'impartialité ou le devoir de réserve ? Quels en sont les conséquences, les bénéfices et les dangers ? Quelles en sont les limites ?

- 7 Pour répondre à ces questions, un travail de recherche préliminaire était indispensable, afin de comprendre ce qu'est la transparence – une notion porteuse d'autant de contradictions que de significations – et de recenser tous les aspects relatifs à la justice constitutionnelle qui pourraient lui être associés, soit en raison d'une référence explicite dans les textes juridiques, soit en raison de la référence à la transparence dans les discours produits par la doctrine, les juges ou les médias. Plusieurs sujets ont été ainsi identifiés : la motivation, la publicité des audiences et de la délibération, la procédure de nomination des juges, la gestion administrative et budgétaire, le choix du rapporteur, les collaborateurs, l'accès aux archives, les interventions extérieures, les décisions de déport et de récusation, la communication institutionnelle et personnelle.
- 8 À l'issue de cette recherche préliminaire, nous avons pris deux décisions relatives au périmètre de la recherche et qui se sont révélées déterminantes pour les résultats obtenus. En premier lieu, il a été décidé de ne pas borner la notion de transparence. Ce qui lui donne sa richesse c'est justement son aspect protéiforme, ses contradictions et ses tensions internes. Plutôt que tenter de les effacer, il fallait les accepter pour pouvoir appréhender la transparence de façon critique et ne pas tomber dans le piège de croire à une transparence qui ne serait porteuse que de vertus. En second lieu, il a été également décidé de ne pas limiter l'étude aux seules incidences de la transparence dans le contentieux constitutionnel, car, si l'étude portait sur la transparence de la justice constitutionnelle, il fallait étudier toutes ses différentes manifestations.
- 9 La recherche a ainsi été orientée vers un terrain plus original puisque, outre les sujets classiques, ont été étudiés les aspects relatifs à la vie des juridictions, les pratiques qui se sont installées et ont des conséquences sur le droit lui-même et qui pourtant sont moins fréquemment traitées dans une étude juridique. Si, pour citer Jean

Carbonnier, « en général, la transparence est un effet de la contrainte, de la contrainte du droit <sup>9</sup> », elle se développe parfois à l'écart de toute contrainte et cet aspect ne pouvait pas être ignoré. La transparence n'existe pas exclusivement à travers le droit, dans certains cas elle apparaît indépendamment puisque, avant d'être une norme juridique, la transparence est un comportement ou la qualité de quelqu'un. L'étude devait ainsi porter sur la transparence en tant que norme juridique, mais aussi sur la transparence en tant que comportement et la transparence en tant que jugement de valeur.

- 10 Cela dit, il ne s'agissait pas d'entreprendre une étude approfondie sur tous les aspects extrajuridiques qui déterminent la transparence, puisque nous reconnaissons bien les limites et les difficultés d'une telle prétention, et encore plus les limites de notre formation en tant que juriste. Nous avons, par conséquent, restreint notre analyse aux aspects que nous pouvons saisir dans une étude juridique : les textes relatifs à la transparence, les éléments relatifs au mode de fonctionnement de la justice constitutionnelle et les différents discours qui sont produits par les juges constitutionnels et à propos de ceux-ci.
- 11 Ces décisions prises au début de la recherche ont favorisé un recul important à propos de l'objet d'étude et ont permis d'étudier tous les différents aspects de la transparence. Tout en imposant un regard critique sur le sujet, cet angle d'analyse nous a permis d'en saisir toute la dynamique et de mieux comprendre l'apport de la transparence pour la justice constitutionnelle. Ainsi, le caractère parfois stratégique et illusoire de la transparence n'a été ni évacué ni minimisé dans la thèse, puisqu'il ne s'agissait pas d'un plaidoyer en faveur de la transparence de la justice constitutionnelle, mais d'une étude censée présenter toutes les facettes de cette notion dont les contours sont souvent obscurs.
- 12 Cette démarche s'est enfin inscrite dans une étude comparatiste portant sur la France, le Brésil et les États-Unis – un autre choix qui s'est avéré également déterminant pour cette étude. En effet, pour un sujet si pluriel et si protéiforme, quoi de plus adapté que le droit comparé ? C'est donc sous l'angle de l'apport du droit comparé dans une recherche sur la transparence de la justice constitutionnelle que ce travail sera présenté, tout en espérant convaincre d'autres juristes

de l'utilité de la démarche comparative pour une étude de la justice constitutionnelle (et notamment d'une démarche qui invite à naviguer vers les terres plus lointaines de l'Amérique latine...).

- 13 Dans cette thèse, le choix du droit comparé a permis de diversifier le regard porté sur la transparence de la justice constitutionnelle en confrontant trois systèmes juridiques extrêmement différents, dont un particulièrement inconnu du public français (1.). Une diversité qui, paradoxalement, a rendu possible la proposition d'une étude de droit comparé qui s'éloigne d'une approche purement descriptive afin d'offrir une réflexion plus générale à propos de la transparence de la justice constitutionnelle (2.).

## **1. Comparer pour démultiplier le regard sur l'objet étudié : la diversité des systèmes juridiques analysés**

- 14 Le choix des systèmes juridiques s'inscrit dans une volonté de multiplier les points de vue sur la transparence et de favoriser ainsi une approche plus critique du sujet. Puisque c'est dans le contraste que l'on voit plus clairement, ce choix porte sur les différences, mais sans pourtant abandonner la nécessité de trouver les similitudes qui rendent possible la comparaison : l'existence d'une juridiction chargée spécialement de rendre la justice constitutionnelle (1.1.) et l'actualité de débats relatifs à sa transparence (1.2.).

### **1.1. L'étude de différents styles de justice constitutionnelle**

- 15 La question la plus récurrente à laquelle nous étions confrontés pendant cette recherche était celle relative à la possibilité de la comparaison. Pour reprendre l'expression de Marcel Détiene, comment « comparer l'incomparable<sup>10</sup> » ? Derrière cette question se cachait néanmoins une approche spécifique du droit comparé. En effet, ce n'est que dans une approche plus formelle du droit comparé – comme c'est le cas, par exemple, chez les fonctionnalistes – que

l'importance des différences constitue un obstacle pour la comparaison. Pour les contextualistes le scepticisme ne concerne pas la possibilité de la comparaison, mais la possibilité d'une convergence. Pour revenir à la question de départ, « comparer l'incomparable » n'est pas un constat de fait, mais un jugement de valeur qui révèle non seulement une approche plus formelle du droit comparé, mais qui tend également à centrer le regard plutôt sur la profondeur des divergences que sur l'intérêt d'une étude sur celles-ci.

- 16 Plusieurs arguments étaient opposables à ceux qui doutaient de la possibilité même de la comparaison entre trois systèmes juridiques et trois styles de justice constitutionnelle si différents. Tout d'abord, à s'en tenir au sens du mot « comparer », il faut admettre que le simple constat d'une différence entre les systèmes présuppose un exercice de comparaison. En ce sens, rien ne serait *a priori* incomparable : la question ne devrait pas porter sur la possibilité de la comparaison, mais sur sa pertinence. Deuxièmement, il est possible d'admettre que, s'il est vrai que la comparaison sur des objets qui n'ont aucun point en commun est difficilement pertinente, cela n'était pas le cas ici puisque, malgré les divergences, un fond commun permettant la comparaison était toujours présent. Il suffit de penser, par exemple, à l'existence dans les trois systèmes juridiques d'un contrôle de constitutionnalité des lois, de l'obligation de publicité des décisions de justice, de l'existence d'une procédure de récusation, etc. L'importance des divergences peut être ce qui se révèle aux yeux à première vue, mais un regard plus approfondi constate que ces divergences – si elles existent et sont importantes – coexistent avec des similitudes tout aussi importantes. Enfin, nous pouvons également arguer que c'est de la divergence qu'est né l'intérêt de la comparaison : une étude portant sur des systèmes juridiques parfaitement identiques n'aurait aucun intérêt.
- 17 Plus concrètement, dans cette thèse, le choix des États à comparer a permis de situer la transparence dans des contextes bien différents. Tout d'abord, quant au type de système juridique, puisque nous avons comparé un pays s'inscrivant dans la tradition de la *common law*, un pays européen s'inscrivant dans la tradition de la *civil law* et un pays d'Amérique latine dont le contexte juridique est particulier et ne se rattache précisément à aucun système juridique traditionnel<sup>11</sup>. En



deuxième, nous constatons également une diversité relative aux caractéristiques de la justice constitutionnelle. Quant à cet aspect, la justice constitutionnelle en droit comparé est souvent étudiée selon la perspective de modèles<sup>12</sup>. Les distinctions se font classiquement entre le type de contrôle (*a posteriori* ou *a priori*, diffus ou concentré, concret ou abstrait), le type de saisine (par voie d'exception ou par voie d'action) et les effets des décisions (*inter partes* ou *erga omnes*)<sup>13</sup>. L'objectif de la modélisation est, justement, à partir des abstractions, d'organiser les différences entre les systèmes juridiques et par là rendre possible la comparaison.

18 Toutefois, depuis longtemps la doctrine s'interroge sur la pertinence de cette modélisation<sup>14</sup> : peu adaptée à la réalité de pays situés en dehors de l'espace géographique des États-Unis et de l'Europe, comme le Brésil, elle tend, dans tous les cas, à effacer les particularités de chaque système juridique, particularités qui sont déterminantes pour la façon dont le droit est construit. Plutôt donc que créer une nouvelle catégorie dans cette modélisation, il fallait l'abandonner. Le dépassement de ce cadre a conduit à accepter le fait que la justice constitutionnelle est historiquement et politiquement enracinée, qu'il n'y a pas de *modèles* de justice constitutionnelle, mais plutôt des *styles* de justice constitutionnelle qui sont propres à chaque système juridique<sup>15</sup>.

19 Ainsi, au lieu de neutraliser les différences, comme c'est le propre d'un travail à partir des modèles, cela a conduit au chemin inverse : c'est-à-dire à approfondir l'étude des différences entre les systèmes juridiques traités, et plus spécifiquement concernant la justice constitutionnelle. Or, c'est justement la confrontation de ces différentes réalités qui a permis la richesse de cette étude : nous avons à traiter trois styles de justice constitutionnelle, chacune insérée dans un contexte juridique et politique bien spécifique, et chacune avec une réponse particulière à des exigences similaires de transparence.

## 1.2. L'étude de différents niveaux de transparence

20 Le choix des États à comparer n'a pas seulement permis de contextualiser la transparence dans trois cadres juridiques bien

divers, il a également permis d'analyser différents niveaux de transparence de la justice constitutionnelle et d'apprécier plus concrètement son apport. S'il était possible de mesurer la transparence de façon objective, le choix de ces trois systèmes juridiques a permis de vérifier les conséquences de son absence, de son excès et de ses insuffisances – chacun de ces niveaux étant respectivement associé à une conception spécifique de justice constitutionnelle. Pour le dire autrement, l'étude de la transparence de la justice constitutionnelle a consisté plus largement à analyser différents styles de justice constitutionnelle – d'où l'avantage de l'approche comparatiste : elle permet de comprendre cette dimension plus générale de la transparence et de dégager non pas une, mais des conceptions de la transparence, associées à différentes conceptions de la justice constitutionnelle.

- 21 Tout d'abord, il s'avérait pertinent d'inclure dans l'analyse un système juridique dans lequel la transparence de la justice constitutionnelle suscite des débats doctrinaux plus importants, ce qui est le cas des États-Unis où de nombreux articles ont déjà été publiés sur ce sujet<sup>16</sup>. Outre l'apport doctrinal pour l'étude de la transparence, la profondeur historique de son expérience fait de la Cour suprême un champ d'analyse important pour plusieurs sujets comme, par exemple, celui relatif aux *amici curie*<sup>17</sup>.
- 22 Ensuite, il paraissait également pertinent d'étudier un ordre juridique où la transparence fait l'objet de contestations, comme au Tribunal fédéral suprême brésilien, où les pratiques dites de transparence ne trouvent pas d'équivalent ailleurs et commencent désormais à faire l'objet de critiques. En effet, la portée et l'ampleur de la transparence dépendent de la volonté et de l'action de ses acteurs : il s'agit d'un domaine construit dans une dialectique entre les normes et la pratique. Et, sur ce point, le Brésil est un champ d'études important dans la mesure où le juge constitutionnel n'hésite pas à faire usage de la transparence pour réaffirmer son pouvoir.
- 23 L'exemple le plus cité pour démontrer l'ampleur de ces pratiques est celui relatif à la publicité des séances de jugement du Tribunal (lesquelles comprennent les audiences et les délibérations) et qui sont, depuis 2003, retransmises en direct sur la TV Justiça et aujourd'hui également sur sa chaîne YouTube. Mais au-delà de cet

aspect, plusieurs autres exemples attestent l'ouverture du juge constitutionnel brésilien à la transparence : l'intense communication qu'il développe sur différents réseaux sociaux (Twitter, YouTube, Facebook, Instagram, TikTok), les rapports que certains membres entretiennent avec les journalistes, la publication sur son site internet de toutes les recettes et dépenses (y compris les salaires de ses membres et de tout le personnel), l'accès en ligne aux documents des saisines dès leur dépôt, etc. Si l'apport de la Cour suprême consiste surtout en la richesse de certains débats doctrinaux, ce qui favorise une réflexion théorique plus importante, le Tribunal fédéral suprême se singularise lui par la richesse de ses pratiques, nous permettant ainsi d'apprécier plus concrètement les conséquences de la transparence.

- 24 Enfin, en contraste avec les cas précédents, il semblait également pertinent de les confronter avec un système juridique dans lequel la transparence est loin de caractériser la justice constitutionnelle, d'où le choix du Conseil constitutionnel. Certes, entre le début et la fin de la thèse, plusieurs réformes ont été menées par le Conseil, notamment concernant la publicité des portes étroites, ou encore en matière de communication. Plus récemment, un règlement relatif au contrôle de constitutionnalité a priori a même été publié<sup>18</sup>. Mais cette évolution, quoiqu'importante, n'anéantit pas la critique ni le fait que – surtout dans une perspective comparatiste – le Conseil constitutionnel se démarque davantage par son opacité que par sa transparence.
- 25 Cette confrontation d'expériences si différentes ne va toutefois pas sans difficulté, et c'est peut-être plutôt en cela que la comparaison entre ces trois systèmes juridiques peut interroger quant à sa faisabilité. Outre la gestion d'un volume de documents assez important à analyser et les problèmes de traduction, la principale difficulté était de parvenir à un traitement équilibré et harmonisé de ces trois systèmes juridiques si divergents. Les pratiques et le mode de fonctionnement du Conseil constitutionnel ont ainsi contrasté de multiples fois avec ceux de la Cour suprême des États-Unis et du Tribunal fédéral suprême du Brésil, et ce dernier s'est à plusieurs reprises distingué de ses homologues en raison de l'intensité – parfois très critiquable – de sa transparence.

- 26 Mais une fois cette difficulté surmontée (ou plutôt acceptée), la confrontation des expériences si divergentes a permis d'approfondir la réflexion. Pour synthétiser, c'est en embrassant, dans toute leur ampleur, les divergences entre les systèmes juridiques étudiés que la comparaison est devenue possible.

## **2. Comparer pour approfondir le regard sur l'objet étudié : la portée des résultats obtenus**

- 27 Le comparatiste, s'il souhaite dépasser une analyse purement descriptive des droits étudiés, ne doit pas se limiter à constater les divergences ou les similitudes entre les systèmes juridiques : il faut aller au-delà et chercher à donner un sens à celles-ci. Dans cette perspective, ce que les divergences entre les systèmes juridiques étudiés nous ont permis de constater, c'est le rapport inévitable de la transparence avec le contexte juridique dans laquelle elle s'insère (2.1.). Et, qu'en dépit de ces divergences, une réflexion générale à propos des limites de la transparence pouvait être mise en lumière (2.2.).

### **2.1. La dimension culturelle de la transparence**

- 28 À chercher un sens aux divergences constatées, ce que l'étude comparatiste du sujet a mis en évidence, c'est tout d'abord la relation entre la transparence et les cultures juridiques : la transparence de la justice constitutionnelle dépend non seulement de la structure de ce droit tel qu'il est consacré par les textes et par le juge constitutionnel, mais également de la position que les juridictions constitutionnelles occupent dans le paysage institutionnel du pays et, plus largement, des particularités de chaque système juridique. Davantage donc qu'une étude sur la transparence, cette étude s'est avérée, dans certains cas, celle des rapports entre la transparence et la conception même de la justice constitutionnelle au sein de différents systèmes juridiques.

- 29 Quant au Conseil constitutionnel, si jusqu'à présent il est possible d'affirmer qu'il ne réunit toujours pas toutes les caractéristiques d'une juridiction, l'absence de transparence n'est pas sans rapport avec cet état de fait : elle est à la fois le symptôme et la cause de ce problème. Les exigences de transparence sont associées à l'importance des décisions rendues, à la nécessaire visibilité de l'exercice du pouvoir, ou à la recherche même de la légitimité. Ainsi, deux axes de réflexion s'offrent pour appréhender son rapport avec la transparence : soit le Conseil constitutionnel n'est pas transparent parce qu'il n'est pas encore une véritable juridiction (l'absence de transparence comme symptôme) ; soit il n'est pas transparent parce que le secret lui convient, ce qui l'empêche de renforcer son caractère juridictionnel (l'absence de transparence comme cause). Ce n'est donc pas un hasard si c'est en évoquant la volonté de devenir une « Cour constitutionnelle de référence<sup>19</sup> » que certains progrès, encore timides il faut le dire, ont été faits récemment en la matière. Dans tous les cas, la transparence peut bien lui servir à renforcer sa nature juridictionnelle et ne laisser aucun doute sur le caractère révolu de son passé en tant qu'« institution politique, sorte de troisième chambre posée à côté de l'Assemblée nationale et du Sénat<sup>20</sup> ».
- 30 Aux États-Unis, les demandes pour davantage de transparence de la Cour suprême s'inscrivent plus globalement dans la volonté d'apporter un regard plus critique sur le pouvoir exercé par la Cour<sup>21</sup>. La transparence apparaît comme une revendication plus récente d'une partie de la doctrine et de la classe politique qui considèrent que la transparence de la Cour suprême n'est pas conforme à la place qu'elle occupe dans le système juridique et politique<sup>22</sup> : sa position justifierait ainsi des mesures plus importantes de transparence, une meilleure visibilité dans la façon dont elle exerce son pouvoir. Si donc pour le Conseil constitutionnel la question concerne plutôt les rapports entre la transparence et sa nature juridictionnelle, à la Cour suprême il s'agit plutôt de vérifier si ses pouvoirs justifient le développement de meilleures pratiques en matière de transparence. À défaut de réponse, le risque est justement de faire de la transparence une revendication de mode, mais vide de tout contenu ou de toute réflexion.

- 31 Enfin, au Brésil, la transparence du Tribunal fédéral suprême a contribué intensément à son processus de légitimation et à renforcer la confiance du public en ses décisions. Toutefois, dès lors que le juge constitutionnel brésilien commence à s'emparer des débats juridiques et politiques plus importants, la transparence, jusqu'alors source de légitimation et de confiance et qui a tant contribué à consolider sa place, nourrit désormais les contestations. Par ailleurs, la doctrine commence à porter un regard plus critique sur la qualité de sa transparence qui, à force de trop montrer, finit par créer de l'opacité. Au contraire donc des États-Unis ou de la France, il ne s'agit pas seulement de le rendre plus transparent ou de justifier sa transparence, bien au contraire, il s'agit de repenser une transparence qui semble aujourd'hui devenue source de contestations et d'opacités.
- 32 Cet ancrage de la transparence dans les cultures juridiques nous permet de mieux expliquer les différences dans sa concrétisation au sein des trois juridictions étudiées, et également de mieux comprendre les discours critiques suscités par ces pratiques. En effet, toute opinion sur la transparence est difficilement indissociable de la culture juridique dans laquelle elle s'inscrit. Pour bien comprendre la portée de la transparence dans chaque système juridique, il faut laisser le regard se déplacer. Certes, tout chercheur est un être situé, mais le comparatiste est avant tout un voyageur<sup>23</sup>, quelqu'un capable d'outrepasser les frontières jusqu'à ce que l'étude du droit de l'« autre » devienne en effet l'étude de soi-même.
- 33 Cela dit, si nous attribuons une importance majeure aux cultures juridiques, cela ne signifie pas que nous portons un regard complaisant à l'égard des pratiques étudiées. Les cultures juridiques comme élément d'explication ne sauraient en effet se confondre avec un élément de justification : les cultures juridiques font partie de l'analyse, mais elles ne signifient pas que des améliorations soient impossibles.

## 2.2. Les limites de la transparence

- 34 La transparence apparaît dans un premier temps comme révélatrice des particularités de la justice constitutionnelle de chaque système juridique. Cela n'implique toutefois pas que son rôle soit purement

passif puisque la transparence a également la capacité de modifier son objet. Ainsi, au-delà de ce que la transparence nous révèle à propos de la justice constitutionnelle, existe aussi ce qu'elle est capable de produire sur celle-ci. Il s'agit de sa force créatrice, de sa capacité à contribuer à la consolidation de la justice constitutionnelle ou même à son renouvellement. Pour synthétiser, c'est un mouvement à double sens qui s'opère en la matière : le contexte dans lequel la transparence s'insère détermine sa portée, mais elle a également la capacité de modifier la réalité dans laquelle elle s'inscrit.

- 35 Cette capacité créatrice de la transparence rencontre pourtant des limites et n'est pas exempte de tensions : tensions qui résultent de la confrontation entre l'exigence de transparence et les caractéristiques propres à la justice constitutionnelle (et également propres à chaque système juridique) ; mais aussi tensions inhérentes à la transparence elle-même, laquelle comporte des injonctions et des objectifs souvent contradictoires. C'est pourquoi, quelle que soit la juridiction étudiée, la transparence est le plus souvent ajustée, adaptée ou minorée par la recherche d'un équilibre entre différents principes, règles et objectifs, équilibre qu'il n'est pas toujours simple d'atteindre. De plus, non seulement la transparence ne crée pas toujours ce qu'elle énonce, mais elle produit aussi, parfois, par ricochet, des effets incompatibles avec les intérêts qu'elle vise à protéger.
- 36 Ce que nous avons alors constaté est que, malgré des conceptions différentes de la justice constitutionnelle et des pratiques de transparence différentes, les trois systèmes partagent plusieurs traits communs puisque les enjeux sont toujours les mêmes, quel que soit le contexte. La transparence ne peut jamais être considérée comme une fin en soi, car elle ne se justifie que dans la mesure où elle permet de garantir un bon fonctionnement de la justice constitutionnelle, c'est-à-dire produire effectivement les effets attendus : garantir l'accès à l'information, prévenir d'éventuels conflits d'intérêts, assurer l'image d'impartialité, renforcer la légitimité de la justice constitutionnelle et la confiance des citoyens en elle. En tant que moyen pour atteindre certains objectifs, ce sont donc ceux-ci qui lui imposent des limites. En ce sens, dès lors que la transparence ne produit pas les bénéfices supposés ou qu'elle produit le contraire de ce qui est attendu – c'est-à-dire l'image de la partialité, la suspicion excessive et la défiance – sa raison d'être est remise en cause.

- 37 Il s'agit par là d'accepter que la transparence n'est pas la solution miracle à tous les problèmes de la justice constitutionnelle, ni l'opacité toujours la cause. Ces deux notions, en apparence si opposées, servent en effet parfois le même objectif : garantir que la justice constitutionnelle puisse se réaliser dans le respect des principes qui lui sont imposés. Pour le dire autrement, si l'on considère la transparence non comme une notion idéalisée ou la fin ultime, mais plutôt comme un instrument capable d'améliorer la qualité de la justice constitutionnelle, elle n'exige pas le rejet absolu du secret, mais une meilleure articulation avec lui. C'est pourquoi l'opposition entre secret et transparence n'a pas lieu d'être, c'est leur articulation qui doit être préférée : c'est l'équilibre entre ces deux éléments qui permet à la transparence de produire véritablement les effets qui lui sont assignés.
- 38 En partant de ce constat, et sans prétendre identifier le meilleur exemple, puisque cela est toujours propre à chaque système juridique, nous avons cherché à identifier les pratiques qui peuvent encore évoluer. Différentes propositions ont ainsi émergé au cours de ce travail, afin de conduire, dans les trois systèmes juridiques, à des pratiques de transparence plus conformes aux vertus qui lui sont associées ou aux bénéfices envisagés : la réglementation de toutes les étapes du contentieux constitutionnel, l'établissement de règles de déontologie pour les membres de la justice constitutionnelle et leurs collaborateurs, l'encadrement de la communication, l'amélioration de la motivation des décisions et l'adoption de pratiques de gestion administrative et budgétaire plus transparentes.
- 39 Aucune de ces propositions n'oublie les particularités de chaque système juridique ni ne souhaite les bouleverser complètement, ce qui susciterait encore plus de polémiques à propos d'un sujet déjà suffisamment controversé. Il s'agit plus modestement d'adapter et de faire évoluer certaines pratiques notamment au regard de l'évolution de la justice constitutionnelle, ce qui semble cohérent avec le mouvement pour une meilleure transparence constaté dans les trois juridictions étudiées. Adopter de meilleures pratiques de transparence ne signifie pas une rupture totale avec les différentes cultures juridiques, cela s'inscrit tout simplement dans la continuité de l'histoire de la justice constitutionnelle, où la transparence



participe au processus de renforcement de son autorité et de sa légitimité.

## NOTES

---

1 O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », RIDC, vol. 53, n° 2, 2001, p. 276.

2 L'ouvrage de Zweigert et Kötz est le plus représentatif de ce courant : K. ZWIEGERT et H. KOTZ, *Introduction to Comparative law*, Oxford, Clarendon Press, 3<sup>e</sup> édition, 1998, *passim*.

3 Par exemple, P. LEGRAND, *Le droit comparé*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 2016, *passim*.

4 M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, New Jersey, Princeton University Press, 2009, p. 10.

5 J. HUSA, « Methodology of comparative law today: from paradoxes to flexibility? », RIDC, vol. 58, n° 4, 2006, p. 1101-1105.

6 M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) Constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 40-41.

7 J. HUSA, « Methodology of comparative law today: from paradoxes to flexibility? », *op. cit.*, p. 1111.

8 V. JACKSON, « Comparative constitutional law: methodology », in : M. ROSENFELD et A. SAJO (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 69-70.

9 J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2014, p. 319.

10 M. DÉTIENNE, *Comparer l'incomparable*, Paris, Seuil, 2009.

11 Sur les particularités du constitutionnalisme de l'Amérique latine, voir C. HUBNER MENDES, R. GARGARELLA et S. GUIDI, *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2022, *passim*.

12 L. FAVOREU, « Modèle européen et modèle américain de justice constitutionnelle », AIJC, n° 4, 1990, p. 51-66.

13 E. BOTTINI, « La construction d'un style italien de justice constitutionnelle dans le contexte global », in : E. BOTTINI, B. HARCOURT, P. PASQUINO et O. PFERSMANN (dir.), *Nouveaux regards sur des modèles classiques de démocratie constitutionnelle*, Paris, mare & martin, 2018, p. 222.

14 Voir, par exemple, E. BOTTINI, « La construction d'un style italien de justice constitutionnelle dans le contexte global », *op. cit.*, p. 219-318 ; M. CARPENTER, « Pour de nouveaux « modèles » de justice constitutionnelle », RIDC, n° 1, 2016, p. 179-219 ; G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bologne, Banonia University Press, 2009 et O. JOUANJAN, « Modèles et représentation de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum* [en ligne], n° 2, 2009, URL : <https://juspolicum.com/article/Modeles-et-representations-de-la-justice-constitutionnelle-en-France-un-bilan-critique-72.html>.

15 « Le style, contrairement au modèle, permet d'admettre l'enracinement historique et politique de la justice constitutionnelle sans devoir en faire abstraction comme dans la modélisation », E. BOTTINI, « La construction d'un style italien de justice constitutionnelle dans le contexte global », *op. cit.*, p. 227.

16 Voir par exemple E. J. SEGALL, « Invisible Justices: How Our Highest Court Hides from the American People », *Georgia State University Law Review*, vol. 32, n° 4, 2015, p. 787-848; R. BARNES et al., « Symposium & Miller Lecture Panel: Supreme Court Transparency in The Age of Social Media », *Georgia State University Law Review*, vol. 32, n° 4, 2016, p. 927-952 et A. J. ALFINI, « Supreme Court Ethics: the Need for Greater Transparency and Accountability », *The professional lawyer*, vol. 21, n° 2, 2012, p. 10-14.

17 Voir par exemple H. A. ANDERSON, « Frenemies of the Court: The Many Faces of Amicus Curiae », *University Of Richmond Law Review*, vol. 49, 2015, p. 361-416 ; P. M. COLLINS JR, « Friends of the Court: Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in US Supreme Court Litigation », *Law & Society Review*, vol. 38, n° 4, 2004, p. 807-832 ; G. A. CALDEIRA et J. R. WRIGHT, « Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much? », *The Journal of Politics*, vol. 52, n° 3, 1990, p. 782-806 et S. KRISLOV, « The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy », *The Yale Law Journal*, vol. 72, 1963, p. 694-721.

18 Décision n° 2022-152 ORGA du 11 mars 2022, décision portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les

déclarations de conformité à la Constitution.

19 Discours de M. LAURENT FABUS, Sciences Po Paris, 14 septembre 2016, URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/rentree-solennelle-de-l-ecole-de-droit-de-sciences-po>.

20 D. ROUSSEAU, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes & Cie, 1997, p. 19.

21 E. J. SEGALL, *Supreme Myths. Why the Supreme Court is Not a Court and Its Justices Are Not Judges*, Santa Barbara, Praeger, 2009, p. 8.

22 Voir par exemple N. S. MARDER, « The Supreme Court's Transparency: Myth or Reality? », *Georgia State University Law Review*, vol. 32, n° 4, 2016, p. 849-902 et L. J. VIRELLI III, « Transparency and Policymaking at the Supreme Court », *Georgia University Law Review*, vol. 32, 2016, p. 903-926.

23 G. FRANKENBERG, « Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law », *Harvard International Law Journal*, vol. 26, n° 2, 1985, p. 411-412.

## RÉSUMÉS

---

### Français

L'étude de la transparence de la justice constitutionnelle, abordée à travers le prisme du droit comparé, offre un regard critique et diversifié sur le sujet. La comparaison de trois systèmes juridiques bien distincts révèle la diversité des pratiques et souligne l'importance du contexte juridique et culturel dans lequel la transparence s'insère. Malgré des divergences dans les pratiques et conceptions de la transparence, une réflexion générale sur ses limites émerge, soulignant son rapport inévitable avec les différentes cultures juridiques.

### English

The study of transparency in constitutional justice, approached through the prism of comparative law, offers a critical and diversified perspective on the subject. The comparison of three very different legal systems reveals the diversity of practices and highlights the importance of the legal and cultural context in which transparency is embedded. Despite divergences in transparency practices and conceptions of transparency, a general reflection on its limits emerges, emphasizing its inevitable connection with different legal cultures.

## INDEX

---

### **Mots-clés**

transparence, justice constitutionnelle, droit comparé, droit constitutionnel, cultures juridiques

### **Keywords**

transparency, constitutional justice, comparative law, constitutional law, legal cultures

## AUTEUR

---

### **Mariana Almeida Kato**

Docteure en droit public qualifiée aux fonctions de maître de conférences,  
Teaching Associate à l'University of Nottingham  
IDREF : <https://www.idref.fr/196493358>

# La réflexivité au cœur du droit constitutionnel comparé

Considérations sur l'analyse méthodologique des *cultures* française et américaine *de la constitution*

Alexis Buixan

DOI : 10.35562/droit-public-compare.357

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

## PLAN

---

Présentation de la thèse

Structure de l'exposé

1. L'altérité au cœur de la démarche comparatiste : connaître l'autre pour se connaître soi-même

1.1. Une démarche de droit politique : l'analyse des discours et des représentations

La recontextualisation du droit : analyser la Constitution par-delà son épure formelle

La réhabilitation du concept de légitimité

1.2. Une démarche partiellement interdisciplinaire

Une logique gouvernée par l'objet même de l'étude

Une logique gouvernée par le matériau doctrinal

2. Les écueils d'une telle démarche : le culturalisme

## TEXTE

---

- 1 Lorsque l'on a soutenu sa thèse et que cette dernière a occupé notre vie quotidienne ces dernières années, l'invitation plaisante à faire retour sur l'expérience vécue relève quasiment du travail psychanalytique. C'est donc avec plaisir que nous nous sommes obligés à nous interroger sur les questionnements suivants : « En réalité, qu'ai-je fait ? », « Quel a été le fil rouge qui m'a amené à défendre telle ou telle thèse dans ce travail ? ». Me concernant, si la méthode comparatiste s'est imposée d'une manière assez logique, et je l'expliquerai dans le cadre du développement, elle fut aussi initialement le produit d'intuitions. Rien n'est sûr au stade des

recherches, tout cela s'établit à l'aune de conjectures que le travail scientifique vient confirmer ou invalider. Cette trajectoire ne donne le sentiment que nous maîtrisons notre méthode, ou tout du moins nous arrivons à la conceptualiser, que lorsque le travail est pleinement achevé. De ce point de vue, être convié à penser la démarche représente une occasion précieuse pour effectuer autant une introspection qu'une rétrospective, et de porter un regard sincère et honnête, sur le travail accompli et sur le chemin parcouru...

- 2 À titre d'introduction, je souhaite résumer dans les grandes lignes le propos tenu dans ma thèse intitulée *La culture de la constitution en France. Reconnaissance d'une notion à la lumière des cultures constitutionnelles nationales (France et États-Unis)*.

## Présentation de la thèse

- 3 L'objectif de mon travail de thèse est d'élucider la notion de « culture de la constitution » et d'expliquer pour quelles raisons la Constitution (et plus largement le droit) ne bénéficie pas d'une centralité au sein de l'imaginaire politique français. Compte tenu du fait que la France se veut l'héritière d'une histoire constitutionnelle et politique discontinue, les Français ont eu toutes les difficultés à entretenir une relation étroite avec leur pacte fondamental. L'imprévisibilité des événements, la culture de l'État dans les cultures politiques et la foi dans la force symbolique des principes ont conduit à une déconsidération à l'endroit du droit constitutionnel. Par-delà la logique légicentriste, qui a longtemps prévalu dans l'esprit des révolutionnaires français, la conjecture initiale de mon travail est de s'appuyer sur ces divers éléments pour souligner la difficile éclosion d'une *culture de la constitution* en France. À titre de comparaison, ce travail s'est appuyé sur l'histoire constitutionnelle américaine qui rend compte des discours célébrant le moment constituant de 1787. Assimilée à un texte fétiche quasi religieux, la Constitution de Philadelphie a le mérite de structurer le débat politique. Son appropriation par les acteurs juridiques et politiques, ainsi que par les citoyens eux-mêmes, est de nature à renforcer sa légitimité et participe à un processus d'interprétation : chaque

membre du corps social défend sa propre interprétation de l'œuvre fondatrice.

- 4 Au regard de ce constat liminaire, une approche culturelle a permis de montrer que l'intériorisation sociale (qui souligne le caractère contraignant et obligatoire des normes) donne naissance à des réflexes et à des habitudes. Ces derniers renforcent un impératif juridique : l'application du droit relève moins de son processus d'édiction par l'État que du sentiment intime de devoir respecter le droit. À cet égard, l'apprentissage d'une *culture de la constitution* s'observe lorsque la constitution est « pratiquée » sous un aspect social et politique. Sous cet angle, il apparaît évident que le développement des Cours suprêmes et l'usage politique du recours juridictionnel au sein des démocraties contribuent à cette appropriation du texte constitutionnel par le peuple.
- 5 La première partie de la thèse porte sur l'identification d'une culture de la constitution. La mise en scène de l'histoire constitutionnelle américaine, destinée à célébrer solennellement le moment constituant, a donné naissance à une « spiritualité constitutionnelle<sup>1</sup> », la Constitution de 1787 étant un élément central de la religion civile américaine. Assurer l'autorité du texte constitutionnel consiste autant à respecter les dispositions juridiques qu'à « croire » dans ses bienfaits. Compte tenu du fait que l'ordre constitutionnel américain établit de nouvelles institutions et, parallèlement, donne naissance à un corps politique, l'appartenance à la nation s'évalue en référence au pacte constitutionnel. Bien que la rédaction du texte de 1787 se révèle lacunaire, les mythes fondateurs qui l'entourent, la déification des Pères fondateurs et les discours allégoriques et narratifs autour de la Révolution américaine participent à renforcer la fonction identitaire et intégrative du droit constitutionnel<sup>2</sup>. À l'inverse, l'épisode révolutionnaire français met en évidence la difficulté avec laquelle les hommes de 1789 vont trouver un consensus sur des principes de légitimité supérieurs. Si le Serment du Jeu de paume inaugure une ère eschatologique, la succession d'événements et l'incapacité du droit à contenir la radicalité politique vont faire perdre à la Constitution son aura. Entretenant davantage une foi dans les principes (liberté, nation, souveraineté, égalité, etc.) que dans les garanties juridiques, les révolutionnaires français sous-estiment l'importance des formes

constitutionnelles quand bien même ces dernières sont indispensables pour protéger les acquis libéraux. Ce rapport contrasté au droit va empêcher une reconnaissance sociale de la constitution. Or, à la fin du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle, ce vide sera comblé par la mystique républicaine qui infuse, encore aujourd'hui, notre imaginaire collectif. Il est vrai que la culture française de la constitution est influencée par les valeurs républicaines, indissociables d'un légicentrisme et d'une prédominance de l'État sur la société. Aux États-Unis, la culture britannique de la *common law* et la stature sociale des juges (et, plus largement, des juristes) vont rapidement faire le jeu de l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois. En France, la conception mécanique de la constitution, l'idéalisation de la nation et la place symbolique et politique accordée au législateur ont durablement neutralisé l'épanouissement d'un tel contrôle. À cet égard, ce décalage entre les deux pays illustre parfaitement les voies discordantes qu'ils empruntent respectivement. Jusqu'en 2008, l'invocabilité tardive de la Constitution a éloigné cette dernière des citoyens profanes faisant du droit constitutionnel une discipline obscure et détachée des considérations sociales. Aux États-Unis, la sacralité accordée aux droits individuels protégés par le juge souligne la méfiance à l'égard du pouvoir politique (à l'inverse, en France, la protection des droits se réalise par la loi garante de l'égalité entre tous les citoyens sans distinction). Ainsi, les citoyens américains vont se saisir du droit pour affirmer leur identité personnelle contre l'État. L'obtention de droits grâce au juge participe d'une politique de reconnaissance : être citoyen américain ne se réduit pas à l'exercice du droit de vote. La citoyenneté s'exprime également par le recours juridictionnel qui s'assimile à un moyen de participation à la chose publique (le juge crée le lien entre l'espace public et l'espace politique). À cet égard, nous avons donc constaté que l'identité nationale américaine est avant tout une identité constitutionnelle (au vu des débats relatifs à la lutte contre le racisme, l'ère trumpiste a toutefois éprouvé les angles morts de cette alchimie : l'attachement à la Constitution est malheureusement impuissant à soigner les cicatrices béantes qui endommagent la mémoire nationale). Pour autant, la pérennité formelle de l'œuvre constitutionnelle de 1787 n'est pas synonyme de fossilisation. Grâce à l'interprétation de la Cour suprême, la Constitution se révèle être une matière vivante réactualisée grâce au



travail herméneutique des juristes, des acteurs politiques et des citoyens collectivement rassemblés au sein d'une communauté d'interprètes. En France, la juvénilité de la culture de la constitution apparaît flagrante lorsque l'on observe l'instrumentalisation politique des révisions constitutionnelles (à l'occasion desquelles le peuple se révèle être le grand absent) et les débats persistants autour d'une VI<sup>e</sup> République. En dépit du fait que le débat révisionniste porte bien moins « sur » la Constitution qu'« au sein » de cette dernière, les espoirs investis en elle s'accompagnent de son lot de désillusions lorsque l'on sous-estime le poids des mentalités et des psychologies politiques (par exemple, sous la V<sup>e</sup> République, l'attrait des Français pour l'élection présidentielle et la légitimité charismatique du président de la République renvoient à un inconscient monarchique qui rend malaisé un retour à un régime parlementaire moniste...).

- 6 Dans la mesure où la France s'est ralliée au modèle de l'État de droit et a adopté la question prioritaire de constitutionnalité, nous observons que la Constitution bénéficie d'un regain d'intérêt. Il était stimulant de se demander si le recours *a posteriori* est de nature à faire naître une appropriation citoyenne de la constitution (élément central de l'apprentissage d'une culture de constitution). Bénéficiant à présent de ses pleines propriétés normatives, la constitution trouve son autorité renforcée. Ce postulat étant communément admis, il convenait de se demander si cette effectivité juridique influence les pratiques politiques et sociales.
- 7 La seconde partie s'intéresse à l'apprentissage de la culture de la constitution qui met en évidence la centralité de la constitution dans l'imaginaire politique. À la faveur du développement du contrôle de constitutionnalité, les parlementaires français ont intégré que le recours devant le Conseil constitutionnel est autant une contrainte (la soumission de la décision politique à la rationalité juridique) qu'un moyen (l'opposition investit ce recours pour faire obstacle à la promulgation de la loi). Ce phénomène est de nature à repenser le régime représentatif et à mettre en œuvre une nouvelle temporalité démocratique (la volonté constituante prévaut sur la volonté momentanée d'une majorité politique temporaire). Pour autant, la manière dont est pratiqué le contentieux constitutionnel (motivations succinctes, modalités de contrôle calquées sur le contentieux administratif, refus des opinions dissidentes, etc.) illustre un habitus

administrativiste très ancré. En France, le succès de la question prioritaire de la constitutionnalité prouve que les acteurs sociaux et juridiques (particulièrement les avocats) se sont formés aux codes du procès constitutionnel. Le combat politique se mène de plus en plus devant le prétoire du juge. Les droits que les citoyens n'obtiennent pas grâce à leurs élus, ils tentent de se les voir reconnaître par la voie juridictionnelle. Ainsi, le recours au juge s'apparente à un moyen de participation au pouvoir au point de faire émerger une « citoyenneté constitutionnelle » (le citoyen est de plus en plus un requérant, un ayant-droit).

- 8 La « culture » étant une notion peu définie d'un point de vue juridique, ce sujet transversal suppose de se la réapproprier dans notre champ d'étude pour mettre en évidence la fonction intégrative et identitaire de la Constitution, la légitimité des principes et des valeurs contenus dans le texte et le sentiment de reconnaissance dont il bénéficie par le corps social. Pour autant, l'idée selon laquelle cette notion est sujette à un débat ne nous a jamais quitté l'esprit. Dès lors que notre postulat de départ renvoie à la discontinuité de l'histoire constitutionnelle et à la place symbolique accordée à l'État dans l'imaginaire politique français, il convenait d'observer l'évolution des cultures constitutionnelles au fil de l'histoire – précision faite qu'une culture constitutionnelle doit être entendue comme la perception, la compréhension de l'objet « Constitution » à la faveur de pratiques, de discours et de représentations. Notre travail s'est donc évertué à produire une analyse sur les discours juridiques et sur l'influence du contexte sur l'effectivité des constitutions. Pour cela, il était essentiel de s'intéresser aux représentations et dénouer les liens particulièrement étroits entre la société et la constitution. Le conglomerat de cultures constitutionnelles au sein d'un pays compose une culture de la constitution qui renvoie donc à la déférence à l'égard des formes constitutionnelles, à la centralité de la constitution dans l'imaginaire collectif, à la manière avec laquelle les acteurs intègrent la constitution dans leurs pratiques et plus précisément le rapport qu'ils entretiennent avec elle, et le rôle qu'elle remplit dans leur processus de socialisation.

## Structure de l'exposé

- 9 La locution « à la lumière de », mentionnée dans le sous-titre de la thèse, aiguille sur la démarche comparatiste adoptée. En dépit du fait que la thèse porte principalement sur la France, ce sujet appelle à une utilisation du comparatisme pour mettre en lumière *la singularité et les spécificités* du constitutionnalisme français. Pour le dire autrement, c'est par la confrontation à un droit étranger que l'on constate ce qui est propre à un système constitutionnel. En ce sens, notre travail s'est donc intéressé à « la constitution comme structure identitaire<sup>3</sup> » en ce que « toute Constitution s'appuie ainsi sur un ensemble de croyances qu'elle contribue à activer en permanence<sup>4</sup> ».
- 10 À cette fin, l'approche culturelle du droit constitutionnel, combinée au comparatisme, est de nature à épouser une logique réflexive puisque, comme l'écrit Elisabeth Zoller<sup>5</sup>, comparer « ouvre les yeux et les esprits ». Cela diversifie et multiplie les angles de vue pour en appréhender l'entièreté. L'autre système constitutionnel et ses propriétés culturelles deviennent le miroir dans lequel se reflète le « moi constitutionnel<sup>6</sup> ». À cet égard, les riches discussions qui ont eu lieu durant cette journée d'étude passionnante ont, entre autres, porté sur la distinction entre « droit comparé » et « droit étranger ». Or, faire du droit comparé revient forcément à s'intéresser aux droits étrangers. Le droit comparé n'est qu'une méthode illustrative ; et les droits étrangers sont des objets d'étude. Il est toujours possible de faire de l'étude des droits étrangers en faisant l'économie de la comparaison. Si l'on souhaite comparer plusieurs systèmes juridiques, il convient immanquablement de se plonger dans les droits étrangers. À charge après de s'interroger sur la sélection des éléments des systèmes juridiques qui vont faire l'objet d'une comparaison. Se trouve au cœur de ce débat une fois encore la question de la réflexivité et du regard du lecteur, et de l'interprétation que ce dernier formule sur l'écrit. En effet,

« on ne se contente jamais de décrire ce que l'on s'efforce de comparer. Comparer, c'est déjà interpréter. [...] Aussi la réflexivité est-elle toujours une réflexivité croisée, composée d'une pluralité

d'interprétation, au carrefour des traditions de commentaire et de l'inventivité individuelle<sup>7</sup> ».

- 11 Or, cette interprétation n'est jamais détachée des savoirs et des pratiques dont nous sommes collectivement acculturés. Se confronter aux cultures constitutionnelles invite à l'humilité et à la curiosité pour reconnaître que l'*autre* (système constitutionnel) est à la fois *autre* et *semblable à soi*. En ce sens, la réflexivité et l'altérité sont au cœur du comparatisme constitutionnel (1.). Toutefois, il convient de se garder de ne pas céder à un travers que l'on pourrait qualifier de « culturaliste » qui aboutirait à tout justifier par la culture. Cela aurait pour conséquence de sortir du champ juridique et de céder à un nationalisme juridique qui se prétendrait chimiquement pur. Autrement dit, notre méthode nécessite une certaine prudence (2.).

## **1. L'altérité au cœur de la démarche comparatiste : connaître l'autre pour se connaître soi-même**

- 12 Dans la mesure où il aspire à esquisser les contours d'un concept peu répandu dans la doctrine constitutionnaliste française, ce travail s'est inscrit dans une démarche de droit politique qui conduit à une recontextualisation du droit, participant à la légitimation du pouvoir (1.1.). Or, ce relatif impensé quant au concept de « culture » en droit a nécessité de se le réapproprier en mobilisant une démarche partiellement interdisciplinaire (1.2.).

### **1.1. Une démarche de droit politique : l'analyse des discours et des représentations**

## La recontextualisation du droit : analyser la Constitution par-delà son épure formelle

- 13 Le choix du pays de référence se révèle être le plus difficile puisqu'en tant que doctorant, on vise parfois l'exhaustivité. Nous avons tout de même privilégié les États-Unis, sous l'influence des écrits d'Hannah Arendt (*De la révolution*<sup>8</sup>) et d'Alexis de Tocqueville (*De la démocratie en Amérique*<sup>9</sup>), en raison du caractère écrit du constitutionnalisme (qui consacre la réification de la parole constituante), de l'intensité des mouvements révolutionnaires et d'une certaine attractivité que le modèle américain inspire. Cette proximité historique et idéologique, et particulièrement en ce qui concerne les concepts de « libéralisme », de « séparation des pouvoirs », permettait de s'appuyer sur un terrain d'analyse commun, tout en étant propice à éprouver les différences et les convergences. Prenant pour exemple le concept de libéralisme, Denis Baranger regrette une erreur majeure qui réside

« dans le fait de tenir le libéralisme pour une ressource homogène, disant toujours la même chose. [...] Non seulement le contenu des valeurs du libéralisme constitutionnel a évidemment massivement évolué, et continue de le faire. Mais encore, le rapport des représentations en question au système institutionnel et aux règles juridiques peut être appréhendé de manières radicalement différentes<sup>10</sup> ».

- 14 Or, c'est le produit même de ces représentations qui est constitutif de « cultures constitutionnelles » au pluriel. Ce qui permet de réitérer l'idée selon laquelle, « si la culture est un objet, elle est aussi surtout un rapport à soi, aux autres et à eux-mêmes<sup>11</sup> ». De plus, le concept de « culture » n'appelle pas simplement à un comparatisme géographique, mais également à s'inscrire dans le temps long historique. Effectivement, son antériorité (une culture ne se forme pas *via* une instantanéité, mais, au contraire, par un processus de sédimentation) est propice pour illustrer autant la permanence des formes juridiques que leur adaptabilité. Pour le dire autrement, la fonction des cultures constitutionnelles dans la formation de l'identité du corps politique fait référence à « la continuité d'une communauté dans le temps et elle est donc fortement liée à la

question de la mémoire que l'on garde et de l'héritage que l'on transmet<sup>12</sup> ». Dès lors, la corrélation étroite entre l'approche culturelle et le droit politique, propice à « constater la performativité, au moins occasionnelle, des discours<sup>13</sup> », est résumée de la sorte par Tanguy Pasquiel-Briand lorsqu'il affirme que ce dernier « s'efforce d'analyser le contexte d'apparition des institutions politiques et d'étudier la tangibilité et la durée des phénomènes discursifs qui entourent ce contexte d'apparition<sup>14</sup> ».

- 15 En réalité, une approche culturelle du droit constitutionnel permet d'aller au-delà du droit positif, sans le négliger, ou tout du moins à s'intéresser à « sa partie invisible ou du moins plus difficilement perceptible<sup>15</sup> », celle des compréhensions et de l'interprétation, des imaginaires, des pratiques et des mentalités, pour mieux cerner l'effectivité du droit appliqué. À cet égard, cette démarche de recontextualisation du droit positif entre en écho avec le comparatisme puisque comme l'écrivait dès 1951, Boris Mirkine-Guetzévitch, « les études de droit comparé apprennent la relativité des textes, les formules et les dogmes<sup>16</sup> ». Il ajoutait « les mystiques, les mœurs et les traditions sont les facteurs déterminants d'un régime » ; autant de phénomènes ancrés socialement qui font appel à divers champs disciplinaires.

## **La réhabilitation du concept de légitimité**

- 16 Ce concept de « culture de constitution » renvoie donc plus largement à la partie immergée du droit qui conditionne son effectivité : la légitimité est « essentielle pour comprendre le fonctionnement des normes, à savoir leur formation et leur application<sup>17</sup> ». En étayant l'hypothèse que la densité d'une *culture de la constitution* dépend de la reconnaissance que le peuple ressent à l'égard de sa constitution, nous avons souhaité réhabiliter l'idée que la juridicité de la norme constitutionnelle est liée au consentement et la confiance dans l'autorité politique<sup>18</sup>. Cela signifie que le droit procède de la société et dépend de la relation que cette dernière entretient avec lui : il n'est donc pas hermétique aux cultures qui l'irriguent, aux représentations et aux discours qui « disent » et « informent » sur le droit. C'est pourquoi, selon Jacques Chevallier,

« l'origine du droit se situe donc à première vue dans la sphère du non juridique : elle passe par un processus "politique" des transformations d'exigences sociales en normes juridiques, qui dépend des ressources respectives mobilisées par les différentes forces sociales et politiques en présence<sup>19</sup> ».

- 17 Nuançons toutefois en affirmant que les principes de légitimité ou, dans une certaine mesure, les « idées de droit<sup>20</sup> », pour reprendre un terme cher à Georges Burdeau, sont partie intégrante de la sphère juridique<sup>21</sup>. Les perceptions, constitutives de cultures, sont d'ailleurs même *institutives* du droit puisque

« si la reconnaissance collective est ce qui fait le droit, la norme, prise en elle-même, importera moins pour le droit politique que la façon dont elle est admise ou récusée, comprise, discutée, décrite par les organes politiques et les sujets de l'État<sup>22</sup> ».

## 1.2. Une démarche partiellement interdisciplinaire

- 18 Dans le cadre de cette démarche de droit comparé franco-américain, s'est également imposée une logique interdisciplinaire<sup>23</sup>.

### Une logique gouvernée par l'objet même de l'étude

- 19 Dans la mesure où l'effervescence américaine en la matière « ne suffit pas à faire oublier le retard à l'allumage du monde académique français<sup>24</sup> », il fut nécessaire de se réapproprier le concept de « culture », régulièrement mobilisé dans les autres sciences sociales, pour le traduire dans la grammaire publiciste.
- 20 D'une part, une description des cultures constitutionnelles ne peut être établie en ignorant les phénomènes sociaux et historiques qui participent à leur éclosion. Le monde du droit n'étant pas hermétique au monde social, une approche culturelle doit être pluraliste, c'est-à-dire que les cultures constitutionnelles sont une des composantes de la culture juridique, cette dernière entretenant des rapports avec la culture sociale. Il apparaît indéniable qu'« en tant qu'êtres sociaux, les

juristes s'insèrent en effet dans plusieurs réseaux culturels<sup>25</sup> ». Sans compter que « la culture juridique a une influence sur d'autres cultures et subit, à son tour, l'influence d'autres institutions, politiques ou sociales<sup>26</sup> ». Par exemple, il va de soi que les pouvoirs politiques français de la fin du xix siècle se sont appuyés sur l'institution scolaire et universitaire pour transmettre et promouvoir un patriotisme républicain. La culture du droit, enracinée aux États-Unis, a permis de mener le combat politique et idéologique contre la ségrégation raciale sur le terrain juridictionnel. Alors que les militants français ont toujours entretenu une méfiance à l'égard du droit (assimilé à être l'instrument des dominants), l'accès au juge a infléchi les pratiques et les stratégies associatives pour faire avancer les combats sociaux<sup>27</sup>.

- 21 D'autre part, cette réappropriation a pu être favorisée en ce que le concept de « culture », dans son sens courant, entretient des affinités avec la normativité. Effectivement, toute collectivité humaine agit au regard de codes qui ont une force contraignante. Or, ces codes sont intériorisés et perçus comme obligatoires : « inconsciemment, la culture informe dans les manières les plus intimes de penser et de sentir<sup>28</sup> » et chacun « s'y retrouve en tant que membre du groupe, tandis que [les] infractions aux codes marginalisent, voire excluent<sup>29</sup> ». Le concept bourdieusien d'« habitus » nous apprend d'ailleurs que les pratiques et les réflexes, intériorisés comme obligatoires, sont incorporés et intégrés au point d'être facteurs de conditionnement. Traduits dans les termes du droit, cela suppose que les cultures constitutionnelles encadrent la vie du droit constitutionnel et la pratique du pouvoir bien qu'elles agissent de manière insidieuse.

## **Une logique gouvernée par le matériel doctrinal**

- 22 En outre, cette logique a été commandée en raison du paradigme constitutionnel américain, en tant que corpus juridique, mais aussi en tant qu'enseignement du droit constitutionnel aux États-Unis. Il est vrai qu'outre Atlantique, les disciplines juridiques entre elles et plus globalement les sciences sociales sont davantage imbriquées et moins cloisonnées. De diverses de revues académiques, comme *Law*



& Society, *The Journal of American Culture, Political and Legal Anthropology*, intègrent de plus en plus une approche culturelle du droit ; cette dernière parachève la thèse selon laquelle le droit participe à la construction d'un imaginaire social<sup>30</sup>. Quand bien même notre travail n'a guère mobilisé la totalité de ces sources, une bonne partie de la doctrine constitutionnaliste américaine épouse cette logique dans son étude du droit positif au point d'en nuancer le formalisme. Par exemple, faisant écho au travail Paul W. Kahn, auteur de *The Cultural Study of Law*<sup>31</sup>, Akhil Reed Amar analyse le droit positif en remettant en cause la distinction (plus ou moins caricaturale) entre « constitution écrite » et « constitution non écrite »<sup>32</sup>. Défendant la thèse qu'il existerait une « constitution non écrite inconnue » aux États-Unis, il fait référence aux symboles, aux discours (et particulièrement celui de Martin Luther King : « I Have a Dream ») et aux textes accessoires (comme, par exemple, le célèbre ouvrage *The Federalist Papers*<sup>33</sup>) qui, selon lui, forment une « constitution symbolique » et qui participent à l'interprétation constitutionnelle. En outre, les méthodes des sociologues de droit américains font de plus en plus l'objet d'appropriations en France. En témoignent les travaux relatifs à l'usage et la perception du droit par les mouvements sociaux et les militants. À une époque où la judiciarisation de la société est relativement partagée dans les démocraties libérales, ces phénomènes politico-juridiques, observables des deux côtés de l'Atlantique, débouchent sur un rapprochement des méthodes<sup>34</sup>.

- 23 En définitive, la singularité des approches disciplinaires nationales enrichit la démonstration, car, comme l'écrit Marie-Claire Ponthoreau, « le comparatisme est une passerelle entre les différentes sciences sociales »<sup>35</sup>. Néanmoins, il convient de ne pas sous-estimer les spécificités méthodologiques qui irriguent chaque discipline au point de rendre malaisé un syncrétisme. Il est vrai que le comparatiste français a toutes les difficultés à se défaire de sa culture savante, rétive à une approche inter/pluridisciplinaire, que les facultés de droit transmettent<sup>36</sup>. À cet égard, nous pouvons regretter que les cours de sociologie du droit ou d'anthropologie du droit soient rarement dispensés dans nos amphithéâtres... C'est pourquoi le jeune chercheur juriste se doit d'être prudent et humble pour ne pas endosser les habits d'un sociologue qu'il n'est pas...

## 2. Les écueils d'une telle démarche : le culturalisme

- 24 Il faut se garder d'une approche culturaliste du droit qui reviendrait à tout expliquer par la culture ou par des facteurs extrajuridiques. Cela aurait pour conséquence une sorte de mise à l'index de l'universalisme au point de promouvoir un protectionnisme juridique endogène. Il est vrai que « la démarche culturaliste est alors confrontée à un (autre) piège, celui de s'enfermer dans une dimension nationale, voire passéiste, du droit<sup>37</sup> ». Or, nous savons, à cet égard, que le droit, surtout le droit constitutionnel, fait depuis toujours l'objet d'influences, d'emprunts et d'hybridations. Qu'il s'agisse d'une perspective historique ou plus contemporaine, les cultures constitutionnelles démontrent toutefois que les dialogues entre systèmes constitutionnels procèdent surtout de représentations et d'idéalisations qui supposent une adaptation<sup>38</sup>.
- 25 En outre, ce concept offre une opportunité pour apprécier l'existence d'une « trajectoire constitutionnelle » orientée par les événements politiques, historiques et sociaux. Il semblerait qu'il n'existe pas un modèle type de *culture de la constitution*. En fonction de son histoire et de ses singularités propres, chaque pays façonne son rapport à la constitution. Certes, il est évident que les *cultures* française et américaine de la constitution connaissent des invariants (la croyance politique et sociale dans les bienfaits du constitutionnalisme, l'autorité juridique et la protection juridictionnelle de la constitution, la prudence indispensable à l'occasion des révisions, la mise en œuvre de modalités d'appropriation par le peuple, etc.), mais cette notion est simplement une déclinaison nouvelle de l'autolimitation de l'État. Qu'il s'agisse de sa variante républicaine en France ou théologico-politique aux États-Unis, nous avons rappelé, dans les lignes précédentes, qu'il n'y a du droit que lorsque les individus se sentent intimement obligés. En tant que loi fondamentale, la constitution se révèle être une boussole propre à aider les citoyens à emprunter un destin commun. Au sein de sociétés multiculturelles, la préséance de notre pacte fondamental et le souci des formes juridiques apaiseraient les tensions éthiques. Alors que la passion révolutionnaire veut que tout soit politique, la

vertu du droit aurait le mérite de soumettre la délibération publique à certaines règles communément admises. Pourtant, la juvénilité de la *culture de la constitution* en France nous a parfois conduits à pêcher par sévérité à l'égard de notre propre système juridique. En ce que la facture théologique de ce concept aux États-Unis confine parfois à la caricature, les différences apparaissent des plus flagrantes au point de regretter la désinvolture française à l'égard des formes constitutionnelles (en témoignent la marginalisation des contre-pouvoirs en période d'état d'urgence, la disparition progressive du concept de responsabilité ou du discours impertinent du pouvoir politique vis-à-vis du Conseil constitutionnel...). Pour éviter ce travers qui aboutit à défendre une conception « militante » du concept, il est indispensable de réintroduire la pluralité en son sein. Pour le dire autrement, il n'y a pas un modèle unique et chimiquement pur de *culture de la constitution* : il y a « des » *cultures de la constitution*. Fidèle à la logique wébérienne de l'idéal-type, cette précaution autorise à « classer des phénomènes tout en offrant un terme de comparaison qui aide à percevoir les singularités des expériences concrètes<sup>39</sup> ».

- 26 Les brèves considérations évoquées dans ce propos ont donc visé à mettre en lumière la nécessité de valoriser les approches culturelles comme apports essentiels du droit constitutionnel comparé. Loin de s'inscrire en dehors du droit positif, une telle démarche participe à expliquer les ressorts de son effectivité. Elle rappelle également en creux la place primordiale (et parfois sous-estimée) du droit au sein du concert des sciences sociales. À l'heure où la matière juridique est au cœur de toutes les considérations politiques et éthiques (l'épisode de la pandémie de covid-19 a prouvé qu'un tel bouleversement dans la vie quotidienne des Français trouve des débouchés d'un point de vue juridique, sous la dénomination d'« état d'urgence sanitaire »), le droit constitutionnel, en ce qu'il est autant rattaché à la société qu'à l'État, se doit d'être versé dans le débat public pour unifier la communauté politique. Cette tâche, à laquelle s'étaient assignés les révolutionnaires français, semble de plus en plus ignorée sous l'emprise d'une instrumentalisation communicationnelle de la Constitution par les pouvoirs publics<sup>40</sup>. Si cette tendance, regrettable à bien des égards, se révèle problématique, c'est sûrement parce qu'elle n'endigue pas un sentiment de défilation qui traverse

toutes les sociétés occidentales. Si ce travail doctoral a d'ailleurs souhaité rendre compte du patriotisme constitutionnel américain, nous sommes tenus de reconnaître que la Constitution et l'attachement dont elle fait traditionnellement l'objet rencontrent des difficultés à résorber les fractures qui abîment la cohésion de la société aux États-Unis<sup>41</sup>.

- 27 De plus, le traitement juridique des problématiques politiques actuelles (la globalisation, les revendications séparatistes ou la montée des mouvements populistes en Amérique ou en Europe, etc.) ne saurait faire l'économie d'une démarche culturelle puisque les implications constitutionnelles, qui en découlent, doivent être comprises à l'aune du terreau social et politique propre à chaque pays. À cet égard, si le triomphe du paradigme de l'État de droit se présente comme « la fin de l'histoire incarnée par le modèle universel de la démocratie libérale<sup>42</sup> », l'avènement de dirigeants populistes nous incite à questionner les présupposés du constitutionnalisme, façonnés par des représentations et des narrations. Peut-il être pensé un constitutionnalisme *illibéral* ou un constitutionnalisme *populiste* ? Malgré la juridictionnalisation du droit constitutionnel, les règles juridiques peuvent-elles être réduites à de simples barrières de papier ? La constitution peut-elle être une arme contre les libertés individuelles ? Apporter des réponses à ces interrogations oblige à analyser « les conditions intellectuelles présentes pour agencer de manière originale les institutions<sup>43</sup> ». Pour le dire autrement, cette démarche, visant à expliquer le droit tel qu'il est pratiqué et interprété, renvoie à ce que les Américains qualifient *Law in Context* (le droit en contexte)<sup>44</sup>. Or, cela nécessite de multiplier les regards et les perspectives, mais également de ne pas réduire la science du droit à une discipline dogmatique bénéficiant d'une autonomie pleine et entière (la légitimation doctrinale du Conseil constitutionnel en France et l'activité jurisprudentielle de ce dernier, ont favorisé l'autonomie de la discipline et un tournant épistémologique normativiste ; ce qu'une partie de la doctrine déplore, y constatant « un appauvrissement singulier du droit constitutionnel<sup>45</sup> »). En réponse au formalisme normatif kelsénien,<sup>46</sup> le publiciste weimarien Hermann Heller reprend une métaphore hégélienne qui mérite d'être méditée : « le droit n'existe que comme branche d'un tout, comme la plante grimpante qui s'enroule autour d'un arbre existant en soi et

pour soi<sup>47</sup> ». Les cultures constitutionnelles ne formeraient-elles pas, en ce sens, une composante des racines sur lesquelles cette branche tire sa force pour englober la vie sociale ? Ce fut l'une des propositions formulées dans la *culture de la constitution* en France à la lumière des cultures constitutionnelles française et américaine...

## NOTES

---

- 1 O. APPAIX, « Aux États-Unis : la “religion civile” ou la spiritualité constitutionnelle », *Autres Temps. Cahiers d'éthique sociale et politique*, n° 68, 2000, p. 76-88.
- 2 Selon M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Economica, 2021, p. 300, « la constitution est entendue comme la garantie du consensus fondamental nécessaire à la cohésion nationale. [...] Pour durer, une constitution doit bénéficier de signes tangibles d'une volonté de vivre ensemble. Il y a en quelque sorte une relation circulaire : l'identité collective (préexistante) structure la constitution et la constitution structure l'identité nationale. Il est important de garder à l'esprit qu'en pratique toutes les constitutions cherchent à concilier *ethnos* et *demos*. Si la constitution y parvient, elle peut alors aider à la construction de l'identité collective ».
- 3 M.-C. PONTTHOREAU, « La Constitution comme structure identitaire », in : D. CHAGNOLLAUD (dir.), 1958-2008. *Les 50 ans de la Constitution*, Paris, LexisNexis, 2008, p. 31.
- 4 J. CHEVALLIER, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in : D. DE BÉCHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD (dir.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 297, cité par M.-C. PONTTHOREAU, *op. cit.*, p. 34.
- 5 E. ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, n° 32, 2000, p. 123.
- 6 Selon Jacques Chevallier, cette démarche est de nature à « se placer en position d'extériorité par rapport au droit, en adoptant un point de vue réflexif et critique » (« Pour une sociologie... », *op. cit.*, p. 282).
- 7 O. REMAUD, J.-F. SCHAUB, I. THIREAU, « Pas de réflexivité sans comparaison », in : O. REMAUD, J.-F. SCHAUB, I. THIREAU (dir.), *Faire des sciences*

sociales. *Comparer*, Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2012, p. 14.

8 H. ARENDT, *De la révolution* [1963], Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 2013.

9 A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* [1835], Paris, GF Flammarion, 2023.

10 D. BARANGER, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 3, 2009, p. 11

11 A.-S. CHAMBOST, « La culture juridique : combien de divisions ? Introduction aux approches culturelles des savoirs juridiques », in : A.-S. CHAMBOST (dir.), *Approches culturelles des savoirs juridiques*, Paris, LGDJ, 2020, p. 8.

12 M.-C. PONTTHOREAU, « Cultures constitutionnelles et comparaison en droit constitutionnel. Contribution à une science du droit constitutionnel », in : J. DU BOIS DE GAUDUSSON, P. CLARET, P. SADLAN, B. VINCENT (dir.), *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation. Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 220.

13 A. LE DIVELLEC, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 6, 2018, p. 104.

14 T. PASQUIER-BRIAND, *La réception de la Constitution anglaise au XIX<sup>e</sup> siècle. Une étude du droit politique français*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2017, p. 35.

15 M.-C. PONTTHOREAU, « Cultures constitutionnelles et comparaison en droit constitutionnel. Contribution à une science du droit constitutionnel », *op. cit.*, p 227.

16 B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les constitutions européennes*, Paris, PUF, 1951, p. 13, cité par M.-C. PONTTHOREAU, *ibid.*, p. 230.

17 M.-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », in : Collectif, *La République. Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 213.

18 D. BARANGER, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, L'auteur souligne que « la reconnaissance implique que ce qui apparaît est doté d'autorité. [...] Dans le contexte du droit, ce que l'on reconnaît, c'est l'autorité de l'autre, c'est-à-dire le pouvoir qui est de droit. [...] Par ailleurs, celui qui reconnaît (et donc est reconnaissant, y compris au sens moral et affectif du terme) se voit lui-même investi d'autorité ».

- 19 J. CHEVALLIER, « Le regard de Jacques Chevallier [à propos du droit en contexte] », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 70, 2013, p. 60.
- 20 Pour Georges Burdeau, l'idée de droit renvoie à « l'aménagement du Pouvoir politique en accord avec l'ordre social que les hommes entendent faire prévaloir » (cf. G. BURDEAU, *Traité de sciences politiques*, 3<sup>e</sup> édition, Tome 1, vol. 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, p. 42). Voir également, O. PASSELECQ, « L'idée de droit chez Georges Burdeau », in : B. CHANTEBOUT (dir.), *Le pouvoir et l'État dans l'œuvre de Georges Burdeau*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit public positif », série « Travaux de l'Association française des constitutionnalistes », 1993, p. 23-49.
- 21 J. HUMMEL, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, Michel Houdiard, 2010, p. 51, défend l'idée selon laquelle qu'en « exprimant et [en] rappelant la parole constituante du peuple souverain, les dispositions constitutionnelles définissent le critère – le titre de légitimité – au regard duquel il est possible de reconnaître le caractère juridique (au sens de légitime par la légalité) des prétentions de domination ». Il poursuit en rappelant que « l'art constitutionnel réside dans l'affirmation d'une loi fondamentale (ici au sens d'une loi dans laquelle sont énoncés les principes et valeurs assurant la cohésion de la société) », *Ibid.*, p. 54. Nous soulignons.
- 22 C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum*, n° 1, décembre 2008.
- 23 Voir à ce sujet, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, p. 340-352.
- 24 A.-S. CHAMBOST, « La culture juridique... », *op. cit.*, p. 5.
- 25 J. BELL, « De la culture », in : P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, p. 261.
- 26 *Loc. cit.*
- 27 L. ISRAËL, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix*, 2003, vol. 16, n° 62, 2033, p. 115-143.
- 28 B. VALADE, P. LABURTHE-TOLRA, « Culture et civilisation » in : M. BORLANDI, R. BOUDON, M. CHERKAoui, B. VALADE (dir.), *Dictionnaire de la pensée sociologique*, Paris, PUF, 2005, p. 150.
- 29 *Loc. cit.*

- 30 C. GEERTZ, *The Interpretation of Culture. Selected Essays*, New York, Basic Books, 1973; L. ROSEN, *Law as Culture. An invitation*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- 31 P. W. KAHN, *The Cultural Study of Law*, Chicago, Chicago University Press, 1999.
- 32 A. REED, *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We Live By*, New York, Basic Books, 2012.
- 33 A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *The Federalist Papers* [1787-1788], New York, Bantham, 2003.
- 34 A. SARAT, S. A. SCHNEIGNOLD, *Cause Lawyers and Social Movements*, Stanford, Stanford University Press, 2006 ; B. GAÏTI, L. ISRAËL, « Sur l'engagement du droit dans la construction des causes », *Politix*, vol. 16, n° 62, 2003, p. 17-30, DOI : [10.3406/polix.2003.1274](https://doi.org/10.3406/polix.2003.1274) ; L. ISRAËL, *L'arme du droit*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Presses de Science Po, 2020, DOI : [10.3917/scpo.israe.2009.01](https://doi.org/10.3917/scpo.israe.2009.01).
- 35 M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 245.
- 36 P. NOREAU, « Interdisciplinarité regard de l'autre et compréhension nouvelle du droit contemporain », in : P. NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2005, p. 1, assimile, dans le monde de la recherche, le droit comme une « forteresse isolée, plantée au beau milieu du champ de la connaissance ». Il constate que « la forme juridique se travaille sur elle-même de l'intérieur entretenant une complexité sophistiquée » qui participe à « une vision étanche du monde juridique ».
- 37 M.-C. PONTTHOREAU, « Penser le(s) droit(s) constitutionnel(s) comparé(s) », in : B. MATHIEU (dir.), 1958-2008. *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 651.
- 38 J HUMMEL, « De la circulation à la standardisation des modèles constitutionnels. La reconnaissance des identités constitutionnelles à l'âge de la globalisation », in : A-S. CHAMBOST (dir.), *Approches culturelles des savoirs juridiques*, op. cit., p. 283-302.
- 39 J.-M. DENQUIN, *Les Concepts juridiques. Comment le droit rencontre le monde*, Paris, Éditions Garnier, 2021, p. 425.
- 40 CONDORCET, « Discours du 10 avril 1793 », *Œuvres de Condorcet*, Tome XIII, Paris, Frimin Didot frères, 1847-1849, p. 548, écrit qu'« une constitution adoptée aurait l'avantage précieux d'offrir aux citoyens un point fixe auquel ils s'attacheraient au milieu des divisions, des querelles que la différence des



opinions, le choc des prétentions et des amours-propres, continueront de produire. Ces divisions existent dans tous les pays libres ; mais, elles n'y sont qu'utiles, si l'attachement et la soumission à une constitution établie y maintiennent l'unité sociale, y assurent l'exécution des lois ». Cette ambition semble de plus en plus contrariée à l'époque contemporaine...

41 R. HALÉVI, *Le chaos de la démocratie américaine*, Paris, Gallimard, 2012.

42 J. HUMMEL, « Histoire et temporalité constitutionnelles. Hauriou et l'écriture de l'histoire constitutionnelle », in : C.-M. HERRERA, A. LE PILLOUER (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris, éditions Kimé, 2012, p. 151.

43 D. BARANGER, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 18-19.

44 Voir à ce sujet, le numéro intitulé « Le droit en contexte » de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 70, n° 1, 2013.

45 J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus Politicum*, n° 7, 2012.

46 H. KELSEN, *Théorie pure du droit* [1960], 2<sup>e</sup> édition, Ch. EISENMAN (trad.), Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1999.

47 G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts (Principes de philosophie du droit)*, Berlin, éditions Eduard Gans, 1833, p. 209, cité dans H. HELLER, *La crise de la théorie de l'État* [1926], O. JOUANJAN (trad.), Paris, Dalloz, 2012, p. 47.

## RÉSUMÉS

---

### Français

Réfléchir à l'émergence du concept de « culture de constitution » dans le débat académique pose la question de l'intériorisation par les acteurs politiques et juridiques des formes constitutionnelles dans leurs pratiques politiques. Inscrit dans une démarche comparatiste, ce phénomène permet de mettre en évidence des trajectoires nationales singulières, déterminées par l'histoire, les mœurs, les contextes sociaux et les règles de droit. Ce concept devient ainsi un étalon pour éprouver la légitimité et l'adhésion ressenties à l'égard de la Constitution. Une telle méthode juridico-culturelle nous informe plus largement sur la fonction réflexive du droit constitutionnel comparé : « connaître l'autre pour mieux se connaître soi-même ».

## English

Reflecting on the emergence of the concept of « culture of constitution » in the academic debate asks about the internalization by political and legal actors of constitutional forms in their political practices. In other words « respect the constitution », what does it mean? Part of a comparative approach, this phenomenon makes it possible to highlight singular national trajectories determined by history, mindsets, social contexts and law. So, this concept becomes a yardstick to test the legitimacy and approval towards the Constitution. The cultural study of law informs us more broadly about the reflexive function of comparative constitutional law: « knowing the other to better know oneself »

## INDEX

---

### Mots-clés

cultures constitutionnelles et juridiques, France et États-Unis, légitimité, réflexivité du droit, droit constitutionnel interdisciplinaire, histoire politique

### Keywords

constitutional and legal cultures, France and United States, legitimacy, reflexive law, interdisciplinary constitutional law, political history

## AUTEUR

---

### Alexis Buixan

Docteur en droit public de l'université de Rennes, enseignant-chercheur contractuel à Sciences Po Rennes  
IDREF : <https://www.idref.fr/26155591X>

# Les droits et libertés du numérique. Étude comparée en droits français et américain : éléments de méthode d'une thèse de droit comparé

Rym Fassi-Fihri

DOI : 10.35562/droit-public-compare.369

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

## PLAN

---

1. L'opportunité du recours à la méthode comparative
2. La méthode et les enjeux de la comparaison
3. Les apports de la comparaison

## TEXTE

---

- 1 Le doctorat s'avère être un moment délicat pour le chercheur qui a pour principale préoccupation de définir avec rigueur son cadre méthodologique. Lorsqu'elle est mobilisée comme instrument au service d'une démonstration, la comparaison des droits nécessite parfois des éclaircissements méthodologiques dès l'introduction du travail doctoral. La démarche peut consister en une comparaison dans le temps et/ou dans l'espace afin de saisir le phénomène étudié<sup>1</sup>. Mais rien ne serait plus trompeur que d'y voir une simple entreprise de justification *a posteriori*, c'est-à-dire une fois le travail achevé. En effet, les aspects méthodologiques guident en principe l'intégralité de la réflexion doctorale. En revanche, plus la démarche employée est cohérente, plus elle sera facile à expliquer au stade de l'introduction. Que l'on songe aux propos de la professeure Marie-Claire Ponthoreau selon qui toute « comparaison se fabrique<sup>2</sup> ». La validité des résultats d'une recherche scientifique dépend en effet, au préalable, de la justification des choix réalisés.
- 2 Ainsi, le candidat au doctorat ne peut se satisfaire exclusivement des résultats obtenus, mais doit, en outre, expliquer comment ils ont été

obtenus. Cette contribution vise justement à illustrer la manière dont a été mobilisé le droit comparé dans le cadre d'une recherche portant sur les droits et libertés du numérique comme droits fondamentaux en voie d'élaboration. Il s'agit d'une comparaison des droits français et américain.

- 3 Dans ces deux espaces juridiques, ont été consacrés, parmi d'autres, le droit à la protection des données personnelles, le droit d'accès au numérique, le droit à l'oubli et le droit à l'autodétermination informationnelle. D'un point de vue formel, ces droits constituent des prolongements des droits fondamentaux classiques. Ils sont, en effet, systématiquement rattachés par le législateur, le constituant ou les juges à une disposition constitutionnelle ou à une jurisprudence antérieure consacrant le droit au respect de la vie privée ou la liberté d'expression.
- 4 Pourtant, les droits et libertés du numérique présentent des spécificités qui les distinguent des autres droits fondamentaux. D'abord, ils offrent une logique conceptuelle différente de celle des droits fondamentaux classiques. À titre d'illustration, on ne peut se satisfaire d'une assimilation du droit à la protection des données au droit au respect de la vie privée. En effet, la donnée personnelle ne constitue pas nécessairement une information de nature « privée ». De la même manière, la logique au fondement du droit d'accès au numérique ne peut se réduire exclusivement à celle de la liberté d'expression. L'accès au numérique englobe notamment la possibilité d'accéder à des contenus sans discrimination et le droit d'accès au réseau physique sur le plan matériel.
- 5 Ensuite, les droits et libertés du numérique font l'objet d'un régime juridique original. Certes, ce régime est en de nombreux points semblable à celui applicable aux autres droits fondamentaux. Il en va ainsi des limitations par l'ordre public qui sont communes à toutes les générations de droits<sup>3</sup>. Mais les droits et libertés du numérique présentent des singularités, liées à leur caractère déterritorialisé et à leurs effets horizontaux étendus. La déterritorialisation de leur régime juridique est la conséquence de la dimension ubiquitaire<sup>4</sup> du numérique qui bouleverse la logique territoriale traditionnellement applicable aux droits et libertés fondamentaux<sup>5</sup>. L'éclatement du concept de frontière conduit alors les autorités normatives à

accorder au droit à la protection des données à caractère personnel ou encore au droit à l'oubli une portée transnationale<sup>6</sup>. Cette dernière signifie que les droits et libertés du numérique sont le résultat d'une réglementation « en réseau », ce qui exclut la compétence exclusive des États sur leur propre territoire<sup>7</sup>. Quant aux effets horizontaux, ils sont inhérents à la multiplication des ingérences d'origine privée. Si, classiquement, les droits de première génération ont été pensés de façon à lutter contre les ingérences publiques<sup>8</sup>, les nouvelles générations permettent d'envisager un éventuel effet horizontal des droits et libertés fondamentaux<sup>9</sup>. Les droits et libertés du numérique constituent une illustration de ce phénomène. Mais plus que les droits sociaux et environnementaux, leurs effets horizontaux sont une condition *sine qua non* de leur effectivité dans la mesure où ils sont le plus souvent dirigés contre des personnes privées désignées comme responsables de traitement.

- 6 Il découle des spécificités susmentionnées une problématique liée au degré d'autonomie des droits et libertés du numérique. L'objectif du travail de recherche est de mettre en lumière leur autonomisation progressive au moyen de l'outil comparatif, un mouvement convergent entre droits français et américain étant perceptible en la matière. La dénomination des droits et libertés du numérique comme « droits fondamentaux en voie d'élaboration » est donc la conséquence des incertitudes entourant leur existence en tant que droits entièrement ou en partie détachés des droits classiques. En effet, leur seule consécration pose la question de leur émancipation par rapport aux droits qui leur servent de fondements. À défaut d'autonomie, même partielle, les droits et libertés du numérique n'auraient tout simplement jamais été consacrés et la protection des utilisateurs du numérique aurait pu se contenter d'une simple référence au droit au respect de la vie privée ou à la liberté d'expression.
- 7 Partant, le degré d'autonomie des droits et libertés du numérique apparaît comme étant le véritable objet de la comparaison. En la matière, les évolutions des droits français et américain sont multiples et impliquent de tirer des conséquences de nature systémique. À l'issue de cette thèse, il a finalement été confirmé que les droits et

libertés du numérique pourraient constituer une catégorie de droits fondamentaux distincte des autres catégories de droits.

- 8 Il est indispensable de pousser plus loin les développements afin d'exposer la manière dont a été utilisé le droit comparé dans cette thèse. Un tel travail exige dans un premier temps de s'arrêter sur la question de l'opportunité de la méthode comparative dans la mesure où la comparaison, *a priori*, n'était pas indispensable à la démonstration (1.). Dans un deuxième temps, il convient de se pencher sur la méthode comparative proprement dite ainsi que sur les enjeux de la comparaison (2.). Dans un troisième et dernier temps, seront mis en lumière les apports de l'utilisation d'une telle méthode comparative (3.).

## 1. L'opportunité du recours à la méthode comparative

- 9 Une étude portant sur les droits et libertés du numérique aurait pu être menée sans avoir recours au droit étranger ni, *a fortiori*, au droit comparé. L'analyse du degré d'autonomie de ces nouveaux droits aurait été concevable dans l'ordre juridique français exclusivement. Les sources des droits et libertés du numérique sont suffisamment nombreuses et instructives, la jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle de la Cour de justice de l'Union européenne offrant à elles seules de nombreuses potentialités. Mais une telle recherche n'aurait présenté qu'un intérêt limité dans la mesure où l'objet de la recherche se rapporte au numérique qui a une dimension ubiquitaire. En effet, les droits et libertés du numérique sont, à l'image du phénomène numérique, détachés du concept de frontières. S'intéresser à plusieurs ordres juridiques se justifie donc par un simple argument logique, consistant à considérer la méthode comparative comme la plus adaptée pour décrire un mouvement d'ensemble ne se limitant pas aux espaces nationaux.
- 10 Il semble aujourd'hui difficile de nier l'apport du droit comparé dans la compréhension des phénomènes de mondialisation et de globalisation du droit<sup>10</sup>. Ces derniers sont aujourd'hui indissociables des réflexions portant sur la circulation des normes juridiques<sup>11</sup>. Une étude sur l'émergence d'une nouvelle catégorie de droits

fondamentaux liés au numérique ne peut donc faire l'impasse sur les relations d'influence croisée entre les ordres juridiques. Le recours à l'argument comparatiste se justifie également par l'importance des normes internationales et européennes dans ce domaine. En effet, la loi française Informatique et libertés de 1978<sup>12</sup> a largement inspiré la législation européenne en matière de droits et libertés du numérique<sup>13</sup> et, à l'inverse, le droit européen influence le contenu de la législation des États membres avant même l'entrée en vigueur des dispositions européennes<sup>14</sup>. Les liens étroits entre les ordres juridiques laissent donc naturellement place à la logique comparatiste.

- 11 Il convient d'ajouter que l'idée d'une comparaison des droits français et américain a largement été déterminée par la valeur de modèle ou d'anti-modèle des cas à comparer. *A priori*, ces deux ordres juridiques sont des idéaux-types<sup>15</sup> en opposition sur la question des droits et libertés du numérique. Si en France, ces droits sont considérés comme de véritables droits fondamentaux, le droit américain adopte une conception différente. Aux États-Unis, il n'existe aucune loi de portée générale protégeant les données personnelles ni aucune autorité administrative de protection équivalente à la Commission nationale de l'informatique et des libertés<sup>16</sup>. Par ailleurs, la conception américaine de la donnée personnelle est en tout point différente de la conception française ou européenne puisque la donnée personnelle n'est pas conçue comme un élément à protéger, mais comme un objet de commerce<sup>17</sup>.
- 12 Les cas français et américain présentent donc de nombreuses divergences qui attisent la curiosité et qui pourraient d'ailleurs justifier une comparaison différentielle en matière de droits et libertés du numérique. Mais l'intérêt de la recherche comparative réside davantage dans le rapprochement des modèles que dans leur opposition. Ces rapprochements nourrissent en effet une hypothèse de départ, celle de l'émergence d'une sorte de patrimoine commun à la France et aux États-Unis en matière de droits et libertés du numérique.
- 13 Ainsi, l'approche comparée est un choix, dans la mesure où il est possible de s'en écarter pour traiter le sujet. Il était pourtant difficile d'imaginer un travail sur les droits et libertés du numérique qui ne

s'inscrive pas dans une telle approche. Ce constat a sans doute rejailli sur les modalités de la recherche comparative.

## 2. La méthode et les enjeux de la comparaison

- 14 Dans la mesure où la comparaison n'est qu'une faculté et non un impératif, elle a été envisagée comme un outil au service d'une démonstration. Cette démarche consistant à analyser le droit comparé comme une méthode n'a rien d'exceptionnel<sup>18</sup>, car la doctrine est presque unanime sur le fait de considérer le droit comparé comme un instrument de recherche et non comme une branche du droit autonome<sup>19</sup>.
- 15 Il faut ajouter à cette conception du droit comparé comme méthode une volonté de faire un usage stratégique de cette même méthode<sup>20</sup>. En effet, la comparaison voit ses modalités déterminées avant tout par les enjeux de la recherche qui consistent à démontrer l'autonomisation progressive des droits et libertés du numérique en France et aux États-Unis. Mais plus que cet objectif de nature descriptive, l'argument comparatif poursuit une finalité de nature prescriptive. L'utilisation de l'argument de droit comparé entend encourager la dissociation entre droits du numérique et droits classiques. En d'autres termes, l'invocation des règles américaines contribue à souligner les défauts des solutions juridiques adoptées en matière d'autonomie dans les deux espaces juridiques. En revanche, les droits français et américain ne sont pas mis en concurrence sur la question de savoir lequel des deux ordres juridiques offre la meilleure protection possible des droits et libertés du numérique.
- 16 Une telle utilisation du droit comparé peut prêter le flanc à la critique<sup>21</sup> ce qui, en réalité, ne fait qu'alimenter le débat ancien sur la nature et la fonction du droit comparé<sup>22</sup>. Mais aujourd'hui, il ne fait plus de doute que la comparaison peut poursuivre différentes finalités<sup>23</sup>. Au demeurant, l'instrumentalisation du droit comparé n'exclut pas la qualification de comparaison tant que les choix réalisés sont suffisamment justifiés et qu'un certain nombre de principes garantissant l'admissibilité scientifique de la recherche sont respectés.



- 17 En l'occurrence a été mobilisée la méthode fonctionnelle consistant à donner une prépondérance à l'« équipollence des résultats<sup>24</sup> » et ayant comme idée-force la convergence des droits. Le premier à avoir développé cette méthode fonctionnelle est Ernest Rabel avec ses travaux sur la vente au début du xx<sup>e</sup> siècle<sup>25</sup>. Reposant sur la recherche d'un équivalent fonctionnel, cette méthode prône la comparaison de concepts ou de règles de droit qui, bien que différents, rempliraient les mêmes fonctions ou aboutiraient aux mêmes résultats<sup>26</sup>. Dans le cas de la vente, la similitude des contextes est vraisemblable ce qui peut être étendu à de nombreux domaines, y compris celui des droits et libertés fondamentaux.
- 18 Le comparatiste est amené, en appréciant la finalité des règles juridiques plutôt que « leurs aspects statiques<sup>27</sup> », à prêter attention aux points communs entre les ordres juridiques. Cette approche offre de nombreux avantages dans une étude comparée des droits français et américain qui, bien que confrontés au même défi numérique, présentent des différences irréductibles en matière de droits et libertés du numérique, et, *a fortiori*, en matière de droits et libertés fondamentaux. Par exemple, les modèles français et américain sont, sur de nombreux points, opposés, en particulier sur la manière de définir l'objet « droit fondamental<sup>28</sup> ». Sans conduire à réaliser des simplifications excessives et à occulter la dimension culturelle de la comparaison, la méthode fonctionnelle permet, *a minima*, de rendre comparables les objets destinés à être comparés<sup>29</sup>.
- 19 Cependant, il ne faut pas voir dans l'usage stratégique du droit comparé la poursuite d'intérêts exclusivement pratiques. Si le discours comparatiste vise parfois à remettre en cause les règles de droit en vigueur — ce qui est le cas en l'espèce s'agissant du raisonnement par analogie, dont font l'objet les droits et libertés du numérique — il stimule également la réflexion sur un objet nouveau. Autrement dit, la comparaison est d'abord et avant tout un instrument de connaissance des droits et libertés du numérique. Ces derniers sont peu mobilisés par leurs titulaires à défaut d'autonomie et l'invocation du droit étranger participe d'une démarche cognitive de la comparaison.
- 20 Dès lors, la confrontation des espaces juridiques français et américain ne constitue pas l'objectif ultime de la recherche, mais un outil utile à

la compréhension du concept des droits et libertés du numérique. En conséquence, le plan de l'étude ne répond pas aux canons d'une « recherche comparative pure », consistant à comparer de façon systématique « plusieurs ordres juridiques sans privilégier l'un plus que l'autre<sup>30</sup> ». Le système juridique français, auquel sont intégrées les normes européennes, est plus souvent mobilisé que le système juridique américain. Cela s'explique d'abord par des raisons culturelles. Alors que les droits et libertés du numérique sont considérés comme de véritables droits fondamentaux dans l'espace juridique français, le droit américain ne leur octroie la plupart du temps qu'une valeur de principes de *compliance* destinés à renforcer la responsabilité des entreprises. Les sources ayant trait aux droits et libertés du numérique sont logiquement plus nombreuses et plus faciles à identifier dans le cas français. Ce déséquilibre dans la comparaison s'explique ensuite par des raisons pratiques. En matière de droits et libertés du numérique, le droit européen endosse un rôle de locomotive qui dépasse au demeurant le rôle des juridictions nationales. Or, dans le cadre de l'étude, il faut entendre par « droit français » un ensemble de sources du droit interne ainsi que certaines sources de droit européen ayant un caractère intégré<sup>31</sup>.

- 21 Malgré cette inégalité de traitement des droits français et américain, la méthode comparative traduit certains invariants de toute démarche comparative. Il en va ainsi de la réintégration des termes de recherche dans leur ordre juridique d'origine et de la mobilisation des sources de droit américain en langue originale. Par ailleurs, il fallait éviter de projeter ses propres conceptions d'une notion ou d'un concept juridique. À titre d'illustration, les classifications de droits fondamentaux sont inévitablement orientées lorsqu'elles sont interprétées par un juriste appartenant à la tradition de droit romano-germanique. Il convenait donc de les appréhender avec précaution et en tenant compte des divergences culturelles existantes en la matière.
- 22 Le droit comparé est au cœur de la démarche méthodologique menée. Il a permis d'étudier comment les droits français et américain participent concomitamment à l'émergence de nouveaux droits fondamentaux. Les développements ultérieurs sont justement consacrés aux apports de la comparaison.

### 3. Les apports de la comparaison

- 23 Le fil directeur de l'étude est celui du degré d'autonomie des droits et libertés du numérique par rapport aux droits qui leur servent de fondements. En l'occurrence, la comparaison des droits français et américain inclut trois apports.
- 24 Le premier concerne les difficultés auxquelles font face les droits et libertés du numérique qui sont systématiquement rattachés aux droits classiques. La comparaison permet non seulement d'enrichir les développements sur les spécificités de ces nouveaux droits, mais met également en lumière leur émancipation progressive du droit au respect de la vie privée ou de la liberté d'expression. En France comme aux États-Unis, le constituant, le législateur et les juges œuvrent à en faire des droits fondamentaux à part entière. Par exemple, la Cour suprême américaine a, dès 1977, contribué au développement d'un droit du numérique distinct du droit au respect de la vie privée<sup>32</sup>, que l'on pourrait rapprocher du « droit à l'autodétermination informationnelle », développé par la Cour constitutionnelle allemande<sup>33</sup>. La logique est la même dans le droit de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacrant distinctement le droit à la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel<sup>34</sup>.
- 25 Par ailleurs, la comparaison accrédite l'idée que les droits et libertés du numérique ne devraient tout simplement pas être arrimés aux droits classiques. Le raisonnement par analogie qui consiste à extraire des droits existants de nouveaux droits donne la plupart du temps lieu à des incohérences sur les plans théorique et pratique. En raisonnant de la sorte, les juges réduisent le champ d'application des droits et libertés du numérique au domaine des droits qui constituent leurs fondements, alors même que leur signification est parfois plus large. La protection des données à caractère personnel sur le fondement du droit au respect de la vie privée ne permet pas de saisir toutes les potentialités du premier droit. Les juges français offrent une interprétation stricte du domaine de la vie privée comme limitée au secret<sup>35</sup>. Aux États-Unis, la protection des droits et libertés du numérique est conditionnée à la preuve d'une attente raisonnable en

matière de *privacy*, ce qui traduit en réalité une conception étroite de la vie privée<sup>36</sup>.

- 26 Le deuxième apport de la comparaison concerne la systématisation des droits et libertés du numérique. La réflexion sur leur degré d'autonomie a inévitablement amené à s'interroger sur l'existence d'une nouvelle catégorie de droits fondamentaux valable dans les deux espaces juridiques comparés. Pour répondre à cette interrogation, la comparaison des droits est mobilisée de façon prudente dans le cadre de la troisième et dernière partie de l'étude. En effet, afin d'éviter le piège de l'ethnocentrisme, il convenait de prendre des précautions à la fois culturelles et méthodologiques. S'agissant des précautions culturelles, les classifications de droits fondamentaux existantes ont fait l'objet d'une relativisation en ce qu'elles sont nécessairement orientées. Au contraire du raisonnement conceptualiste prévalant dans les systèmes de tradition romano-germanique, les États-Unis s'inscrivent dans un type de raisonnement empirique<sup>37</sup> qui s'éloigne donc de notre conception des catégories juridiques. Pour un juriste français, les catégories sont construites par la doctrine à partir de la loi<sup>38</sup>, tandis qu'elles sont davantage ancrées dans les faits pour un juriste américain<sup>39</sup>. Apparaissent en creux les précautions de nature méthodologique. Il convenait de procéder à une généralisation suffisante des catégories et classifications de droits fondamentaux pour que la nouvelle catégorie proposée soit opérationnelle. Une définition commune des catégories juridiques, basée sur la méthode fonctionnelle, a donc été adoptée dans le but de rendre comparables les objets à comparer. En France comme aux États-Unis, les catégories juridiques correspondent, du point de vue de leurs finalités, à un régime juridique spécifique.
- 27 Enfin, le troisième apport de la comparaison est pratique. Dans les dernières pages de la thèse, une proposition concrète consistant en l'adoption d'une Charte des droits et libertés du numérique de niveau constitutionnel est avancée. En l'occurrence, le droit comparé est mobilisé afin de relativiser à l'extrême cette proposition. D'abord, s'il est possible, dans le cadre d'une recherche, de formuler des avis destinés à orienter les institutions juridiques, les visées normatives de la comparaison sont maigres, puisque les propositions ne sont en elles-mêmes pas normatives. Ensuite et surtout, cette proposition ne

vaut que pour l'espace juridique français. La Constitution américaine de 1787 est rarement amendée ce qui s'explique par les pouvoirs conférés à la Cour suprême américaine en matière d'interprétation constitutionnelle. Une charte américaine des droits et libertés du numérique est par conséquent peu probable et peu utile. L'autonomisation de ces droits peut, dans le cas américain, emprunter la voie jurisprudentielle compte tenu du rôle du juge dans un pays de tradition de *common law*.

- 28 En définitive, le droit comparé enrichit la thèse de l'autonomie des droits et libertés du numérique. L'utilisation d'une telle méthode ne s'est pas faite sans difficultés linguistiques et logistiques. Mais à l'instar de l'ouverture sur les autres sciences sociales, la prise en compte d'un ou de plusieurs systèmes juridiques étrangers offre au juriste un avantage de taille. En ayant conscience de la relativité de ses propres conceptions, le comparatiste adopte, avec davantage de facilité, une posture réflexive sur son propre droit.

## NOTES

---

- 1 L'historien et le comparatiste partagent à ce titre, selon Roland Drago, les « mêmes attitudes d'esprit » : R. DRAGO, « Droit comparé », in : D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la Culture juridique*, Paris, Lamy-Puf, 2003, p. 454.
- 2 M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Economica, coll. « Corpus-Droit privé », 2021, p. 69.
- 3 Sur ce point, voir P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2014.
- 4 Selon le dictionnaire *Littre* [en ligne], l'adjectif « ubiquitaire » signifie « ce qui se trouve en tous lieux », URL : <https://www.littre.org/definition/ubiquitaire>.
- 5 Sur ce point, voir H. RUIZ FABRI, « Immatériel, territorialité et État », *Archives de philosophie du droit*, tome 43, 1999, p. 187-212.
- 6 Voir par exemple l'article 3 du Règlement européen sur la protection des données qui prévoit un champ d'application étendu à ce droit.

- 7 Sur le concept de réglementation en réseau, voir F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint Louis, 2010.
- 8 D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, coll. « Thèses », 2001, p. 240.
- 9 Voir sur ce point : T. HOCHMANN, J. REINHARDT, *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, coll. « Droits fondamentaux », 2018.
- 10 J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2020.
- 11 Sur les liens entre droit comparé et circulation des solutions juridiques, voir A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques – Le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Paris, éditions Varennes, coll. « Thèses », 2011. Plus spécifiquement, sur la circulation des standards constitutionnels mondiaux, voir M. DISANT, G. LEWKOWICZ, P. TÜRK (dir.), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2017.
- 12 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF du 7 janvier 1978.
- 13 Voir par exemple, la directive n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JORF, L 281/31, 23/11/95, p. 0031.
- 14 C'est le cas de la loi Lemaire de 2016 (Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n° 0235 du 8 octobre 2016, texte n° 1), dont le contenu rappelle en partie les dispositions du Règlement général sur la protection des données de 2016 en cours de négociation.
- 15 Sur les idéaux-types, voir : M. WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, J. FREUND (trad.), Paris, Plon, 1965, p. 119-201.
- 16 Sur ces points, voir P. BLOK, « Protection des données aux États-Unis », in : P. DE HERT, A. PIPERS, P. BLONTROCK (éd.), *Le Manuel de la vie privée*, Bruxelles, éditions Politéia, 3 classeurs à feuillets mobiles, n. d., p. 3.
- 17 Voir notamment J. B. RULE, « La protection des données personnelles aux États-Unis. La réaction à la directive européenne », *Revue française d'administration publique*, n° 89, 1999, p. 95-104 ; N. OCHOA, « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que

cache véritablement le principe de libre disposition », *Revue française de droit administratif*, 2015, n° 6, p. 1157-1173, p. 1168 et s.

18 Sur la comparaison comme méthode au service d'une démonstration, voir M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé, Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, éditions Idées et calendes, 1971, p. 1-17 ; L.-J. CONSTANTINECO, *Traité de droit comparé, Tome II, La méthode comparative*, Paris, LGDJ, 1974.

19 R. DAVIS, M. GORÉ, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 12<sup>e</sup> édition, 2016, p. 2. En effet, il n'existe pas un droit qui serait « comparé » au sens d'un système ou d'un ordre juridique qui y correspondrait. En revanche, il existe une « discipline juridique qui consiste dans l'étude scientifique de la comparaison des droits » : R. DRAGO, « Droit comparé », in : D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la Culture juridique*, Lamy-Puf, 2003, p. 454. Voir également M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 70.

20 B. FAUVARQUE-COSSON, « Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique ? », in : *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 69-90.

21 M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 51.

22 Sur ce point, voir R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Paris, LexisNexis-Litec, coll. « Manuel », 2<sup>e</sup> édition, 2008, p. 441-456.

23 K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, T. WEIR (trad.), Oxford, Clarendon Press, 3<sup>e</sup> édition, 1998, p. 15.

24 J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2<sup>e</sup> édition, 2004, p. 22.

25 E. RABEL, « Unification du droit de la vente internationale, ses rapports avec les formulaires ou contrats types des divers commerces », in : *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert, Tome II – Instruments d'études du droit comparé*, Paris, Sirey-LGDJ, 1938, p. 688-703.

26 Voir notamment K. ZWIEGERT, « Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé) », RIDC, 1966, p. 5-18 ; K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, op. cit., p. 24, p. 34 et s.

- 27 B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, n° 1, 2005, p. 30.
- 28 Sur l'opposition entre les deux modèles, voir : G. PECES-BARBRA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, (préface André-Jean Arnaud), Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2004, p. 135
- 29 Sur la comparabilité des termes à comparer, voir L.-J. CONSTANTINESCO *Traité de droit comparé*, *op. cit.*, p. 59-119, p. 59.
- 30 É. ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, n° 32, 2000, p. 125.
- 31 Le droit de l'Union européenne et celui du Conseil de l'Europe présentent en effet « la parenté de constituer deux systèmes d'intégration juridique ». Voir L. DUBOIS, « Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne », in : *L'Europe et le droit*, Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Paris, Dalloz, 1991, p. 205-206.
- 32 US Supreme Court, *Whalen v. Roe*, 429 US 589 (1977).
- 33 Cour constitutionnelle fédérale allemande, BVerfGE 65, 1, *Volkszählung*, 15 décembre 1983.
- 34 Voir les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.
- 35 Voir par exemple : C.C., Décision n° 2020-841 QPC du 20 mai 2020 [La quadrature du net et autres], JORF, n° 0124 du 21 mai 2020, texte n° 97.
- 36 Sur ce point, voir US Supreme Court, *Katz v. United States*, 389 US 347 (1967).
- 37 S. WADDAMS, *Dimensions of Private Law. Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning*, Cambridge University Press, 2003, p. 1.
- 38 M. CUMYN, « La classification des catégories juridiques en droit comparé. Métaphores taxonomiques », *Revue du Notariat* [en ligne], vol. 110, n° 2, 2008, p. 14, DOI : [10.7202/1048906ar](https://doi.org/10.7202/1048906ar).
- 39 E. H. LEVI, « An Introduction to Legal Reasoning », *The University of Chicago Law Review*, vol. 15, 1948, p. 3.

## RÉSUMÉS

---



## Français

Cet article propose de retracer la méthodologie comparative utilisée dans le cadre du travail de thèse sur les droits et libertés du numérique comme droits fondamentaux en voie d'élaboration. Il s'agit de justifier l'opportunité du recours à la méthode comparative, de préciser les enjeux de la comparaison ainsi que ses apports. Tout d'abord, l'article met en lumière l'intérêt d'une recherche comparative s'agissant des droits et libertés du numérique. Bien que l'analyse du degré d'autonomie de ces droits eût été concevable dans l'ordre juridique français exclusivement, une telle recherche n'aurait présenté qu'un intérêt limité dans la mesure où l'objet de la recherche se rapporte au numérique qui a une dimension ubiquitaire. Ensuite, l'article fait état de la méthode et des enjeux de la comparaison. La comparaison voit ses modalités déterminées par les enjeux de la recherche qui consistent à démontrer l'autonomisation progressive des droits et libertés du numérique en France et aux États-Unis. Enfin sont présentés les apports de la comparaison. Cette dernière a notamment contribué à la réflexion sur la systématisation des droits et libertés du numérique en une nouvelle catégorie de droits fondamentaux.

## English

This article describes the comparative methodology used as part of a thesis on digital rights and freedoms as fundamental rights in the making. The aim is to justify the appropriateness of using the comparative method, and to explain what is at stake and what it can bring to the discussion. First of all, the article highlights the value of comparative research into digital rights and freedoms. An analysis of the degree of autonomy of these rights would have been conceivable exclusively in the French legal system. However, such a research work would have been of limited interest, insofar as the object of the research relates to digital ubiquitous dimension. The article goes on to describe the method and the challenges of this comparison effort. The modalities of the comparison are determined by the research challenges which demonstrate the progressive empowerment of digital rights and freedoms in both France and the United States. Finally, the contributions of the comparison are highlighted. In particular, it has contributed to the debate on the systematization of digital rights and freedoms into a new category of fundamental rights.

## INDEX

---

### Mots-clés

droits et libertés fondamentaux, numérique, droits et libertés du numérique, catégorie, classification des droits fondamentaux, autonomie, droit comparé

**Keywords**

fundamental rights and freedoms, digital, digital rights and freedoms, category, classification of fundamental rights, autonomy, comparative law

**AUTEUR**

---

**Rym Fassi-Fihri**

Maître de conférences à l'université de Limoges, membre de l'OMIJ, Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques (UR 14476), université de Limoges, membre associé du CERCCLÉ, Centre d'études et de recherches comparatives sur les constitutions, les Libertés et l'État (EA 7436), université de Bordeaux.

IDREF : <https://www.idref.fr/198723490>

# La distinction public-privé aux États-Unis et la tradition doctrinale du *legal process*

Mathilde Laporte

DOI : 10.35562/droit-public-compare.383

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

## PLAN

---

Présentation de la thèse  
Enjeux d'une recherche en droit comparé  
La mise en œuvre de la méthode culturelle  
L'intérêt de la méthode culturelle

## TEXTE

---

- 1 Cette thèse, soutenue en novembre 2020 à l'université Paris II Panthéon-Assas, est consacrée à la distinction public-privé aux États-Unis et à la tradition doctrinale du *legal process*. Elle était destinée à éclairer les origines, l'originalité, mais aussi la postérité d'un « courant doctrinal », le *legal process*, qui tire son nom du *casebook* éponyme de ses deux principaux membres : Henry M. Hart Jr. et Albert Sacks<sup>1</sup>. Comme les auteurs processualistes n'ont pas manifesté une volonté explicite de créer une école de pensée, mes travaux de recherche mettent en perspective les grandes œuvres que la doctrine américaine rattache habituellement au *legal process*, celles de Henry Hart Jr., Albert Sacks, Lon L. Fuller, Herbert Wechsler, John Hart Ely et Alexander Bickel (1.). La méthode choisie se rapproche de la méthode culturelle en droit comparé (2.).

## Présentation de la thèse

- 2 Ces recherches étaient justifiées par le constat qu'il existait très peu de littérature française qui était consacrée au processualisme, alors que celui-ci constitue un maillon de l'histoire de la pensée juridique américaine. En premier lieu, il se présente comme une transition

historique entre deux courants mieux connus en France, que sont le réalisme juridique et les *critical legal studies*. En second lieu, il prend la forme d'une troisième voie théorique entre la pensée juridique classique de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et le réalisme. Dans ses gènes, le *legal process* est en effet une réponse critique formulée par la communauté juridique de Harvard à l'encontre du réalisme juridique à la suite de la Seconde Guerre mondiale. Dans cette optique, la proposition processualiste nuance les critiques portées par les réalistes à l'encontre de la certitude et de la rationalité du droit. Il s'agit de tempérer la crainte que le droit soit posé par des acteurs irrationnels, qui seraient guidés par leurs caprices et non contraints par un droit au contenu ambigu. Leur projet consiste ainsi à défendre la rationalité du droit et son indépendance face à la politique partisane. Cette ambition est intimement liée à la *rule of law*, à la soumission de l'ensemble des individus – qu'ils soient gouvernés ou gouvernants – au droit. Les processualistes reprennent dès lors l'ambition des juristes classiques de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, celle de fonder un gouvernement du droit et non des hommes en limitant le pouvoir discrétionnaire des gouvernants et des juges. En parallèle, pourtant, les auteurs du *legal process* sont indéniablement les héritiers de la *sociological jurisprudence* et du réalisme. La critique du raisonnement déductif et de l'isolement du droit face à des considérations extrajuridiques a en effet emporté la conviction durable selon laquelle le droit était avant tout orienté vers la société. Dans une perspective proche, les processualistes présentent le droit comme un outil d'ordonnancement social, de mise en ordre de la société (*means of social ordering*). Ils font ainsi leur la conception instrumentale du droit : le droit est également un instrument de gouvernement à la disposition de l'État. Les processualistes synthétisent dès lors les propositions classique et réaliste à partir des années 1940.

- 3 Dans ce cadre, leurs travaux suivent une approche commune, qui s'articule autour de trois idées fortes. Premièrement, le juriste doit se concentrer sur les processus de formation et d'application du droit plutôt que sur le contenu de ce dernier. Les processualistes sont pragmatiques : le juriste doit comprendre comment les processus d'élaboration et d'application du droit sont liés les uns aux autres. Il les examine, les perfectionne et les utilise pour répondre

efficacement aux attentes sociales. Deuxièmement, les acteurs doivent respecter les contraintes qui pèsent sur leur raisonnement et leur processus décisionnel. Ils sont soumis à une intégrité procédurale, qui leur impose de suivre les préceptes de la raison pour élaborer un droit de qualité, qui soit capable de répondre aux aspirations sociales (*reasoned decision-making*). Troisièmement et enfin, les processualistes proposent une méthode pour répondre aux différends nés de la vie en société : il serait possible de classer les questions et conflits sociaux ; puis de les résoudre, en les aiguillant vers l'institution la plus compétente. Cette méthode suppose de comparer les avantages et les défauts des différentes options institutionnelles disponibles, pour arbitrer entre les acteurs juridiques qu'ils soient publics ou privés. Selon les processualistes, cette méthode présente deux principaux avantages. D'une part, elle est utilitariste : elle est censée garantir l'adoption d'un droit qui « maximise la satisfaction » des besoins et désirs sociaux<sup>2</sup>. D'autre part, cette méthode protégerait la nature démocratique du régime américain : les individus sont invités à participer à l'ensemble des processus décisionnels pour défendre leurs intérêts. Le pluralisme assure la qualité de la décision adoptée.

- 4 Pour expliquer la perspective processualiste, j'ai fait deux choix.
- 5 Le premier a consisté à la replacer dans une histoire plus générale de la pensée juridique américaine, parce que le *legal process* se présente comme une synthèse de certaines propositions de la pensée classique et du réalisme. Mais, plus encore, l'examen de la pensée juridique américaine atteste d'une maturation progressive de la manière de penser en juriste, de l'enracinement progressif des théories dans la culture juridique, malgré les ruptures et les discontinuités suggérées par les théories critiques, au premier rang desquelles figurent le réalisme et les *critical legal studies*. Les débats doctrinaux ne conduisent pas à des tables rases répétées, mais à la construction d'un socle culturel et juridique partagé. Les juristes s'appuient sur celui-ci, souvent de manière instinctive, pour faire le droit et le penser. Par exemple, la méthode des cas (*case method*) du professeur de droit privé de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle Christopher C. Langdell a été profondément critiquée par les réalistes dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, pour son incapacité à rendre compte du raisonnement juridictionnel effectivement suivi. La

complétude du droit et la méthode déductive apparaissaient en effet grandement illusoires aux yeux de la pensée réaliste. Pourtant, cette critique frontale du raisonnement formaliste déductif n'a pas emporté la disparition de cette méthode ; elle a plutôt été modernisée, de sorte qu'il est aujourd'hui admis qu'il convient d'expliquer le raisonnement du juge en prenant également appui sur des éléments extrajuridiques, au sens où pouvait l'entendre Langdell<sup>3</sup>. Il s'agit ainsi bien d'affiner la présentation orthodoxe du raisonnement juridique en conséquence de ces chocs exogènes<sup>4</sup>.

- 6 Mon second choix a consisté à étudier le *legal process* en le confrontant à la définition doctrinale de la distinction public-privé aux États-Unis. L'objectif est d'expliquer pourquoi la doctrine définit aujourd'hui principalement le droit comme un outil d'ordonnancement social, en insistant sur la collaboration entre les acteurs privés et publics pour la production du droit. Tracer la frontière entre l'action publique et le champ d'autonomie des personnes privées suppose d'opérer un choix stratégique, qui ne dépend plus d'une concurrence entre les acteurs. Leur collaboration harmonieuse dans le cadre de la gouvernance est supposée permettre d'ajuster les intérêts en concurrence et d'adopter des règles de droit répondant aux objectifs sociaux. Nos conclusions proposent d'expliquer cet état actuel de la pensée juridique en examinant l'histoire de la critique de la distinction public-privé libérale, telle qu'elle était pensée à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. En effet, la proposition du *legal process*, qui a influencé la manière actuelle de définir le droit comme un moyen d'ordonnancement social, pouvait apparaître, de prime abord, contre-intuitive dans un système politique libéral. Les processualistes ambitionnent en effet de définir le champ d'action des institutions publiques et des acteurs privés, non plus en fonction du souci de protéger les droits de l'individu face à l'État, mais seulement dans l'optique d'adopter un droit efficace pour répondre aux besoins sociaux. Ils aiguillent donc les différends socio-économiques vers le *forum* décisionnel le plus adapté ; ce qui revient à comparer sur un même plan analytique, par exemple, le recours au contrat de droit privé, l'emploi de la législation ou la délégation législative de compétences à des agences administratives. Il n'est donc pas question de protéger l'autonomie des individus en

insistant sur la garantie principielle des droits individuels face à l'État. Le projet consiste davantage à arbitrer entre des options institutionnelles comparables, pour des raisons tenant à l'efficacité du droit. Il n'existe donc pas de préférence initiale à la faveur de l'autonomie individuelle ou de l'interventionnisme étatique. En ce sens, le *legal process* prend partiellement la forme d'une remise en cause du discours libéral classique de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Cette proposition théorique se comprend à la lumière du tournant qui se produit à partir des années 1920 en doctrine, avec les réalistes américains : ces derniers insistent sur l'utilité et la finalité sociales du droit, en considérant que l'État peut modeler l'ensemble des règles de droit pour réaliser ses ambitions.

- 7 Cette définition du droit s'inscrit en rupture avec une manière traditionnelle d'envisager la protection de l'autonomie de l'individu face à l'État, qui semble assez éloignée et étrangère à notre manière de concevoir ces questions en France. Aux États-Unis, au XIX<sup>e</sup> siècle, le juge ne représente traditionnellement pas l'État ; il garantit les droits prépolitiques et naturels de l'individu face au pouvoir public, sans que la décision de justice ne représente la contrainte publique. Par exemple, quand le juge contrôle que les lois respectent la liberté contractuelle, il limite strictement l'intervention de l'État pour protéger l'autonomie privée, sans que son raisonnement soit perçu comme politique. En effet, pour définir le sens de la liberté contractuelle, le juge prend appui sur la *common law* qui autorise les parties à définir le contenu de leur contrat de droit privé. Le juge emploie le raisonnement déductif et applique les grands principes du droit privé, sans opter pour la solution qu'il pense être la plus pertinente face aux objectifs du gouvernement. Le juge peut dès lors déclarer que les lois qui contreviennent à l'autonomie individuelle sont inconstitutionnelles, sans participer lui-même à la contrainte politique<sup>5</sup>. Cette idée a été largement remise en cause dans les premières décennies du XX<sup>e</sup> siècle. Les réalistes affirment alors que le juge représente l'État lorsqu'il détermine, par exemple, quels contrats doivent être exécutés. Le juge définit de manière discrétionnaire quel est le champ de l'autonomie de l'individu face à l'État. La liberté contractuelle n'est donc pas prépolitique, mais concédée par l'État. La manière de dissocier la sphère d'action des personnes privées et celle du pouvoir public dépend d'un choix

politique volontariste ; que celui-ci soit l'œuvre du juge ou du législateur. Au-delà du dualisme entre le droit privé et le droit public, le droit est, dans son ensemble, un instrument de gouvernement.

- 8 Cette évolution constitue les prémisses de la méthode processualiste. Cette analyse est ainsi explicative de certaines tendances de la doctrine américaine.
- 9 En premier lieu, elle contribue à expliquer l'importance que revêt le droit en action dans la pensée juridique américaine contemporaine : le droit est un outil de mise en ordre la société, destiné à répondre aux besoins sociaux. Par exemple, l'analyse économique du droit portée entre autres par Richard Posner entretient une certaine proximité avec le *legal process*. Ce sont des discours instrumentaux sur le droit, qui sont les héritiers du réalisme juridique. En ce sens, l'analyse économique du droit tire profit de l'ouverture du droit sur les sciences sociales et prend partiellement appui sur la doctrine de la compétence institutionnelle du *legal process*, qui a contribué à populariser l'instrumentalisme et la comparaison institutionnelle au sein des écoles de droit<sup>6</sup>. À rebours des processualistes pourtant, Richard Posner insiste sur l'incapacité du droit à fournir des réponses objectives et rationnelles aux conflits sociaux. La science économique devient dès lors une aide pour élaborer les règles juridiques<sup>7</sup>.
- 10 En deuxième lieu, cette évolution témoigne de la manière dont la doctrine a participé à légitimer et à justifier l'interventionnisme étatique croissant depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. L'histoire de la défense, de la critique, puis du dépassement de la distinction public-privé libérale retranscrit un discours doctrinal sur l'État aux États-Unis, qui se décompose en trois temps : l'État libéral, l'État providence et l'État pluraliste.
- 11 Premièrement, l'État libéral de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle est marqué par une dissociation franche des sphères privée et publique, et par l'idée que le pouvoir public doit avant tout respecter les libertés individuelles. Le règne du droit et non des hommes suppose que celui-ci s'applique de manière égale à tous les citoyens, indépendamment de leurs situations subjectives. L'intervention de l'État répond aux standards constitutionnels seulement si celui-ci démontre un intérêt public et que les moyens qu'il met en œuvre sont strictement en adéquation avec la finalité poursuivie<sup>8</sup>. Le dualisme du droit privé et du droit



public est utile pour le juge, qui peut contrôler strictement l'intervention de l'État dans les relations individuelles, sans que sa décision soit perçue comme motivée par des considérations politiques. Le droit privé est en effet largement présenté par la doctrine comme étant rationnel et indépendant de l'État, parce qu'il est principalement produit par la *common law* au niveau des juridictions des États fédérés. C'est pourquoi la doctrine est réticente à admettre que l'État puisse modifier l'ensemble des règles de droit pour régir les relations entre les personnes privées pour atteindre ses objectifs politiques : le droit privé dispose de sa propre rationalité, émancipé des politiques étatiques volontaristes. Il fait dès lors partie de l'un des fondements apolitiques au soutien de la protection de certaines libertés individuelles, comme la liberté contractuelle et le droit de propriété.

- 12 Deuxièmement, les premières décennies du xx<sup>e</sup> siècle attestent de la naissance de la figure de l'État providence, qui se caractérise par l'omniprésence de l'État dans la sphère privée. La critique du contrat et de la propriété signifie à l'époque que l'État structure toujours les rapports sociaux, en posant le cadre juridique des interactions privées. Comme l'État intervient déjà dans le cadre de l'économie de marché, il peut aussi agir dans un but de protection sociale. Cette option dépend d'un choix politique. Dans cette optique, le droit privé n'est plus dissocié du droit public. La doctrine insiste plutôt sur leur nature commune : ils sont tous les deux présentés comme étant à la disposition de l'État. Le droit est en effet, dans son ensemble, un instrument de gouvernement. Cette remise en cause de la pertinence du dualisme classique entre le droit privé et le droit public par la doctrine américaine a permis à la fois de légitimer et de renforcer l'action de l'État.
- 13 Troisièmement, les processualistes dépassent le dualisme entre le droit privé et le droit public, parce qu'ils conçoivent le droit comme un outil de mise en ordre de la société. L'État pluraliste prend forme sous leur plume au milieu du xx<sup>e</sup> siècle. Ce dernier désigne deux phénomènes. D'une part, il est demandé à l'État d'organiser le jeu des intérêts et le débat entre les personnes intéressées par la prise de décision. Les individus sont appelés à concourir à la formation de la règle de droit, peu importe le processus décisionnel suivi. L'interaction continue entre les acteurs privés et publics est censée

garantir un droit efficace, ce qui témoigne de l'émergence d'une nouvelle manière de gouverner, la gouvernance. D'autre part, les processualistes accordent une attention particulière au pluralisme institutionnel au sein de l'État. Ils évoquent la richesse de l'étude des différents foyers de normativité. Ce choix implique de se décentrer de la seule étude de l'État. Par exemple, pour Fuller, il convient de comprendre comment l'ensemble des acteurs interagissent et la manière dont le droit naît spontanément de la vie en société<sup>9</sup>. Ces développements nous montrent que ce n'est pas l'État en tant que tel qui est craint aux États-Unis, mais une manière de gouverner qui serait excessivement centralisatrice au risque de menacer les fondements même de l'autonomie des personnes privées.

## Enjeux d'une recherche en droit comparé

- 14 Plusieurs enjeux de droit comparé se sont posés dans le cadre de mes recherches. Ils recoupent des questions relatives à la méthode choisie, qui se rapproche de la méthode dite culturelle et à l'ambition d'une thèse en la matière.
- 15 La première difficulté à laquelle j'ai fait face, lorsque je me suis inscrite en thèse, était évidemment d'en définir le sujet. Voulais-je faire une thèse de droit comparé ? de droit étranger ? est-ce le même exercice ? J'ai alors opté pour une thèse de « droit étranger ». Le projet de cette thèse n'avait en effet pas, *a priori*, de dimension comparatiste à proprement parler : il n'était pas question de rapprocher la France des États-Unis, en s'intéressant à de potentielles différences ou similitudes entre ces systèmes juridiques. L'objet principal était de présenter la recherche pour ce qu'elle est, pour ce qu'elle nous apprend d'un système étranger. L'étude de la doctrine américaine présentait le mérite de révéler certaines grandes tendances du droit public américain, du fait de la grande proximité qui existe, aux États-Unis, entre la doctrine et la jurisprudence. C'est pourquoi j'ai choisi de mettre en perspective l'évolution de la doctrine juridique américaine avec l'étude de mécanismes juridiques de droit positif (comme les pouvoirs de police, l'expropriation, ou encore la garantie juridictionnelle des contrats de droit privé). Mon ambition était celle de rendre compte de la façon dont la doctrine a

progressivement défini le droit comme un outil d'ordonnancement social (*means of social ordering*).

- 16 Cette démarche complète ainsi le fonds de recherche en droit étranger et participe à la compréhension de la culture juridique américaine<sup>10</sup>. Étudier un droit étranger pour ce qu'il est fait ainsi état d'une préférence pour la méthode « culturelle », selon la typologie des méthodes de droit comparé présentée par Marie-Claire Ponthereau<sup>11</sup>. Cette méthode a permis de construire la problématique de cette thèse, en dépassant certains *a priori* sur le système américain.

## La mise en œuvre de la méthode culturelle

- 17 La méthode culturelle a été privilégiée à deux niveaux principaux.
- 18 En premier lieu, mes recherches éclairent certaines représentations intellectuelles qui sont à l'œuvre dès lors que les acteurs pensent et disent le droit. Elles permettent de sonder ce fond culturel pour éclairer l'origine, la signification, mais aussi la particularité de certains lieux communs et cadres de pensée familiers à la communauté juridique américaine. Ce constat peut être fait tant pour le *legal process* que pour la distinction public-privé.
- 19 D'une part, le *legal process* ne se résume pas à un courant doctrinal identifié, qui serait tombé en désuétude du fait de la critique forte que la doctrine postérieure lui a adressée, comme les *critical legal studies* et Ronald Dworkin. Cette désuétude n'est pas négligeable, parce que le *legal process*, entendu comme un courant doctrinal, a certainement vieilli et a fait l'objet d'une forme de marginalisation à l'université. Pourtant, la perspective processualiste sur le droit s'est fondue dans la pensée juridique américaine et la manière contemporaine de concevoir le droit public. La manière de penser en juriste s'est formée par couches successives, de sorte que l'influence du *legal process* se situe au sein d'un environnement intellectuel pluraliste. La méthode processualiste reste en ce sens pertinente pour montrer comment, par exemple, les relations entre le juge, les agences administratives et le législateur se sont nouées au niveau fédéral depuis le milieu du xx<sup>e</sup> siècle. C'est la raison pour

laquelle le *legal process* peut être qualifié de tradition doctrinale, certaines idées processualistes (comme la rationalité procédurale de la décision ou la doctrine de la compétence institutionnelle) étant devenues habituelles et ordinaires dans le paysage juridique américain.

- 20 D'autre part, la distinction public-privé charrie également, avec elle, un ensemble de représentations qui sont révélatrices d'une pensée doctrinale de l'État aux États-Unis. En effet, la distinction entre le droit privé et le droit public ne se limite pas à une distinction disciplinaire. Elle fait aussi état d'une différence d'esprit entre eux : le droit privé serait le droit de la liberté individuelle ; le droit public celui de l'autorité de l'État. La doctrine va donc parfois considérer que l'immixtion croissante de l'État dans les relations entre les individus, par l'adoption de normes impératives, est la manifestation d'une « publicisation » du droit privé. De manière assez surprenante pour un juriste français, certains mécanismes de droit privé sont ainsi parfois théoriquement rattachés au droit public, leur fonctionnement dépendant d'une décision étatique qui s'impose au contrat de droit privé – que cette décision soit celle du juge, du législateur ou des agences administratives. Par exemple, l'*unconscionability* est un standard utilisé par le juge pour contrôler le caractère déraisonnable des accords entre personnes privées. Certains vont considérer que ce contrôle est la preuve d'une interférence de l'État en droit privé : les juges imposent en effet un standard extérieur aux individus, en leur adressant des contraintes auxquelles ils n'ont pas consenti. Ces auteurs critiquent en ce sens l'autonomie et la rationalité interne propre du droit privé : il est question, en révélant cette influence de l'État, de montrer que le privé est politique et que dans son ensemble, le droit est un instrument de gouvernement. D'autres, au contraire, continuent de protéger l'autonomie du droit privé en souhaitant canaliser l'ingérence de l'État dans les relations privées ; le standard de l'*unconscionability* est ainsi cette fois-ci présenté comme protecteur de l'autonomie individuelle. Le caractère déraisonnable de l'accord démontrerait une absence de consentement véritable de l'une des parties au contrat, de sorte qu'il n'y aurait, *in fine*, aucun contrat à exécuter. Le juge se bornerait dès lors à tirer les conséquences du comportement des parties, sans que son contrôle ne mette en œuvre des politiques publiques destinées à lutter contre

le déséquilibre du pouvoir de négociation contractuelle (*unequal bargaining power*). Cette manière d'ordonner les règles de droit, en les associant théoriquement au droit privé ou au droit public, illustre la manière dont la doctrine conçoit les relations entre l'État et les personnes privées, ainsi que le rôle approprié du premier.

- 21 En second lieu, cette immersion dans la culture juridique américaine n'avait pas pour vocation première de systématiquement faire œuvre de comparaison avec le cadre français. Une affinité existe entre cette méthode et certains choix méthodologiques et rédactionnels que j'ai faits. Premièrement, j'ai d'abord travaillé exclusivement sur des sources américaines originales, en langue anglaise. Pour retracer une histoire de la pensée juridique, il était en effet important de s'immerger dans la manière dont les juristes américains rendent compte du droit et du raisonnement juridique. Il s'agissait de suivre l'évolution de l'utilisation de certains concepts et notions juridiques, sans dépendre d'une traduction proposée par des lecteurs français. Deuxièmement, je n'ai pas traduit certaines notions ; ou, ai parfois préféré exclure certaines traductions, afin d'éviter qu'un lecteur français projette un lot de représentations spécifiques à la France en lisant une thèse pourtant consacrée à un système juridique étranger.
- 22 Certains intraduisibles témoignent, tout d'abord, de cette démarche culturelle. Quatre exemples l'illustrent : l'*adjudication*, le *due process*, la *consideration* et l'*enforcement*. Tout d'abord, j'ai choisi de ne pas traduire « *adjudication* » par « fonction juridictionnelle », parce que la notion anglo-américaine fait à la fois référence à la fonction juridictionnelle et au processus de décision suivi. Ce terme désigne l'activité consistant à trancher des différends individuels, en argumentant juridiquement et en motivant la décision. Ensuite, la notion de « *due process* », centrale en droit constitutionnel américain, désigne l'ensemble des garanties dues à l'individu en application du droit. Elle recouvre à la fois les garanties procédurales, principalement liées au respect des procédures de décision et au droit d'accès à un juge (*procedural due process*) et les garanties substantielles des droits individuels (*substantive due process*). Les citoyens ne peuvent pas être privés de leur vie, de leur liberté et de leur propriété sans « *due process of law*<sup>12</sup> ». Cette notion véhicule ainsi un projet politique libéral de « protection de l'être humain face au pouvoir organisé<sup>13</sup> ». Certaines traductions peuvent certes être

envisagées, comme les « garanties dues par le droit ». Elles présentent cependant l'inconvénient de ne pas restituer, à elles seules, la spécificité de la clause du *due process* et son histoire intimement liée à l'activisme de la Cour suprême<sup>14</sup>. Enfin, certains intraduisibles sont également présents en droit privé, comme la *consideration* et l'*enforcement*. La *consideration* est une condition essentielle à la formation du contrat de droit privé. Elle se distingue de l'ancienne exigence de « cause » en droit français. En *common law*, la *consideration* suppose un effort de négociation et de marchandage entre les parties, de sorte que chacun doit donner quelque chose en échange de la promesse formulée<sup>15</sup>. Quant à l'*enforcement*, il décrit l'exécution du contrat par les juridictions, qui octroient à l'accord privé une force obligatoire. Cette notion est difficilement traduisible, parce qu'elle désigne l'exercice de la force « autorisée, une force qui se justifie ou qui est justifiée à s'appliquer » pour exécuter un accord privé<sup>16</sup> – idée que la traduction française d'exécution juridictionnelle du contrat ne permet pas de retranscrire précisément.

- 23 J'ai arbitré, ensuite, en faveur de certaines traductions qui sont destinées à éviter un contresens, qui pourrait naître d'une identification intuitive entre les cadres intellectuels français et américain. Tout d'abord, il est communément admis que le *rule of law* ne peut pas se comprendre dans les termes de la distinction classique entre l'État de droit et l'État de police que l'on retrouve chez Carré-de-Malberg, avec sa théorie de l'autolimitation de l'État par le droit. La primauté du droit fait plutôt écho au pouvoir du droit, auquel sont soumis les citoyens et les dirigeants. La soumission au droit est source de liberté, car l'individu libre est celui qui n'est pas soumis au pouvoir arbitraire d'un autre, mais à un droit prévisible et impersonnel. Le « règne du droit » ou la « prééminence du droit » permettent ainsi de marquer cette différence culturelle importante entre la France et le monde anglo-américain. Ensuite, pour évoquer l'État ou les manifestations de sa volonté, j'ai fait deux choix. Le premier a consisté à délaissier la notion de « puissance publique » qui retranscrit, pour le lecteur français, un ensemble de représentations culturelles très liées à l'histoire française du droit administratif. La notion privilégiée ici de « pouvoir public » permet ainsi de montrer que les juristes américains n'ont pas notre culture de l'État et qu'il

n'est pas question de reconnaître une « puissance publique » en tant que telle<sup>17</sup>. Dans la continuité de ce premier point, mon second choix a consisté à concevoir l'État dans son opposition au pouvoir privé et à comprendre comment se manifeste l'État par l'examen de processus de gouvernement, c'est-à-dire des différentes manières de gouverner la collectivité et d'organiser la *res publica*. L'État est ainsi représenté par les différentes autorités publiques normatives distinctes des acteurs privés, qui disposent du monopole de la contrainte collective et d'un appareil suffisant à réaliser leurs prétentions, selon des formes impersonnelles. Les juristes américains passent ainsi très souvent sous silence la souveraineté, lorsqu'ils évoquent l'État en l'accompagnant d'une épithète : l'État libéral (*liberal state*), l'État administratif (*administrative state*), l'État providence (*welfare state*) ou encore l'État régulateur (*regulatory state*) ont tous trait à un type particulier de relations qui unissent l'individu au pouvoir public.

## L'intérêt de la méthode culturelle

- 24 Cette approche culturelle a présenté l'intérêt de dépasser certains lieux communs, concernant notamment la distinction public-privé, qui pouvait être intuitivement perçue comme insignifiante aux États-Unis. Cette méthode permet ainsi de procéder plus explicitement à une comparaison ultérieure entre les systèmes juridiques, pour en révéler les points communs et les différences.
- 25 Certaines similitudes existent ainsi entre la France et les États-Unis à propos de l'opposition entre le droit privé et le droit public. Certes, des différences nettes ne peuvent pas être ignorées ; il n'existe pas, aux États-Unis, de dualisme juridictionnel et l'État n'est pas compris en des termes similaires à la France. Cependant, plusieurs similitudes méritent d'être notées. Une distinction disciplinaire semblable, à l'exception du droit pénal, peut être constatée. Mais, plus encore, le droit privé et le droit public sont marqués par une philosophie différente<sup>18</sup> : le droit privé est celui de l'autonomie et de la liberté de l'individu ; le droit public celui de l'autorité de l'État et de l'unilatéralité<sup>19</sup>. Dans ce cadre, la question de la « publicisation » du droit privé devient un enjeu en doctrine dans les premières décennies du xx<sup>e</sup> siècle : une règle va relever théoriquement du droit public si l'État a participé à son édicition, qu'elle représente une

contrainte définie par l'État et qu'elle est imposée aux personnes privées dans un souci de protection des intérêts de la communauté. Lorsque le pouvoir public étend son emprise sur les relations privées, la doctrine américaine a donc tendance à y voir la manifestation d'une « publicisation » du droit privé. Le réaliste américain Morris Cohen décrit alors le droit privé des contrats comme une « branche subsidiaire<sup>20</sup> » du droit public dans les années 1930 : il appartient aux parties de déclencher le pouvoir coercitif de l'État lorsqu'elles demandent l'exécution juridictionnelle du contrat. Sans l'intervention du juge, l'accord entre les parties n'aurait aucune force juridique obligatoire<sup>21</sup>. De la même manière, Leon Green qualifie le droit de la responsabilité délictuelle de « droit public déguisé<sup>22</sup> » (*public law in disguise*). Pour déterminer l'existence d'un *duty of care*<sup>23</sup>, le juge doit en effet mettre en balance différents intérêts sociaux et politiques « en dehors et au-delà des intérêts des parties aux litiges<sup>24</sup> », c'est-à-dire en prenant en considération les intérêts de la communauté. En France, le dualisme du droit privé et du droit public a aussi pu se comprendre en fonction d'une perception de la place et du rôle de l'État dans les relations individuelles. Benoît Plessix remarque ainsi qu'une partie des privatistes conservateurs ont, à la suite de la Seconde Guerre mondiale, pris note d'une « fusion-absorption du droit privé par le droit public » du fait du développement de la législation applicable aux relations privées<sup>25</sup>. C'est pourquoi, René Savatier, dans le contexte de l'essor de l'État providence, exprime à l'époque ses inquiétudes face à la publicisation du droit privé et à la soumission croissante de l'individuel au collectif<sup>26</sup>. Il dénonce l'emprise croissante de règles impératives sur les relations individuelles. De la même manière, Georges Ripert fait du droit public, comme outre-Atlantique, un droit extérieur aux particuliers en 1949. Remarquant l'accroissement des règles juridiques protectrices des travailleurs placés dans une situation de faiblesse et d'inégalité, Ripert écrit :

« Pour protéger les uns et désarmer les autres, il faut nécessairement faire appel à une force supérieure à tous. Cette force ne peut être que celle de l'État. Si elle intervient dans les rapports privés entre les hommes, le droit privé cède le pas aux règles de droit public. La publicisation est le moyen de rendre le droit social<sup>27</sup>. »



- 26 La méthode culturelle a ainsi permis de mettre au jour, *a posteriori*, des préoccupations communes entre les doctrines française et américaine, par un dépassement de l'idée selon laquelle la *summa divisio* entre le droit privé et le droit public serait secondaire aux États-Unis.

## NOTES

---

- 1 H. M. HART JR. et A. SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, The Foundation Press, Westbury, New York, 1994.
- 2 La formulation de ce principe est très claire dans H. M. HART JR. and A. SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, *op. cit.*, p. 104.
- 3 Richard Posner, l'un des fondateurs de l'analyse économique du droit, tend ainsi à expliquer les décisions du juge par des critères de rationalité économique, alors que les penseurs des *critical legal studies* insistent davantage sur l'idéologie et les biais politiques des juges. En ce sens, voir notamment B. LEITER, « Legal Realism, Old and New », *Valparaiso University Law Review*, 2014, vol. 47, n° 4, p. 949-963, p. 954.
- 4 Sur ce point, voir notamment G. E. WHITE, « The Inevitability of Critical Legal Studies », *Stanford Law Review*, 1984, vol. 36, n° 1 & 2, p. 649-672, p. 650.
- 5 C'est notamment le cas de la célèbre décision *Lochner*, dans laquelle la Cour suprême fédérale déclare inconstitutionnelle une loi de l'État de New York qui réglementait le temps de travail des boulangers, voir *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905).
- 6 En ce sens, voir notamment W. ESKRIDGE JR. et P. FRICKEY, « An Historical and Critical Introduction to The Legal Process », in : H. M. HART JR et A. SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, W. ESKRIDGE JR et P. FRICKEY (dir.), The Foundation Press, Westbury, New York, 1994, p. 51-136, p. 122-123.
- 7 En ce sens, voir notamment R. A. POSNER, *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, 1997, p. 34 et s.
- 8 La Cour suprême a renforcé le contrôle de constitutionnalité des mesures de police ; voir par exemple les décisions *Lawton v. Steele* (152 US 133 (1894)) et *Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Co. v. Minnesota*, 134

US 418 (1890). Dans la continuité de cette évolution, la Cour suprême contrôle strictement la finalité de la loi qui réglementait le temps de travail en boulangerie puis l'adéquation des moyens employés aux finalités poursuivies dans la décision *Lochner v. New-York*, 198 US 45 (1905). Cet arrêt a donné son nom à l'ère *Lochner*, pendant laquelle les juridictions contrôlaient strictement les lois, et notamment celles protectrices des travailleurs, sans pour autant les déclarer systématiquement inconstitutionnelles. L'ère *Lochner* a duré quarante ans. Elle s'étend de la décision *Allgeyer v. Louisiana*, 165 US 578 (1897), à la décision *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 US 379 (1937).

9 Ces considérations sont présentes dans l'ensemble des contributions de Lon Fuller relatives à l'eunomie (*eunomics*), c'est-à-dire « la science, la théorie ou l'étude du bon ordre et des agencements sociaux réalisables », voir L. L. FULLER, « American Legal Philosophy at Mid-Century – A Review of Edwin W. Patterson's *Jurisprudence, Men and Ideas of the Law* », *Journal of Legal Education*, 1953, vol. 6, n° 4, p. 457-485, p. 477. Ce projet est au cœur de la moralité interne du droit, que Fuller détaille notamment dans L. L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964 et dans L. L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart », *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, 1958, p. 630-672.

10 Dans le même sens, M.-C. PONTTHOREAU fait état des « structures profondes de la rationalité juridique selon lesquelles un juriste ne raisonne pas de la même manière suivant son appartenance au monde de la *common law* ou au monde du *civil law* », voir M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, coll. « Corpus droit public », 2<sup>e</sup> édition, 2021, p. 130.

11 Sur ce point, voir *Ibid.*, p. 69 et s.

12 Cinquième et quatorzième amendements de la Constitution fédérale.

13 En ce sens, voir E. ZOLLER, « *Due Process of Law* et principes généraux du droit », in : *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 235-247 p. 237.

14 La clause du *due process* a en effet servi de fondement à l'activisme de la Cour suprême sous l'ère *Lochner*, de sorte que celle-ci a par la suite été plus mesurée dans l'application du *due process*, comme en atteste la jurisprudence de la Cour relative à la protection du droit au respect de la vie privée (*right to privacy*). La Cour l'a fondé, dans un premier temps dans la décision *Griswold v. Connecticut* (381 US 479, 1965), sur divers

amendements de la Constitution des États-Unis, qui le garantiraient dans leur « pénombre » ; avant de le faire explicitement sur la base du *due process* dans la décision *Roe v. Wade* (410 US 113, 1973). Sur ce point, voir notamment M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 1<sup>re</sup> édition, 2018, p. 34 et s.

15 Sur ce point, voir notamment P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, 14<sup>e</sup> édition, 2017, p. 292 ; B. BIX, *Contract Law: Rules, Theory and Context*, Cambridge University Press, University of Minnesota, 2012, p. 32-33.

16 J. DERRIDA, *Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité »*, Galilée, 1994, p. 17 et s.

17 Je remercie sur ce point Maud Michaut pour nos nombreux échanges pendant la rédaction de nos thèses. Pour la présentation de cette idée, voir M. MICHAUT, *L'État administratif aux États-Unis*, thèse de doctorat, université Paris II Panthéon-Assas, 2021, p. 69 et s.

18 En ce sens, voir notamment B. PLESSIX, *Droit administratif*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 657-658.

19 En ce sens, voir notamment D. TRUCHET, *Le droit public*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4<sup>e</sup> édition, 2018, p. 20.

20 M. COHEN, « The Basis of Contract », *Harvard Law Review*, 1933, vol. 46, no 4, p. 553-592.

21 M. COHEN, « The Basis of Contract », *Harvard Law Review*, 1933, vol. 46, no 4, p. 553-592, notamment p. 556.

22 L. GREEN, « Tort Law Public Law in Disguise: I », *Texas Law Review*, 1959-1960, vol. 38, no 1, p. 1-13; L. GREEN, « Tort Law Public Law in Disguise: II », *Texas Law Review*, 1959-1960, vol. 38, no 3, p. 257-269.

23 Le demandeur doit prouver le lien de causalité (*causation*), l'existence d'un devoir de diligence ou de vigilance auquel le défendeur est soumis (*duty of care*), la violation de ce devoir, la pertinence et la possibilité de réparer le préjudice (*remedy*).

24 L. GREEN, « Tort Law Public Law in Disguise: I », *op. cit.*, 2.

25 B. PLESSIX, *Le droit public*, Que sais-je ?, 2022, p. 5 : « Les nationalisations et les planifications de la Libération, les nécessités de la reconstruction et du développement économique et le développement de législations moins individualistes firent redouter l'avènement d'un socialisme [...], au point

d'oublier que, même dans une démocratie libérale, l'État est toujours le créateur et le gardien de toutes les règles de droit ».

26 Le droit privé devenait alors un moyen de protéger l'autonomie individuelle. En ce sens, voir O. BEAUD, « La distinction entre droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques », in : J.-B. AUBY et M. FREEDLAND (dir.), *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, Paris, LGDJ, éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 29-46, p. 30 et s. Sur ce point, voir R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 1945.

27 G. RIPERT, *Le Déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris, LGDJ, 1949, p. 39. Plus généralement, voir le chapitre II, « Tout devient droit public », p. 37-66.

## RÉSUMÉS

---

### Français

La tradition doctrinale du *legal process* est centrale dans la pensée juridique américaine, parce qu'elle représente une proposition intermédiaire, en réunissant certaines intuitions de la pensée juridique classique et du réalisme. Plus spécifiquement, dès lors qu'elle est comprise au travers de la distinction public-privé, l'école du *legal process* peut se donner à voir comme une tentative, celle de construire une théorie de la gouvernance par le droit, en dépassant la manière traditionnelle d'envisager cette opposition. Cet article met en perspective les principales conclusions de cette thèse et justifie l'emploi fait de la méthode culturelle en droit comparé. Bien que l'objectif n'ait pas été de comparer les États-Unis et la France, ce travail offre rétrospectivement une analyse comparatiste, en montrant que la distinction entre le droit privé et le droit public est partiellement similaire entre ces deux systèmes et toujours instructive, dès lors qu'il s'agit de mettre en lumière le rôle qui incombe à l'État dans toute société politique libérale.

### English

The Legal Process tradition is central in American jurisprudence, because it offers a middle path between classical legal thought and legal realism. More specifically, understood through the public-private divide, the legal process school appears as an attempt to build a governance theory, going over the historical understanding of this divide. This paper explains the main conclusions of this thesis and justifies why the cultural approach in comparative law is here relevant. Although the objective was not strictly to compare the United States and France, this work offers a retrospective comparative analysis, by showing that the distinction between

public law and private law is partly similar and always instructive when it comes to highlighting the role the state has to play in every liberal political society.

## INDEX

---

### Mots-clés

legal process, méthode culturelle, droit public comparé, distinction public-privé

### Keywords

legal process, cultural method, comparative public law, public-private divide

## AUTEUR

---

### Mathilde Laporte

Professeur de droit public, université de Pau et des Pays de l'Adour, E2S UPPA, CDRE, Bayonne

IDREF : <https://www.idref.fr/183436660>

HAL : <https://cv.archives-ouvertes.fr/1150958>

# L'État administratif aux États-Unis

## Étudier un droit administratif étranger

**Maud Michaut**

**DOI :** 10.35562/droit-public-compare.391

**Droits d'auteur**  
CC BY-SA 4.0

### PLAN

---

1. Une étude de droit étranger
  - 1.1. La connaissance d'un système juridique étranger en et pour lui-même
  - 1.2. Le droit étranger envisagé du point de vue du droit national
2. Une étude de droit administratif étranger
  - 2.1. L'intérêt de l'étude du droit administratif pour la compréhension du système de gouvernement américain
  - 2.2. L'appréhension renouvelée et critique du droit administratif français

### TEXTE

---

- 1 Ma thèse, qui s'intitule *L'État administratif aux États-Unis*, est une étude du droit administratif chevraméricain. Avant d'essayer d'expliquer pourquoi et comment j'ai mobilisé le droit étranger dans cette recherche, je voudrais revenir en introduction sur la question générale qui a guidé ce travail, ainsi que sur les résultats auxquels je suis parvenue.
- 2 Le point de départ était le constat d'une certaine réticence aux États-Unis à parler d'« État » pour décrire le gouvernement fédéral<sup>1</sup>. En particulier, il a toujours paru difficile de considérer que le gouvernement fédéral répondait aux conditions théoriques auxquelles les juristes, notamment français, avaient soumis la reconnaissance d'un État<sup>2</sup>. Néanmoins, alors qu'elle est longtemps restée de dimension réduite, l'administration fédérale s'est considérablement développée depuis la fin du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle. Elle est aujourd'hui composée d'un ensemble d'entités que la loi sur la procédure administrative (*Administrative Procedure Act*) de 1946<sup>3</sup> appelle « agences » (*agencies*), qui ont été instituées par le Congrès

des États-Unis et auxquelles ont été conférés par voie législative les pouvoirs de *rulemaking* et d'*adjudication* nécessaires à la régulation (*regulation*) de l'activité privée. L'administration fédérale s'est tant développée que les juristes américains affirment que les États-Unis sont aujourd'hui devenus un « État administratif ». Cette expression est apparue pour la première fois en 1948 dans les travaux du politiste américain Dwight Waldo<sup>4</sup>. Elle est aujourd'hui reprise par la doctrine juridique<sup>5</sup> et figure également dans plusieurs arrêts de la Cour suprême des États-Unis<sup>6</sup>. Elle traduit le constat que ce sont désormais les agences administratives, plutôt que le Congrès et les cours, qui édictent aux États-Unis les règles générales juridiquement contraignantes, prennent les décisions relatives à l'allocation des droits des individus et sanctionnent les violations du droit. Ainsi, les agences exercent-elles l'essentiel des trois fonctions juridiques de l'État, la fonction exécutive, mais aussi la fonction législative et la fonction juridictionnelle.

3 Ce double constat, de l'absence d'un « sens de l'État » aux États-Unis et de l'apparition d'un État administratif, peut sembler paradoxal du point de vue français. En France, l'expression d'« État administratif » traduit l'idée que l'État s'est constitué à partir de l'administration. Il est alors difficile de comprendre pourquoi et comment le développement de la structure administrative fédérale, de la coercition administrative et du pouvoir discrétionnaire de l'administration n'impliquerait pas de reconnaître qu'un « État », au sens que les juristes français donnent à ce terme, existe désormais à l'échelon fédéral aux États-Unis.

4 Pour l'expliquer, j'ai procédé dans ma thèse à une étude du droit administratif fédéral. En effet, des auteurs comme Olivier Beaud ou Benoît Plessix ont pu montrer que les caractères de l'État français expliquaient la « physionomie juridique » de l'administration et que le droit administratif français était la projection de « l'État-nation souverain et unitaire » au niveau de l'action concrète<sup>7</sup>. L'hypothèse de ce travail était que, réciproquement, l'analyse des règles qui composent cette branche du droit appelée « droit administratif » aux États-Unis permettrait de comprendre quels sont les caractères de l'État fédéral américain, ainsi que la distance qui le sépare de l'État français.

- 5 Je suis alors arrivée à la conclusion que le droit administratif américain est fondamentalement différent du droit administratif français en ce qu'il révèle l'absence d'État au sens que les juristes français donnent à ce terme. Cette affirmation repose sur trois idées que la thèse démontre. Premièrement, le droit administratif américain a été fondé sur les droits individuels, de sorte que les Américains ont pensé la limitation avant de penser le pouvoir. Le projet du droit administratif américain a d'abord été d'organiser la soumission du pouvoir administratif à la *rule of law* dans le but de préserver l'autonomie privée. Deuxièmement, la finalité et la limite de l'action administrative ne sont pas données par un intérêt général, substantiel et transcendant, parce que l'intérêt public prend, en droit administratif américain, un sens résolument procédural. Il en résulte que l'État lui-même est, dans une large mesure, appréhendé comme un dispositif procédural, plutôt que comme une institution distincte de la société ou une personnalisation de la nation. Le problème du droit administratif a d'abord été de permettre la participation des personnes privées et, éventuellement, du « public » au processus administratif. Il a été ensuite d'imposer à l'agence un certain mode de prise de décision. Troisièmement, l'étude des modalités de contrôle des agences par les institutions politiques, Congrès et président, montre que le droit administratif américain n'organise pas l'unité du pouvoir. L'administration américaine n'est pas structurée de manière hiérarchique, même s'il existe aujourd'hui une tendance à une centralisation accrue de l'administration autour de l'institution présidentielle. Il est également difficile de concevoir que les agences administratives seraient chargées de mettre en œuvre une volonté politique unifiée. D'une part, l'activité administrative est soumise à deux contrôles distincts, celui du Congrès et celui du président. D'autre part, les modalités de ces deux contrôles empêchent d'envisager l'administration comme un instrument qui serait entièrement dirigé par l'une ou l'autre de ces institutions.
- 6 Dans le cadre de cette contribution, je souhaitais revenir sur ce qui me semble être la spécificité d'un tel travail : il s'agit d'une étude de droit étranger (1.), qui porte sur un corps de règles particulier du droit des États-Unis, le droit administratif (2.).



# 1. Une étude de droit étranger

- 7 Inscrire sa recherche dans le champ disciplinaire du « droit étranger » pose immédiatement la question de la manière dont on conçoit la relation de ce dernier avec celui du « droit comparé ». Mon souhait, dans cette thèse, était de contribuer à une meilleure connaissance du système de gouvernement et du droit public américains. Mon objet n'était donc pas d'abord de confronter le droit des États-Unis à un autre droit national, et en particulier au droit français (1.1.). À bien des égards, la distinction habituellement établie entre droit étranger et droit comparé me paraît pourtant devoir être relativisée : on ne peut comprendre et présenter un droit étranger que par rapport à son droit national (1.2.).

## 1.1. La connaissance d'un système juridique étranger en et pour lui-même

- 8 L'un des objectifs que je me donnais dans cette thèse était d'introduire le lecteur français aux grands thèmes du droit administratif américain et de lui donner un sens de l'évolution de ce droit. Pour cette raison, j'ai voulu envisager en eux-mêmes et pour eux-mêmes les institutions, les règles et les mécanismes étudiés, mais aussi examiner la manière dont ils faisaient système aux États-Unis, ainsi que les valeurs et les structures intellectuelles qui étaient sous-jacentes aux règles de droit. Il me semble en effet que les solutions du droit positif ne suffisent pas à comprendre un droit étranger. Dans ma thèse, je me suis efforcée de partir de la technique juridique, mais d'essayer ensuite d'identifier les principes et les valeurs qui étaient véhiculés. Par exemple, la transformation des exigences du *due process* procédural est significative de l'évolution de la manière dont les Américains envisagent les droits individuels ainsi que les interventions de l'État, et en particulier de l'État-providence. Un travail important consiste également à parvenir à situer les règles dans leur contexte juridique et extrajuridique, puisque ce n'est qu'à cette condition que le droit étranger peut être appréhendé dans sa complexité. Les règles de droit définies dans l'*Administrative Procedure Act* de 1946 ne peuvent ainsi se comprendre qu'au regard des débats politiques, économiques et constitutionnels du *New Deal*.

- 9 À l'inverse, je n'ai pas cherché à comparer plusieurs droits. Je n'ai pas voulu m'interroger sur « les invariants et les matrices » que l'on retrouverait dans les droits administratifs nationaux ni évaluer les mérites respectifs des solutions qu'ils offrent<sup>8</sup>. Si « la thèse de ma thèse » rejoint à certains égards celle que Laurent Cohen-Tanugi défend dans son essai *Le droit sans l'État*<sup>9</sup>, je m'en sépare à deux niveaux. D'une part, mon objectif n'était pas d'apprécier quel était le « meilleur » système juridique, français ou américain. D'autre part, qu'il n'y ait pas d'État au sens français ne signifie pas, à mon sens, que l'administration américaine resterait de dimension modeste, que la bureaucratie n'y serait pas intrusive ou envahissante ou que l'administration serait dépourvue de pouvoir discrétionnaire.
- 10 En particulier, ma démarche n'a pas été de relier systématiquement les institutions, les règles et les mécanismes étudiés à ceux du droit administratif français, en cherchant par exemple d'éventuels équivalents fonctionnels. De ce fait, je n'ai pas eu à me poser la question des conditions de « comparabilité » des deux droits. François Haut, dans un article, intitulé « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif » et publié en 1989, soutenait que, plutôt que comparer ce que chaque droit national considèrerait relever de la branche du droit appelée « droit administratif », il fallait examiner l'ensemble des règles de droit qui avaient trait au « fait administratif », indépendamment de la branche du droit à laquelle elles étaient rattachées dans le système juridique considéré<sup>10</sup>. Le problème pour François Haut n'était pas tant que les résultats soient différents dans chaque droit administratif national, mais que les hypothèses le soient également : « La comparaison ne demande pas la similitude des résultats, mais impose celle des hypothèses<sup>11</sup> ». Si l'on se contentait de ce qui était appelé « droit administratif » dans chacun des systèmes nationaux, on se retrouvait avec des objets incomparables, parce que les droits administratifs n'ont pas un contour général semblable dans les différents États.
- 11 Parce que l'objectif que je me donnais était de présenter aux juristes français le droit administratif américain et la manière de raisonner des juristes américains (les « hypothèses » plutôt que les « résultats », pour reprendre la distinction de François Haut), je suis précisément partie de la conception américaine du droit administratif, qui n'est

pas celle retenue en France. En effet, le droit administratif américain est composé pour l'essentiel de règles d'origine constitutionnelle et législative qui s'appliquent à l'ensemble des agences administratives et dont la signification est donnée par l'interprétation du juge. Matériellement, ces règles ont trait à la relation des agences et des institutions politiques, aux procédures d'élaboration des décisions administratives et au contrôle juridictionnel de ces dernières. En l'absence de dualisme juridictionnel, l'appartenance d'une règle donnée au droit administratif est largement déterminée par la tradition. J'ai aussi essayé de me conformer à la manière de raisonner des juristes américains, qui ressemble finalement à la manière de faire des administrativistes français. Même si c'est pour des raisons différentes, droits administratifs américains et français accordent une place très importante à la jurisprudence. Le droit administratif français est historiquement un droit prétorien. Aux États-Unis, il y a des sources écrites, mais en raison de la place du juge dans le système de gouvernement et du rôle central joué par l'étude des jurisprudences dans la formation juridique, il reste difficile, en théorie et en pratique, d'envisager un droit administratif qui ne serait pas, au moins en partie, juridictionnel.

## 1.2. Le droit étranger envisagé du point de vue du droit national

- 12 Il semble inévitable que l'analyse d'un droit étranger soit d'abord menée au regard de ce que l'auteur sait de son propre droit national :

« [C]'est par la comparaison que passe la connaissance des droits étrangers. Ceux qui ont l'envie, et le besoin d'accéder à cette connaissance sont plus ou moins conditionnés par le droit qu'ils ont appris, par leur droit national<sup>12</sup> ».

- 13 Contrairement à ce que l'on pourrait penser, une telle mise en rapport avec le droit national semble même souhaitable, au moins dans un premier temps. Comme l'écrit Étienne Picard, « [c]'est par cette référence et par rapport à elle, qui est connue, que l'on peut s'acheminer vers des droits inconnus : elle en facilite, au départ, la découverte et l'entendement<sup>13</sup> ». C'est également à cette condition que le droit étranger pourra être présenté aux lecteurs nationaux : le

droit national devient une clé de compréhension du droit étranger et permet de prévenir les interprétations erronées, de lever les équivoques ou d'expliquer les traits caractéristiques. La difficulté est que ce point de vue national risque aussi de conduire à des contresens. C'est pour cette raison que le droit national ne peut être qu'une entrée dans le droit étranger, mais qu'il convient ensuite, d'une certaine manière, d'abandonner la référence pour s'intéresser au sens acquis par les règles au sein de l'ordre juridique auquel elles appartiennent. Il reste que la distinction entre droit étranger et droit comparé est vraisemblablement à relativiser.

- 14 Tant la problématique de ma thèse que la démarche que j'ai adoptée pour y répondre me paraissent manifester ce point de départ « national ». Un juriste américain écrivant pour un lecteur américain ne se serait pas posé la question de savoir si la notion française d'« État » permet de décrire le fonctionnement du gouvernement fédéral. Réciproquement, il aurait retenu un cadre conceptuel différent, les notions de puissance publique, d'intérêt général ou d'unité n'ayant de sens que pour un juriste français. Il n'aurait pas cherché à utiliser les catégories et les distinctions du droit administratif français pour faire comprendre le droit administratif américain. De cette manière de procéder, je peux donner plusieurs exemples. Premièrement, j'ai voulu montrer dans ma thèse que le contrôle juridictionnel de la légalité administrative aux États-Unis était moins aujourd'hui un contrôle de la conformité de la norme inférieure à la norme supérieure (contrôle de légalité au sens français) qu'un contrôle du caractère raisonnable et raisonné de la décision administrative, lui-même examiné à l'aune de la procédure suivie par l'agence et de la motivation développée par elle. Par là même, la distinction entre la légalité externe et la légalité interne que l'on connaît en droit administratif français n'est pas vraiment opérante en droit administratif américain. Deuxièmement, le pouvoir discrétionnaire de l'administration ne se déploie pas simplement lors de la qualification juridique des faits par l'agence, mais également lorsque l'agence interprète la loi qu'elle est chargée d'appliquer. C'est tout l'apport des différents régimes de déférence dans le contrôle des questions de droit, et en particulier de la célèbre, et désormais controversée, déférence *Chevron*, instituée en 1984 par un arrêt de la Cour suprême des États-Unis<sup>14</sup>. Cette jurisprudence pose le principe

selon lequel le juge doit s'en remettre aux interprétations raisonnables que l'agence a faites de la loi lorsque les termes de celle-ci sont ambigus. De cette solution, il faut aussi déduire qu'en droit administratif américain, l'interprétation juridique est l'une des modalités d'exercice par les agences de leur pouvoir politique, au sens de *policymaking*. Troisièmement, l'existence d'un pouvoir hiérarchique du président des États-Unis sur l'administration dépend en droit administratif américain de son pouvoir de révoquer discrétionnairement le directeur de l'agence. Pourtant, même dans ce cas, le droit ne reconnaît pas clairement le pouvoir du président de contrôler la manière dont les agences exercent les pouvoirs qui leur ont été conférés par le Congrès, alors même que la décision préférée par le président se situe dans les limites du cercle des activités autorisées qu'a défini la loi. Le problème est en effet que le Congrès a généralement habilité à agir un agent de l'administration – souvent le ou les directeurs d'une agence administrative – et non le président des États-Unis. La question de savoir si le droit américain fait du président le chef de l'administration est donc encore irrésolue.

- 15 La traduction des notions et des concepts du droit étranger pose aussi directement la question du rapport avec le droit national. Une telle traduction n'est pas simplement un enjeu linguistique, mais également, et surtout, un enjeu juridique. Il est un certain nombre d'hypothèses où il est très difficile de trouver des signifiés similaires dans le droit national, et donc des signifiants dans la langue nationale : les concepts et les catégories juridiques du droit américain n'ont pas forcément d'équivalents dans le système français. Pour ne prendre que quelques exemples, « *adjudication* », « *entitlement* », « *due process* » apparaissent difficilement traduisibles. La solution retenue a alors été de parfois renoncer à traduire et de plutôt chercher à expliquer la notion par des périphrases, ce qu'Étienne Picard appelle des « interprétation[s]-explicitation[s] »<sup>15</sup>. Même quand il existe une notion équivalente en droit français, il est rare qu'elle véhicule les mêmes implications. Ainsi, on pourrait traduire « *rule* » ou « *regulation* » par « acte réglementaire » et « *standing* » par « intérêt à agir », mais le risque est alors de transposer en droit américain le sens juridique que ces termes reçoivent en droit français, ce qui serait évidemment erroné. Pour cette raison, je me suis efforcée, dans ma thèse, de toujours

préciser le terme américain entre parenthèses. La traduction permet d'« introduire de l'étranger jusque dans sa propre langue », mais il ne faut pas qu'elle se l'approprie au point de faire taire « la voix insolite de l'altérité<sup>16</sup> ». Un terme convoque un ensemble de présupposés, de règles, de principes ; il prend un sens particulier au sein du système juridique, mais aussi institutionnel, politique, culturel, dans lequel il est utilisé. C'est aussi cela qu'il faut essayer de manifester par la traduction juridique, qui doit permettre de comprendre ce dont on parle et ce que le terme recouvre dans le système juridique considéré.

- 16 Au total, l'expérience de ma thèse m'a confortée dans l'idée que la distinction entre droit étranger et droit comparé tiendrait davantage à l'objet qui est donné à l'étude et à la finalité qu'elle poursuit, plutôt qu'à la démarche intellectuelle ou la méthode retenue. Il me semble que c'est aussi en ce sens que l'on peut voir le droit étranger comme le préalable nécessaire au droit comparé, entendu comme mise en rapport systématique de plusieurs droits.

## **2. Une étude de droit administratif étranger**

- 17 L'objet de ma thèse n'était pas l'ordre juridique américain tout entier, mais l'ensemble des règles constituant la branche particulière du droit appelée aux États-Unis « droit administratif ». Jusqu'à récemment, le constat majoritaire était celui d'une certaine « indifférence des comparatistes au droit administratif, et des administrativistes au droit comparé<sup>17</sup> ». Pourtant, il me semble que l'étude d'un droit administratif étranger présente un grand intérêt pour la compréhension du système de gouvernement considéré (2.1.). Elle permet également d'envisager son droit administratif national avec un regard renouvelé et critique (2.2.).

## 2.1. L'intérêt de l'étude du droit administratif pour la compréhension du système de gouvernement américain

- 18 Historiquement, si des administrativistes comme Batbie, Ducrocq et Laferrière ont pu s'intéresser au droit comparé, ce sont surtout les privatistes qui ont développé ce champ disciplinaire. Encore aujourd'hui, on retient les classifications en familles de droit élaborées pour la comparaison en droit privé, alors même qu'elles semblent assez peu pertinentes si l'on se place dans le champ du droit public : l'opposition entre les systèmes de *common law* et les systèmes de droit civil en est un bon exemple. Les raisons du « sous-développement » de la discipline du droit administratif comparé ont déjà été exposées, en particulier par Jean Rivero<sup>18</sup>. Avant de pouvoir envisager de comparer les droits administratifs, il fallait d'abord que ceux-ci existent, ce qui n'était pas le cas avant la constitution d'États-nations au sein desquels le pouvoir était soumis au droit. Par ailleurs, le droit administratif des différents États est longtemps resté « difficile à appréhender » du fait de l'éparpillement des sources, de l'absence de systématisation doctrinale et du caractère contingent des frontières du champ. Les cas du Royaume-Uni et des États-Unis posaient un problème spécifique puisque, s'inscrivant dans la tradition ouverte par Dicey, les juristes britanniques et américains ont longtemps refusé de reconnaître l'existence même d'un droit administratif. La notion était présentée comme contradictoire, parce que le développement des pouvoirs de l'administration était jugé fondamentalement incompatible avec la *rule of law*. En tout état de cause, une perspective comparée semblait également plus difficile à adopter dans une étude de droit administratif en raison du fort ancrage national de ce droit, par rapport au droit privé : « [c]omparer l'incomparable, c'est un peu la gageure de ceux qui veulent appliquer la méthode comparative au droit administratif<sup>19</sup> ». D'une part, le droit administratif est le résultat de l'histoire propre de chaque État, quand les droits privés nationaux sont souvent le produit d'un héritage culturel commun. D'autre part, si les droits privés nationaux connaissent évidemment des variations, il existe aussi un certain nombre de facteurs et d'institutions – la famille, la propriété, le contrat – que l'on retrouve, quel que soit l'État considéré<sup>20</sup>.

- 19 Pourtant, ce très fort ancrage national est aussi ce qui fait tout l'intérêt du droit administratif étranger. Anne Jacquemet-Gauché écrit ainsi dans l'avant-propos à son manuel de *Droit administratif allemand* :
- 20 « Mon appétence particulière pour le droit administratif allemand tient probablement au fait que celui-ci permet de s'immerger dans l'identité et l'histoire d'un État, d'en découvrir les étapes de sa construction, la mentalité et la manière de vivre de ses habitants<sup>21</sup> ».
- 21 De la même manière, ce qui m'a intéressée en droit administratif américain, ce sont autant les règles de droit en elles-mêmes que les valeurs qu'elles véhiculent, l'histoire dans laquelle elles s'inscrivent, les présupposés qu'elles révèlent, les structures intellectuelles qu'elles manifestent. L'étude d'un droit administratif étranger permet également de mieux comprendre le système de gouvernement de l'État, qui ne peut être appréhendé par le seul prisme du droit constitutionnel. En outre, pour des raisons propres au système juridique et politique américain, les réponses apportées aux questions les plus actuelles (lutte contre la pandémie de covid-19 ou contre le changement climatique, justice sociale) sont aujourd'hui administratives davantage que législatives. C'est d'ailleurs ce que confirme l'expression d'« État administratif » : l'administration joue désormais un rôle central dans le système de gouvernement américain. De ce fait, le droit administratif représente un enjeu politique considérable aux États-Unis, ce dont témoignent d'ailleurs les décisions récentes de la Cour suprême.

## 2.2. L'appréhension renouvelée et critique du droit administratif français

- 22 Il existe en France en droit constitutionnel une tradition historique d'ouverture aux droits étrangers, et le droit constitutionnel comparé est depuis longtemps compris comme indispensable à l'étude des institutions françaises. À l'inverse, les administrativistes français ont peu investi le champ du droit comparé<sup>22</sup>. Jean Rivero a expliqué ce constat par « l'autosatisfaction naïve<sup>23</sup> » de la doctrine administrativiste, qui « a contribué à présenter le système français comme parvenu de son propre mouvement au plus haut degré de perfection<sup>24</sup> ». Le caractère prétorien du droit administratif



français pouvait également expliquer que les droits étrangers n'aient pas souvent été considérés comme une source d'inspiration : parce qu'il dégage la règle de droit à l'occasion de l'examen d'un cas précis, le juge est généralement moins à même de comparer que le législateur<sup>25</sup>. Néanmoins, on assiste aujourd'hui à un intérêt accru du législateur et du Conseil d'État pour les solutions étrangères et au développement de la recherche française en droit administratif étranger et comparé.

- 23 Même si ce n'était pas le propos de ma thèse, je reste convaincue que l'étude d'un droit étranger a également de l'intérêt du point de vue du droit national. La connaissance d'un droit administratif étranger donne à voir autrement son propre droit administratif. Elle oblige à reconnaître le caractère particulier, contingent, mais aussi historiquement et culturellement « situé » du droit national. Elle permet également de prendre conscience de certaines réalités de son droit national qu'on n'avait pas perçues ou dont on n'avait pas mesuré la portée. La manière dont on l'apprécie est également modifiée : le droit étranger agit comme un révélateur des présupposés, des valeurs et des idéologies qui sous-tendent le droit national :
- 24 « Le droit comparé, comme l'histoire dont il est quelquefois difficile à distinguer, assure l'intelligence des techniques juridiques positives. L'approche comparative donne le *pourquoi*, sans lequel le *comment* a la sécheresse et l'arbitraire d'un article de foi<sup>26</sup> ».
- 25 Par exemple, le droit administratif américain révèle en contrepoint combien le droit administratif français est marqué par l'unilatéralité, orienté vers la poursuite de l'intérêt général et profondément centralisateur. C'est d'autant plus frappant qu'à bien des égards, les « grands problèmes » que doivent résoudre droit administratif français et droit administratif américain semblent assez similaires : il s'agit finalement de la conciliation entre l'individu et le collectif, l'unité et la pluralité, les droits et le pouvoir, la science et l'autorité.
- 26 Le droit étranger permet enfin d'inspirer des solutions nouvelles, tant juridictionnelles que législatives ou administratives. Au-delà même de la question des « emprunts juridiques », il me semble que les expériences étrangères peuvent éclairer certains débats, en apparence strictement français. Je pense par exemple au rôle que le Conseil d'État reconnaît aujourd'hui aux exigences de forme et de

procédure lors du contrôle de l'excès de pouvoir<sup>27</sup>. Le droit administratif américain met en évidence le lien indissoluble entre la forme et la procédure d'une part, et la substance d'autre part. Les juristes américains ont depuis longtemps conscience de l'intérêt que présentent les garanties procédurales pour la protection des droits individuels, mais aussi la garantie de la qualité de la décision et son acceptabilité sociale. En droit américain, les exigences de forme et de procédure deviennent les moyens d'assurer la cohérence de la décision, l'adéquation des moyens aux fins, la délibération de l'administration et, *in fine*, sa responsabilité (*accountability*). Il me semble donc que les solutions du droit administratif américain pourraient susciter l'intérêt du juriste français qui réfléchit à certaines dynamiques de fond de son droit, administratif et constitutionnel.

## NOTES

---

- 1 Stephen Skowronek a ainsi pu écrire que « l'absence d'un sens de l'État » aurait été « la première caractéristique de la culture politique américaine » (« *it is the absence of a sense of the state that has been the great hallmark of American political culture* », S. SKOWRONEK, *Building a New American State: The Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1982, p. 3).
- 2 Voir, par exemple, S. M. GRIFFIN, *American Constitutionalism: From Theory to Politics*, Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 68 et s.
- 3 *Administrative Procedure Act*, Pub. L. n° 79 404, chap. 324, 60 Stat. 237 (1946).
- 4 D. WALDO, *The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration*, New York, The Ronald Press Co., 1948.
- 5 Pour n'en donner que quelques exemples : S. G. BREYER, « Problems and Possibilities in the Administrative State: Afterword », *The Yale Law Journal*, vol. 92, n° 8, 1983, p. 1614-1620 ; C. R. FARINA, « Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State », *Columbia Law Review*, vol. 89, n° 3, 1989, p. 452-528 ; J. L. MASHAW JERRY L., *Due Process in the Administrative State*, New Haven, Yale University Press, 1985 ; H. P. MONAGHAN, « *Marbury and the Administrative State* », *Columbia Law Review*, vol. 83, n° 1, 1983, p. 1-34 ; M. SEIDENFELD, « The Quixotic Quest

for a “Unified” Theory of the Administrative State », *Issues in Legal Scholarship*, vol. 5, n° 1, 2005, p. [i]-15 ; C. R. Sunstein, A. VERMEULE, *Law & Leviathan: Redeeming the Administrative State*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2020.

6 La première véritable occurrence se trouve dans l'opinion dissidente du juge Byron R. White sous l'arrêt *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 US 919 (1983).

7 Voir O. BEAUD, « L'État », in : P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, I, Paris, Dalloz, coll. « Traité Dalloz », 2011, p. 207-267 ; B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2020, 3<sup>e</sup> édition, p. 235 et s.

8 É. ZOLLER, « Qu'est-ce-que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, vol. 32, 2000, p. 125-126.

9 L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État : Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 3<sup>e</sup> édition, 2016.

10 F. HAUT, « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », *RIDC*, vol. 41, n° 4, 1989, p. 912-913.

11 *Ibid.*, p. 913.

12 J. RIVERO, « Le droit administratif en droit comparé : Rapport final », *RIDC*, vol. 41, n° 4, 1989, p. 926.

13 É. PICARD, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, vol. 51, n° 4, 1999, p. 887.

14 *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 US 837 (1984).

15 É. PICARD, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *op. cit.*, p. 896.

16 P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *RIDC*, vol. 51, n° 4, 1999, p. 1062.

17 J. RIVERO, « Le droit administratif en droit comparé », *op. cit.*, p. 920.

18 *Ibid.*, p. 920-921.

19 F. HAUT, « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », *op. cit.*, p. 907.

20 G. BRAIBANT, « Introduction », *RIDC*, vol. 41, n° 4, 1989, p. 849 ; S. Cassese, « The Administrative State in Europe », in : A. Bogdandy, P. Huber,

S. Cassese, T. Shulman, *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1: *The Administrative State*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 58.

21 A. JACQUEMET-GAUCHÉ, *Droit administratif allemand*, Paris, PUF, coll. « Thémis Droit », p. 15.

22 J.-J. BIENVENU, « Une brève histoire du droit public comparé », RIDC, vol. 67, n° 2, 2015, p. 293-297 ; Y. GAUDEMET, « Le droit administratif en France », RIDC, vol. 41, n° 4, 1989, p. 899-905 ; F. MELLERAY, « Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français », in : F. MELLERAY, J.-B. AUBY (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 13-22 ; J. RIVERO, « Le droit administratif en droit comparé », *op. cit.*, p. 919-926.

23 J. RIVERO, « Le droit administratif en droit comparé », *op. cit.*, p. 921.

24 Y. GAUDEMET, « Le droit administratif en France », *op. cit.*, p. 902.

25 *Loc. cit.*

26 Y. GAUDEMET, « Le droit administratif en France », *op. cit.*, p. 900.

27 C.E., Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*, Rec. p. 649 ; RFDA, 2012, p. 284, concl. G. DUMORTIER ; p. 296, note P. CASSIA et p. 423, étude R. HOSTIOU ; AJDA, 2012, p. 195 et 2013, p. 1733, chr. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; p. 1484, étude C. MIALOT et p. 1609, trib. B. SEILLER ; DA, mars 2012, p. 22, note F. MELLERAY ; JCP 2011, p. 2089, note C. BROYELLE et 2012, p. 558, note D. CONNIL ; C.E., Sect., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*, Rec. p. 653 ; C.E., Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, AJDA, 2018, p. 1206, chr. S. ROUSSEL et C. NICOLAS et p. 1241, note F. MELLERAY ; DA, 2018, repère 7, note B. PLESSIX ; RFDA, 2018, p. 649, concl. A. BRETONNEAU et p. 662, notes D. DE BÉCHILLON et P. DELVOLVÉ.

## RÉSUMÉS

---

### Français

Qu'implique l'étude d'un droit administratif étranger ? Inscrire une recherche dans le champ disciplinaire du « droit étranger » soulève d'abord la question de la manière dont il convient d'envisager la relation de ce dernier avec celui du « droit comparé ». À bien des égards, la distinction généralement établie semble devoir être nuancée, notamment parce qu'un droit étranger ne peut être compris et présenté que par rapport au droit national. Quant au droit administratif étranger, le constat majoritaire a

longtemps été celui d'une certaine indifférence des comparatistes à l'égard du droit administratif, et des administrativistes à l'égard du droit comparé. Pourtant, outre que l'étude d'un droit administratif étranger présente un grand intérêt pour la compréhension du système de gouvernement considéré, elle permet également d'envisager son droit administratif national avec un regard renouvelé et critique.

### **English**

What does the study of a foreign administrative law imply? Placing one's research within the disciplinary field of "foreign law" first raises the question of how to conceive the relationship between the latter and "comparative law". In many respects, the commonly established distinction seems to need to be nuanced, notably because a foreign law can only be understood and presented in relation to one's national law. As for foreign administrative law, the prevailing observation has long been one of a certain indifference from comparatists toward administrative law and from administrative law scholars toward comparative law. Nevertheless, aside from the fact that the study of foreign administrative law is of great interest for understanding the governance system under consideration, it also allows for a renewed and critical perspective on the national administrative law.

## **INDEX**

---

### **Mots-clés**

États-Unis, droit étranger, droit comparé, droit administratif

### **Keywords**

United States, foreign law, comparative law, administrative law

## **AUTEUR**

---

### **Maud Michaut**

Docteure en droit de l'université Paris Panthéon-Assas

IDREF : <https://www.idref.fr/175456623>

# Le comparatiste et sa méthode

Réflexions à partir de la thèse *Le fédéralisme sans l'État fédéral – La question de l'unité de l'Espagne et du Royaume-Uni*

**Adrien Monat**

DOI : 10.35562/droit-public-compare.395

**Droits d'auteur**

CC BY-SA 4.0

## PLAN

---

Introduction

1. La méthode avant la méthode : les choix à faire avant de comparer
  - 1.1. Éviter les écueils de la comparaison
  - 1.2. Faire les bons choix pour comparer
2. La méthode et son but : les outils à utiliser pour obtenir des résultats intéressants
  - 2.1. La méthode au service du but de la comparaison
  - 2.2. Les apports de la comparaison

Conclusion

## TEXTE

---

### Introduction

- 1 La pensée, profondément, aime à comparer. Que seraient *Les Histoires* d'Hérodote sans ce penchant que l'on serait presque tenté de qualifier de naturel ? Comment Platon aurait-il rédigé son œuvre s'il n'avait conçu des dialogues opposant différents rhéteurs ? Plus tard, les lecteurs de Montesquieu ont pu savoir que des correspondances pouvaient être persanes et que l'esprit de la politique et des lois pouvait prendre appui sur des exemples propres à une multitude d'époques et de lieux. Le comparatisme innerve nombre d'ouvrages fondamentaux, les ancre solidement à la *weltliteratur*<sup>1</sup> du savoir.

- 2 Les juristes ne se distinguent pas par un trait de réflexion singulier sur ce sujet ; tous pratiquent la comparaison. Les uns le font insidieusement, comparent les jurisprudences de telle ou telle juridiction, cherchent les solutions les plus utiles à leur pratique professionnelle. Certains usent de l'argument de droit comparé pour parvenir à leurs fins, pour justifier leurs desseins<sup>2</sup>. D'autres enfin s'intéressent spécifiquement à la comparaison.
- 3 L'objet du colloque qui s'est tenu à l'université de Reims Champagne-Ardenne le 25 avril 2022 est de présenter l'actualité des thèses en droit public comparé et étranger (2020-2021), comme l'annonçait son titre. En plus d'être le témoin du dynamisme de la recherche, cet évènement a été l'occasion d'échanges stimulants autant qu'agréables à propos de la méthodologie et des apports des droits comparés et étrangers. Nous ne saurions oublier de remercier vivement ses organisateurs de l'invitation à présenter la thèse *Le fédéralisme sans l'État fédéral – La question de l'unité de l'Espagne et du Royaume-Uni*<sup>3</sup>.
- 4 En suivant les préceptes de Gaston Bachelard, la connaissance se construit grâce au franchissement d'obstacles épistémologiques<sup>4</sup>. La méthodologie du droit comparé ne gagne guère à mobiliser abstraitement une même et unique méthode pour toutes les comparaisons. S'il existe quelques canons génériques, des principes généraux qu'il est utile de respecter, il faut toujours faire fléchir sa méthode, l'adapter à son propre travail<sup>5</sup>. Qu'il nous soit donc permis de discuter de quelques aspects de la méthode en droit comparé à travers l'exemple de notre thèse.
- 5 Comparer deux objets juridiques nécessite une façon de faire rigoureuse, une méthode. La thèse a comparé une multitude d'objets au sein des systèmes constitutionnels espagnol et britannique. Un tel travail s'appuie sur une foule de présupposés qu'il ne faut en aucun cas occulter. Avant de comparer, en effet, il faut d'abord déterminer ce que l'on compare. Il faut donc observer comment choisir les orientations fondamentales de la comparaison (1.) pour ensuite étudier comment comparer (2.).

# 1. La méthode avant la méthode : les choix à faire avant de comparer

- 6 Le travail de comparaison, que ce soit à l'occasion de la rédaction d'une thèse ou d'un autre document, présuppose des choix *ex ante*. Comparer oui, mais comparer quoi ? Il faut connaître les paramètres et les objets de la comparaison pour mener une étude comparative. Commence alors une quête difficile, qui vise à fixer un cadre pour la comparaison, qui cherche à déterminer ce qui sera comparé et ce qui ne le sera pas. Toute enquête comparative souffre de défauts importants si ce travail préparatoire est mal fait. Avant de comparer à proprement dit, il est donc bon d'éviter l'écueil de mal appréhender son sujet (1.1.), de déterminer avec justesse ce qui sera comparé (1.2.).

## 1.1. Éviter les écueils de la comparaison

- 7 Le comparatiste qui se met au travail doit éviter des écueils pour parvenir à des résultats satisfaisants. Il doit veiller à ne pas opter pour une comparaison trop large ou trop restreinte. La thèse sur *Le fédéralisme sans l'État fédéral* ici présentée s'est ainsi astreinte à ne pas multiplier les cas d'étude et à ne pas biaiser l'objet de sa recherche.
- 8 Tout d'abord, le travail préparatoire ne doit pas trop élargir les objets d'étude à intégrer à la comparaison qui s'en vient. En effet, multiplier les cas à l'infini revient à noyer la comparaison dans une masse d'informations, à l'intérieur de laquelle nul ne peut comprendre véritablement les objets comparés. De plus, la superposition d'un très grand nombre d'objets au sein d'une seule comparaison implique de descendre difficilement dans les détails pour analyser chacun d'entre eux. À défaut d'être mal observé, chaque élément comparé sera vu de trop loin pour être décrit avec exactitude<sup>6</sup>.
- 9 La thèse ici présentée s'intéresse aux tendances centrifuges, autonomistes et indépendantistes, qui éloignent continuellement les régions de l'orbite de leur État de tutelle. Ce type de processus s'observe partout dans le monde. Ailleurs en Europe, en Italie et en



Belgique notamment, de forts mouvements régionalistes se sont développés au cours des dernières décennies. En Amérique du Nord, les mouvements souverainistes et nationalistes québécois ont une importance cardinale dans la vie politique de la Belle Province. En Afrique centrale, les régions anglophones du Cameroun ont vu un mouvement indépendantiste déclarer leur indépendance. Bien que cette déclaration n'ait pas abouti à la constitution d'un État indépendant dans les faits, elle a marqué la politique camerounaise de ces dernières années. Plus à l'Est, la république du Soudan du Sud s'est constituée comme un État souverain le 1<sup>er</sup> octobre 2017. Elle s'est séparée de la république du Soudan à la suite d'une guerre civile dont un des objets principaux était la reconnaissance du particularisme du territoire actuel du Soudan du Sud. L'Afrique est de manière générale en proie à des revendications régionalistes qui contestent l'intégrité territoriale des États.

- 10 Bien que les phénomènes centrifuges soient légion dans le monde, la thèse s'est astreinte à étudier les cas espagnol et britannique de manière systématique, particulièrement les situations de la Catalogne et de l'Écosse. Un tel choix a permis d'approfondir les analyses à propos de chacun de ces systèmes constitutionnels. En plus de maîtriser les détails de leurs techniques juridiques, la thèse a pu développer de manière intelligible des développements sur l'histoire et la culture juridiques au sein desquelles les mouvements autonomistes et indépendantistes se sont développés. Au surplus, la thèse a pu intégrer d'autres exemples de manière ponctuelle, notamment celui du Canada, lorsque cela a été utile.
- 11 Par ailleurs, le travail préparatoire à la comparaison ne doit pas adopter des paramètres de comparaison en un sens qui pourrait tordre la réalité. La comparaison implique en effet de trouver des paramètres opérants pour se rapprocher au plus près qu'il est possible des objets étudiés<sup>7</sup>.
- 12 La thèse aborde la question de l'indépendantisme des communautés autonomes et des nations britanniques. Elle s'intéresse notamment aux ressorts des rébellions menées par ces entités pour parvenir à l'indépendance. Le Code pénal espagnol prévoit une infraction spécifique de rébellion, alors que le droit britannique ne comporte pas de dispositions semblables. En plus de restreindre la

compréhension des désobéissances à des actions extrêmement graves, qui n'ont pas eu lieu ni Espagne ni au Royaume-Uni, limiter l'étude de la rébellion à la définition du Code pénal espagnol n'aurait pas pris en compte la spécificité du Royaume-Uni. La thèse adopte donc une définition plus large de la rébellion régionale. Il s'agit du refus d'une communauté autonome, comme la Catalogne, ou d'une nation, comme l'Écosse, d'obéir aux commandements de leurs États de tutelle.

- 13 Un travail préliminaire permet d'éviter des écueils dans sa comparaison. En plus de se garder des erreurs, il faut bien entendu faire les bons choix, trouver la juste dimension de la comparaison en déterminant son objet et ses cas d'étude.

## 1.2. Faire les bons choix pour comparer

- 14 Le travail préparatoire à la comparaison vise à déterminer quels éléments seront comparés. Il cherche à construire une étude comparative d'une juste dimension dans l'étendue de son objet et dans le choix des cas analysés.
- 15 Le comparatiste qui met en route son travail est placé devant une difficulté. Il doit donner un sujet à son étude, savoir ce qu'il va comparer, alors qu'il n'a pas achevé ni même commencé, son travail. Il doit clairement déterminer un sujet tout en étant conscient de la nécessité de l'affiner, lui adjoignant ou lui ôtant des éléments au fur et à mesure de sa recherche. Avant de commencer véritablement sa comparaison, il trace donc une esquisse, dessine un premier croquis de son sujet<sup>8</sup>.
- 16 La thèse *Le fédéralisme sans l'État fédéral* a initialement choisi de s'intéresser aux tendances autonomistes et séparatistes auxquels doivent répondre les systèmes constitutionnels espagnol et britannique. Avant son commencement apparaissait la nécessité d'étudier les référendums d'autodétermination, les principes de la décentralisation et de la dévolution, ainsi que les limites de ces processus. L'objectif de la thèse était *a priori* d'observer la façon dont les États espagnol et britannique répondent à ces processus qui les transforment autant qu'ils risquent de les fragmenter. En plus d'analyser des événements d'une brûlante actualité, le but était de

contribuer à la connaissance du droit constitutionnel sur ces questions. Les idées défendues se sont affinées par la suite, mais le travail d'anatomie des mouvements régionalistes a bien été fait en amont.

- 17 Ce travail préalable effectué, il convient de déterminer les cas d'étude les plus intéressants pour traiter de son sujet. Pour ce faire, il faut choisir ceux qui permettent de le comprendre le plus profondément possible. À cet égard, les systèmes animés par un même phénomène tout en étant fondamentalement différents les uns des autres sont à privilégier. Le phénomène en question, qui est le sujet de la comparaison, est ainsi observé à travers des prismes différents. Il est compris de manière juste, car la connaissance dont il est l'objet est riche. Tant la diversité des faits et des actes juridiques qui traversent les systèmes étudiés que celle de leurs cultures juridiques respectives contribuent à cette richesse<sup>9</sup>.
- 18 La thèse a choisi de comparer l'Espagne et le Royaume-Uni. En effet, ces deux royaumes européens sont traversés par de forts mouvements régionalistes. Ils ont un point commun fondamental pour étudier le sujet de la recherche. Néanmoins, les mouvements autonomistes et indépendantistes régionaux se développent selon des manières différentes en Espagne et au Royaume-Uni. Sur la question des référendums, par exemple, la Catalogne a unilatéralement organisé un référendum sur son indépendance, en désobéissant à toutes les institutions espagnoles, le 1<sup>er</sup> octobre 2017. À l'inverse, l'Écosse a organisé un référendum en accord avec les institutions britanniques le 14 septembre 2014. À propos des votations populaires ou d'autres sujets, les cas espagnol et britannique se complètent et donnent une complétude à la recherche.
- 19 D'autre part, si l'Espagne possède une Constitution au sens formel du terme, le Royaume-Uni connaît une Constitution non écrite, essentiellement politique. Au surplus, les cultures juridiques sont différentes en deçà des Pyrénées et outre-Manche. L'Espagne est toute entière dominée par une culture juridique romaniste. La situation britannique est plus complexe. Le Royaume-Uni est majoritairement caractérisé par une culture juridique de *common law*, héritée de son histoire séculaire. Néanmoins, il se démarque surtout par sa diversité puisque l'Écosse a toujours

conservé sa culture juridique civiliste. Les différences fondamentales qui séparent l'Espagne du Royaume-Uni permettent d'observer des phénomènes semblables à travers plusieurs prismes. Elles rendent la comparaison utile à la compréhension de ces phénomènes.

- 20 Le travail préparatoire effectué, la comparaison peut se mettre en place. Elle cherche à accomplir le but que le comparatiste lui a fixé grâce à des outils efficaces et contribue par là à la connaissance des sujets de comparaison ainsi que des systèmes comparés.

## **2. La méthode et son but : les outils à utiliser pour obtenir des résultats intéressants**

- 21 Comparer ? Oui, mais à quoi bon ? La comparaison a des buts multiples, peut-être autant qu'il existe de comparatistes. Quels que soient ses objectifs, une étude comparative doit trouver les meilleurs outils méthodologiques pour y parvenir, ou tout du moins, s'en approcher (2.1.). C'est grâce à cela qu'elle peut apporter à ceux qui la lisent (2.2.).

### **2.1. La méthode au service du but de la comparaison**

- 22 Il n'existe pas de méthode unique, valable pour toujours et pour toute publication, en droit comparé. Il est plus juste d'adopter les outils méthodologiques adaptés à une recherche déterminée, plutôt que de lui donner des principes qui la dépassent et la biaiseront. Certains principes fondamentaux ressortent cependant. Ce sont des guides pour trouver la meilleure façon de comparer. La recherche en droit comparé se pense ainsi souvent comme une quête pour découvrir les structures fondamentales qui donnent un sens nouveau et profond aux objets comparés. Elle utilise pour cela des démarches transversales, qui mettent en œuvre plusieurs disciplines juridiques, ainsi que pluridisciplinaires, qui mêlent les analyses extrajuridiques au droit, pour bien appréhender le substrat social au sein duquel celui-ci s'applique<sup>10</sup>.

- 23 L'alternance d'une démarche différentielle, qui remarque les différences, et d'une démarche intégrative, qui met en exergue les points communs, permet de constater la récurrence comme la rareté de certains phénomènes. Ceux qui ne se répètent pas parmi les systèmes comparés révèlent un élément singulier d'un d'entre eux. À l'inverse, ceux qui apparaissent dans tous les systèmes n'indiquent pas une spécificité. Ils marquent plutôt une généralité, une marque inhérente au sujet que l'on étudie. La démarche comparative contribue donc à déterminer les « éléments déterminants » pour comprendre les systèmes comparés autant que les sujets étudiés. Elle permet de connaître et de comprendre les grandes structures au sein desquelles le droit évolue<sup>11</sup>. De la même manière que des règles grammaticales autorisent la pleine maîtrise d'une langue, les structures découvertes grâce au droit comparé favorisent une contribution enrichie du droit<sup>12</sup>.
- 24 La thèse a montré que les États espagnol et britannique se distinguaient sur des sujets importants pour protéger leur intégrité territoriale. Par exemple, l'Espagne peut adopter des mesures de police strictes pour arrêter un mouvement séparatiste, ce qui a été le cas en Catalogne en 2017. Le Royaume-Uni le peut beaucoup moins. Dans le même sens, bien que sa législation ait évolué dans un sens moins coercitif en 2023, l'Espagne comprend encore une multitude de dispositions pénales qui exposent les auteurs d'actions en faveur d'un mouvement séparatiste à de lourdes peines. Certains dirigeants catalans, lors du processus indépendantiste de la fin de l'année 2017, ont été condamnés à des peines de prison. De telles sanctions sont théoriquement possibles au Royaume-Uni. Elles sont néanmoins inenvisageables en pratique. Les divergences entre l'Espagne et le Royaume-Uni révèlent des constructions historiques différentes, la première est plus autoritaire et marquée toujours par les guerres civiles, la seconde demeure plus libérale.
- 25 Par ailleurs, la thèse a révélé un point commun fondamental dans la manière dont les royaumes espagnol et britannique cherchent à défendre leur intégrité territoriale : le fédéralisme. En effet, c'est l'idée-force qui inspire leurs politiques contre la fragmentation. L'un comme l'autre s'inspire de cette idée pour protéger son intégrité territoriale, sans pour autant se transformer en un authentique État fédéral. La comparaison a ainsi révélé un élément déterminant pour

les États confrontés à des mouvements régionalistes forts : l'utilisation des principes et des mécanismes habituellement propres au fédéralisme. La thèse s'est appuyée sur une méthode transversale et pluridisciplinaire pour parvenir à ce résultat.

- 26 La méthode comparative s'adapte toujours aux objets de la comparaison. Elle doit éviter de les enfermer dans des catégories ou des conceptions qui les déforment. Les classifications héritées de la culture et de l'apprentissage du comparatiste doivent s'effacer lorsqu'elles ont cet effet néfaste, que ce soient celles qui sont internes à la science juridique ou celles qui séparent cette dernière des autres domaines du savoir scientifique. Il convient donc d'opter raisonnablement pour des démarches transversales et pluridisciplinaires. Il est d'abord souvent utile de choisir une matière afin de donner une trame à la recherche comparative ; cela évite au comparatiste d'éparpiller sa recherche sans lui donner véritablement de signification. Il est ensuite capital de ne pas noyer la compréhension du droit positif sous des développements extrajuridiques. Ceux-ci ont néanmoins l'intérêt d'éclairer le droit, de renforcer les analyses juridiques et d'éviter les contresens, grâce à la compréhension des déterminismes historiques et culturels qui ont commandé à la mise en vigueur du droit et qui président à son application dans les faits<sup>13</sup>.
- 27 La thèse adopte tout d'abord une démarche transversale afin d'éviter de mal interpréter certains objets juridiques. Par exemple, les régions françaises sont étudiées à travers le droit des collectivités territoriales, à travers un droit essentiellement administratif. Les communautés autonomes espagnoles et les nations britanniques peuvent en partie être perçues à travers le prisme du droit administratif. Elles le sont bien mieux à travers celui du droit constitutionnel. Il serait donc mal à propos d'utiliser des classifications françaises pour comprendre les situations espagnole et britannique.
- 28 Cette démarche transversale permet de plus à la thèse d'embrasser son sujet d'une manière large. Elle place certes le droit constitutionnel en son centre, afin de donner un squelette à la réflexion qu'elle porte. Cependant, d'autres branches du droit interne ont été nécessaires pour mener cette étude. C'est le cas du droit

administratif, pour comprendre le fonctionnement des administrations qui mettent en place les politiques qui atteignent ou qui défendent l'unité espagnole et britannique. C'est également le cas des finances publiques, afin de connaître le degré d'autonomie effectif des composantes régionales. Des questions de droit pénal et de droit répressif ont également été abordées, afin de comprendre comment les États espagnol et britannique jugulent des mouvements de rébellion. Par ailleurs, la thèse inclut des normes qui dépassent le droit interne. Elle étudie des aspects de droit international public pour saisir pleinement les fondements et les conséquences d'un mouvement séparatiste, pour saisir ce qu'est le droit à l'autodétermination des peuples, ainsi que les notions de succession, de reconnaissance et de création d'États. La thèse intègre enfin des analyses propres au droit de l'Union européenne et aux des règles qui régissent le *Brexit*. En effet, ces normes ont une influence indéniable sur la question de l'unité de l'Espagne et du Royaume-Uni.

- 29 Par ailleurs, la thèse adopte une démarche pluridisciplinaire. Elle met en avant les dimensions historiques, culturelles et politiques des droits espagnol et britannique. Par exemple, elle a souligné l'importance historique de la question de la place de la Catalogne au sein de l'Espagne et de l'Écosse parmi les autres nations britanniques, expliquant par-là le caractère existentiel de ces problématiques pour les États espagnol et britannique.
- 30 La comparaison ainsi menée peut atteindre son but. Elle contribue à la connaissance des objets qu'elle compare et du sujet qu'elle traite. Elle a, de par ce fait, une multitude d'apports.

## 2.2. Les apports de la comparaison

- 31 La comparaison juridique est riche de plusieurs apports. Dans les faits, elle satisfait souvent la curiosité du comparatiste, son attrait pour une forme d'exotisme. Elle révèle fréquemment un désir personnel de connaître les origines de sa famille, de conserver un lien avec son pays d'origine, de découvrir celui d'un proche. Néanmoins, la comparaison n'est pas uniquement une démarche d'autosatisfaction, elle apporte aussi à ses destinataires. En effet, les études comparatives constituent un détour fécond, non pas pour donner des arguments d'autorité à des propos prescriptifs, mais afin de prendre

un recul heuristique utile aux raisonnements théoriques autant qu'au droit français. Elles font acquérir un regard neuf, capable de s'étonner sur le droit positif et les œuvres de l'esprit communément admises. Le droit comparé permet enfin d'obtenir des résultats intéressants pour mieux comprendre les objets comparés et le sujet, les paramètres de la comparaison. Autrement dit, une étude comparative est utile pour faire progresser les connaissances à propos de ce qui est comparé, et de ce par rapport à quoi l'on compare.

- 32 La comparaison a pour première vertu de contribuer à une meilleure connaissance des objets qu'elle intègre. Chacun d'entre eux est éclairé à la lumière nouvelle de l'autre. Ces objets sont observés avec un recul salutaire pour faire progresser le savoir à leur propos. La comparaison les sort en effet d'eux-mêmes, les confronte à une altérité qui les fait apparaître sous des jours parfois inattendus.
- 33 La thèse a comparé les États espagnol et britannique. Elle a contribué à la connaissance des problématiques contemporaines de ces systèmes constitutionnels au-delà du présent perpétuel des commentaires d'actualité. Elle permet de mieux comprendre les mouvements régionalistes qui traversent l'Espagne et le Royaume-Uni, et par suite, ces États eux-mêmes. Elle démontre ainsi que l'idée de fédéralisme s'y est développée considérablement, sans que l'Espagne et le Royaume-Uni se transforment en des États pleinement fédéraux. Le fédéralisme y existe donc sur un mode singulier. Il se conçoit tel un instrument pour préserver l'unité espagnole et britannique et non comme une idée d'œuvre commandant toute l'organisation de ces États. La thèse démontre qu'il est efficace bien qu'il n'empêche pas inéluctablement une fragmentation. Il pourrait même inspirer des solutions pour reconstruire l'unité de l'Espagne et du Royaume-Uni si la Catalogne et l'Écosse devenaient des États souverains. C'est cette efficacité pour parvenir à l'objectif qui lui est attribué qui, malgré ses fragilités, rend le fédéralisme pérenne dans les ordres juridiques espagnol et britannique.
- 34 La thèse montre aussi que ces deux États ne sont ni unitaires ni fédéraux, qu'ils se situent entre ces deux bornes. Elle décrit l'Espagne comme l'État des autonomies et le Royaume-Uni comme l'État d'Union. Elle soutient que ces deux modèles sont des sous-catégories d'un idéal-type : le modèle de l'État régional. Ce travail de



modélisation est plus original au Royaume-Uni qu'en Espagne. La nation espagnole connaît en effet ce genre de théorisation et d'idées politiques depuis fort longtemps. À l'inverse, le Royaume-Uni ne goûte traditionnellement guère ces conceptions politico-constitutionnelles. En effet, outre-Manche, la souveraineté n'est pas l'apanage de l'État, mais celui de la Couronne agissant dans le Parlement. Aussi, les juristes et les théoriciens politiques n'utilisent en général pas ces outils de compréhension. Il faut néanmoins remarquer que l'historien de Cambridge, Quentin Skinner, montre que des pensées de cette sorte peuvent être décelées à partir de la Renaissance en Angleterre. Aussi, la thèse prouve que les modèles étatiques ne sont pas inapplicables en soi au Royaume-Uni ; ils le sont uniquement lorsqu'ils ne s'infléchissent pas aux caractéristiques fondamentales de l'État britannique. À l'inverse, ils sont opérants s'ils s'y adaptent. Le modèle de l'État d'Union permet de les saisir avec acuité, car il s'appuie sur l'histoire constitutionnelle britannique. Il appréhende la nature singulière de la Constitution britannique et de la *common law*. La comparaison a donc été utile pour observer l'État britannique à travers un prisme inattendu de prime abord.

- 35 Par ailleurs, un travail de comparaison ne se limite souvent pas à la connaissance des cas étudiés. En plus de pouvoir intéresser les systèmes qui connaissent des faits analogues, il contribue souvent à nourrir des propos plus théoriques<sup>14</sup>. Il participe à une meilleure connaissance du sujet de la comparaison en soi.
- 36 La thèse ne s'est pas arrêtée au travail sur le fédéralisme et la forme étatique en Espagne et au Royaume-Uni. En effet, elle comprend des réflexions qui dépassent ses deux cas d'étude. Elle établit une typologie précise des États régionaux. Elle met en évidence qu'entre les États unitaires et les fédéraux, existe une multitude de formes qui comportent des éléments propres à ces deux modèles. En ce sens, elle montre que les modèles forgés à partir des cas espagnol et britannique sont pertinents ailleurs, en Bolivie pour le modèle de l'État des autonomies, et au Canada pour le modèle de l'État d'Union.
- 37 Par ailleurs, la thèse permet de réfléchir à l'idée de fédéralisme en soi, à partir des exemples espagnol et britannique. En effet, elle montre la flexibilité de cette idée. La thèse démontre que l'idée fédérative ne constitue pas nécessairement un paradigme. Le fédéralisme n'innerve

pas forcément l'ensemble des ordres juridiques qu'il traverse. S'il inspire parfois tout un système, qu'il est alors paradigmatique, il est parfois uniquement utilisé de manière partielle. En Espagne et au Royaume-Uni, le fédéralisme a une dimension pragmatique au sein de l'État des autonomies espagnol et de l'État d'Union britannique. Il se développe pour un but précis : protéger l'intégrité territoriale des États espagnol et britannique. Ailleurs, le fédéralisme peut inspirer des réformes pour un autre but. Par exemple, la place de la Nouvelle-Calédonie au sein de la République française est régie par des principes habituellement propres au fédéralisme. En ce sens, le Congrès néocalédonien a une compétence législative de principe au sein de son domaine de compétences<sup>15</sup>. Le fédéralisme avait un but différent que celui pour lequel il est mis en place en Espagne et au Royaume-Uni : mettre fin aux événements, pacifier ce territoire<sup>16</sup>.

38 Au surplus, lorsqu'il est conçu comme un principe d'action politique, tel un instrument pragmatique au service d'un but donné, le fédéralisme n'est pas perclus dans une seule conception, imposée par une Constitution totalement fédérale. L'idée de fédéralisme peut se développer de toutes les façons utiles pour atteindre l'objectif pour lequel il est mis en place. Il peut alors inspirer une organisation étatique, des processus décisionnels, ainsi que les rapports entre l'État et ses régions, les orientant tous vers l'accomplissement du dessein qu'il cherche à accomplir. Il apparaît, se développe et s'altère au gré des contextes politiques pour toujours parvenir à l'objectif pour lequel il est mis en place.

39 La thèse montre ainsi qu'en dehors d'un cadre institutionnel purement fédéral, l'idée de fédéralisme est condamnée à être efficace. En effet, elle s'amenuise et disparaît potentiellement si elle ne l'est pas. Néanmoins, sa malléabilité, sa capacité à répondre à des problèmes politiques divers et complexes lui permet de l'être la plupart du temps. Il peut se maintenir de manière pérenne, même en dehors de l'enveloppe protectrice de l'État fédéral, s'il est efficacement mis en place.

## Conclusion

40 Le droit comparé apparaît ainsi comme un exercice souvent complexe, qui nécessite de dépasser des obstacles parfois difficiles à

franchir, par exemple, la bonne maîtrise des langues et des cultures propres aux objets comparés. Il est aussi un formidable moyen pour étudier un sujet et contribuer de manière originale à la connaissance de systèmes et d'objets juridiques. La méthode qui le porte est capitale, a un poids important sur les résultats auxquels il aboutit ; les thèses de droit comparé comme les discussions du 25 avril 2022 le montrent bien. En plus d'être spécialiste de systèmes juridiques étrangers au sien, le comparatiste est peut-être avant tout un méthodologiste.

## NOTES

---

1 « Mot créé par

Goethe, signifiant *littérature universelle* (en anglais *World Literature*) et désignant une discipline normative destinée à étudier selon divers critères, notamment linguistiques, les chefs-d'œuvre de la littérature mondiale. »

Source : Larousse [en ligne], URL : <https://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/Weltliteratur/149617>.

2 Voir par exemple sur ce sujet : F. MELLERAY, *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 374 p.

3 A. MONAT, *Le fédéralisme sans l'État fédéral – La question de l'unité de l'Espagne et du Royaume-Uni*, thèse, université Paris Cité, sous la direction d'Alain Laquière, soutenue le 20 novembre 2020, Paris, Mare & Martin, 2024.

4 Voir sur ce sujet de manière générale G. BACHELARD, *La Philosophie du non – Essai du nouvel esprit scientifique*, Paris, PUF, 2012, p. 23 ; voir aussi G. BACHELARD, *La Formation de l'esprit scientifique*, Paris, J. Vrin, 1986, p. 12-22 ; voir également sur ce sujet dans le domaine spécifique du droit C. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, Paris, PUF, 2015, p. 211-231.

5 Voir sur ce sujet M.-C. PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », RIDC, 2005, n° 1, p. 8-9 ; voir aussi R. PAOUR, « Comparer pour comprendre – comprendre pour comparer. Le droit comparé à l'aune de la théorie réaliste de l'interprétation, de la théorie des contraintes juridiques et de l'analyse juridique », RGD – Actes du colloque sur *L'actualité des thèses en droit public comparé*, université Paris 8, 12 avril 2019.

- 6 Voir J. BELL, « De la culture », in : P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits résolument*, Paris, PUF, 2009, p. 263-278.
- 7 Voir par exemple G DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padoue, CEDAM, 9<sup>e</sup> édition, 2013, p. 17-25.
- 8 Voir par exemple G. SAMUEL, *An introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford, Hart publishing, 2014, p. 25 et s.
- 9 *Ibid.*, p. 71 et s.
- 10 Voir G. BERMANN, « The discipline of comparative law in the United States », RIDC, vol. 51, n° 4, p. 1041-1052 ; voir également A. V. DICEY, *Introduction to the Law of the Constitution*, MacMillan, 1915, p. 259 ; voir enfin A. POSADA, *Derecho Político Comparado*, Victoriano Suárez, 1894, p. 12-15.
- 11 L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé – Tome III : La science des droits comparés*, Paris, Economica, 1983, p. 227-238.
- 12 Noam Chomsky a écrit que « l'utilisation normale du langage est une activité créatrice » (voir *Le langage et la pensée*, L.-J. CALVET et C. BOURGEOIS (trad.), Paris, Payot, 2012, p. 185). Le droit peut se comprendre comme un langage animé par quelques structures, quelques principes à partir desquels tous les actes et les faits juridiques sont créés. Découvrir ces structures permet de comprendre profondément le fonctionnement des systèmes concernés (voir à propos de la grammaire du droit J. WEBBER, « The Grammar of Customary Law », *Revue de droit de McGill*, vol. 54, 2009, p. 618).
- 13 Maurice Merleau-Ponty explique qu'une discipline scientifique se nourrit de démarches qui lui sont étrangères pour progresser (voir M. MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie de la perception* [1945], Paris, Gallimard, 2008, p. 83). Elle reste la seule à pouvoir définir ce qu'est son objet d'étude avec précision. Les domaines qui lui sont tiers déterminent ce qu'elle n'est pas. Elles l'enrichissent par-là. Elles l'éclairent dans certains domaines, lui fixent des limites qu'elle ne saurait déterminer seule (voir *Résumés de Cours au Collège de France – 1952-1960*, Paris, Gallimard, 1968, p. 117-121).
- 14 Voir G. SAMUEL, *op. cit.*, p. 76 et s.
- 15 Voir loi 99-209 organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, art. 99 et 107.
- 16 Voir Accord sur la Nouvelle-Calédonie, signé à Nouméa le 5 mai 1998, Préambule.

## RÉSUMÉS

---

### Français

La contribution propose d'exposer les linéaments d'une méthode comparative en droit constitutionnel à l'aune de la thèse intitulée *Le fédéralisme sans l'État fédéral – La question de l'unité de l'Espagne et du Royaume-Uni* (Mare & Martin, 2024). Elle insiste d'abord sur l'importance du travail préparatoire à la comparaison, notamment sur la nécessité de ne pas biaiser les objets d'études par leur multiplication ou par le choix de paramètres de comparaison inadaptés. L'article montre ensuite l'utilité de fléchir la méthodologie à chaque cas d'étude à partir d'un cadre inspiré par la linguistique structuraliste et générative. C'est ainsi que la comparaison permet un recul heuristique qui enrichit la connaissance des objets comparés, des systèmes auxquels ils appartiennent et des cas s'en rapprochant par analogie.

### English

This contribution aims to outline the principles of a comparative method in constitutional law in the light of the doctoral dissertation entitled *Federalism Without the Federal State – The Question of the Unity of Spain and the United Kingdom* (Mare & Martin, 2023). It first highlights the importance of preparatory work for comparison, in particular the need to avoid biasing the objects of study by multiplying them or by choosing inappropriate comparison parameters. The paper then shows how useful it is to adapt the methodology to each case of study, using a framework inspired by structuralist and generative linguistics. This is how comparison provides a heuristic perspective that enriches our knowledge of the objects being compared, the systems to which they belong and the cases that are similar by analogy.

## INDEX

---

### Mots-clés

méthodologie, droit comparé, épistémologie, fédéralisme, Espagne, Royaume-Uni

### Keywords

methodology, comparative law, epistemology, federalism, Spain, United Kingdom

## AUTEUR

---

**Adrien Monat**

Maître de conférences en droit public à Sciences Po Saint-Germain-en-Laye,  
chercheur au LEJEP de la faculté de droit de CY Cergy Paris université (EA 4458)

IDREF : <https://www.idref.fr/270664459>

ORCID : <http://orcid.org/0000-0002-7198-4858>

# Représenter la doctrine publiciste britannique : essai de comparaison juridique critique

Marie Padilla

DOI : 10.35562/droit-public-compare.404

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

## PLAN

---

1. Représenter la doctrine publiciste britannique, la comparaison profonde comme cadre théorique critique
  - 1.1. Le renouvellement des cadres théoriques de la comparaison juridique
  - 1.2. La comparaison profonde comme cadre théorique critique permettant de saisir la doctrine publiciste britannique
2. Représenter la doctrine publiciste britannique, l'épistémologie juridique comme outil d'analyse critique
  - 2.1. La construction d'une épistémologie juridique critique comme outil d'analyse de la doctrine étrangère
  - 2.2. L'épistémologie juridique de la doctrine publiciste britannique, images d'une doctrine plurielle

## TEXTE

---

- 1 « Better read when dead »<sup>1</sup>. La formule – un classique du droit britannique<sup>2</sup> – a jusqu'à récemment résumé la relation qui liait juges et professeurs de droit au Royaume-Uni. Les premiers, acteurs du monde juridique, ne citaient dans leurs décisions que les travaux d'auteurs classiques et décédés ; les seconds, simples observateurs, ne pouvaient espérer voir leur propre pensée sur le droit être évoquée par les cours de *common law* de leur vivant<sup>3</sup>. Juges et professeurs étaient alors « similaires à des bateaux se croisant en pleine nuit, des bateaux ne se parlant que rarement, avec des voix distantes, avant de retourner au silence<sup>4</sup> ».
- 2 Lors d'une conférence donnée en octobre 2021, Lord Burrows écarte cependant l'image passive que le système juridique britannique a

longtemps donnée aux professeurs de droit. Ces derniers y sont, au contraire, présentés comme des partenaires, dont les contributions « peuvent aider à replacer une question juridique spécifique dans un contexte plus large et [...] ainsi assister les juges dans la construction de principes juridiques adéquats<sup>5</sup> ». Le motif développé n'est pas nouveau<sup>6</sup>. Depuis le début des années 80, l'analyse des rapports entre juges et professeurs de droit s'est écartée de l'orthodoxie jusqu'alors dominante. La *lecture* donnée en 1984 par Lord Goff, devant la *British Academy*, a en ce sens ouvert la voie<sup>7</sup>. Affirmant l'existence d'un mécanisme de co-construction des principes juridiques entre juges et professeurs de droit<sup>8</sup>, Lord Goff relève quelques années plus tard que « c'est la fusion de leur travail qui engendre le système solide et adaptable qui est appelé la *common law*<sup>9</sup> ».

- 3 L'évolution de la représentation prétorienne du rôle des universitaires découle très directement des réformes des facultés de droit britanniques qui ont été mises en place dans la seconde moitié du xx<sup>e</sup> siècle<sup>10</sup>. Ces dernières ont permis la valorisation des travaux universitaires dans le champ juridique<sup>11</sup>. Lord Goff relève que la vision du droit développée par les professeurs de droit « n'est pas seulement créative, mais exerce aussi une influence immense<sup>12</sup> ». Cette influence est d'ailleurs corroborée par Lord Burrows qui observe une forte augmentation du nombre de citations de travaux universitaires dans les décisions des cours britanniques à partir de la fin des années 80, avant de se stabiliser autour d'une trentaine de citations annuelles au début des années 2000<sup>13</sup>. Mais, si les citations directes des travaux universitaires permettent de rendre visible l'influence exercée par les professeurs de droit sur les juges, cette dernière ne saurait être limitée à ce type de citations. En effet, l'influence des universitaires n'est pas toujours rendue explicite et apparaît dès lors plus profonde que ce que consentent à avouer les juges britanniques<sup>14</sup>.
- 4 Si la plupart des écrits extrajudiciaires reconnaissant le rôle des professeurs de droit se situent dans le champ du *tort law*, le droit public n'échappe pas au développement et au renforcement de cette coopération. Les exemples des dialogues tissés par des juges comme Lord Bingham<sup>15</sup>, Lord Reed<sup>16</sup> ou encore Sir John Laws<sup>17</sup> témoignent du travail de coopération entre juges et professeurs de droit dans le



champ du droit public. De même, la citation d'auteurs vivants, comme le professeur oxonien Paul Craig ou le professeur Jason Varuhas, dans des décisions récentes de la Cour suprême, attestent explicitement de l'influence exercée par les professeurs de droit sur les juges dans le domaine du droit public<sup>18</sup>. Il semble dès lors pouvoir être affirmé que les professeurs de droit public britanniques sont pleinement devenus des acteurs du monde juridique<sup>19</sup>.

- 5 Cette influence ne saurait d'ailleurs se limiter au seul rapport entre juge et universitaire. Si « en Angleterre le juge est roi<sup>20</sup> », les professeurs de droit public ont trouvé auprès du législateur une oreille attentive. Le travail d'expertise effectué par des professeurs de droit public comme John Bell, Vernon Bogdanor, Mark Elliott, ou Alison Young devant le *Constitution committee* de la House of Lords atteste d'une influence qui dépasse le simple rapport au juge. Qu'ils agissent comme expert ponctuel ou comme assistant juridique du *committee*, ces derniers participent du processus législatif et des réformes du droit britannique. En ce sens, la crise constitutionnelle du Brexit a certainement offert un catalyseur aux professeurs de droit public pour investir ces espaces d'expression et de visibilité, qui leur ont permis en retour d'exercer une fonction de conseil et d'influence à la fois sur des acteurs institutionnels comme le Parlement britannique, mais aussi auprès des acteurs de la société civile.
- 6 La reconnaissance des professeurs de droit public et de leur influence dans le système juridique britannique s'articule autour de l'identification d'une fonction claire pour les *legal scholars*. S'ils socialisent les futurs praticiens au système juridique par leur enseignement, l'intérêt principal de leur travail est de systématiser le droit, d'en proposer une vision globale et cohérente qui va aider les autres acteurs juridiques, juge ou législateur, dans la production de la norme<sup>21</sup>. Un étrange sentiment de familiarité émerge ici. La description de la fonction des professeurs de droit britannique ne va pas sans rappeler les caractéristiques généralement rattachées à la fonction de la doctrine en France<sup>22</sup>. Pourtant, l'expérience anglaise est très souvent présentée comme l'anti-modèle de la doctrine française. En France, les études doctrinales retiennent que « la doctrine française n'a [...] pas d'homologue dans les pays de *common law*. La chose est acquise en droit anglais où le professeur

s'efface derrière le juge<sup>23</sup> ». Depuis cette perspective, la doctrine est perçue par sa structure et non par sa fonction. Ainsi,

« [t]outes les définitions communément admises tournent autour de l'idée que la doctrine est un ensemble d'auteurs ou mieux l'ensemble des auteurs, c'est-à-dire en somme une collectivité. Et cette idée, qu'aucun juriste ne conteste, trouve son origine chez des auteurs qui font partie de la doctrine. Autrement dit, la doctrine affirme elle-même son existence et se définit comme collectivité<sup>24</sup> ».

- 7 De plus, cette « entité doctrinale<sup>25</sup> » formerait « un tout homogène et compact<sup>26</sup> ».
- 8 Dès lors, l'expérience anglaise s'écarte bel et bien de l'expérience française, puisqu'il n'existe pas, au Royaume-Uni, une conscience collective entre professeurs de droit qui s'incarnerait sous l'idée d'une notion de corps ou d'entité, pas plus qu'il n'en existerait une vision homogène. Cependant, il convient de souligner que cette définition de la doctrine comme structure collective homogène ne fait pas plus consensus en France. Débattue dans le champ du droit privé<sup>27</sup>, elle est largement remise en cause par les études doctrinales dans le champ du droit public qui tendent au contraire à démontrer que l'identité de la doctrine ne se joue pas dans son homogénéité<sup>28</sup>. Plus que l'approche structurelle, c'est l'approche fonctionnelle proposée par les professeurs Étienne Picard<sup>29</sup> ou Jacques Chevallier<sup>30</sup> qui semble offrir un critère d'identification satisfaisant pour la notion de « doctrine ». Plus souple, ce dernier permet d'élargir les expériences nationales et étrangères pouvant être observées à l'aulne du concept de « doctrine ». Or, une fois ce critère retenu, il semble bien possible de pouvoir envisager l'existence d'une doctrine britannique et, plus précisément ici, d'une doctrine publiciste britannique. L'utilisation de la notion n'est d'ailleurs pas étrangère aux travaux de droit comparé contemporain s'intéressant au droit britannique<sup>31</sup>. La souplesse du critère fonctionnel mue la notion de « doctrine » comme concept ancré dans une expérience nationale en un concept plus « général » susceptible de jouer le rôle de « *tertium comparationis*<sup>32</sup> ».
- 9 Il convient néanmoins de rappeler que ce *tertium comparationis*, ce concept préalable qui sert de média au regard comparatiste, ne peut être compris comme une notion neutre et objective<sup>33</sup>. Il reste

pleinement modelé par le cadre conceptuel prédéterminé de celui qui utilise, conçoit et construit la comparaison et appelle dès lors un travail critique de la part du comparatiste pour rappeler sa localisation et la rendre explicite. Puisque chacun est possédé par la culture qui le possède, rappeler cette construction permet de replacer le regard de comparaison à sa juste échelle et de l'envisager comme un acte de connaissance parmi d'autres sur l'objet étudié. Il devient alors possible d'observer, de saisir et de dire la doctrine publiciste britannique dans ce qui compose son identité (sa structure propre, ses dynamiques, etc.). Le savoir qui sera tiré de cet acte de connaissance n'aura pas une valeur absolue ou universelle, mais s'intégrera dans un réseau de connaissances localisées qui par leur mise en dialogue participe de la science comme activité sociale de construction de la connaissance<sup>34</sup>.

- 10 La possibilité même de l'étude de la doctrine publiciste britannique ainsi exposée, qu'en est-il cependant de la méthode permettant une telle étude comparée ? En effet, loin de proposer un cadre d'analyse pour étudier la doctrine publiciste étrangère, la méthode « traditionnelle » de la comparaison juridique, issue du fonctionnalisme construit par Konrad Zweigert et Hein Kötz<sup>35</sup>, écarte la doctrine de ses objets d'étude pour lui préférer l'étude des normes. Si de manière incidente, la question doctrinale vient à être abordée dans un souci de contextualisation, cette dernière n'occupe pas le cœur de l'acte de comparaison traditionnel ni du cadre théorique qui le sous-tend. Dès lors, s'engager dans une étude comparée centrée sur la doctrine étrangère suppose de se placer en rupture d'une tradition méthodologique comparée aujourd'hui largement acceptée dans la pratique du droit public comparé. C'est dans cette rupture que toute étude comparée de la doctrine emporte une dimension critique. Ainsi, et afin d'exposer les choix méthodologiques faits dans le cadre du travail de thèse<sup>36</sup> sur lequel se fonde le présent article de ce numéro de la revue *Droit public comparé*, il conviendra de préciser en quoi la représentation de la doctrine publiciste britannique suppose la mise en jeu d'un cadre théorique spécifique et critique (1.), mais aussi l'utilisation d'outils d'analyse rattachés à l'épistémologie juridique qui amènent à une lecture elle-même critique du discours doctrinal (2.).

# **1. Représenter la doctrine publiciste britannique, la comparaison profonde comme cadre théorique critique**

- 11 L'étude d'une doctrine étrangère ne constitue pas un objet « classique » de droit comparé<sup>37</sup>. La méthode traditionnelle de la comparaison juridique ne semble pas offrir un cadre d'analyse satisfaisant pour penser et représenter la doctrine publiciste britannique. Néanmoins, le travail critique, mené par les comparatistes depuis plus de trente ans, a permis le renouvellement et la multiplication des cadres théoriques de la comparaison juridique (1.1.). Or, parmi ces nouvelles manières de (re)penser le droit comparé<sup>38</sup>, certains cadres théoriques permettent de saisir la question de la représentation de la doctrine étrangère. Cela est notamment le cas du cadre théorique, développé par le professeur Mark Van Hoecke qui au travers de son concept de « deep comparison<sup>39</sup> » offre un cadre théorique critique, permettant de représenter la doctrine publiciste britannique et son importance pour le système juridique britannique (1.2.).

## **1.1. Le renouvellement des cadres théoriques de la comparaison juridique**

- 12 L'histoire de la comparaison juridique est traversée de part en part par une même tension : celle de la dialectique entre le droit étranger – le droit-autre – et le droit national – le droit-propre<sup>40</sup>. Dans ce contexte, chaque méthode de comparaison s'adosse à un cadre théorique dont le cœur consiste à proposer une réponse à la question de l'articulation entre droit-autre et droit-propre. Ce cœur théorique traduit le rapport à l'altérité, mais aussi à l'éthique entretenue par le droit national et le comparatiste, issu de ce droit avec le droit étranger. Dans les systèmes juridiques occidentaux, les cadres théoriques dominants pour la comparaison juridique sont largement marqués par une visée universaliste<sup>41</sup>. Cette dernière est présente au cœur des différentes vagues de comparatismes qui émaillent le

xix<sup>e</sup> siècle<sup>42</sup>. Le comparatisme est en effet compris, à cette période, comme la recherche d'un manque, celui de l'unité perdue du droit<sup>43</sup>, faisant de la méthode comparée un outil utile au service de l'idéologie des grandes puissances coloniales.

13 L'« acte mythique<sup>44</sup> » de fondation du droit comparé est cependant postérieur et s'enracine dans la tenue du Congrès de Paris en 1900<sup>45</sup>. Nourri par l'apport théorique du positivisme juridique<sup>46</sup>, le courant majoritaire entend le droit comparé comme « une science du droit », visant à « dégager de l'ensemble des institutions particulières un fond commun ou tout au moins des points de rapprochement susceptibles de faire apparaître sous la diversité apparente des formes, l'unité foncière de la vie juridique universelle<sup>47</sup> ». Avec la scientification du droit comparé émerge la question de sa méthode. Le début du xx<sup>e</sup> siècle amène donc logiquement les comparatistes à se focaliser sur la question méthodologique<sup>48</sup>. Or, le projet d'unification du droit clairement affirmé comme objectif pour la nouvelle « science » du droit comparé<sup>49</sup> amène les comparatistes à favoriser des méthodes permettant de systématiser les droits nationaux et étrangers<sup>50</sup>.

14 C'est dans ce contexte, et en réaction au formalisme des premières méthodes de la « science » du droit comparé que va émerger la méthode fonctionnelle<sup>51</sup>. Cette dernière correspond « à la quatrième vague d'universalisme [implicite] dans les études de droit comparé<sup>52</sup> ». Fondée par le juriste autrichien Ernst Rabel<sup>53</sup>, puis popularisée par Konrad Zweigert et Hein Kötz<sup>54</sup>, la méthode fonctionnelle se propose de déplacer la focale méthodologique des règles de droit vers la fonction sociale assumée par ces règles. Ce mouvement repose sur le présupposé selon lequel « les textes et institutions juridiques représentent des solutions aux problèmes de la vie dans une société organisée<sup>55</sup> ». Or, il existerait une universalité dans les problèmes posés aux systèmes juridiques<sup>56</sup>. Dès lors, la diversité des réponses apportées par les systèmes juridiques ne serait que des variations nationales visant à remplir une fonction équivalente. L'identification de cette fonction commune constitue le *tertium comparationis* autour duquel la comparaison va pouvoir se construire<sup>57</sup>. Ainsi, « la fonction devient le principe méthodologique pivot pour déterminer le choix des droits à comparer, l'étendue de la comparaison, la création d'un système de droit comparé et l'évaluation des résultats<sup>58</sup> ».

- 15 Selon la méthode fonctionnelle, la comparaison s'appuie donc sur deux éléments nécessaires : l'identification de la fonction équivalente qui permet la comparaison et la description du droit étranger qui permet d'apprécier les modalités de la solution étrangères. La première de ces opérations suppose une valorisation des similarités au détriment des différences et de la complexité. En somme, la recherche d'une fonction équivalente emporte un risque de réduction et de simplification qui conduirait à nier la complexité et la réalité de l'expérience étrangère<sup>59</sup>. De même, la seconde opération s'inscrit dans un cadre théorique positiviste qui prétend à une description neutre et objective du droit. Elle amène le comparatiste à imposer son cadre d'analyse, pourtant ancré et localisé dans une certaine tradition juridique, sur un droit-autre qui ne partage ni les mêmes structures ni les mêmes concepts. Or, dans ces deux opérations, ce n'est pas tant le droit autre qui se voit saisi ou représenté qu'une image biaisée de ce dernier au prisme du droit propre. En effet, le

« risque est qu'en intégrant de nouvelles connaissances [sur le droit-autre] nous assimilions le nouveau dans les catégories bien enracinées de l'ancien ou qu'à trop regarder le nouveau nous abandonnions la stabilité et la prudence présentes dans l'ancienne vision normative ou que nous gardions le nouveau et l'ancien séparés et que nous ne nous autorisions pas à apprendre leurs leçons<sup>60</sup> ».

- 16 Autrement dit, la dialectique entre l'autre et le soi ne trouve pas d'équilibre dans la méthode fonctionnelle.
- 17 Cette difficulté au cœur de la méthode traditionnelle a alimenté depuis le milieu des années 80 une littérature comparée critique visant tout à la fois à exposer les apories de la méthode fonctionnelle,<sup>61</sup> mais aussi à proposer d'autres cadres théoriques explicites pour construire la méthode de la comparaison juridique<sup>62</sup>. Plus largement, l'objectif de cette littérature critique est de « pousser [...] la communauté épistémique des comparatistes à re-penser beaucoup de choses – c'est-à-dire re-penser la méthode, les théories et les maîtres de la discipline<sup>63</sup> ».
- 18 L'hétérogénéité des positions théoriques regroupées sous la bannière du comparatisme critique est certes importante. Elle se nourrit tout à la fois des discours des *critical legal studies*<sup>64</sup>, des études critiques,

issues des sciences sociales<sup>65</sup> comme des approches visant à réintégrer l'expérience étrangère dans son contexte en défendant l'abandon de l'étude du droit étranger au seul prisme de son droit positif pour lui préférer une approche plus englobante par l'étude de sa culture juridique. Mais, et au-delà de ces différences, un même credo traverse l'ensemble de ce groupe hétérogène : repenser le lien entre droit-autre et droit-propre au-delà du paradigme de la similarité<sup>66</sup> ; réintégrer le comparatiste dans sa propre culture juridique<sup>67</sup> en reconnaissant la culture juridique autre<sup>68</sup>, la complexité et la diversité des expériences juridiques ; accepter enfin le droit-autre dans tout ce que l'on croit faussement savoir de lui et tout ce qui en lui nous échappe de nous<sup>69</sup>. Dans ce déplacement et cet éclatement théorique, la méthode n'est plus positiviste, elle devient critique, bien entendu, mais aussi profondément interdisciplinaire, herméneutique, parfois au risque du relativisme et d'être désignée comme « post-moderniste » par ses opposants<sup>70</sup>. Ce qui compte n'est plus tant l'évaluation de la solution étrangère que la rencontre du droit étranger et le « regard de retour<sup>71</sup> » construit sur le droit-propre. Dès lors, « la question du droit comparé [...] n'est plus tant de savoir si les comparatistes seront [...] capables de comprendre les lois étrangères, les institutions étrangères, ou les cultures étrangères [...]. Mais plutôt [...] si les comparatistes peuvent avoir accès à ce qui leur appartient déjà – c'est-à-dire, à l'étrangeté de leur propre passé<sup>72</sup> » grâce au miroir que l'autre offre à la compréhension de soi. La dimension réflexive devient le cœur de l'acte de comparaison.

- 19 En reconnaissant la complexité du droit-autre, les études critiques souhaitent dépasser un regard comparé qui ne se centrerait que sur les règles de droit positif. Ces dernières sont dès lors observées dans le maillage de représentations et de normes politiques, sociales, morales dans lequel elles s'intègrent et qui préconditionne dans le système étranger, la compréhension même de ces règles de droit<sup>73</sup>. En élargissant le regard, les études critiques ouvrent au comparatiste la possibilité de se tourner vers d'autres objets que les seules règles de droit positif. Cette diversification des objets de la comparaison juridique permet d'envisager la doctrine juridique comme un objet d'étude à part entière. Dans ce champ spécifique des méthodes culturelles, le modèle développé par le professeur Mark Van Hoecke

sous le nom de « comparaison profonde » donne une place toute particulière à l'étude doctrinale<sup>74</sup>. La comparaison profonde propose ainsi un cadre théorique critique à même de saisir et analyser la doctrine publiciste britannique.

## **1.2. La comparaison profonde comme cadre théorique critique permettant de saisir la doctrine publiciste britannique**

20 Malgré l'apport des approches critiques, le fonctionnalisme constitue toujours le cadre théorique majoritaire de la comparaison juridique et celui le plus souvent utilisé dans les études de droit constitutionnel comparé<sup>75</sup>. Certes, le fonctionnalisme contemporain ne correspond plus pleinement à la description dressée précédemment ni au projet de ses premiers promoteurs<sup>76</sup>. L'un des effets de l'approche critique du droit comparé a été de faire évoluer la méthode traditionnelle et de la rendre plus perméable au contexte des normes juridiques qu'elle entend mettre en présence. Ce mouvement a rendu le fonctionnalisme contemporain plus hétérogène<sup>77</sup>. Néanmoins, cette ouverture du fonctionnalisme, qui prolonge d'une certaine manière la vision de K. Zweigert et H. Kötz<sup>78</sup>, ne rompt pas fondamentalement avec les présupposés théoriques sous-tendant la méthode fonctionnelle. En effet, « même s'ils enjoignent les comparatistes à s'émanciper de leurs cadres culturels et de se libérer de leur environnement doctrinal, ils produisent un discours théorique qui se concentre sur le droit comme science, comme le droit comparé comme "une science pure"<sup>79</sup> ». Or, le modèle de scientificité sur lequel s'appuient la méthode fonctionnelle et le positivisme juridique qui la sous-tend comprend la science comme un espace neutre permettant à la fois une connaissance objective du droit national, mais aussi de construire un regard objectif sur le droit étranger. Face à ce présupposé théorique, les approches culturelles soulignent qu'une participation à l'activité juridique d'un système suppose d'adopter une perspective interne à ce système<sup>80</sup>. Dès lors, « pour comprendre un système juridique, il ne suffit donc pas d'en apprendre les règles. Encore faut-il maîtriser la manière d'interpréter les textes et la structure d'imbrication de ces derniers<sup>81</sup> ».



- 21 En ce sens, le professeur Mark Van Hoecke relève que la socialisation des juristes par leur éducation générale et juridique dans un système national crée les conditions permettant à ces derniers de se saisir de l'ordre juridique et d'en devenir des acteurs<sup>82</sup>. Ainsi, « inconsciemment [...] cette connaissance et ces valeurs partagées jouent un rôle dans la manière dont le droit va être regardé, interprété, utilisé<sup>83</sup> ». Si chaque juriste est profondément ancré dans le contexte culturel de son propre système, dès lors, tout comparatiste, parce qu'il vient au droit-autre imprégné par un autre système de connaissances et de valeurs, va « très largement manquer de ce cadre culturel<sup>84</sup> » qui préconditionne pourtant la compréhension du droit-autre. Une fois ce constat formulé, la question qui émerge est de savoir comment réussir, dès lors, à dépasser ce manque. Mark Van Hoecke souligne que face à cette question, deux positions sont le plus souvent adoptées : un « optimisme épistémologique naïf » et un « fort pessimisme épistémologique<sup>85</sup> ».
- 22 La première, que Mark Van Hoecke associe au fonctionnalisme, écarte tout simplement le problème de l'enracinement et de la localisation du comparatiste. Elle affirme qu'en se concentrant sur une compréhension du droit limitée à l'étude des règles de droit positif et des décisions de justice, le comparatiste peut trouver un *tertium comparationis*, pensé comme un espace neutre qui lui permettra de décrire objectivement le droit étranger. Or, Geoffrey Samuel et Pierre Legrand rappellent que « pour un comparatiste, prétendre qu'il peut comparer de manière objective est, dans les faits, nier toute possibilité de voir son travail questionné de manière utile<sup>86</sup> ». La seconde position intègre pleinement la question de la localisation du regard de comparaison. Or, cette position implique une « vision perfectionniste de la "connaissance"<sup>87</sup> ». Depuis cette dernière le droit étranger ne peut être saisi pleinement à cause des présupposés portés par le regard du comparatiste et sa méconnaissance du cadre culturel autre. Cependant, un tel présupposé revient à néantiser toute possibilité de comparaison<sup>88</sup>. Poussée à son extrême, l'approche culturelle tombe dans un relativisme où le droit comparé devient une impossibilité.
- 23 Sans céder ni à la facilité de la vision optimiste ni à la sentence de la vision pessimiste, le cadre méthodologique que propose Mark

Van Hoecke offre un chemin médian. Depuis sa perspective culturelle, la différence entre les deux positions précédemment évoquées, découle de la « profondeur » de la comparaison. La première position épistémologique est associée à une comparaison « superficielle <sup>89</sup> ». La seconde position épistémologique est comprise, lorsqu'elle ne cède pas au relativisme, comme permettant une comparaison dite « profonde <sup>90</sup> ». La différence entre ces deux niveaux de comparaison s'explique par la nature composite de la culture juridique : cette dernière est composée par différents niveaux qui sont plus ou moins directement accessibles au comparatiste. Ainsi, et au-delà de la couche visible composée par les normes et les décisions de justice du système juridique, chaque culture juridique serait le résultat d'au moins six niveaux distincts et plus profonds : un concept de « droit », une théorie des sources juridiques, une méthodologie du droit, un type d'argumentation, un principe de légitimation du droit, et enfin une idéologie commune <sup>91</sup>. Là où une comparaison « superficielle » tendrait à s'arrêter aux règles de droit positif et à analyser le premier ou deuxième niveau de la culture juridique, la comparaison « profonde » viserait à analyser les niveaux les plus difficiles à atteindre. D'après Mark Van Hoecke, s'engager dans un travail de comparaison juridique suppose de s'enfoncer dans les niveaux les plus profonds de la culture juridique pour saisir au mieux ce qui en compose la « mentalité <sup>92</sup> », les valeurs implicites qui permettent au comparatiste, à défaut de saisir pleinement le système étranger, d'en proposer une « re-présentation <sup>93</sup> ».

- 24 Comment, dès lors, saisir les niveaux plus profonds de la culture juridique-autre et plus particulièrement la question de l'idéologie commune dans un système juridique ? C'est ici que l'étude de la doctrine du système étranger trouve toute sa place. En effet, « la doctrine juridique forme une part essentielle de tout système juridique complet. Elle permet le développement du cadre conceptuel du système juridique et de sa méthode <sup>94</sup> » notamment par son travail de description et de systématisation des règles de droit dans le système en question. Pour autant, en assumant ce rôle

« La doctrine juridique ne se contente pas de décrire et reconstruire certaines réalités juridiques [...] elle joue aussi un rôle, à un certain degré, dans la construction continue du système juridique, de même

que dans l'incarnation d'un certain type de culture juridique, perpétuant une tradition juridique<sup>95</sup> ».

- 25 La doctrine juridique devient dès lors le point de contact et d'articulation entre les règles de droit qui composent le système étranger et la manifestation de la culture juridique qui modèle ce même système et construit le principe d'organisation entre ces règles de droit. En d'autres termes, elle devient le point d'articulation entre les niveaux les plus superficiels du système juridique et les niveaux les plus profonds que l'approche culturelle vise à analyser. La doctrine juridique apparaît aussi comme un espace dynamique, « un forum privilégié où les théories paradigmatiques [...] sont explicitement formulées et où de nouvelles théories sont proposées et discutées<sup>96</sup> ». L'étude de la doctrine juridique et de ses dynamiques permet ainsi de ne pas fossiliser la culture juridique du système-autre ni de lui nier sa complexité et son pluralisme méthodologique et théorique.
- 26 Le cadre culturel et critique proposé par Mark Van Hoecke sous le concept de comparaison profonde non seulement fait de la doctrine juridique étrangère un objet de comparaison, mais surtout un objet de première importance pour saisir toutes les nuances de la culture juridique étrangère. En ce sens, la comparaison profonde offre un cadre théorique satisfaisant pour étudier la doctrine publiciste britannique. Cependant, la nature particulière de l'objet « doctrine juridique » suppose le recours à des outils d'analyse spécifique à l'image de l'épistémologie juridique.

## **2. Représenter la doctrine publiciste britannique, l'épistémologie juridique comme outil d'analyse critique**

- 27 Si le droit est « un ensemble spécifique de normes<sup>97</sup> », produit d'« une activité de la volonté qui sollicite la mise en œuvre de la raison pratique<sup>98</sup> », il est aussi dans une seconde acception un « discours sur le droit<sup>99</sup> », « la discipline académique qui a pour

objets ces ensembles normatifs [...] et qui n'implique, au contraire, que le déploiement d'une activité de connaissance<sup>100</sup> ». La doctrine juridique relève de cette seconde définition. Dès lors, elle doit être comprise comme un « méta-discours », un discours de connaissance visant à représenter et structurer le droit positif. La nature même de cet objet juridique suppose la mise en jeu d'outils d'analyse spécifiques permettant d'étudier les discours de connaissance. C'est ici que l'épistémologie juridique semble offrir un cadre d'analyse pertinent pour l'étude de la doctrine publiciste britannique. Or, tout comme il n'existe pas une méthode de comparaison, mais des méthodes de comparaison, il n'existe pas plus une épistémologie, mais des épistémologies<sup>101</sup>. Le choix de cette dernière s'intègre dans un cadre théorique qui reconditionne la manière dont l'objet d'étude sera regardé et analysé. Ainsi, et au regard du cadre théorique critique et culturel adopté pour cette étude, la perspective épistémologique retenue se construit comme un regard critique (2.1.) qui a permis de représenter la doctrine publiciste britannique comme une doctrine plurielle et dynamique (2.2.).

## **2.1. La construction d'une épistémologie juridique critique comme outil d'analyse de la doctrine étrangère**

- 28 L'épistémologie « a pour objet de mettre en lumière la signification de l'œuvre scientifique ». Sa fonction est de « faire apparaître des organisations de concepts, qu'elles soient achevées ou imparfaites, des difficultés ou obstacles, ou incohérences, des ouvertures, des points sensibles<sup>102</sup> » dans les discours de connaissance. Comprise sous cet angle, l'épistémologie s'intègre dans une conception classique<sup>103</sup>, conforme à celle proposée par Christian Atias pour qui « l'épistémologue pose des questions qui jalonnent en quelque sorte le chemin parcouru dans la construction et le développement d'un savoir<sup>104</sup> ». Ainsi formulée, l'épistémologie pose deux questions fondamentales : premièrement ce qu'est la connaissance, et ici, plus spécifiquement, ce qu'est la connaissance juridique, et, deuxièmement, quelle méthode suivre pour développer cette connaissance. Si ces deux questions sont centrales pour l'épistémologie classique, une troisième est néanmoins posée par les

épistémologies constructivistes : comment apprécier la validité de la connaissance<sup>105</sup> ?

- 29 Pour ce type d'épistémologie, la connaissance scientifique « présente un caractère socialement construit et artificiel<sup>106</sup> ». Dès lors, la perspective adoptée sur la connaissance emporte une dimension critique en rupture avec la conception classique de la science. Contrairement aux épistémologies positivistes ou empiriques, les épistémologies constructivistes rejettent l'idée d'une vérité neutre et objective sur l'objet et intègrent le discours de connaissance dans un principe de véridiction<sup>107</sup>. La connaissance produite sur l'objet n'est dès lors plus valide parce qu'elle donnerait une représentation vraie du réel de son objet d'étude, mais parce qu'elle correspond et s'intègre dans un réseau de représentations et de valeurs qui, à un moment du développement de la connaissance, vont conditionner les propositions formulées et regardées comme valide sur un objet donné. En d'autres termes, les propositions respectant la « police du discours<sup>108</sup> » au cœur de l'identité de la doctrine.
- 30 La notion d'identité doctrinale – comprise comme une identité du discours doctrinal – est au cœur de l'étude de la doctrine publiciste britannique proposée. Cette notion implique une étude des concepts et des structures acceptés dans le discours de la doctrine publiciste britannique pour parler de l'objet « droit public » au Royaume-Uni. Or, et parce que ces concepts et structures ne sont pas figés, mais évoluent dans le temps, une telle étude suppose une double approche à la fois synchronique et diachronique. Dès lors, étudier la doctrine étrangère implique de mettre à jour le réseau conceptuel qui compose sa représentation du droit-autre et ses dynamiques d'évolution.
- 31 L'épistémologie adoptée par le professeur Renaud Baumert dans son étude des doctrines françaises et allemandes<sup>109</sup> offre les outils permettant de saisir les dynamiques internes au champ doctrinal. Observant que l'« on peut se figurer la communauté doctrinale comme un ensemble de “programmes doctrinaux” concurrents portant sur un objet de même nature<sup>110</sup> », l'approche du professeur Baumert comprend le champ doctrinal comme une succession de phases normales et de « crises doctrinales<sup>111</sup> ». Les phases normales correspondent à des périodes où un programme doctrinal agrège

autour de lui un consensus stable, suffisant pour que ce dernier devienne le programme doctrinal majoritaire. Pendant cette période, les programmes concurrents se font moins nombreux et représentent une portion réduite de la communauté doctrinale. Le paysage doctrinal est alors relativement stable. *A contrario*, les périodes de « crises doctrinales » se caractérisent par une forte hétérogénéité. Le programme doctrinal majoritaire, parce qu'il n'offre plus une représentation satisfaisante de son objet, ne fait plus consensus. Les programmes concurrents se multiplient jusqu'à ce que l'un d'eux s'impose comme le nouveau cadre valide pour dire et penser l'objet juridique.

- 32 Si cette approche permet d'écrire une histoire doctrinale, l'étude de la doctrine étrangère ne peut se limiter à cette dernière. L'analyse des concepts utilisés pour représenter le droit positif permet d'identifier ce qui, dans un programme doctrinal majoritaire, va servir de police discursive permettant de discriminer entre les propositions valides et non valides sur l'objet d'étude. De même, cette étude interne permet d'observer ce qui dans les concepts du programme doctrinal ne permettra pas de saisir les évolutions du droit positif, risquant de faire entrer le programme doctrinal dans une « crise doctrinale ». Cette observation resserrée permet d'observer les stratégies de résistance développées par les programmes doctrinaux pour absorber l'écart créé entre l'évolution du droit positif et leurs représentations de ce dernier<sup>112</sup>. Cet espace laisse alors entrevoir qu'en plus de leurs fonctions scientifiques, les discours doctrinaux emportent aussi une dimension identitaire et politique qui participe de leur identité.
- 33 Ainsi, la mise en dialogue de ces deux niveaux d'analyse épistémologique permet dès lors de saisir les caractères propres de la doctrine étrangère, mais aussi ses dynamiques d'évolution. En cela, elle permet de représenter l'identité de cette dernière. Ce sont donc ces outils qui ont été utilisés pour construire une représentation de la doctrine publiciste britannique contemporaine.

## 2.2. L'épistémologie juridique de la doctrine publiciste britannique, images d'une doctrine plurielle

- 34 Lorsqu'appliqués au cas de la doctrine publiciste britannique, les outils épistémologiques critiques font émerger deux dynamiques principales pour caractériser l'identité de la doctrine publiciste britannique. Tout d'abord, cette dernière s'est, depuis la fin du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle, caractérisée par son apparente stabilité grâce à la constitution d'un consensus majoritaire clair autour du modèle doctrinal développé par le juriste victorien Albert Venn Dicey<sup>113</sup> et désigné sous le terme de « doctrine orthodoxe ». Cependant, ce consensus semble s'être affaibli puis effrité à partir de la fin des années 90 et laisse aujourd'hui entrevoir une période de « crise doctrinale<sup>114</sup> ». Cette période de crise permet d'observer un champ doctrinal fragmenté en groupes et courants divers. La doctrine publiciste britannique apparaît dès lors comme une doctrine plurielle dont la démultiplication des manières de dire et représenter le droit public a parfois laissé craindre à l'éclatement du champ doctrinal et derrière lui de la discipline même du droit public au Royaume-Uni.
- 35 La publication de la première édition de l'ouvrage *The Law of the Constitution* d'Albert Venn Dicey représente un point de départ pour la doctrine publiciste britannique. En effet, la systématisation proposée par l'auteur et son souci d'autonomisation d'une étude juridique de la Constitution britannique face aux autres champs de la connaissance comme la science politique ou l'histoire<sup>115</sup> vont permettre la construction de concepts et de structures conceptuelles permettant de dire juridiquement ce qu'est la Constitution britannique<sup>116</sup>. La socialisation de ces notions par leurs enseignements va conduire des générations de juges, d'avocats et de *scholars* à leur adoption et reproduction. Ainsi les concepts et structures développées par Albert Venn Dicey vont devenir le vocabulaire et la grammaire – pour le dire juridiquement : la Constitution – britannique et plus largement le droit public au Royaume-Uni.

- 36 Pourtant, ce modèle, confronté à l'intensité des évolutions connues par le droit public britannique à partir des années 70<sup>117</sup>, apparaît comme rendant difficilement compte de la réalité du droit positif. En ce sens, la remise en cause dans le droit positif du principe de « souveraineté du parlement<sup>118</sup> » est venue mettre à mal la structure même du discours doctrinal orthodoxe conduisant à l'entrée en crise de ce dernier. Cependant, malgré la faillite de sa fonction descriptive et donc scientifique – ce qui dans un cadre épistémologique positiviste aurait dû suffire à son invalidation – le modèle orthodoxe s'est maintenu faisant preuve d'une extraordinaire résilience. Cette dernière s'explique en ce que le discours doctrinal orthodoxe assure plus qu'une simple fonction scientifique, mais porte aussi une fonction idéologique et une fonction identitaire forte pour la doctrine publiciste britannique.
- 37 Véritable matrice de la discipline droit public au Royaume-Uni, le maintien du modèle orthodoxe comme doctrine majoritaire met ainsi en lumière qu'il se joue plus dans le discours doctrinal que les simples qualités scientifiques des programmes doctrinaux. Ajoutant et retranchant tour à tour au réel de son objet et de ses évolutions pour satisfaire sa logique interne, le modèle orthodoxe est aujourd'hui pleinement concurrencé par la démultiplication des discours concurrents pour représenter le droit public britannique. Ainsi, ce qui caractérise la doctrine publiciste britannique contemporaine est sa forte diversité. Si une tradition doctrinale contestataire composée autour de l'école fonctionnaliste et sociale développée au sein de la London School of Economics a concurrencé depuis l'entre-deux-guerres le modèle orthodoxe, cette dernière n'avait jamais pu s'imposer pour des raisons institutionnelles et politiques<sup>119</sup> et ce, malgré la pertinence scientifique de sa représentation du droit public britannique<sup>120</sup>.
- 38 Or, notamment pour des raisons de politique académique, la fin des années 90 va être marquée par un véritable « tournant théorique<sup>121</sup> » au cœur de la doctrine publiciste britannique. Les discours doctrinaux vont se décroiser et quitter le cadre positiviste qui avait porté le modèle orthodoxe pour investir les théories rawlsiennes<sup>122</sup>, républicaines<sup>123</sup> ou encore critiques et les appliquer à la représentation du droit public britannique. De même, certains discours doctrinaux vont quitter une position analytique et



neutre pour revendiquer une position prescriptive et politique<sup>124</sup>. Or, dans ce mouvement réside la possibilité de multiplier les perspectives sur le droit public et les manières de représenter ce dernier. D'une doctrine relativement homogène avec un modèle orthodoxe majoritaire et une doctrine contestataire minoritaire, le champ doctrinal britannique s'est vu éclater en une multitude de programmes doctrinaux cherchant à recomposer autour de leurs modèles un consensus majoritaire afin de s'imposer comme représentation majoritaire.

39 Face à ce fort pluralisme doctrinal, l'un des apports de l'analyse doctrinale comparée est de proposer une nouvelle cartographie de la doctrine publiciste britannique en proposant une classification autour de deux axes distincts. Le premier axe de classification suit le désaccord entre les doctrines contemporaines autour de la nature du droit public britannique et identifie trois courants principaux : le courant légaliste<sup>125</sup> le courant politiste<sup>126</sup>, et le courant moraliste<sup>127</sup>. Or, au sein de chacun de ces courants, la question de la source principale du droit public britannique permet d'organiser un niveau de classification plus fin autour de l'identification de groupes doctrinaux. Pour autant, et malgré cette diversité, aucun groupe ou courant doctrinal ne semble réussir à agréger un consensus majoritaire suffisant pour s'imposer comme nouvelle doctrine majoritaire.

40 Cependant, et en parallèle de ce mouvement, le développement d'un véritable discours prétorien sur le droit public britannique et la constitution d'une *common law* de droit public<sup>128</sup> fait émerger un nouvel acteur doctrinal : la Cour suprême du Royaume-Uni. Or, cette dernière, en citant et confirmant certains auteurs par ses décisions, vient créer un véritable processus externe de structuration de la doctrine académique. En ce sens, la Cour suprême exerce un véritable pouvoir d'élection semblant stabiliser et restructurer la doctrine publiciste britannique contemporaine. Ce processus de structuration semble confirmer la doctrine légaliste de *common law* développée par le professeur oxonien Paul Craig<sup>129</sup>. Dès lors, les années à venir permettront de vérifier si la confirmation prétorienne de la doctrine universitaire permet de construire un nouveau consensus doctrinal à même de faire émerger un nouveau

programme doctrinal majoritaire redéfinissant l'identité de la doctrine publiciste britannique.

## NOTES

---

1 J. BEATSON, « Legal academics: forgotten players or interlopers? », in : A. BURROWS, D. JOHNSON et R. ZIMMERMANN, *Judge and Jurist: Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry*, Oxford, OUP, 2013, p. 523-542, p. 523.

2 N. DUXBURY, *Jurists and Judges : An essay on influence*, Oxford, Hart publishing, 2001, p. 62.

3 Cette pratique ne découle pas d'une règle juridique, mais d'une convention judiciaire, décrite par J. P. Dawson comme relevant de « l'étiquette judiciaire », voir en ce sens J. P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, The Michigan University Press, 1968, p. 97 ; voir aussi : N. DUXBURY, *Jurists and Judges : An essay on influence*, op. cit., p. 62.

4 Lord D. E. NEUBERGER, « Judges and professors – ships passing in the night? », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, avril 2013, vol. 77, no 2, p. 233-250, p. 233-234.

5 Lord A. S. BURROWS, « Judges and academics, and the endless road to unattainable perfection », *Lionel Cohen Lecture* [en ligne], 25 octobre 2021, p. 1-14, p. 4, URL : <https://www.supremecourt.uk/docs/lionel-cohen-lecture-2021-lord-burrows.pdf>.

6 L'apport de la conférence réside d'ailleurs davantage dans la crainte de voir disparaître la coopération existante entre juges et universitaires que dans sa reconnaissance. Pour une réponse critique au constat formulé par Lord Burrows, voir G. SAMUEL, « What is the role of a legal academic? A response to Lord Burrows », *Amicus Curiae*, series 2, vol. 3, n° 2, p. 305-334.

7 Lord R. GOFF, « The Search for Principle », *Proceedings of the British Academy*, 1984, p. 169-187.

8 *Ibid.*, p. 187.

9 Lord R. GOFF, « Judge, Jurist and Legislature », *The Denning Law Journal*, 1987, p. 79-95, p. 92.

10 *Ibid.*, p. 93.

11 *Loc. cit.*

- 12 Lord R. GOFF, « The Search for Principle », *op. cit.*, p. 185.
- 13 Lord. A. S. BURROWS, « Judges and academics, and the endless road to unattainable perfection », *op. cit.*, p. 13, n° 17.
- 14 Justice J. BEATSON, « Legal academics: forgotten players or interlopers? », *Inner temple reader's lecture series* [en ligne], 12 novembre 2012, p. 16 et s., URL <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Speeches/justice-beatson-inner-temple-lecture-12112012.pdf>.
- 15 Lord T. H. BINGHAM, *The Rule of law*, Londres, Penguin books, 2010.
- 16 Lord R. Reed, « Forewords », in : M. ELLIOT, K. HUGHES (ed.), *Common Law Constitutional Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2020.
- 17 Sir J. LAWS, *The Common Law Constitution*, Cambridge, CUP, 2014;  
Sir J. LAWS, *The Constitutional Balance*, Oxford, Hart Publishing, 2020.
- 18 *Black, R (on the application of) v Secretary of State for Justice* [2017] UKSC 81, *Pham v Secretary of State for the Home Department, Privacy International* [2015] UKSC 19, *R (on the application of) v Investigatory Powers Tribunal & Ors* [2019] UKSC 22, *Assange v The Swedish Prosecution Authority (Rev 1)* [2012] UKSC 22
- 19 Justice J. BEATSON, « Legal academics: forgotten players or interlopers? », *op. cit.*
- 20 Lord A. S. BURROWS, « Judges and academics », *op. cit.*, p. 2.
- 21 Lord R. GOFF, « The Search for Principle », *op. cit.*, p. 184-185.
- 22 E. PICARD, « “Science du droit” ou “doctrine juridique” », in : J.-B. AUBY, J.-M. AUBY, J.-J. BIENVENU (dir.), *L'unité du droit : mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119-171, p. 122, « [la doctrine] entend se situer dans le droit et à intervenir en droit. Elle a une conception à certains égards intéressée de la connaissance du droit : elle entend le connaître et le révéler en lui-même, dans un but en définitive opératoire, efficient, qui concerne le droit lui-même » ; J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et sciences juridiques », *Droit et Société*, 2002, n° 50, p. 103-119, p. 104.
- 23 P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, coll. « La Méthode du droit », 2004, p. 11.
- 24 *Ibid.*, p. 6-7.
- 25 *Loc. cit.*

26 *Loc. cit.*

27 C. JAMIN, P. JESTAZ, « L'entité doctrinale française », *Recueil Dalloz*, 1997, p. 167-177 ; L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, F. TERRÉ, « Antithèse de l'“entité” », *Recueil Dalloz*, 1997, p. 229-234 ; P. JESTAZ, « Genèse du champ doctrinal », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 19-24 ; P.-Y. GAUTIER, « Doctrines du passé et de l'avenir », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1044-1047 ; P. MORVAN, « La notion de doctrine », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2421 ; C. JAMIN, « L'histoire doctrinale est-elle un sport de combat ? », *Clio@Themis* [en ligne], n° 14, 2018, p.1-7, DOI : [10.35562/cliiothemis.707](https://doi.org/10.35562/cliiothemis.707).

28 M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, coll. « Corpus droit public », 2<sup>e</sup> édition, 2021, p. 251.

29 E. PICARD, « “Science du droit” ou “doctrine juridique” », *op. cit.*

30 J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et sciences juridiques », *op. cit.*

31 M. VAN HOECKE, M. WARRINGTON, « Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: Towards a new model for comparative law », *International and Comparative law Quarterly*, vol. 47, n° 3, juillet 1998, p. 495-536, p. 522-523.

32 G. TUSSEAU, « Sur le métalangage du comparatiste. De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *Revus*, vol. 21, 2013, p. 91-115, p. 103-104.

33 *Ibid.*, p. 103.

34 D. PESTRE, *Introduction aux Science Studies*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2006, p. 22-25.

35 K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, Oxford, OUP, 1<sup>e</sup> édition, 1977.

36 M. PADILLA, *Droit public et doctrine publiciste au Royaume-Uni. Regard sur un objet à (re)construire*, thèse, université de Bordeaux, 6 décembre 2021.

37 M. VAN HOECKE, M. WARRINGTON, « Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: towards a new model for comparative law », *op. cit.*

38 G. FRANKENBERG, « Critical Comparisons: Re-thinking comparative law », *Harvard International law Journal*, vol. 26, n° 2, 1985, p. 411-456.

39 M. VAN HOECKE, « Deep level comparative law », in : M. VAN HOECKE (dir.), *Epistemology and methodology of comparative law*, Oxford, Hart publishing, 2004, p. 165-196.

- 40 P. LEGRAND, « Au lieu de soi », in : P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits résolument*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 2009, p. 11-37, p. 21.
- 41 A. PETERS, H. SCHWENKE, « Comparative law beyond post-modernism », *The International and Comparative Law Quarterly*, 2000, vol. 49, n° 4, p. 800-834, p. 803.
- 42 *Ibid.*, p. 803.
- 43 *Ibid.*, p. 803.
- 44 G. FRANKENBERG, *Comparative law as critique*, Cheltenham, Edward Elgar publishing, 2016, p. 5.
- 45 E. ORÜCÜ, « Something old, something new in comparative law », *Journal of International and Comparative law*, vol. 2, n° 2, 2015, p. 323-336, p. 326.
- 46 *Loc. cit.*
- 47 R. SALEILLES, « Rapport de synthèse », cité par M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 42.
- 48 E. ORÜCÜ, « Something old, something new in comparative law », *op. cit.*, p. 326-327.
- 49 A. PETERS, H. SCHWENKE, « Comparative law beyond post-modernism », *op. cit.*, p. 807
- 50 *Ibid.*, p. 807-808.
- 51 *Ibid.*, p. 808.
- 52 *Loc. cit.*
- 53 M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 46. ; la méthode est inspirée du fonctionnalisme sociologique, voir en ce sens G. FRANKENBERG, « Critical comparisons: re-thinking comparative law », *op. cit.*, p. 434.
- 54 *Loc. cit.*
- 55 G. FRANKENBERG, « Critical comparisons: re-thinking comparative law », *op. cit.*, p. 435.
- 56 E. ORÜCÜ, « Something old, something new in comparative law », *op. cit.*, p. 328.
- 57 *Ibid.*, p. 36-37.
- 58 G. FRANKENBERG, « Critical comparisons: re-thinking comparative law », *op. cit.*, p. 436.

- 59 *Ibid.*, p. 37.
- 60 *Ibid.*, p. 413.
- 61 M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 51.
- 62 P. LEGRAND, G. SAMUEL, « A conversation on comparative law », *op. cit.*, p. 377.
- 63 G. FRANKENBERG, *Comparative law as critique*, *op. cit.*, p. 18-19.
- 64 H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, vol. 52, n° 3, 2000, p. 503-527.
- 65 G. SAMUEL, « Epistemology and Comparative law: Contributions from the Sciences and the Social Sciences », in : M. VAN HOECKE (dir.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, *op. cit.*, p. 35-77, p. 76-77.
- 66 G. FRANKENBERG, « Critical comparisons: Re-thinking Comparative law », *op. cit.*, p. 415.
- 67 P. LEGRAND, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », in : P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits résolument*, *op. cit.*, p. 210-244, p. 212.
- 68 J. BELL, « De la culture », in : P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits résolument*, *op. cit.*, p. 247-278.
- 69 I. STRAMIGNONI, « The King's one too many eyes: Language, thought, and comparative law », *Utah Law Review*, 2002, n° 4, p. 1-35, p. 4-5.
- 70 P. LEGRAND, G. SAMUEL, « A conversation on comparative law », *op. cit.*, p. 388.
- 71 I. STRAMIGNONI, « Le regard de comparaison : Nietzsche, Heidegger, Derrida », in : P. LEGRAND, *Comparer les droits, résolument*, *op. cit.*, p. 147-178, p. 154 et s.
- 72 I. STRAMIGNONI, « The King's one too many eyes: Language, thought, and comparative law », *op. cit.*, p. 4.
- 73 J. BELL, « De la culture », *op. cit.*, p. 247.
- 74 M. VAN HOECKE, « Deep level comparison », *op. cit.*
- 75 P. LEGRAND, G. SAMUEL, « A conversation on comparative law », *Journal of Comparative law*, vol. 15, n° 2, 2020, p. 371-393, p. 373.
- 76 U. MATTEI, « Comparative law and Critical Legal Studies », in : M. REIMANN, R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative law*, Oxford, OUP, 2<sup>e</sup> édition, 2019, p. 815.

- 77 M. SIEMS, « New Directions in Comparative Law », in : M. REIMANN, R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative law*, op. cit., p. 852-874, p. 857.
- 78 K. ZWEIGERT, « Des solutions identiques par des voies différentes (quelques observations en matière de droit comparé) », RIDC, vol. 18, n° 1, 1966, p. 5-18, p. 13, extrait de K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, Oxford, OUP, 1998.
- 79 P. LEGRAND, G. SAMUEL, « A conversation on comparative law », op. cit., p. 377.
- 80 J. BELL, « De la culture », op. cit., p. 256.
- 81 Loc. cit.
- 82 M. VAN HOECKE, « Deep level comparison », op. cit., p. 167.
- 83 Loc. cit.
- 84 Loc. cit.
- 85 Loc. cit.
- 86 P. LEGRAND, G. SAMUEL, « A conversation on comparative law », op. cit., p. 393.
- 87 M. VAN HOECKE, « Deep level comparison », op. cit., p. 173.
- 88 Ibid., p. 172.
- 89 M. VAN HOECKE, M. WARRINGTON, « Legal cultures, legal paradigms and legal doctrines: towards new model for comparative law », op. cit., p. 519.
- 90 Loc. cit.
- 91 Loc. cit., p. 514-515.
- 92 M. VAN HOECKE, « Deep level comparison », op. cit., p. 172.
- 93 P. LEGRAND, « The same and the different », in : P. LEGRAND, R. MUNDAY (dir.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, CUP, 2009, pp. 240-311.
- 94 M. VAN HOECKE, M. WARRINGTON, « Legal cultures, legal paradigms and legal doctrines: towards new model for comparative law », op. cit., p. 522.
- 95 Ibid., p. 523.
- 96 Ibid., p. 532.

- 97 V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du Droit et des Sciences du Droit*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du Droit », 2e édition, 2016, p. 14.
- 98 A. VIALA, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2<sup>e</sup> édition, 2019, p. 16.
- 99 V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du Droit et des Sciences du Droit*, *op. cit.*, p. 14.
- 100 A. VIALA, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 2.
- 101 A. GESLIN, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in : B. SERGUES (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Toulouse, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2015, p. 79-130, p. 82.
- 102 *Loc. cit.*
- 103 M.-L. MATTHIEU-IZORCHE, « Approches épistémologiques de la comparaison des droits », in : P. LEGRAND (dir.), *op. cit.*, p. 124-146, p. 125.
- 104 C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002, p. 2.
- 105 J.-M. LE MOIGNE, *Les épistémologies constructivistes*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je », 2012, p.4.
- 106 A. GESLIN, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », *op. cit.*, p. 84
- 107 M. FOUCAULT, *Subjectivité et Vérité. Cours au collège de France. 1980-1981*, Paris, EHESS, Gallimard, Seuil, p. 237-242.
- 108 M. FOUCAULT, *L'Ordre du discours. Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, Paris, Gallimard, coll. « NRF », 1971, p. 13.
- 109 R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, Paris, LGDJ, Fondation Varenne, 2009.
- 110 *Ibid.*, p. 530-531.
- 111 *Ibid.*, p. 534.
- 112 R. BAUMERT, « Les programmes doctrinaux en droit constitutionnel », *Jus politicum* [en ligne], n° 24, URL : <http://juspoliticum.com/article/Les-programmes-doctrinaux-en-droit-constitutionnel-1338.html>
- 113 A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan and Co., 1<sup>e</sup> édition, 1885.
- 114 R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, *op. cit.*, p. 534 et s.



- 115 A. V. DICEY J. W. F. ALLISON (ed.), *The Law of the Constitution*, Oxford, OUP, 2013, p. 2.
- 116 Au titre de ces principes s'en trouvent deux principaux : la souveraineté du Parlement et le *Rule of Law*.
- 117 D'abord l'adhésion aux communautés européennes (*European Communities Act 1972*), les réformes du *judicial review of administrative action* (*Civil Procedure Act 1977*, *Supreme Court Act 1981*), et surtout le processus de *Devolution* et l'adoption du *Human Rights Act 1998*.
- 118 *R (on the application of Jackson) v. Attorney General* [2005], UKHL 56.
- 119 M. LOUGHLIN, *Public law and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 58-60.
- 120 *Loc. cit.*
- 121 S. TSCHORNE, *The Theoretical turn in British public law scholarship*, Martin Loughlin (dir.), thèse de doctorat, London School of Economics, 2016.
- 122 T. R. S. ALLAN, *Law, Liberty and Justice – The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- 123 A. TOMKINS, *Our Republican constitution*, Oxford, Hart publishing, 2005 ; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism – A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, CUP, 2007.
- 124 *Loc. cit.*
- 125 Pour lequel la nature du droit public est juridique.
- 126 Pour lequel la nature du droit public est politique, voir J. GRIFFITHS, « The political constitution », *The Modern Law Review*, vol. 42, n° 1, 1979, p. 1-21.
- 127 Pour lequel la nature du droit public est morale, voir T. R. S. ALLAN, *Law, Liberty and Justice – The Legal Foundations of British Constitutionalism*, *op. cit.*
- 128 A. L. YOUNG, « Public law cases and the Common Law – A unique relationship? », in : L. FISHER, J. KING, A. L. YOUNG (dir.), *Foundations and Future of Public Law*, Oxford, OUP, 2020, p. 83-106.
- 129 P. CRAIG, « Political Constitutionalism and the Judicial Role: A response », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n° 1, 2011, p. 112-131.

## RÉSUMÉS

---

### Français

Dans sa conférence donnée en 1983, *The Search for Principle*, Lord Goff reconnaît le rôle joué par les professeurs de droit dans la construction des normes juridiques pour le système britannique. À rebours d'une représentation anglaise et française de l'« anti-modèle » doctrinal britannique, cette reconnaissance judiciaire ouvre la possibilité de (re)penser le rôle des professeurs de droit britannique comme répondant à une définition fonctionnelle de la notion de doctrine. Néanmoins, la saisie de l'objet doctrinal dans une démarche comparative suppose au préalable de discuter les cadres méthodologiques et théoriques, permettant non pas d'étudier le droit positif, mais, au contraire, le discours sur le droit. L'approche comparée ici proposée est celle d'un double regard critique, à la fois du droit comparé classique, mais aussi de l'épistémologie juridique.

### English

In his 1983 conference, *The Search for Principle*, Lord Goff acknowledged the role law professors play in the construction of legal principles for UK law. This judicial recognition was in breach of the traditional narrative under which British jurists represent a counter-model to the French concept of 'doctrine'. It also offered a renewed space for a reflection on British jurists' role as members of a 'doctrine' understood from a functional definition. However, the comparative study of an object such as the "doctrine" requires one to question and to challenge the classical and positivist frameworks of comparative law. In this way, the present paper aims to develop a comparative law approach as a critique based on both a methodological and an epistemological analysis.

## INDEX

---

### Mots-clés

droit comparé, doctrine, épistémologie

### Keywords

comparative law, scholarship, legal epistemology

## AUTEUR

---

**Marie Padilla**

Maître de conférences en droit public, université de Bordeaux, centre d'études et de recherches comparatives sur les Constitutions, les libertés et l'État (CERCCLE)  
– EA 7436

IDREF : <https://www.idref.fr/192007319>

# Réflexion sur la spécificité et l'intérêt du droit étranger à partir de la thèse *La question catalane ou le problème de la souveraineté en Espagne*

Anthony Sfez

DOI : 10.35562/droit-public-compare.409

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

## PLAN

---

1. Le fédéralisme mis en perspective
2. La sécession mise en perspective

## TEXTE

---

- 1 Il n'est pas rare de lire que le droit comparé est la science des droits étrangers. En ce sens, le professeur Étienne Picard définit de cette manière le droit comparé : il s'agirait d'une « discipline scientifique cherchant à connaître et surtout — ce à quoi, néanmoins, il ne tend pas toujours assez, en fait — à comprendre les droits étrangers<sup>1</sup> ». Le droit comparé est donc, si l'on suit ce point de vue, essentiellement un savoir sur les droits étrangers. Cela voudrait dire qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre le droit étranger et le droit comparé. Bien au contraire, une étude en droit étranger serait, dans cette perspective, nécessairement une étude en droit comparé.
- 2 Mais l'ensemble des auteurs ne partage pas cette assimilation du droit comparé au droit étranger. La professeur Marie-Claire Ponthoreau réfute ainsi l'assimilation du droit comparé au droit étranger. Selon elle, le droit étranger et le droit comparé se distinguent pour plusieurs raisons, et notamment en raison de leur finalité. Elle écrit :

« le comparatiste vise à proposer un autre regard sur son propre droit à la différence du spécialiste d'un droit étranger qui a avant

tout pour but d'étudier un cas étranger en soi et pour soi<sup>2</sup> ».

- 3 C'est la même idée qu'avance la professeur Elisabeth Zoller lorsqu'elle remarque qu'il est

« parfaitement concevable d'étudier les droits étrangers en eux-mêmes sans qu'une réflexion comparative les relie aux institutions nationales[...] c'est un genre de travail académique qui a ses exigences, mais qui ne relève pas de la méthode comparative au sens strict<sup>3</sup> ».

- 4 Pour ces deux autrices, il y a donc bien une différence entre le droit étranger et le droit comparé, en ce sens qu'une étude en droit étranger n'est pas nécessairement une étude en droit comparé.
- 5 De ce point de vue, la principale différence entre un travail en droit comparé et un travail purement en droit étranger tient, très simplement, à l'objectif visé par le chercheur. Le chercheur qui fait du droit comparé se donne fondamentalement pour objectif de comparer, c'est-à-dire, si on prend la définition du Larousse, d'examiner les rapports de ressemblance et de différence, en l'occurrence entre au moins deux systèmes juridiques nationaux différents dans leur globalité ou sur un point de droit précis. Au contraire, la comparaison n'est pas au cœur de la démarche du chercheur qui « se contente » de faire un travail purement en droit étranger, car, par définition, ce chercheur se donne pour objectif central d'analyser *un seul* système juridique de manière générale ou sur une question donnée sans que son objectif soit la comparaison avec le système juridique du pays d'où il vient ou avec un autre système juridique.
- 6 Évidemment, rien n'empêche un travail purement en droit étranger de contenir des éléments de comparaison. En effet, on peut parfaitement réaliser une étude sur le Tribunal constitutionnel espagnol ou sur le principe de laïcité en droit canadien en intégrant des éléments de comparaison dans l'étude, et ce afin de donner du relief à l'analyse. Mais la simple présence d'éléments de comparaison au sein d'une thèse en droit étranger ne saurait, nous semble-t-il, suffire à attribuer le « label » de droit comparé à une étude en droit étranger. Sinon, il faudrait attribuer l'étiquette de « droit comparé » à

l'ensemble des thèses de doctorat qui, en France ou ailleurs, mobilise, de manière éparse, des éléments de comparaison avec l'étranger. Il y a fort à parier qu'un grand nombre de thèses soutenues dans les universités françaises pourraient alors prétendre au « label » de droit comparé !

- 7 Le professeur Otto Pfersmann apporte un autre argument en faveur d'une nette distinction entre le droit étranger et le droit comparé. Selon lui, rien n'empêche de conférer l'étiquette de droit comparé à « un cours ou un à ouvrage concernant le droit espagnol professé ou paru en France<sup>4</sup> ». Mais l'auteur précise immédiatement :

« une telle conceptualisation est possible, mais dénuée d'intérêt puisqu'elle n'est qu'une fonction contingente de l'endroit où se trouve un ouvrage, un lecteur ou de celui où se déroule un enseignement. Le droit comparé serait simplement une expression indexicale comme "moi" ou "ici", dont la signification dépend des paramètres de la situation où elle est utilisée<sup>5</sup> ».

- 8 Autrement dit, soutenir que toute thèse en droit étranger est nécessairement une thèse en droit comparé revient à définir le droit comparé de manière purement contingente. Ainsi, un travail en droit comparé ne serait pas un travail qui se singulariserait par la comparaison, mais par le fait que l'auteur à l'origine de l'étude s'intéresse à un droit qui n'est pas celui de son pays d'origine. Cette contingence, si elle est problématique dans la définition du droit comparé, qui aspire à la catégorie de discipline ou à tout le moins de méthode, ne l'est pas en ce qui concerne le droit étranger, puisque celui-ci est par définition contingent : le droit espagnol, allemand ou anglais n'est étranger au chercheur français qu'en raison de sa nationalité.
- 9 Pour toutes ces raisons, il nous apparaît plus pertinent de poser une distinction claire et nette entre le droit étranger et le droit comparé. Le premier est l'étude d'un droit étranger, sans ambition de comparaison systématique et globale, même si la comparaison peut évidemment apparaître incidemment dans l'étude. L'autre consiste à présenter de manière systématique les ressemblances et les dissemblances entre deux droits de manière générale ou sur une question donnée.

- 10 Si l'on reprend ces éléments de définition, on peut clairement qualifier la thèse que nous avons soutenue sur le conflit opposant la Catalogne à l'Espagne de thèse en droit étranger et non en droit comparé. Il y aurait sans doute une thèse ou une monographie à faire en droit comparé sur la manière dont les différentes démocraties occidentales – le Canada, l'Espagne, la Belgique et le Royaume-Uni principalement – gèrent constitutionnellement et politiquement la question des minorités qui aspirent à l'indépendance. Mais tel n'était pas l'objectif dans notre thèse qui portait sur le seul cas hispano-catalan.
- 11 Il faut immédiatement préciser que notre étude est marquée par la méthode dite « du droit politique ». Il ne s'agit donc pas seulement d'étudier le droit positif espagnol sur la question de l'autodétermination. Nous partons de l'idée que, pour comprendre la nature profonde du conflit constitutionnel opposant la Catalogne à l'Espagne, il est indispensable d'élargir les perspectives d'approche en s'ouvrant à d'autres disciplines que le droit constitutionnel, à savoir fondamentalement l'histoire constitutionnelle, l'histoire des idées politiques, la philosophie politique et la philosophie du droit. De ce point de vue, que nous avons adopté dans notre travail, l'objet d'étude du constitutionnaliste n'est pas seulement le droit positif, mais aussi le processus de construction étatique, le pouvoir tel qu'il est encadré et divisé par des normes ou des formes de normativité, et aussi, la façon dont le pouvoir est légitimé – ou contesté – par des discours politiques et doctrinaux qui, bien souvent, s'appuient sur des arguments de nature juridique et constitutionnelle.
- 12 Ainsi, notre thèse se veut un travail non pas en droit comparé, mais en droit étranger marqué par la méthode dite du droit politique, c'est-à-dire que l'objectif n'était pas de comparer le problème catalan, et les questions juridiques qu'il suscite, avec le problème écossais ou le problème québécois, mais de restituer un seul conflit, celui opposant l'Espagne à la Catalogne, dans toutes ses dimensions historiques, politiques et constitutionnelles.
- 13 Quel est l'intérêt de procéder de la sorte pour un constitutionnaliste français ? Outre que cela permet de s'ouvrir à un système constitutionnel relativement peu connu – l'Espagne demeure beaucoup moins étudiée en France que les États-Unis, la Grande-

Bretagne ou encore l'Allemagne – il nous semble que l'un des intérêts principaux qu'il y a d'étudier un cas étranger est que cela permet de mettre en perspective, à travers l'étude d'un cas concret, des concepts importants de la théorie constitutionnelle et politique. S'agissant de notre étude, il s'agit, principalement, d'une part, du fédéralisme (1.), d'autre part, de la sécession (2.).

## 1. Le fédéralisme mis en perspective

- 14 L'objectif de notre étude est d'analyser un conflit constitutionnel, celui qui se manifeste par la « question catalane ». Il s'agit de mettre en perspective la tentative de sécession unilatérale de la Catalogne de 2017, laquelle a pu donner l'impression d'un conflit portant sur l'indépendance de la Communauté autonome. Mais, si l'on affine les visions des différents acteurs intéressés et des multiples enjeux qui sous-tendent le conflit, l'on s'aperçoit que celui-ci porte sur la forme de l'unité de l'Espagne.
- 15 L'ambition historique de la Catalogne depuis la suppression de ses institutions en 1714 n'a jamais été l'indépendance, mais le fédéralisme. Le fédéralisme fut d'ailleurs, pendant plusieurs siècles, dans le cadre de la monarchie composite espagnole, la réalité institutionnelle des rapports entre la Catalogne et les autres royaumes espagnols, une réalité que le catalanisme ambitionnera, par la suite, dans le cadre de l'État unitaire espagnol, après que le fédéralisme aura été supprimé par la force, non pas tant d'instaurer que de restaurer.
- 16 Cette ambition catalane de *restaurer* le fédéralisme nous a conduit à chercher à identifier les fondements de la pensée fédéraliste catalane. Pour ce faire, nous mobilisons trois sources principales : les écrits fédéralistes de trois des pères fondateurs du catalanisme (Valentí Almirall, Enric Prat de la Riba et Antoni Rovira i Virgili), les projets de réformes territoriaux portés par les forces politiques catalanistes et les controverses parlementaires et juridiques ayant opposé les forces catalanistes aux forces majoritaires espagnoles.
- 17 L'analyse systématique de ces sources nous a permis de dégager les trois « piliers » doctrinaux de la pensée fédéraliste du catalanisme. Il s'agit, premièrement, du contractualisme comme processus de



formation de la Fédération espagnole ; deuxièmement, du dualisme comme méthode de répartition des compétences entre les autorités fédérées et les autorités fédérales ; troisièmement, de la plurinationalité. Le contractualisme implique que l'unité espagnole résulte d'un pacte fédératif librement conclu entre les unités fondatrices de la fédération espagnole et non d'une constitution adoptée unilatéralement par le peuple espagnol. Le dualisme implique une nette séparation des compétences dévolues par le pacte fédératif aux entités fédérées et aux autorités fédérales. Idéalement, cette répartition des compétences devrait être garantie par un Tribunal paritaire. Enfin, la plurinationalité conduit les catalanistes à plaider pour une union dont les parties seraient les « vraies » nationalités espagnoles, à savoir la Castille, la Catalogne, le Pays basque et la Galice, ce qui implique un refus de la part des catalanistes de fédéraliser toute l'Espagne.

- 18 Il va sans dire qu'un tel projet politique – que la Catalogne tentera très concrètement de mettre en œuvre à trois reprises avec les déclarations de « l'État catalan » de 1873, de 1931 et de 1934 – est rejeté par les forces politiques majoritaires espagnoles, y compris par les démocrates et les républicains espagnols, et, encore plus radicalement, par les forces conservatrices et réactionnaires espagnoles.
- 19 Si la Catalogne a, un temps, pu croire que cette ambition fédéraliste avait été assouvie par la Constitution espagnole de 1978, c'est parce que celle-ci reposait sur un compromis dilatoire. À la question de savoir si l'Espagne était un État-nation décentralisé ou une fédération plurinationale, la Constitution n'avait pas tranché. Le texte constitutionnel était suffisamment ambivalent pour donner le sentiment que l'ambition fédéraliste avait été atteinte ou, du moins, qu'elle pouvait l'être dans un cadre territorial qui se caractérise par son ouverture et sa flexibilité. Plus précisément, le compromis dilatoire de 1978 repose sur le principe dispositif. Ce dernier, qui avait pour effet de « déconstitutionnaliser » le modèle territorial, c'est-à-dire d'ajourner la décision constituante relative à la forme de l'unité politique de l'Espagne, rendait possibles deux lectures de l'État des autonomies.

- 20 Concrètement, l'ambivalence portait, d'une part, sur la nature juridique des Statuts d'autonomie de l'article 151 de la Constitution espagnole. Selon une première lecture, ces Statuts n'étaient rien d'autre que des lois organiques. Selon une seconde lecture, bien plus fédéraliste, il s'agissait de véritables lois contractuelles dotées d'une valeur constitutionnelle. Cette seconde lecture du Statut, au contraire de la première, maximisait les possibilités de modifier bilatéralement les relations entre l'État et la Communauté autonome, tout en conférant une protection juridique formelle à ces modifications, et ce sans avoir à passer par une révision constitutionnelle. L'ambivalence, liée à l'ouverture du modèle territorial portait, d'autre part, sur la question de savoir si certaines Communautés autonomes, au motif qu'elles seraient des nations minoritaires, jouiraient d'une autonomie plus importante que celle des Communautés autonomes régionales appartenant à la nation majoritaire castillane/espagnole.
- 21 Avec ces deux éléments combinés – la nature contractuelle du Statut et la reconnaissance d'une asymétrie territoriale consacrant symboliquement la plurinationalité de l'Espagne – le catalanisme politique pouvait espérer l'adoption d'un modèle territorial consacrant son ambition historique. Il est vrai que, dès les années 1990, la lecture homogénéisatrice du modèle territorial va finalement prendre le dessus en raison de la généralisation et de l'égalsation de l'autonomie. Mais cela ne fermait pas pour autant définitivement la porte à la réactivation de l'asymétrie et de la plurinationalité, dès lors que l'on interprétait largement le principe dispositif et le rôle constitutionnel du Statut.
- 22 C'est le Tribunal constitutionnel espagnol, dans sa célèbre sentence 31/2010 sur le Statut catalan de 2006, qui a pris le risque de mettre un terme à cette ambivalence constitutive. En niant explicitement que le Statut de la Catalogne de 2006 soit un pacte quasi constitutionnel et en affirmant avec emphase qu'il n'y a qu'une seule nation en Espagne, le Tribunal a, mis fin à l'ambiguïté constitutive sur laquelle reposait le système des autonomies.
- 23 En effet, avec la sentence 31/2010, on sait désormais que le seul moyen pour faire de l'Espagne une fédération plurinationale est qu'advienne, un jour, un consensus national indispensable à une

révision constitutionnelle, consensus dont tout le monde sait qu'il peinera à venir, tant la droite espagnole est réticente à tout approfondissement de l'autonomie politique des Communautés autonomes, et ce encore plus s'il s'agit de consacrer des différences entre les Communautés autonomes. En jugeant qu'il n'y a qu'une seule nation en Espagne et que le Statut n'est pas un pacte constitutionnel, le Tribunal a ouvert la voie à une revendication jusqu'alors marginale : celle du droit de décider.

- 24 Cette étude du cas catalan nous a permis de tirer un certain nombre de conclusions plus générales sur le fédéralisme. Celle qui nous semble la plus importante est celle consistant à défendre, pour plus de clarté conceptuelle, une conception du fédéralisme qui se caractérise par l'idée selon laquelle il implique nécessairement – à défaut on ne saurait parler d'un système politique *authentiquement* fédéral, mais seulement politiquement décentralisé – une « égalité principielle » entre les autorités centrales et les autorités fédérées. Cette égalité entre des corps politiques résulte fondamentalement d'une culture et d'une pratique politique avant de résulter d'outils formels ou même du processus historique de formation de l'unité politique. Elle ne peut exister et perdurer que si elle est accompagnée d'une reconnaissance et d'une volonté politique de maintenir le pluralisme démotique du système politique comme fondement légitimant de ce dernier.
- 25 Par ailleurs, l'étude du cas catalan conduit aussi à ouvrir une réflexion portant sur le concept de fédéralisme « asymétrique » ou « plurinational ». À l'occasion de nos recherches, nous avons pu constater que la conception actuellement dominante du fédéralisme est excessivement marquée par l'influence des modèles américain et allemand, c'est-à-dire par deux systèmes fédéraux caractérisés par une homogénéité nationale et une certaine tendance à l'uniformisme découlant, précisément, de cette homogénéité nationale sous-jacente. Or, il apparaît nécessaire, s'il l'on veut penser non seulement la question des nations sans État, mais aussi celle de la construction européenne, d'élargir les perspectives d'approche du fédéralisme, en y intégrant une dimension sociologique : celle de la plurinationalité.
- 26 Outre le fédéralisme, c'est aussi la sécession que cette étude nous a permis de mettre en perspective.

## 2. La sécession mise en perspective

- 27 Après cette analyse des origines du conflit, notre étude s'intéresse naturellement à la question de la sécession. Elle le fait à travers l'étude de la notion introduite dans le débat public espagnol par les indépendantistes basques et catalans : le droit de décider. Nous proposons une distinction entre deux significations du droit de décider : un sens fort (droit de faire sécession) et un sens faible (droit d'être consulté sur la question de l'indépendance).
- 28 Nous montrons, dans un premier temps, que ni le droit constitutionnel espagnol, ni le droit international, ni le droit de l'Union européenne ne confèrent à la Catalogne un droit de décider au sens fort de l'expression, c'est-à-dire un droit de faire sécession d'avec l'État espagnol. Le droit de décider au sens fort ne saurait être déduit du processus historico-politique qui a vu naître la Constitution ou l'État espagnol, car l'unité espagnole ne résulte pas d'un pacte constitutionnel. Ceci nous conduit donc à écarter les thèses défendues par l'un des pères fondateurs de la Constitution espagnole – Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón<sup>6</sup> – qui a soutenu des thèses sécessionnistes assez proches de celles défendues par John Calhoun au XIX<sup>e</sup> siècle aux États-Unis.
- 29 Le droit de sécession ne saurait non plus être déduit du contenu de la Constitution espagnole qui, comme l'immense majorité des Constitutions actuellement en vigueur, ne consacre aucun droit de sécession. Nous nous appuyons ici sur le droit constitutionnel comparé en mobilisant les exemples jurisprudentiels américain, italien, allemand et, bien sûr, canadien avec le célèbre Avis consultatif concernant la sécession du Québec rendu par la Cour suprême du Canada en 1998.
- 30 Le droit de décider au sens fort n'existe pas non plus en droit international. Pour parvenir à cette conclusion, nous nous appuyons notamment sur les travaux de Théodore Christakis<sup>7</sup>, mais aussi sur l'avis de la Cour internationale de Justice, concernant la Déclaration d'indépendance du Kosovo, rendu le 22 juillet 2010. Enfin, nous

montrons que le droit de l'Union européenne ne consacre pas non plus le droit de décider au sens fort.

- 31 En somme, ni le droit constitutionnel espagnol, ni le droit international, ni le droit de l'Union européenne ne confèrent à la Catalogne un droit de décider au sens fort de l'expression, c'est-à-dire un droit de faire sécession d'avec l'État espagnol.
- 32 Dans un deuxième temps, nous montrons que le droit de décider au sens faible n'existe pas non plus. En effet, une Communauté autonome n'a pas le droit d'organiser un référendum non décisionnel sur quelque question que ce soit, car la compétence pour autoriser un tel référendum est, en droit constitutionnel espagnol, une compétence exclusive de l'État. Par ailleurs, les citoyens catalans n'ont aucun droit opposable, tiré du principe démocratique, à ce que l'État organise – ou autorise – un référendum sur l'autodétermination ou un autre sujet, car il n'existe pas de droit au référendum.
- 33 Bref, l'idée que nous avançons est que le droit de décider n'existe pas plus au sens fort (droit de sécession) qu'au sens faible (droit d'être consulté) et aussi que dans aucune des démocraties avancées dans lesquelles la question de l'indépendance s'est posée avec la même intensité politique qu'en Catalogne, l'organisation d'un référendum sur l'indépendance n'a été présentée comme l'exercice d'un droit des citoyens.
- 34 Au Québec, il fut possible, car la Province dispose de la faculté constitutionnelle d'organiser un référendum quand bon lui semble, faculté dont ne dispose pas la Catalogne en raison du cadre constitutionnel espagnol, qui diffère du cadre canadien. En Écosse, l'organisation en 2014 d'un référendum sur l'indépendance de la région, ne fut pas la manifestation de la reconnaissance d'un quelconque droit de décider. En effet, le référendum a préalablement nécessité une autorisation constitutionnelle de la Grande-Bretagne, laquelle autorisation, comme le démontre l'actualité, est purement discrétionnaire.
- 35 Pour autant, sans avoir à accepter la thèse de l'existence d'un quelconque droit à ce qu'un référendum soit organisé ou autorisé par l'État espagnol, d'aucuns pourraient penser que l'Espagne aurait pu suivre l'exemple écossais. Le gouvernement espagnol a néanmoins

toujours rejeté de manière intransigeante cette option, en arguant qu'un tel référendum serait radicalement inconstitutionnel.

- 36 Contre cette idée, nous montrons qu'il est possible de soutenir, sans avoir à accepter la thèse de l'existence d'un quelconque droit à ce qu'un référendum de cette nature soit organisé ou autorisé par l'État espagnol, que la Constitution espagnole n'interdit pas l'organisation d'un référendum amiable sur l'indépendance. Ceci revient à prendre le contrepied de la doctrine et de la classe politique majoritaire espagnole, qui se sont opposées à l'organisation d'un référendum amiable en avançant un argument de nature constitutionnelle : un tel référendum serait inconstitutionnel, même avec l'accord de l'État. Elles soutenaient – et elles continuent de soutenir – qu'un référendum sur l'indépendance d'une partie du territoire est hors de portée des pouvoirs constitués, y compris donc des autorités centrales.
- 37 De ce point de vue, également adopté par le Tribunal constitutionnel, une consultation sur l'indépendance ne peut donc non seulement pas être organisée unilatéralement par une communauté autonome – ce qui est indiscutable – mais elle ne pourrait pas non plus être réalisée avec l'accord de l'État. Pour la doctrine majoritaire espagnole, la classe politique et le Tribunal constitutionnel espagnol, un tel référendum ne pourrait avoir lieu qu'à la suite d'une révision constitutionnelle intervenant par la voie ultra-rigide de l'article 168 CE. Certains constitutionnalistes espagnols soutiennent même qu'il existerait une limite matérielle au pouvoir de révision constitutionnelle interdisant une révision permettant l'organisation d'un référendum d'autodétermination.
- 38 La position du Tribunal constitutionnel espagnol est qu'il n'existe pas de limite matérielle au pouvoir de révision, mais qu'un référendum sur l'indépendance nécessiterait effectivement de passer par une révision suivant la procédure prévue à l'article 168 de la Constitution espagnole, ce qui revient à dire que le référendum est, en pratique, quasi impossible. En effet, cet article 168 est, en réalité, une sorte de clause d'éternité déguisée.
- 39 Après avoir analysé la controverse sur le droit de décider, nous nous sommes intéressés aux conséquences du refus de mise en œuvre de ce prétendu droit par l'État espagnol. Les conséquences de ce refus

sont connues. L'intransigeance de l'État espagnol a conduit à la tentative de sécession unilatérale de la Catalogne durant la période de septembre à octobre 2017.

- 40 Nous montrons que les événements de septembre-octobre 2017 peuvent être considérés comme une tentative de « révolution juridique » tant au sens kelsénien qu'au sens schmitien de la notion. Il s'agissait, en effet, d'une tentative d'abrogation de la Constitution antérieure en dehors des formes prévues par cette dernière, doublée d'une tentative d'implanter un nouveau principe de légitimité constitutionnelle : la souveraineté du peuple catalan en lieu et place de celle du peuple espagnol.
- 41 Cette qualification repose sur une analyse des lois dites de « rupture » adoptées par le Parlement catalan en septembre 2017, lesquelles lois peuvent s'analyser comme un droit constitutionnel transitoire dont l'objet était de légitimer et d'organiser, par le droit, la rupture d'avec l'État espagnol. Mais, il ne suffit pas de décréter qu'une nouvelle légalité est instaurée pour qu'il en soit réellement ainsi. Dans ce type de situation où sont en concurrence deux ordres juridiques, l'ordre juridique valide est celui qui parvient à s'imposer dans les faits, ce qui suppose, pour ceux qui veulent mener à bien une révolution juridique, d'avoir la capacité d'implanter leur nouvel ordre juridique, c'est-à-dire de le rendre efficace. La Catalogne a manifestement échoué dans cette entreprise.
- 42 Cette étude du cas catalan nous a aussi permis de tirer un certain nombre de conclusions plus générales sur la sécession. La plus importante porte sur l'intérêt qu'il peut y avoir à constitutionnaliser le droit de sécession. Contre la thèse avancée par le philosophe et juriste Cass Sunstein<sup>8</sup> selon laquelle l'intégration d'un tel droit dans les constitutions aurait pour effet d'augmenter considérablement la conflictualité politique et les luttes ethniques, de bons arguments peuvent être avancés en faveur de l'insertion dans la Constitution de règles claires et précises concernant la sécession.
- 43 D'une part, l'existence d'une clause de sécession peut, dans certains contextes politiques caractérisés par l'existence d'un mouvement sécessionniste, aussi paradoxal que cela puisse paraître, contribuer à la stabilisation et au maintien de l'unité de ce système constitutionnel. Sur ce point, on peut s'appuyer sur les travaux de

Daniel Weinstock<sup>9</sup> qui ont bien montré, en réponse aux travaux de Cass Sunstein, que l'absence de clause de sécession n'est en rien une garantie de stabilité politique. Ce qui génère inévitablement de l'instabilité politique c'est, avec ou sans clause de sécession dans la Constitution, l'existence, en fait, d'un mouvement sécessionniste.

- 44 L'avantage d'une telle clause est qu'elle permettrait une meilleure intégration des minorités nationales à l'ordre constitutionnel et politique, puisque lesdites minorités pourraient, sans avoir à sortir de la légalité, entrevoir l'espoir d'une séparation légale. À cet argument d'ordre pragmatique, on peut, d'autre part, en ajouter un autre d'ordre éthique ou moral : une communauté politique, dont la très grande majorité des membres estime qu'ils forment ensemble une nation, devrait, sous certaines conditions, se voir reconnaître, par le droit constitutionnel positif, le droit de décider de son avenir politique.
- 45 En ce sens, de nombreuses théories normatives ont soutenu que la sécession pouvait être considérée comme l'exercice d'un droit moral. On pense évidemment aux travaux du philosophe Allen Buchanan<sup>10</sup>. Ces théories ont le plus souvent été mobilisées pour justifier de l'existence d'un droit *erga omnes* et antépositif de faire sécession. Mais elles peuvent également servir à plaider la cause non pas de l'existence d'un droit de faire sécession avant l'éventuelle constitutionnalisation d'un tel droit, mais celle de l'insertion d'un droit de sécession dans le droit constitutionnel positif de certains États ou de certaines fédérations au sein desquels cohabitent différents groupes nationaux.
- 46 En conclusion, nous pouvons dire que l'un des principaux intérêts qu'il peut y avoir à réaliser une thèse en droit étranger est que cela permet de mettre en perspective des concepts importants de la théorie constitutionnelle et politique, en l'espèce, le fédéralisme et la sécession. L'étude d'un cas étranger peut aussi avoir un intérêt indirect pour le droit constitutionnel français. Même si ce n'est pas l'objectif premier du chercheur à l'origine d'un travail en droit étranger, il est tout à fait envisageable de transposer des solutions tirées d'une expérience étrangère à la France. S'agissant de l'Espagne, le modèle des autonomies, dans sa version initiale, qui avait octroyé une autonomie plus importante à certaines communautés autonomes



qu'à d'autres, pourra ainsi, peut-être, servir un jour de référence pour le « problème corse<sup>11</sup> ».

## NOTES

---

- 1 E. PICARD, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51, 1999, n° 4, p. 887.
- 2 M.-C. PONTTHOREAU, « Droits étrangers et droit comparé : des champs scientifiques autonomes ? », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 67, 2015, n° 2, p. 310.
- 3 E. ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, vol. 32, 2000, p. 122
- 4 O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53 n° 2, 2001, p. 280.
- 5 *Loc. cit.*
- 6 M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, « Derechos históricos », *Iura vasconiae. Revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, n° 16, 2019, p. 575-587.
- 7 T. CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, La Documentation française, 1999.
- 8 C. SUNSTEIN, « Constitutionalism and Secession », 58 U. Chi. L. Rev. 633 (1991).
- 9 D. WEINSTOCK, « Vers une théorie normative du fédéralisme », *Revue internationale des sciences sociales*, n° 167, 2001/1, p. 79-87.
- 10 A. BUCHANAN, *Secession: The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*. Boulder, Westview Press, 1991.
- 11 Sur ce point, voir le récent ouvrage de W. MASTOR, *Vers l'autonomie : Pour une évolution institutionnelle de la Corse*, Ajaccio, Albiana, 2022.

## RÉSUMÉS

---

### Français

Dans un premier temps, la présente contribution s'attache à souligner la spécificité de l'étude du droit étranger qu'il convient de distinguer nettement de la recherche en droit comparé tant la démarche scientifique et les objectifs propres à chacun de ces deux types d'approches est

distincte. Dans un second temps, la contribution vise, à partir de la thèse de doctorat nous avons soutenue, portant sur le conflit opposant la Catalogne à l'Espagne, à apporter une illustration de l'un des intérêts que peut représenter une thèse en droit étranger pour le droit constitutionnel, à savoir mettre en perspective des concepts fondamentaux de la théorie constitutionnelle, en l'espèce le fédéralisme et le droit de sécession.

### **English**

Firstly, this contribution seeks to highlight the specific nature of the study of foreign law, which must be clearly distinguished from research into comparative law, given the distinct scientific approach and objectives of each of these two types of approach. Secondly, based on the doctoral thesis we defended on the conflict between Catalonia and Spain, the contribution aims to provide an illustration of one of the interests that a thesis on foreign law can represent for constitutional law, namely to put into perspective fundamental concepts of constitutional theory, in this case federalism and the right of secession.

## **INDEX**

---

### **Mots-clés**

Espagne, Catalogne, fédéralisme, autodétermination, sécession

### **Keywords**

Spain, Catalonia, federalism, self-determination, secession

## **AUTEUR**

---

### **Anthony Sfez**

Docteur en droit public, qualifié aux fonctions de maître de conférences, enseignant-chercheur contractuel à l'université de Reims Champagne-Ardenne, centre de recherche Droit et territoire (CRDT)  
IDREF : <https://www.idref.fr/191870242>

L'esprit du droit... vu d'ailleurs

# L'esprit du droit... vu d'ailleurs

**Sylvain Soleil**

DOI : 10.35562/droit-public-compare.442

**Droits d'auteur**

CC BY-SA 4.0

## TEXTE

---

- 1      Entre, d'un côté, une conception normativiste européocentrée où seules les normes édictées par les institutions autorisées à le faire par l'État et les décisions des juges sont considérées comme du droit et, de l'autre, une conception anthropologique où tout est droit du moment qu'il s'agit d'une norme, il existe de multiples façons d'articuler règles, transgressions et sanctions.
- 2      Interroger l'esprit du droit tel qu'il est vu ailleurs, c'est explorer d'autres cultures juridiques à partir de manières différentes de lire le monde, ce qui y vit et ce qui le structure.

## AUTEUR

---

**Sylvain Soleil**

Professeur d'histoire du droit et de droit comparé, université de Rennes

IDREF : <https://www.idref.fr/055749135>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000043203458>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/13200130>

# Les peuples indigènes du Chaco argentin et leur droit aux territoires ancestraux

María Luisa Zalazar

DOI : 10.35562/droit-public-compare.417

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

## PLAN

---

1. Les droits sur la terre selon les coutumes Guaycurú
  2. Le droit de propriété foncière selon le droit fédéral argentin
  3. La réforme constitutionnelle argentine
    - 3.1. Les effets de la nouvelle constitution de 1994
    - 3.2. Les effets de la Convention 169 de l'OIT
  4. Les effets sur l'approche judiciaire dans la province du Chaco
    - 4.1. L'action d'*amparo*
    - 4.2. Le jugement Leiva, Epifanio, 2013
    - 4.3. Le jugement association La Tigra, 2013
    - 4.4. Le jugement Reserva Grande
  5. Un nouveau droit de propriété ?
- Conclusion

## TEXTE

---

### L'étude

María Luisa Zalazar explore la façon dont les juges argentins ont, contre toute attente, créé un nouveau droit des peuples indigènes sur leurs territoires ancestraux. Alors qu'une partie de ces terres appartenait légalement à des particuliers ou des entreprises, les juges sont partis de la constitution de 1994 – elle reconnaît le pluralisme juridique – et ont puisé dans les instruments internationaux – la Convention 169 de l'OIT et la Déclaration des Nations unies sur les droits des autochtones – pour imposer une

conception inédite de la propriété qui, à côté des principes occidentaux (individualisme, aliénabilité, *usus, fructus et abusus*), offre aux premiers peuples amérindiens un droit de propriété communautaire, un droit confondu avec la possession immémoriale, un droit non susceptible d'aliénation, un droit qui inclut les droits sur les ressources et sur l'ensemble de la nature, un droit conçu comme un droit de l'homme. Ce nouveau droit n'a aucune base législative ou réglementaire. Il est tout entier jurisprudentiel.

### **L'auteur**

María Luisa Zalazar est philosophe du droit, professeure à l'universidad Nacional del Nordeste (Argentine). Elle est membre du Laboratoire Estudios Críticos, Pluralismo Jurídico y Minorías Culturales. Ses travaux portent sur le pluralisme juridique en Argentine, sur le droit des minorités ethniques et la façon dont le droit argentin s'y adapte.

Sylvain Soleil

- 1 Ce que l'on nomme « les peuples autochtones du monde » représente environ 350 millions de personnes situées dans de vastes régions de la planète qui, de l'Arctique au Pacifique Sud, correspondent à soixante-dix pays et plus de cinq mille langues et cultures. Quarante millions d'entre elles constituent la population autochtone des Amériques. Contrairement à l'idée reçue, la densité de cette population indigène croît régulièrement, de façons diverses selon les régions. En Argentine, selon la base de données du *Registre national argentin des communautés indigènes*, sur les trente-et-un peuples indigènes qui habitent le pays, les trois populations les plus importantes sont les communautés Mapuche, Kolla et Toba-Qom (INDEC, 2004-2005). La cartographie complète et le recensement exact des populations autochtones du pays sont très difficiles à réaliser en raison de leur dispersion et de facteurs culturels, mais le

recensement effectué en Argentine au cours de l'année 2022 permettra d'actualiser les chiffres et de fournir de meilleures données.

- 2 Selon les catégorisations mises au point par les Nations unies, les peuples indigènes ou aborigènes sont les descendants des personnes qui habitaient un pays ou une région géographique au moment de l'arrivée de populations de cultures ou d'origines ethniques différentes. Dans les pages qui suivent, nous allons suivre la définition des peuples autochtones telle qu'établie par la Convention 169 sur les peuples autochtones et tribaux de l'Organisation internationale du travail (OIT), une convention internationale contraignante qui fait partie du droit interne de l'Argentine et qui traite spécifiquement des droits des peuples indigènes et tribaux. Elle vise :

« Les peuples des pays indépendants, considérés comme autochtones en raison de leur descendance de populations qui habitaient le pays ou une région géographique à laquelle le pays appartenait au moment de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières étatiques actuelles, et qui, quel que soit leur statut juridique, ont conservé tout ou partie de leurs propres institutions sociales, économiques, culturelles et politiques. »  
(Convention 169 de l'OIT, art. 1b)

- 3 Dans la région du Chaco argentin, la région sur laquelle nous allons nous focaliser, les pratiques coutumières sont identiques chez tous les peuples autochtones qui habitent la région. Le Chaco est une plaine d'environ un million de kilomètres carrés. La région se compose de prairies, de forêts et de jungles subtropicales avec des zones de marécages, de lagunes et est traversée par neuf rivières. Les peuples autochtones qui habitent cette région ont comme mode de subsistance un semi-nomadisme saisonnier, se consacrant principalement à la chasse, la pêche et la cueillette. À partir de l'arrivée des criollos dans la région, ils ont acquis la pratique de l'élevage. « La production de culture matérielle chez les groupes autochtones du Chaco présente de fortes similitudes<sup>1</sup> » (Gonzalo, 1998). Ainsi, l'unité de base des sociétés indigènes du Chaco est constituée d'une famille élargie, il y a un chef de famille élargie dont le rôle est héréditaire. Le pouvoir chamanique est considéré comme une protection contre les maladies, les attaques extérieures et les

catastrophes naturelles. Le travail est réparti selon le genre : la pêche et la chasse sont les activités des hommes, tandis que les femmes se consacrent à la cueillette des fruits de la forêt et à la fabrication de fibres. Les études de Palmer (2005), Braunstein (2008) et Gordillo (2006, 2010) soutiennent cette description de la vie des peuples indigènes du Chaco. Comme toutes les activités sont effectuées par toute la famille élargie sur un vaste territoire qu'elle occupe, l'idée de relation avec la terre est toujours celle de la communauté et non pas individuelle.

« Parmi les peuples autochtones, il existe une tradition communautaire de propriété collective de la terre, dans le sens où la possession de celle-ci ne se concentre pas sur un individu, mais sur le groupe et sa communauté. Les autochtones, du fait de leur existence même, ont le droit de vivre librement sur leurs propres territoires ; la relation étroite qu'ils entretiennent avec la terre doit être reconnue et comprise comme étant la base fondamentale de leurs cultures, de leur vie spirituelle, de leur intégrité et de leur survie économique<sup>2</sup>. »

- 4 Pour cette raison, les coutumes, pratiques et cultures liées à la terre seront traitées comme une seule et même donnée. Nous aimerions montrer que ces ensembles de règles postulent une conception des droits fonciers très opposée à la conception du droit fédéral argentin, avant d'expliquer comment, dans plusieurs jugements récents, le juge argentin, pour diverses raisons constitutionnelles, sociales et culturelles, a accepté d'intégrer les conceptions autochtones dans les catégories juridiques modernes.

## 1. Les droits sur la terre selon les coutumes Guaycurú

- 5 Les peuples indigènes de la famille linguistique guaycurú vivent depuis des temps immémoriaux dans une vaste zone de la région du Gran Chaco, qui englobe l'Argentine, la Bolivie et le Paraguay. À l'intérieur de l'Argentine, les différentes communautés indigènes du peuple Qom se trouvent dans les provinces de Chaco, Formosa et Salta. Elles s'étendent pour des raisons migratoires aux quartiers du Grand Buenos Aires, de la capitale fédérale, de Rosario, de Santa Fe et



de Corrientes. À l'extérieur du pays, cette nation s'étend jusqu'à la Bolivie et le Paraguay. Pour les peuples autochtones qui n'ont pas migré vers les régions suburbaines et urbaines des villes, les coutumes relatives à la terre restent intactes. Le rapport à la terre, qui est au centre de ce travail, est très différent de ce que la loi argentine a établi. Il se fonde sur une divergence mise en lumière par Ingold entre deux conceptions de la relation culture-nature (Ingold, 2000). Pour le peuple Qom, la réalité dans laquelle se déroule la vie quotidienne englobe non seulement le monde humain, mais aussi le monde naturel et le monde spirituel, au sens où chacun, durant sa vie terrestre, n'est jamais séparé ni de la nature à laquelle il appartient ni du monde des dieux, des esprits et des ancêtres.

- 6 Selon cette façon de penser, le monde, l'humanité, le monde spirituel et la nature ont une relation intrinsèque, réciproque et permanente. La relation avec la terre est d'une importance vitale, c'est la question politiquement la plus sensible. En effet, les peuples autochtones de cette région, traditionnellement nomades, se déplaçaient au gré des saisons et des besoins liés à la chasse, la pêche et la cueillette. Ils se fixaient pour un temps variable et selon les besoins du groupe. Leur relation avec la nature dans son ensemble était (et demeure) une relation de coexistence avec l'habitat, ce qui, à leurs yeux, n'a rien à voir avec la propriété. Les ressources naturelles (la terre) ne sont pas traitées comme une chose comme le pense la loi argentine, mais comme une coexistence et un usage. Pour toutes ces raisons, penser la propriété au sens contemporain du concept est pratiquement impossible pour les peuples autochtones.
- 7 La question est encore plus complexe dans une zone où, d'un côté, l'écosystème est très riche et s'offre aux pratiques nomades des peuples autochtones, où, de l'autre, la double activité de plantation extensive et d'extraction minière devient la base de l'économie de marché. Ces activités causent en effet des dommages écologiques et mettent en danger les intérêts économiques communs et la survie et l'intégrité culturelle des communautés autochtones. Prenons l'exemple de l'affaire traitée par la Cour interaméricaine *Saramaka People v. Suriname*<sup>3</sup>. Le rapporteur spécial des Nations unies a mis en garde contre la vulnérabilité particulière des peuples autochtones qui habitent les forêts. Il souligne :

« La diminution de l'assise territoriale des indigènes n'est qu'une petite partie d'un phénomène plus large : celui de la perte progressive et accélérée du contrôle de leurs ressources naturelles, parmi lesquelles la situation des ressources forestières est particulièrement aiguë. Ces dernières années, les forêts des peuples autochtones ont été systématiquement affectées par les activités des grandes sociétés forestières et l'exploitation forestière légale et illégale, entraînant la destruction progressive de leurs moyens de subsistance traditionnels. » (Stavenhagen, 2007)

## 2. Le droit de propriété foncière selon le droit fédéral argentin

- 8 Le droit argentin actuel est le fruit de deux sources principales : d'une part, la réglementation produite, du temps de la colonie espagnole, par la vice-royauté du Rio de la Plata, d'autre part, un ensemble de codifications d'inspiration française après l'indépendance. Au moment où les colons ont rompu avec l'Espagne, la nouvelle constitution a été modelée sur les idées de la Révolution française (sur le plan idéologique) et sur le texte nord-américain (sur le plan institutionnel). Dans ce cadre, la culture juridique dominante était celle d'un système basé sur l'écriture et sur une législation universelle dictée depuis Buenos Aires pour une société que l'on souhaitait uniformiser. Sur le plan du droit des biens, l'article 2506 du Code civil argentin (Titre V : *Du domaine des choses et des manières de les acquérir*) dispose : « Le domaine est le droit réel en vertu duquel une chose est soumise à la volonté et à l'action d'une personne ». Dès lors, le concept de propriété reposait sur la relation normative entre l'individu, la terre et les autres individus. Le nouveau Code civil de 2015 a opéré certains ajustements. Il comporte deux références à la question de la propriété indigène. Ainsi, le chapitre IV du titre préliminaire, article 18, affirme :

« Les communautés indigènes reconnues ont le droit à la possession et à la propriété communales des terres qu'elles occupent traditionnellement et de celles qui sont appropriées et suffisantes pour le développement humain tel qu'établi par la loi, conformément aux dispositions de l'article 75 alinéa 17 de la Constitution nationale. »

- 9 Dans une autre section, le Code établit que la propriété des terres indigènes sera réglementée par une loi spéciale qui, en 2022, n'a pas encore été promulguée.

### **3. La réforme constitutionnelle argentine**

- 10 La Constitution nationale de 1853 propose un modèle juridique monoculturel, avec la volonté d'assimiler les indigènes au modèle culturel occidental. Ainsi, la Constitution de 1853 au chapitre IV établissait : « Il revient au Congrès : [...] d'assurer la sécurité des frontières, maintenir un traitement pacifique avec les Indiens, et promouvoir leur conversion au catholicisme<sup>4</sup> ». À la fin de la soi-disant conquête du désert, c'est-à-dire la conquête des territoires indigènes de Patagonie, l'armée argentine se rendit avec le même objectif dans le Chaco pour mettre fin à la résistance des Qom, Mocoví, Wichí, Pilagá et Guaraní. Une fois les territoires autochtones occupés, l'État national a lancé une politique de colonisation des terres qui, de fait, impliquait l'expulsion de leurs terres et le déplacement des peuples autochtones.

#### **3.1. Les effets de la nouvelle constitution de 1994**

- 11 À la fin du xx<sup>e</sup> siècle, l'Argentine a adhéré au courant multiculturaliste qui, sur le plan institutionnel, a commencé au Canada avec la loi sur le multiculturalisme canadien de 1988. L'Argentine a reconnu la préexistence des peuples autochtones et a élargi les droits des peuples autochtones en adhérant à la Convention 169 de l'OIT sur les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, adoptée à Genève, le 27 juin 1989. Il ne fait aucun doute que ces derniers temps, la plupart des pays d'Amérique latine ont connu une évolution normative qui reflète la composition multiculturelle et multiethnique des peuples du sous-continent. Cette évolution répond à la rencontre et à la reconnaissance de l'autochtone et du non-autochtone. C'est un processus qui a suivi dans certains cas le cours du pluralisme juridique (à chaque communauté son droit) et dans d'autres le métissage juridique dans lequel le pluralisme tend à se dissoudre. Le

pluralisme juridique, au sens de Bobbio, se définit de la façon suivante :

« L'État n'est pas le seul centre producteur de normes juridiques ; celles-ci sont aussi produites par des groupes sociaux autres que l'État, pour autant : qu'ils déterminent leurs propres fins ; qu'ils établissent les moyens pour atteindre ces fins ; qu'ils répartissent les fonctions spécifiques des individus formant le groupe afin que chacun collabore, par les moyens prévus, pour parvenir au but ; qu'ils aient une culture différente. » (Bobbio, 2005)

- 12 Le métissage juridique, quant à lui, est compris comme l'hybridation spontanée et naturelle du droit ou, selon la formule de Santos,

« l'interlégalité dans le système juridique du droit qui suppose qu'il existe des espaces juridiques superposés qui s'interpénètrent et subissent un processus de métissage ou de créolisation exprimé dans la pratique et la pensée quotidiennes. » (Santos, 1995)

- 13 La constitution argentine a été modifiée en 1994. Elle affirme (art. 75, alinéa 22) :

« – Reconnaître la préexistence ethnique et culturelle des peuples indigènes argentins.

– Garantir le respect de leur identité et le droit à une éducation bilingue et interculturelle.

– Reconnaître la personnalité juridique de leurs communautés, ainsi que la possession et la propriété communes des terres qu'elles occupent traditionnellement et régler la mise à disposition d'autres terres appropriées et suffisantes pour le développement humain ; aucune d'entre elles ne sera aliénable, transférable ou grevée de privilèges ou de saisies.

– Assurer leur participation à la gestion de leurs ressources naturelles et autres intérêts qui les concernent.

– Les provinces peuvent exercer ces pouvoirs concurremment. »

## 3.2. Les effets de la Convention 169 de l'OIT

- 14 À compter de cette nouvelle conception des communautés autochtones, de leurs droits et des usages de la terre, l'Argentine a accepté d'approfondir son multiculturalisme, à partir des normes non seulement internes, mais encore et surtout internationales. On peut synthétiser cet ensemble de normes.
- 15 Le premier point concerne la référence aux peuples autochtones ou indigènes. L'acceptation et la reconnaissance dans le domaine juridique des termes et du concept de *peuples autochtones* impliquent la reconnaissance du droit à l'autodétermination culturelle, institutionnelle et économique. Cet ajout à la Constitution nationale implique la reconnaissance juridique d'une autre vision du monde et l'existence des peuples autochtones en tant que sujets de droit collectif. Cette reconnaissance trouve sa source principale dans la Convention 169 de l'OIT et dans la Déclaration des Nations unies sur les droits des autochtones qui élargit la reconnaissance et établit un socle minimum de droits et de garanties, harmonisant cette reconnaissance avec les traités internationaux antérieurs. De plus, à partir de la Convention 169 de 1989, le processus normatif a été renforcé.
- 16 Le deuxième point concerne la propriété collective de la terre. La Constitution nationale dans son article 75 alinéa 17 dispose que le Congrès reconnaît la possession et la propriété de la terre. La Convention 169 de l'OIT établit que l'importance particulière des peuples dans leur relation avec les terres ou territoires doit être respectée, et en particulier les aspects collectifs de cette relation, l'élargissement de l'usage du territoire dans le cas des peuples nomades, la protection et la participation aux ressources naturelles, le droit de ne pas être expulsé<sup>5</sup>.
- 17 Le troisième point touche aux ressources naturelles. Le droit à la terre doit en effet envisager certaines questions liées aux ressources naturelles. Toutefois, le nouveau règlement introduit le terme « territoires » à côté du terme « terres ». Cet ajout n'est pas fortuit, mais constitue un changement radical dans le processus de reconnaissance et d'expansion des droits et garanties liés à la

propriété collective des peuples autochtones en général, en Argentine en particulier. Par exemple, la Convention mentionne

18 « le droit de maintenir et de renforcer leur propre relation spirituelle avec les terres, territoires, eaux, mers côtières et autres ressources qu'ils ont traditionnellement possédés ou occupés et utilisés <sup>6</sup>. »

19 Cela permet d'affirmer que les peuples sont propriétaires des territoires (et non des terres) et qu'ils sont également propriétaires des ressources naturelles, du sous-sol et de l'espace aérien.

20 Au total, si l'on synthétise :

- La Déclaration accorde des droits beaucoup plus larges aux peuples autochtones, de sorte que les droits ne sont pas seulement des droits sur les terres, mais aussi sur les ressources naturelles, et l'État a désormais le devoir de contrôler la façon dont sont régies les terres, les territoires et les ressources, au regard des droits des peuples autochtones.
- Ces nouveaux droits sont d'une grande importance, car ils introduisent des problématiques qui n'avaient pas été envisagées jusqu'à présent : 1/ le caractère nomade ou itinérant de certains peuples et la nécessité d'en tenir compte pour la reconnaissance et la délimitation de leurs territoires ; 2/ le débat sur la question de savoir si les peuples autochtones ont des droits sur les ressources naturelles trouvées sur leurs terres ancestrales et sur la portée de ces droits.

## 4. Les effets sur l'approche judiciaire dans la province du Chaco

21 La rencontre entre deux philosophies juridiques divergentes, l'une monoculturelle, l'autre multiculturelle, a conduit à produire de nouveaux droits et, par conséquent, à introduire des instances devant les juridictions. Certains juges, de manière certes dispersée, mais cohérente, ont statué en faveur de l'existence de cette nouvelle catégorie de droits. L'analyse de trois décisions rendues dans la province du Chaco, où vit une grande communauté Qom, permet de comprendre les nouvelles exigences qui pèsent désormais sur la conception moderne de la propriété, ainsi que les zones d'incertitude. Au-delà du fond, il s'agit essentiellement de montrer comment s'enracine peu à peu un nouveau droit à la propriété

foncière comme droit humain collectif. Pour commencer, il faut préciser ce que l'on appelle, en droit argentin, les différences entre l'action d'*amparo*, le procès de connaissance et la mesure conservatoire, dont il est question dans ces trois affaires judiciaires.

## 4.1. L'action d'*amparo*

- 22 L'action d'*amparo* ou recours d'*amparo* est un recours juridique qui permet à toute personne de demander à la justice de protéger ses droits fondamentaux tels que la vie, la santé, l'éducation, l'environnement, la liberté. Cette voie de recours est régie par la Constitution argentine de 1994 et par la loi n° 16.986 du 18 octobre 1967, modifiée par la loi n° 25.675 de 2002 sur la protection de l'environnement. La Constitution argentine reconnaît les droits fondamentaux des citoyens et les garantit contre les violations commises par l'État ou par des particuliers. L'article 43 de la Constitution énonce le droit d'introduire une action en justice pour protéger ces droits. Il précise également que cette action doit être rapide et efficace. La procédure d'*amparo* est donc une procédure accélérée qui peut être présentée à tout moment, même en dehors des heures de bureau ou des jours fériés. Le demandeur n'a pas besoin d'être représenté par un avocat et si la justice accorde l'action d'*amparo*, elle peut ordonner des mesures immédiates pour protéger les droits fondamentaux du demandeur. Le procès dit « de connaissance » est, quant à lui, une procédure judiciaire qui vise à résoudre le litige à partir de l'examen contradictoire des conclusions et des moyens présentés par les parties. Il s'agit d'une procédure longue, utilisée pour régler des différends entre les parties sur des questions plus complexes.

## 4.2. Le jugement *Leiva, Epifanio*, 2013

- 23 Dans l'affaire *Leiva, Epifanio s/ Action d'amparo* (dossier d'appel, n° 943/12-6-F), Epifanio Leiva intente une action en justice, en tant que membre de la communauté Qom, pour pouvoir réintégrer, à la propriété et possession de la communauté indigène, la parcelle n° 88 du département General Güemes, demandant la restitution des terres occupées en vertu d'un contrat d'achat signé entre particuliers, dont la signature a été certifiée par le juge de

Miraflones. Le défendeur, acquéreur de bonne foi du bien réclamé, a fait valoir que l'achat avait été effectué avec toutes les formalités légales. Dans un premier temps, la restitution de la propriété a été résolue et déclarée réserve autochtone. Il a également été établi que l'État provincial avait l'obligation et le devoir de respecter la réserve. La Cour d'appel a confirmé la condamnation et la décision a fait l'objet d'un appel devant la Cour Supérieure de Justice de la province du Chaco. La Cour d'appel et la Cour supérieure de justice ont tenu compte des considérations suivantes : que M. Epifanio Leiva appartenait au peuple Qom, qu'il était un occupant traditionnel, qu'il avait toute légitimité pour revendiquer les droits des peuples autochtones.

- 24 La Cour supérieure de justice a appliqué les dispositions de la Convention 169 de l'OIT. Elle a déclaré que la décision du juge d'imposer à l'État provincial le respect des lois visant à préserver et à garder les terres autochtones n'est ni arbitraire ni illégale. Elle a fondé sa décision sur la Constitution nationale, la Convention 169 de l'OIT sur les peuples autochtones et tribaux, la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, la Convention sur la diversité biologique et les décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, et sur le précédent *Ombudsman c/ État national et autre (Province du Chaco) s/ Procès de connaissance, Communauté indigène Toba La Primavera – Navogoh c/ Province de Formosa et autres s/ mesure conservatoire* (C. 528. XLVII, 2/2013).
- 25 Il s'agit de la première décision dans laquelle la Cour supérieure de justice du Chaco recueille ce qui est établi par les traités internationaux qui se réfèrent à la question indigène. Mais cela va encore plus loin et c'est ici que le jugement fait l'objet d'un précédent :

« Le droit des communautés autochtones à la propriété foncière doit être exploré dans le cadre de la propriété communale et de la signification ancestrale de la terre. [...] les droits territoriaux autochtones englobent un concept plus large et différent qui est lié au droit collectif à la survie en tant que peuple organisé, comme condition nécessaire à la reproduction culturelle<sup>7</sup>. »



### 4.3. Le jugement association La Tigra, 2013

- 26 Dans l'affaire *Honeri, Timoteo et Villalba Oscar en rep. Association rexat La Tigra c/ Institut de colonisation du Chaco s/ Action d'amparo*, 4 septembre 2013 (dossier n° 8.692), Messieurs Honeri et Villalba, au nom de l'association Rexat La Tigra – défendant le peuple indigène Mocoví –, demandent l'adjudication et l'acte concernant le lot fiscal Parcela 6, subdivision lot 88, Chacra 82, district V, de Colonia Nicolás Avellaneda, département d'O'Higgins, d'une superficie de 46 hectares. Ils allèguent avoir été dépossédés par les colonisateurs de leur territoire ancestral et avoir été expulsés hors du territoire, ce qui aurait détruit leur habitat et leurs possibilités de subsistance, avoir été exclus des territoires traditionnels de chasse et de cueillette et confinés sur des terres que le pouvoir politique appelle des « terres fiscales », c'est-à-dire de petites unités de terre impropres à leur subsistance. La décision qui donne lieu à la demande du peuple Mocoví est basée sur la Convention 169 de l'OIT et une partie de l'article 13, alinéa 2, dans lequel il prévoit que le terme « terres » doit inclure la notion de « territoires », lequel couvre l'ensemble de l'habitat des régions que les peuples concernés occupent ou utilisent d'une manière ou d'une autre. Il est également fondé sur l'article 75 de la Constitution nationale et le Pacte de San José du Costa Rica. La décision s'appuie sur un précédent jurisprudentiel important qui avait été rendu au siège de la Patagonie argentine, où le juge avait déclaré :

« La possession communale des peuples indigènes n'est pas la possession individuelle du Code civil. Par mandat impératif, catégorique et sans équivoque de la Constitution nationale, toute occupation traditionnelle d'une communauté indigène doit être considérée comme un bien commun, même si les membres n'ont pas exercé les actes de possession typiques du droit inférieur<sup>8</sup>. »

- 27 Le jugement rendu dans l'affaire La Tigra indique, dans sa partie centrale :

« En ce qui concerne la possession indigène de la terre, il convient de noter que la forme qu'elle prend est sensiblement différente de celle réglementée par le Code civil [...]. Bien que la terre soit la base réelle

de la survie, elle n'est pas conçue comme un bien économique, mais comme un espace de vie. [...] Il faut garder à l'esprit que la relation collective particulière des peuples autochtones avec la terre génère également des droits de domaine sur celle-ci, même si son propriétaire – la communauté elle-même – n'a pas de titre de propriété, une notion étrangère à leur droit. Cette réalité particulière ne le rend pas moins protégé par la loi, qui doit garantir son respect afin de préserver l'identité du peuple autochtone. » (Barbagelata, 2010, p. 236-241)

- 28 L'importance de cet arrêt est liée au fait que le juge ne traite pas du droit à la terre comme d'un simple droit, avec certaines particularités, mais comme un droit de l'homme, et précise que le terme « terre » inclut le concept de « territoires », c'est-à-dire la totalité de l'habitat que les autochtones occupent ou utilisent. À son tour, il cite les arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme *Communauté Mayagna c/ État du Nicaragua* et *Sumo Awas Tingni c/ État du Nicaragua* (31/08/2001).

## 4.4. Le jugement Reserva Grande

- 29 La dernière décision majeure rendue dans la province du Chaco remonte à fin 2019 à propos de l'affaire n° 7467/15, *Organization indigène Mowitob c/ province du Chaco s/ Illégitimité*. Dans cette procédure, l'organisation indigène Mowitob (peuples indigènes Mocoví, Wichí et Tobas) a déposé une demande de reconnaissance de propriété contre l'État de la province du Chaco, afin d'obtenir une ordonnance judiciaire exigeant la délivrance d'une écriture de reconnaissance de propriété communautaire au profit de l'organisation indigène de droit public non étatique Mowitob, pour une seule parcelle indivisible, inaliénable et en un seul titre, reconnaissant et remettant la possession de ladite propriété à l'organisation indigène libre de tout occupant ne faisant pas partie des peuples indigènes. En cas de non-respect de cette ordonnance par le gouvernement provincial, l'organisation indigène demande l'application d'une astreinte et la condamnation de l'État provincial et des fonctionnaires responsables à payer les frais de ce procès.
- 30 Dans son jugement de 2019, le tribunal a décidé que la propriété appartient aux peuples autochtones Mocoví, Wichí et Qom. Il a

ordonné à l'État provincial de rédiger un acte de propriété public attestant que ces trois peuples autochtones sont les propriétaires de la région du Chaco argentin appelée « Reserva Grande », une superficie d'environ 63 800 hectares du département General Güemes dans le Chaco argentin. Cette propriété, du fait qu'elle appartient aux peuples autochtones, relève d'un régime juridique spécial selon lequel la propriété ne peut être divisée ni vendue.

- 31 La décision se fonde, là aussi, sur l'article 75, alinéa 17, de la Constitution nationale argentine, sur la Convention 169 de l'OIT, sur la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, dont la force normative est donnée en ce qu'elle reconnaît que les droits de l'homme établis dans les instruments internationaux ont force de loi, selon la hiérarchie des normes applicables en Argentine. Par conséquent, le tribunal a décidé d'accorder une mesure conservatoire nouvelle et, par conséquent, d'ordonner à la province du Chaco de suspendre les actes et les procédures administratifs qui ont pour but d'affecter et/ou d'attribuer des terres aux créoles dans la propriété indigène appelée Reserva Grande, jusqu'à ce que l'action principale ait été vidée au fond. L'arrêt, contrairement aux précédents cités, ne résout pas la question de fond.

## 5. Un nouveau droit de propriété ?

- 32 Ces affaires judiciaires posent la question de la naissance d'un nouveau type de droit de propriété. Il s'agit d'une catégorie nouvelle dans la mesure où elle présente des caractéristiques différentes du droit de propriété du Code civil argentin :

- La possession et la propriété sont confondues, sans aucune exigence d'usucapion. La Constitution nationale elle-même, à l'article 75, alinéa 17, établit la confusion. La possession est assimilée à la propriété, ou plus exactement, il est reconnu que la possession des terres par les autochtones implique la propriété du bien foncier.
- Alors que le droit réel de la propriété privée, réglementée par le Code civil, implique le droit de disposer, de transmettre ou de prévoir des servitudes, ce nouveau droit fait obstacle à ces droits.

- Le droit est collectif et non individuel, ce qui signifie que : a) le titulaire du droit subjectif est un collectif de personnes ; b) l'exercice du droit porte sur un bien collectif ; c) l'intérêt du sujet de droit est de nature collective. Puisque la Constitution nationale mentionne « la propriété communautaire des terres qu'ils occupent traditionnellement », on en déduit qu'elle reconnaît que la propriété est communautaire, c'est-à-dire qu'une nouvelle forme de propriété est établie collective ; mais cette propriété doit être considérée comme un droit de l'homme et non comme un droit réel.
- En ce qui concerne les ressources naturelles, une consultation préalable ou une autorisation expresse est requise pour toute intervention ou utilisation. En ce sens, l'article 15 de la Convention 169 établit :

« 1. Les droits des peuples concernés par les ressources naturelles présentes sur leurs terres doivent être spécialement protégés. Ces droits comprennent le droit de ces peuples de participer à l'utilisation, à l'administration et à la conservation desdites ressources. 2. Au cas où l'État serait propriétaire des ressources minérales ou du sous-sol, ou aurait des droits sur d'autres ressources existant sur le territoire, les gouvernements établiront ou maintiendront des procédures en vue de consulter les peuples concernés, afin de déterminer si les intérêts de ces peuples seraient lésés, et dans quelle mesure, avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources existant sur leurs terres<sup>9</sup>. »

- 33 Les peuples concernés devraient participer chaque fois que possible aux bénéfices de ces activités et recevoir une juste compensation pour tout dommage qu'ils pourraient subir du fait de ces activités (extraction minière, agriculture extensive, déforestation, etc.).
- Le droit s'exerce à l'égard du territoire, ce qui inclut la terre, les ressources en eau, les minéraux, la flore, la faune, l'espace aérien et, plus généralement, l'ensemble de l'écosystème.
- 34 Il s'agit, une nouvelle fois, des effets de la Convention 169 de l'OIT, dans laquelle le terme « terre » renvoie au concept de « territoire », qui englobe l'ensemble de l'habitat que les peuples intéressés occupent ou utilisent d'une manière ou d'une autre (article 13.2), des effets de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (articles 25 et 26) qui établit le droit des communautés

humaines à maintenir et à renforcer leur propre relation spirituelle avec les terres, territoires, eaux, mers côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, le droit de posséder, d'utiliser, de développer et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent en vertu de la propriété traditionnelle.

## Conclusion

- 35 La réforme de la Constitution de 1994, à propos des droits de propriété des peuples autochtones, a permis d'incorporer des principes issus des normes internationales, ce qui, dans un premier temps, a généré une désarticulation et une incertitude : ces principes, en effet, n'étaient pas des normes opératoires. Toutefois, à l'occasion d'instances intentées dans les provinces, en l'occurrence la province du Chaco, ces principes ont été considérés comme de nouveaux droits que les juges ont décidé de mettre en œuvre au profit des peuples autochtones. En d'autres mots, les diverses décisions, parmi lesquelles Leiva Epifanio, association La Tigra et Reserva Grande, ont permis aux communautés d'obtenir un nouveau droit de propriété, un droit communautaire, un droit confondu avec la possession immémoriale, un droit non susceptible d'aliénation, un droit qui incluait des droits sur les ressources et sur l'ensemble de la nature, un droit conçu comme un droit de l'homme. On peut en conclure qu'il existe, en Argentine, une nouvelle catégorie de droits de propriété qui ne fait l'objet d'aucun texte législatif ou réglementaire, mais qui existe et qui est opérationnel, de façon extraordinaire, par la jurisprudence. C'est le juge qui lui donne vie par le biais de la Constitution nationale, la Convention 169 de l'OIT et la Déclaration des droits des peuples autochtones. Enfin, il convient de souligner l'inconvénient juridique pratique de la question théorique : l'efficacité de la loi est compromise puisque seuls ceux qui ont un accès effectif à la justice (c'est-à-dire les groupes autochtones constitués en association et disposant de ressources économiques et humaines) peuvent faire valoir leurs droits puisque, sans ces moyens, il ne leur serait pas possible de saisir les tribunaux pour la reconnaissance effective du droit collectif à la terre dont ils jouissent en principe. En raison de ce problème d'effectivité de la loi, les conflits quotidiens auxquels sont soumis les peuples indigènes par

rapport à leurs terres restent dans une sorte de zone grise : non résolus, passés sous silence, voire inexistants aux yeux des autorités de l'État ; le juge a fait un pas en faveur des communautés indigènes ; mais, indirectement, cela révèle l'inégalité dans laquelle vivent les peuples autochtones en Argentine.

## BIBLIOGRAPHIE

---

G. ARAUZ, R. ELLIS, « Pueblo indígena tsimane », *Pueblos indígenas y Originarios de Bolivia*, vol. 3. La Paz, Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planificación, Viceministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios, Programa Indígena-PNUD, 1998, URL : [https://books.google.fr/books/about/Pueblo\\_ind%C3%ADgena\\_tsimane.html?id=PBoTAQAIAAJ&redir\\_esc=y](https://books.google.fr/books/about/Pueblo_ind%C3%ADgena_tsimane.html?id=PBoTAQAIAAJ&redir_esc=y)

M. E. Barbagelata. « Indígenas, tierra y justicia », *Pueblos Originarios y Acceso a la Justicia. Jornada Pueblos Originarios y Acceso a la Justicia en la Región del Gran Chaco*, Buenos Aires, Ediciones El Mono Armado, 2010, p. 237-238, URL : <http://www.apdhargentina.org.ar/piajal/publicaciones/pueblos.originarios.pdf>.

N. BOBBIO, *Théorie générale du droit*, Bogotá, Temis, 2005.

J. BRAUNSTEIN, M. NORMA, *Liderazgo, representatividad y control social en el Gran Chaco*, Corrientes, Editorial Universitaria de la Universidad Nacional del Nordeste, 2008

J. A. GONZALO, *La cultura material de los matakó (matakó-maka) del Chaco central : clasificación y análisis descriptivo comparativo*, Buenos Aires, Centro Argentino de Etnología Americana, 1998.

G. GORDILLO, « En el Gran Chaco. Antropología e historias », Buenos Aires, Prometeo, 2006, URL : [https://www.academia.edu/16704806/En\\_el\\_Gran\\_Chaco\\_Antropolog%C3%ADas\\_e\\_historias](https://www.academia.edu/16704806/En_el_Gran_Chaco_Antropolog%C3%ADas_e_historias).

G. GORDILLO, « Historias de los Bosques que alguna vez fueron pastizales », *Población & Sociedad*, 2010, 17, p. 59-79, URL : [https://www.academia.edu/315882/La\\_producci%C3%B3n\\_de\\_la\\_naturaleza](https://www.academia.edu/315882/La_producci%C3%B3n_de_la_naturaleza).

T. INGOLD, *The Perception of the Environment. Essays on Livelihood, Dwelling and Skill*, Londres, New York, Routledge, 2000.

J. PALMER, *La buena voluntad wichí. Una espiritualidad indígena*, Formosa, Salta, FAPCD, 2005, URL : <https://www.apcd.org.ar/wp-content/uploads/pdf/territorioydialogointercultural/LaBuenaVoluntadWichi.pdf>.

A. ROA BASTOS, « Paraguay: una sociedad multicultural y pluriétnica en la constituyente. Tentación de una Utopía », *Jornada Pueblos Originarios y Acceso a la Justicia en la Región del Gran Chaco*, Buenos Aires, Ediciones El Mono Armado, 2010,

p. 145-154, URL : <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/24pueblosoriginarios.pdf>.

B. SANTOS, *Toward a new common sense. Law, science and politics in the paradigmatic transition*, New York, London, Routledge, 1995.

M. ZALAZAR, S. LÓPEZ PEREYRA, *Peuple Qom : le nouveau Code civil face la Convention 169 de l'OIT* [en ligne], Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas; Cum Laude, 2019, p. 85-101, URL : <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/119638>.

## Sources

Assemblée générale des Nations unies, 2007, « Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », URL : [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)

*Code civil et commercial de la nation argentine*, 2014, Argentina, URL : <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>

*Constitution de la nation argentine*, 1853, Santa Fe, <http://www.saij.gob.ar/nacional-constitucion-nacion-argentina-lnn0002665-1853-05-01/123456789-0abc-defg-g56-62000ncanyel>

*Constitution de la nation argentine*, 1994, Buenos Aires, URL : <https://www.congreso.gob.ar/constitucionNacional.php>

INDEC, « Enquête Complémentaire sur les Peuples Autochtones » (ECPI) 2004-2005 *Complémentaire au Recensement national de la Population, des Ménages et de l'Habitat* 2001, 2005.

Cour supérieure de justice du Chaco, « Hornero, Timoteo et Villalba Oscar in Rep. Asociación Rexat », *La Tigra c/ Instituto de Colonización del Chaco s/ Acción de Amparo*, dossier n° 8 692, Chaco, Argentine, 2013.

Cour supérieure de justice du Chaco, *Leiva, Epifanio s/ Amparo Action*, dossier d'appel n° 943/12-6-F, Chaco, Argentine, 2013.

Cour supérieure de justice du Chaco, *CH. s/ Mesure conservatoire*, dossier n° 8356/16, Reserva Grande, Chaco, Argentine, 2017.

Organisation internationale du travail (OIT), *Convention (n° 169), relative aux peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, 1989, URL : <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html>

R. STAVENHAGEN, Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones*, document des Nations unies A/HRC/4/32, 27, 2007, URL : <https://digitallibrary.un.org/record/619454?ln=fr>

## NOTES

---

- 1 Je traduis.
- 2 CIDH, Affaire de la communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua, §148, 149 et 151. Les traductions des décisions de justice sont l'œuvre de l'auteur.
- 3 Exceptions préliminaires, Fond, Réparations et Frais, arrêt du 28 novembre 2007, série C n° 172, §153.
- 4 Constitution de la nation argentine de 1853, article 67, alinéa 15.
- 5 Convention 169 de l'OIT, articles 13, 14, 15, 16.
- 6 Convention 169 de l'OIT.
- 7 Leiva, Epifanio s/ Amparo Action (dossier d'appel, n° 943/12-6-F)
- 8 Alfredo et autres c/ Villa, Herminia et autres s/ Eviction, Expte. n° 14012-238-99 du Tribunal civil et commercial n° 5 du 3<sup>e</sup> district judiciaire de Río Negro
- 9 Convention 169 de l'OIT

## RÉSUMÉS

---

### Français

En Argentine, trente-et-un peuples indigènes ont été recensés. Leur conception des droits de propriété sur la terre diffère radicalement de la conception moderne inscrite dans le Code civil argentin. Or, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution (1994), les autorités politiques, administratives et judiciaires assument peu à peu le multiculturalisme juridique. Cet article s'appuie sur trois exemples de décisions juridictionnelles dans la province du Chaco pour montrer comment les juges ont façonné, eux-mêmes, les contours d'un nouveau droit de propriété, conforme aux conceptions du peuple Qom, en s'appuyant sur la norme constitutionnelle et sur diverses normes internationales : la Convention 169 de l'OIT et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des autochtones.

### English

In Argentina, thirty-one indigenous peoples have been identified. Their conception of property rights over land differs radically from the modern conception enshrined in the Argentine Civil Code. However, since the entry into force of the new Constitution (1994), the political, administrative and



judicial authorities have gradually taken on legal multiculturalism. This article uses three examples of court decisions in the province of Chaco to show how the judges themselves have shaped the contours of a new property right, in line with the conceptions of the Qom people, based on the constitutional norm and various international standards: ILO Convention 169 and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People.

## INDEX

---

### Mots-clés

Argentine, multiculturalisme juridique, peuples autochtones, droit de propriété, Convention 169 de l'OIT

### Keywords

Argentina, legal multiculturalism, indigenous peoples, property rights, ILO Convention 169

## AUTEUR

---

**María Luisa Zalazar**

Professeure de philosophie du droit, universidad nacional del Nordeste (Argentine)

IDREF : <https://www.idref.fr/279279760>

Varia

# La gestion de l'épidémie de covid-19 par le droit allemand

Un regard croisé avec la France sur l'évolution des droits fondamentaux, la séparation des pouvoirs et l'obligation vaccinale

**Isabelle Noll et Patrick Zimmermann**

**DOI :** 10.35562/droit-public-compare.429

**Droits d'auteur**

CC BY-SA 4.0

## PLAN

---

1. Un nécessaire ajustement à l'urgence par le recours à une réglementation *ad hoc*
  - 1.1. L'adaptation du régime juridique existant afin de lutter contre l'épidémie
  - 1.2. Une incontournable concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif
2. Les droits et libertés fondamentaux, premiers à fléchir sous le nécessaire besoin de protection de la santé publique
  - 2.1. Une protection des droits et libertés assurée par le juge
  - 2.2. Une nécessaire conciliation des droits et libertés avec l'objectif de protection de la santé publique
3. Une sortie de l'épidémie dans l'optique d'une politique de vaccination
  - 3.1. L'échec de la politique de vaccination obligatoire généralisée
  - 3.2. L'obligation de vaccination pour les professionnels de santé
  - 3.3. L'endiguement de l'épidémie par le biais de réglementations d'accès

## TEXTE

---

« [D]enn wir behalten von  
unseren Studien am Ende doch  
nur das, was wir  
praktisch anwenden.<sup>1</sup> »  
J. W. v. GOETHE<sup>2</sup>

- 1 Alors qu'il y eut au fil des années des épidémies bien plus meurtrières que celle de la covid-19<sup>3</sup> – telles la peste ou encore la grippe espagnole<sup>4</sup> – pratiquement tous les États du monde ont été pris de court par son étendue et l'urgence sanitaire engendrée.
- 2 Bien que l'Allemagne soit souvent dépeinte comme étant un État « sans catastrophe<sup>5</sup> », cela ne pouvait être défendu qu'au sortir des premières vagues. Lorsque survinrent les vagues épidémiques suivantes, la gestion de la situation épidémique s'est nettement complexifiée. Conformément à sa tradition, l'Allemagne a cherché à tout prix à conserver sans inflexion l'application de sa loi fondamentale et des droits et libertés fondamentaux qu'elle garantit. Dans cette optique, la lutte contre l'épidémie fut assurée par le biais de la loi fédérale sur la prévention et la lutte contre les maladies infectieuses humaines (*Infektionsschutzgesetz-IfSG*). À travers diverses modifications de cette loi et l'introduction de dispositions et mécanismes propres à la lutte contre la covid-19, l'Allemagne a donc, du moins en apparence, globalement pu conserver son fonctionnement « normal ». Ce point de départ s'oppose fondamentalement au choix français qui a été la mise en place d'un régime d'exception : l'état d'urgence<sup>6</sup> sanitaire.
- 3 Une rétrospective de ces presque trois dernières années bouleversantes, pour la France comme pour la République fédérale allemande, permet ainsi de nuancer le déroulement de l'épidémie par l'observation des mécanismes juridiques qui ont été mis en œuvre dans cet État voisin, pour lutter contre un même phénomène. Cette analyse postérieure propose un regard comparatif transversal qui invite à relativiser la fonctionnalité de ces mécanismes juridiques et des réglementations mis en place du début de l'épidémie en 2020 aux dernières grandes modifications opérées fin 2022<sup>7</sup>. En considération de l'ampleur des conséquences auxquelles ont dû faire face les deux États, une étude chronologique des réponses allemandes apportées

sur le plan juridique permet de relever trois grandes thématiques qui ont entouré l'épidémie : l'ajustement de la réglementation en vigueur, l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux et la vaccination.

- 4 La gravité et l'imprévisibilité de l'épidémie de covid-19 ont contraint les États à la mise en place de réglementations *ad hoc*. La problématique commune en l'espèce était l'évidente insuffisance des réglementations préexistantes, ce qui a conduit la France à instaurer ce régime d'exception particulier que constitue l'état d'urgence sanitaire. L'exemple allemand en réponse à cette même urgence illustre la forte résilience dont a fait preuve le régime « normal » en vigueur, puisque l'État allemand, à défaut de disposer d'un outil exorbitant adapté, a dans un premier temps répondu à l'urgence par l'adaptation de sa réglementation en vigueur aux nouveaux besoins qui ont fait surface<sup>8</sup>. Cette étude s'attache tout d'abord à exposer, par un regard postérieur sur la situation, que malgré la volonté allemande de préserver un régime proche de la normale, l'aléa engendré par l'épidémie était si important qu'une forme de concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif et la mise en place de mécanismes d'urgence se sont révélées incontournables.
- 5 Au fil des vagues épidémiques, l'endiguement de la maladie a été à la source de nombreuses atteintes aux droits et libertés fondamentaux, dont la protection a majoritairement été assurée par les juges administratifs dans les deux États. Ainsi, un second temps de cette étude est consacré à la justice, qui durant cette période n'a fonctionné pratiquement qu'à travers les recours en urgence. Pourtant, les juges allemands ont fait preuve de pédagogie et ont fourni des contrôles de proportionnalité approfondis, ce qui contraste avec la brièveté qui a accompagné la plupart des décisions françaises. Ces atteintes n'ont cessé que progressivement, notamment avec le début de la politique de vaccination, sur laquelle porte la dernière partie de cette étude. L'approbation conditionnée des premiers vaccins contre la covid-19 par l'Union européenne fin 2020 a fait évoluer la lutte contre l'épidémie d'une optique de sécurisation des individus par la restriction vers l'incitation à la vaccination pour une immunité collective.

# 1. Un nécessaire ajustement à l'urgence par le recours à une réglementation *ad hoc*

- 6 L'ampleur inopinée de l'épidémie de covid-19 a contraint les deux États à adapter dans les plus brefs délais leurs régimes juridiques, les réglementations prévues à cet effet étant bien trop indigentes pour lutter effectivement contre l'expansion de la maladie. Ces modifications dans l'urgence ont cependant abouti à des dispositions favorisant une concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif.

## 1.1. L'adaptation du régime juridique existant afin de lutter contre l'épidémie

- 7 Bien avant la survenance de l'épidémie de covid-19, les deux États disposaient de lois dédiées à la protection de la santé publique et à la lutte contre les maladies épidémiques. En France, il s'agissait de la loi du 9 août 2004<sup>9</sup> et en Allemagne de la loi fédérale sur la prévention et la lutte contre les maladies infectieuses humaines (IfSG) en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001<sup>10</sup>. Ces dispositions se sont, aussi bien en France qu'en Allemagne, très promptement révélées insuffisantes, ce qui a sonné le début de diverses modifications législatives, afin de pouvoir lutter effectivement contre la covid-19.
- 8 En France, en raison de l'évidente inadéquation de la réglementation en vigueur, la gestion de l'épidémie fut d'abord assurée par le biais de la théorie ancienne des circonstances exceptionnelles<sup>11</sup>. Néanmoins, la nature purement jurisprudentielle de cette pratique ainsi que l'évolution exponentielle de la maladie ont rapidement conduit à la mise en place du régime maintenant bien connu de l'état d'urgence sanitaire<sup>12</sup>. Ce nouveau régime a ainsi pu être introduit dans le Code de la santé publique par une loi du 23 mars 2020<sup>13</sup> et a trouvé application – mesures transitoires de sortie comprises – jusqu'au 31 juillet 2022<sup>14</sup>. A contrario, l'État allemand a assuré la gestion de l'épidémie par une seule et même loi fédérale, la réglementation des maladies épidémiques étant assurée par l'État

fédéral (le *Bund*), qui a fait usage de la compétence que lui accorde la loi fondamentale en la matière<sup>15</sup>.

- 9 Dans le courant de la première vague, l'Allemagne a dû prestement mettre en place des premières modifications de cette loi qui permettait ainsi la constatation d'une « situation épidémique d'envergure nationale » (*epidemische Lage von nationaler Tragweite*), prévue au §5 al. 1 IfSG<sup>16</sup>. La déclaration de cette « situation », qui était de la compétence du *Bundestag*, est ainsi devenue la condition préalable à l'application des dispositions de lutte contre l'épidémie. Cette dernière fut déclarée pour la première fois par le *Bundestag* le 25 mars 2020 et s'est terminée le 25 novembre 2021<sup>17</sup>. Son déclenchement était accompagné d'une habilitation faite au ministère de la Santé au §5 al. 2 IfSG, qui lui permettait l'adoption de mesures réglementaires nécessaires à la lutte contre l'épidémie sans avoir besoin de recourir à l'approbation du *Bundesrat*. Cependant, ce ne fut pas tant l'absence de consultation des *Länder* dans le processus qui a suscité le plus de discussions, mais bien les prérogatives accordées au ministre de la Santé, puisque l'habilitation ne prévoyait pas seulement une action par voie réglementaire en concrétisation des dispositions législatives, mais également la possibilité de s'en écarter<sup>18</sup>. Pourtant, sur le plan pratique, l'endiguement de l'épidémie a essentiellement été géré sur le plan fédéré par le biais d'une clause générale de compétences, prévue au §28 al. 1 phrases 1 et 2 IfSG, confiant aux gouvernements des *Länder* l'initiative réglementaire<sup>19</sup>. La clause prévoyait la possibilité pour « l'autorité compétente<sup>20</sup> » d'adopter les « mesures de protection nécessaires » afin de lutter contre l'épidémie, la désignation de ces autorités compétentes étant confiée aux gouvernements fédérés<sup>21</sup>.
- 10 Les modifications législatives se poursuivirent dans le courant de la deuxième vague épidémique et le *Bundestag*<sup>22</sup> était venu préciser cette clause générale de compétence par l'adoption du §28a al. 1 et 2 IfSG<sup>23</sup>. L'alinéa 1 contenait une liste non limitative<sup>24</sup> de mesures que pouvaient adopter ces « autorités compétentes » et l'alinéa 2 instaurait une gradation de l'intensité et de l'importance des mesures à adopter selon le taux d'incidence à l'échelle fédérale et fédérée. Ainsi, dans le cas d'un taux d'incidence fédéré sur sept jours, dépassant 35 nouvelles contaminations pour 100 000 habitants sur le territoire d'un *Land*, le *Land* en question se devait d'adopter des

mesures « à large échelle » afin de lutter contre l'épidémie<sup>25</sup>. Ces nouvelles dispositions tendaient avant tout à consolider et préciser la mise en œuvre de cette nouveauté singulière que constituait la situation épidémique d'envergure nationale.

11 Bien que le IfSG soit une législation adoptée dans des conditions « normales », la troisième vague épidémique en avril 2021 est venue contraindre à de nouvelles modifications reflétant le caractère en réalité exorbitant de ce régime. L'introduction d'un nouveau §28b IfSG<sup>26</sup> a établi la procédure de *Bundesnotbremse* (« frein d'urgence fédéral ») qui consistait en la suspension de toutes les mesures prises à l'échelle fédérée pour lutter contre l'épidémie, en y substituant temporairement les dispositions très strictes prévues par le législateur fédéral dans le IfSG. Ce processus de substitution trouvait application lorsque le taux d'incidence sur sept jours venait à dépasser 100 nouvelles contaminations pour 100 000 habitants dans un *Landkreis*<sup>27</sup> ou une *kreisfreie Stadt*<sup>28</sup>. Les circonscriptions concernées se voyaient alors contraintes de mettre en œuvre ces dispositions fédérales en lieu et place des dispositions adoptées par les gouvernements fédérés, sans la moindre marge de manœuvre à l'exception de mesures de nature plus restrictive. L'atypie de cette procédure s'est manifestée par cette uniformisation des dispositions applicables et donc par une concentration du pouvoir de décision entre les mains du législateur fédéral. Les circonscriptions concernées, et par leur biais les *Länder*, étaient ainsi dénués de toute possibilité d'agir, mis à part en application des dispositions du IfSG à leurs territoires respectifs. Ce mécanisme est venu s'inscrire à contre-courant du fonctionnement de la gestion de la lutte contre l'épidémie mis en œuvre avant cette date, qui en vertu de la clause générale de compétence prévoyait une lutte contre l'épidémie avant tout à l'échelle fédérée. Toutefois, cette procédure incapacitante n'a été en vigueur que pendant un court délai de trois mois, permettant ainsi une forme de contrôle de la propagation de la maladie dans le cadre d'un pic épidémique, avant d'être rapidement allégée puis complètement abrogée<sup>29</sup>.

12 Cette procédure exceptionnelle, bien qu'elle n'ait pas été présentée ainsi, s'apparentait fortement à un régime d'urgence d'origine purement législative. L'étude de l'évolution de la réglementation *a posteriori* permet d'affirmer que cette centralisation du pouvoir de



décision n'a en réalité constitué que l'apogée de la nécessaire adaptation constante du régime en vigueur à laquelle a dû faire face l'Allemagne dans le courant de ces presque trois années d'épidémie. En effet, il n'y eut officiellement aucun régime d'exception. Toujours est-il que cette procédure particulière ne peut que difficilement être qualifiée autrement. Le conditionnement de l'application de la loi fédérale à une appréciation du Parlement sur l'existence et la prolongation d'une « situation épidémique d'envergure nationale » est très proche du modèle français de l'état d'urgence sanitaire.

- 13 La conservation du cadre juridique habituel en Allemagne reflète d'une part une confiance accrue en la gestion de l'épidémie à l'aide des outils classiques de l'ordre juridique national et d'autre part le refus de qualification de cette nouvelle réglementation *ad hoc* dédiée à la lutte contre l'épidémie comme étant « exceptionnelle ». Le concept juridique d'état d'urgence tel qu'il est pratiqué en France ne trouve pas d'équivalent en Allemagne<sup>30</sup> pour d'évidentes raisons historiques liées au vécu effarant de la république de Weimar<sup>31</sup>.
- 14 En dépit d'une gestion plus divisée de l'épidémie, ce qui ne surprend point au regard de la nature fédérale de l'État, la République fédérale allemande n'a pu esquiver ni la concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif ni la centralisation qui a également eu lieu en France.

## 1.2. Une incontournable concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif

« Les temps difficiles sont centralisateurs. En présence d'une crise qui ébranle la nation, le gouvernement cherche son salut dans le renforcement de son autorité. Les collectivités l'éprouvent comme les individus<sup>32</sup>. »

- 15 Ces termes de Jean Rivero reflètent avec exactitude la situation à laquelle a dû faire face l'État français au cours de l'épidémie de covid-19. La création d'un état d'urgence sanitaire a entraîné un déséquilibre dans la séparation des pouvoirs et une concentration en faveur de l'exécutif, glissant le pouvoir réglementaire au premier plan. Ce transfert de compétences intéresse fortement, puisqu'il semble avoir également été une réponse allemande à la situation épidémique. Ce renforcement du pouvoir d'action de l'exécutif résultait avant tout

de la nécessité d'assurer la gestion de l'épidémie à l'échelle la plus adaptée. En France, bien que questionné, ce mécanisme de centralisation n'était pas un élément nouveau. Le regard croisé avec la situation allemande illustre ici bien plus franchement la question de subsidiarité qui s'est posée dans le cadre de cette concentration, notamment puisque la gestion de l'épidémie était initialement gérée à l'échelle fédérée et que l'on pouvait penser que le fédéralisme empêcherait une concentration des pouvoirs ou pour le moins freinerait considérablement un tel phénomène.

- 16 En France, la concentration au profit de l'exécutif dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire était clairement percevable sur deux plans. Premièrement sur le plan fondamental de la séparation des pouvoirs : le pouvoir de légiférer a été accordé au gouvernement afin d'adapter le nouveau dispositif de l'état d'urgence sanitaire. Une première fois avec la loi du 23 mars 2020 qui, pour une durée de trois mois, prévoyait l'adoption de dispositions par voie d'ordonnance pour lutter contre l'épidémie<sup>33</sup>. Puis, par d'autres habilitations qui ont conduit à l'adoption d'une multitude d'ordonnances<sup>34</sup>. Alors même que l'usage répété de la procédure de l'article 38 de la Constitution est venu considérablement remuer la séparation classique des pouvoirs opérée en France, la loi d'habilitation n'a pas été contrôlée *a priori* par le Conseil constitutionnel<sup>35</sup>. Sa constitutionnalité ne fut confirmée que bien plus tard en juin 2020, dans le cadre de divers contrôles *a posteriori*<sup>36</sup>. Secondement, la concentration s'est vue au sein du pouvoir réglementaire : la réglementation de la lutte contre l'épidémie a été confiée au ministre de la Santé et au Premier ministre. Cela a conduit à l'adoption d'une pléthore de mesures réglementaires, notamment de décrets<sup>37</sup>, contrôlés à diverses reprises par le juge administratif qui avait conditionné leur légalité à la proportionnalité dont tout particulièrement à la nécessité des mesures<sup>38</sup>.
- 17 Une même concentration se percevait également en Allemagne, néanmoins la séparation classique des pouvoirs s'est vue bien moins bousculée, puisque l'attribution du pouvoir de légiférer à l'exécutif est incompatible avec les principes encadrant l'exercice du pouvoir réglementaire allemand. En effet, l'action de l'administration allemande est pratiquement systématiquement soumise à une loi préalablement édictée par l'un des législateurs. C'est ce que prévoit la

réserve de la loi (*Vorbehalt des Gesetzes*)<sup>39</sup> qui empêche ainsi le gouvernement de faire cavalier seul, tel que cela a été le cas en France avec des dispositifs tel l'état d'urgence sanitaire ou la théorie des circonstances exceptionnelles.

- 18 À l'instar du droit français, le droit allemand distingue un pouvoir réglementaire en application de la loi (*gesetzesakzessorische Verwaltung*) et un pouvoir réglementaire autonome (*gesetzesfreie Verwaltung*). Le domaine d'exercice de ce dernier est toutefois très restreint, premièrement car la réserve de la loi est systématique dans les cas où la mesure édictée porte atteinte aux droits et libertés fondamentaux et deuxièmement, car le droit allemand connaît un principe de réserve parlementaire (*Parlamentsvorbehalt*). Ce principe originaire de la répartition fonctionnelle des pouvoirs consiste en l'attribution d'une compétence à l'organe le plus adapté, par son organisation, sa composition, sa méthode de travail et son fonctionnement<sup>40</sup>. La réserve parlementaire contraint le législateur à légiférer directement dans les domaines les plus fondamentaux, il ne peut alors en principe se dessaisir de sa compétence<sup>41</sup>. Toute délégation de sa compétence à d'autres organes, notamment au gouvernement, serait inconstitutionnelle<sup>42</sup>. Le législateur reste en mesure de déléguer en partie sa compétence, à partir du moment où il ne s'agit pas de décisions fondamentales et uniquement dans le respect d'une exigence de clarté et d'intelligibilité de la loi fixée par l'art. 80 al. 1 phrase 2 LF<sup>43</sup>.
- 19 C'est bien cette administration fortement liée qui a été responsable de l'exécution des mesures de gestion de l'épidémie adoptées par les gouvernements fédérés<sup>44</sup> et le ministère de la Santé<sup>45</sup>. Cette évidente concentration de l'initiative réglementaire a beaucoup été discutée, notamment en raison de l'exclusion des législateurs fédérés (*Landtage*). En principe, lorsque le *Bund* fait usage de sa compétence dans le cadre de la législation concurrente, les *Länder* sont privés de leur compétence législative en la matière. Mais, des agissements des parlements fédérés étaient tout à fait envisageables, puisque l'article 80 al. 4 LF prévoit que « lorsque les gouvernements des *Länder* sont autorisés à édicter des règlements par une loi fédérale ou en vertu de lois fédérales, les *Länder* peuvent également réglementer par une loi<sup>46</sup>. » Ainsi, aurait été concevable,

voire bienvenue, une intégration plus systématique des *Landtage* au processus décisionnel des gouvernements fédérés <sup>47</sup>.

20 Ce transfert de pouvoirs aux mains de l'exécutif a évidemment engendré une gestion de l'épidémie principalement par le biais de mesures réglementaires qui, en Allemagne, reposent sur l'exercice d'un droit administratif spécial. Depuis la loi sur la lutte contre les maladies épidémiques du 30 juin 1900 (*Reichsseuchengesetz*)<sup>48</sup>, le droit de la protection contre les maladies épidémiques du IfSG est une branche spéciale du droit de la sécurité (*Sicherheitsrecht*) et donc un droit administratif spécial dont l'exécution est assurée par les *Länder*<sup>49</sup> sur le fondement de la clause générale de compétence. Dans le cadre de la lutte contre la covid-19, les *Länder* ont principalement agi par actes réglementaires de portée générale et impersonnelle sous forme de règlements (*Rechtsverordnungen*) sur le fondement du §32 du IfSG ou par prescriptions générales (*Allgemeinverfügungen*)<sup>50</sup>. Un changement majeur a toutefois été opéré en mars 2020, avec l'introduction dans le IfSG de la « situation épidémique d'envergure nationale » qui est devenue la condition à l'édiction d'un bon nombre de mesures réglementaires. Auparavant, l'action des *Länder* dans le cadre de cette loi n'était pas conditionnée par une déclaration préalable du législateur. Toutefois, ce conditionnement ne concerne pas l'entièreté des mesures et la clause générale de compétence en est exclue, ce qui permettra aux *Länder* et à leurs autorités administratives d'agir sur ce fondement, si une nouvelle maladie épidémique venait à survenir.

21 Cet usage du pouvoir réglementaire à l'échelle fédérée contraste avec le choix du législateur français d'accorder un pouvoir de police spécial à l'État<sup>51</sup>. Au début de l'épidémie, en vertu de la théorie des circonstances exceptionnelles<sup>52</sup>, les maires pouvaient encore faire usage de leur pouvoir de police général<sup>53</sup>, mais une décision majeure du Conseil d'État *Commune de Sceaux* du 17 avril 2020 est venue adresser la question du concours de police en matière sanitaire<sup>54</sup>. Par cette décision, le juge administratif n'avait pas totalement exclu la possibilité d'agir à l'échelon local, mais avait subordonné l'agissement des maires à l'existence cumulative de raisons impérieuses et de circonstances locales, tout en imposant aux mesures adoptées de ne pas être de nature à compromettre la cohérence et l'efficacité des mesures adoptées à l'échelle nationale<sup>55</sup>. Ce mouvement de

centralisation sur le plan sanitaire<sup>56</sup> a concentré l'édiction de mesures réglementaires entre les mains des représentants de l'État. Il n'y avait pas de réelle liberté d'intervention pour l'échelon local : les acteurs de la décentralisation se trouvaient contraints d'exécuter les politiques de l'État, ce qu'illustre tout particulièrement la question du port du masque<sup>57</sup>.

- 22 Alors que la doctrine française à la suite de cette épidémie interroge quant à la « banalisation de l'état d'urgence<sup>58</sup> », le regard croisé avec la situation allemande permet de constater que la gestion de l'urgence a inévitablement engendré deux éléments : premièrement une concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif, indépendamment de la volonté de conserver l'équilibre habituel de la séparation des pouvoirs<sup>59</sup>. Cette réponse commune à l'urgence ne surprend pas démesurément, puisqu'il s'est avant tout agi d'une concentration en faveur des acteurs centraux dans la politique de la Santé : les ministères de la Santé. Néanmoins, ce gain en puissance de l'exécutif en Allemagne a été effectué sous le contrôle du législateur, qui, bien qu'ayant délégué une grande part de la gestion de l'épidémie, a pu choisir le renforcement du pouvoir réglementaire qui ne s'est ainsi pas inscrit dans une volonté du gouvernement de renforcer son autorité en période difficile. *A contrario*, c'est dans cette optique qu'en France peut se révéler le second élément : un mouvement de centralisation permettant supposément un meilleur contrôle et plus d'efficacité dans la lutte contre l'épidémie. Pourtant, à première vue, aucune centralisation n'a réellement accompagné le renforcement de l'exécutif en Allemagne. Or, même si moins présente, une forme de centralisation de la gestion de l'épidémie dans l'urgence peut être constatée. D'une part, le mécanisme de *Bundesnotbremse* fut une manifestation concrète de centralisation au profit du législateur, bien qu'il n'ait été maintenu que pour une courte durée de trois mois. D'autre part, même si la forme fédérale de l'État a contribué à conserver une gestion très locale de l'épidémie, les gouvernements fédérés n'ont en réalité pas tant fait usage de la possibilité qui leur était donnée de s'écarter des mesures prises à l'échelle fédérale ou dans les autres *Länder*, par appréhension des conséquences. La centralisation ne peut ainsi être constatée *de jure*, mais le choix des acteurs fédérés de s'aligner a permis l'obtention de l'uniformité recherchée par le mécanisme de centralisation.

## 2. Les droits et libertés fondamentaux, premiers à fléchir sous le nécessaire besoin de protection de la santé publique

- 23 La lutte contre l'épidémie a conduit des États pris au dépourvu par l'envergure de la situation, à priver les individus de l'exercice de certains de leurs droits et libertés pour le bien de la santé publique. Cette privation n'a pas été sans conséquence, puisqu'elle a engendré de nombreuses affaires contentieuses demandant au juge de se saisir de la problématique de la protection de ces droits et libertés. Ce fut ainsi au juge de trouver un équilibre entre l'objectif de protection de la santé publique et les droits et libertés fondamentaux.

### 2.1. Une protection des droits et libertés assurée par le juge

- 24 L'énorme sollicitation du pouvoir juridictionnel n'a pas été une spécificité française<sup>60</sup>, puisque les juges administratifs allemands ont considérablement été mobilisés dans le cadre de procédures d'urgence tout au long de l'épidémie<sup>61</sup>. La réglementation contre l'épidémie se composant principalement d'actes réglementaires des *Länder*, le contrôle dans le cadre de la procédure d'urgence était en principe assuré par les cours administratives d'appel des *Länder* (*Oberverwaltungsgerichte*), compétentes en premier et dernier ressort en vertu du §47 al. 1 n° 2 VwGO (Code sur la juridiction administrative) et des normes correspondantes prévues par les lois fédérées<sup>62</sup>. En complément, en cas de rejet de la demande en référé, l'introduction d'un recours individuel (*Verfassungsbeschwerde*) ou d'un référé<sup>63</sup> devant les juges constitutionnels était possible<sup>64</sup>. Contrairement au Conseil d'État, la Cour suprême de l'ordre administratif allemand (*Bundesverwaltungsgericht-BVerwG*) n'a pas réellement eu l'opportunité de jouer un rôle aussi décisif durant ces années d'épidémie, et ce, pour deux raisons. D'une part, car l'usage de référés ne permet pas d'intervention du BVerwG, puisque ces recours sont privés d'instance de révision<sup>65</sup>. D'autre part, car très peu

d'affaires ont été introduites en plein contentieux<sup>66</sup>, les requérants ayant privilégié l'usage des recours en urgence.

- 25 Cette quasi monopolisation du contentieux par les juges administratifs des *Länder* a été quelque peu nuancée durant la période de *Bundesnotbremse*, réduisant l'office du juge administratif au profit du juge constitutionnel<sup>67</sup>, puisqu'il ne s'agissait plus uniquement de contrôler la légalité et la constitutionnalité d'actes réglementaires, mais également de la loi fédérale<sup>68</sup>. Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle allemande s'était prononcée sur la proportionnalité des atteintes portées à certains droits fondamentaux par les dispositions fédérales, principalement en faveur des dispositions adoptées par les autorités publiques. Cela concernait notamment la liberté d'aller et venir en rapport avec le couvre-feu<sup>69</sup> – point sur lequel le Conseil d'État avait adopté une position similaire, fondant son argumentaire sur la nature moins attentatoire de la mesure à la liberté d'aller et venir qu'un confinement<sup>70</sup> – la fermeture des écoles et les contacts interpersonnels<sup>71</sup> ou encore sur la liberté professionnelle en rapport avec la fermeture des commerces<sup>72</sup>. Néanmoins, une fois les questions fondamentales traitées, la plupart des recours ont à nouveau eu lieu devant les juges administratifs, le juge constitutionnel en venant même à rappeler la compétence de ces derniers<sup>73</sup>.

## 2.2. Une nécessaire conciliation des droits et libertés avec l'objectif de protection de la santé publique

- 26 Bien que responsables de la protection des droits et libertés fondamentaux, les juges sont communément restreints dans leurs contrôles. Ainsi, le Conseil constitutionnel précise bien à d'innombrables reprises qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision égal à celui du Parlement. Il ne peut qu'apprécier une disproportionnalité manifeste vis-à-vis de la situation générale sur l'ensemble du territoire français et non remettre en question l'existence d'une catastrophe sanitaire<sup>74</sup>. La Cour constitutionnelle allemande avance un argument analogue, accordant dans son argumentaire une très grande marge d'appréciation au législateur, ce qui repousse inévitablement les

limites du contrôle de proportionnalité<sup>75</sup>. Le contrôle des juges s'en trouve nécessairement restreint, puisqu'il ne peut que difficilement « récuser<sup>76</sup> » les choix politiques pris pour assurer la protection de la santé publique.

- 27 Les juges étaient ainsi chargés de l'importante tâche de concilier l'impératif de protection de la santé publique avec les droits et libertés fondamentaux<sup>77</sup>. L'examen de ces atteintes présente une systématique particulière, car le droit allemand connaît dans son catalogue de droits fondamentaux inscrits dans la loi fondamentale une forme de classification opérée sur la possibilité d'apporter, ou non, des restrictions aux droits et libertés garantis. Une place particulière est attribuée à la dignité de la personne humaine, qui est le seul droit fondamental à caractère intangible<sup>78</sup>, ainsi qu'au droit à la vie<sup>79</sup>, que les juges constitutionnels ont qualifié de valeur suprême (*Höchstwert*), car considéré comme étant un prérequis à l'exercice de tous les autres droits et libertés<sup>80</sup>. Pour tous les autres droits fondamentaux, en principe, une atteinte est envisageable et le juge en contrôle l'admissibilité en évaluant l'intensité de l'atteinte, l'importance du droit fondamental concerné et la légitimité de l'objectif poursuivi. L'on distingue en outre trois catégories de droits fondamentaux : ceux soumis à une réserve simple ne pouvant être restreints que par une loi, ceux soumis à une réserve qualifiée qui de surcroît ne peuvent l'être que par des raisons explicitement listées dans le texte constitutionnel et enfin ceux sans réserve pour lesquels une restriction n'est envisageable que lorsqu'ils entrent en collision avec un autre droit fondamental<sup>81</sup>.
- 28 L'atteinte portée aux droits fondamentaux dans le cadre de la covid-19, concernant pratiquement la totalité du catalogue des droits fondamentaux, a été justifiée par l'obligation de l'État de garantir le droit à la vie et à l'intégrité du corps humain inscrit à art. 2 al. 2 LF<sup>82</sup>. Par cet argumentaire, le motif de l'atteinte n'était autre que la préservation d'un droit fondamental et constituait ainsi un fondement valable pour porter atteinte à tous les autres droits fondamentaux excepté la dignité de la personne humaine, à partir du moment où une évaluation des intérêts penchait en faveur du droit à la vie et de l'intégrité du corps humain<sup>83</sup>. L'importance de l'évaluation de la nécessité était directement rappelée par la loi au §28 al. 2 phrase 1 IfSG, qui prévoyait que les mesures adoptées par les



autorités publiques sur le fondement de la loi étaient uniquement proportionnelles si, après prise en considération de toutes les mesures d'ores et déjà adoptées, l'absence de la mesure en question mettait en danger l'objectif d'endigement de l'épidémie. C'est avec ce raisonnement que le juge constitutionnel avait clarifié le besoin de dérogations afin de faire concorder les droits fondamentaux, car certaines mesures empêchaient totalement l'exercice de la liberté de culte (*Religionsfreiheit*<sup>84</sup>) et de la liberté de réunion (*Versammlungsfreiheit*<sup>85</sup>).

- 29 Les juges français ont été en général plutôt succincts et peu pédagogues dans leur contrôle de la validité des mesures. En comparaison, le travail détaillé dont a fait preuve le juge allemand offre bien plus de clarté. Au premier abord, l'on pourrait penser que le contrôle quant à la question de l'intérêt légitime poursuivi par le juge français serait approchant, car issu du modèle allemand<sup>86</sup>. Or, les développements allemands autour de la proportionnalité des atteintes s'étendent parfois sur plus de cent considérants<sup>87</sup>, là où la plupart des décisions du Conseil constitutionnel s'en sont tenues au maximum à une dizaine de considérants pour une même thématique. Habituellement, l'évaluation de cet intérêt légitime par le juge allemand est faite dans la dernière phase du contrôle de proportionnalité (*Angemessenheit*) et se déroule en deux temps : d'abord en effectuant une évaluation de l'importance de l'atteinte portée aux droits fondamentaux, souvent tolérée dans le cadre épidémique en raison de la limitation dans le temps des mesures. Puis, le juge prend en considération l'importance de l'intérêt légitime poursuivi par les mesures étatiques. Dans le cadre de l'épidémie, l'objectif de protection de la santé publique passait nécessairement par la garantie du droit à la vie, en France comme en Allemagne, ce qui s'avérait favorable à un intérêt légitime des mesures concernées. Toutefois, le juge allemand dans son contrôle ne prenait pas uniquement en considération la valeur abstraite de l'objectif, mais aussi sa concrétisation, ce qui dans le cadre de l'épidémie revenait à évaluer la capacité de maintien d'un système de santé fonctionnel. En conséquence, l'infectiosité et la dangerosité de la SARS-CoV-2 furent beaucoup discutées par les juges, qui la plupart du temps avaient estimé le danger comme étant particulièrement élevé en s'appuyant

sur les décisions du législateur fédéral et les données scientifiques fournies par l'institut Robert Koch.

- 30 En globalité, bien que les juges aient joué leur rôle de protecteurs des droits et libertés fondamentaux durant l'épidémie, la plupart des mesures liberticides ont été longuement maintenues au motif de protection de la santé publique. L'urgence et l'imprévisibilité de l'épidémie ont conduit à plus de tolérance face à des mesures dont la proportionnalité est devenue au fil de l'épidémie de plus en plus contestable. Le renouvellement des atteintes et la temporalité plus longue qu'attendue de l'épidémie laissent à penser *a posteriori*, que l'argument du régime et des mesures d'exception limités dans le temps et dans l'espace aurait probablement mérité d'être pris en considération avec plus de prudence. Bien que valable dans l'urgence, ce justificatif s'est fait de plus en plus ténu et la mise en balance en faveur de la santé publique était de moins en moins justifiable. Un retour à la normale a inévitablement progressivement eu lieu, puisque le maintien de mesures liberticides n'était plus réellement proportionnel. Au demeurant, l'avancée scientifique a fait entrer en ligne de compte de nouveaux facteurs telle la moindre dangerosité de certains variants<sup>88</sup> et surtout la mise en place d'une politique de vaccination.

### 3. Une sortie de l'épidémie dans l'optique d'une politique de vaccination

- 31 Dès le début de l'épidémie, la recherche scientifique s'est attachée au développement d'un vaccin contre la covid-19. La découverte de différents vaccins est rapidement venue générer, sur les plans politiques comme juridiques, des interrogations quant à l'établissement d'obligations vaccinales. Bien que les États aient rapidement dû faire face à l'impossibilité de concrétiser une obligation de vaccination généralisée, la sortie de l'épidémie en France et en Allemagne s'est accompagnée d'une obligation vaccinale pour le personnel soignant ainsi que de réglementations d'accès à certains lieux.

### 3.1. L'échec de la politique de vaccination obligatoire généralisée

- 32 Le projet d'une obligation de vaccination généralisée a été envisagé par la doctrine allemande dès le début de la campagne de vaccination en décembre 2020<sup>89</sup>. Le monde politique allemand en revanche, s'est initialement montré très réticent à cet égard. Ce ne fut qu'à la suite des élections législatives de septembre 2021 face à un nombre à nouveau croissant de contaminations que la thématique de la vaccination obligatoire a réintégré les discussions politiques<sup>90</sup>. Le projet de vaccination obligatoire, ou plus justement d'obligation généralisée de présentation d'un certificat de vaccination, de rétablissement ou de contre-indication à la vaccination ne fut soumis au vote au *Bundestag* que le 7 avril 2022, bien que la majorité des partis politiques s'y soient à nouveau opposés<sup>91</sup>.
- 33 Du point de vue juridique, le projet était réalisable. D'autant plus, que d'autres obligations vaccinales avaient déjà été imposées au fil des années contre des maladies bien moins contagieuses que la covid-19. La première fut celle contre la variole, déclarée constitutionnelle en France<sup>92</sup> et en Allemagne<sup>93</sup>. Toutefois, cela n'a pas empêché la doctrine allemande de se montrer très réservée face à une telle obligation. Néanmoins, une majorité a considéré qu'une obligation vaccinale généralisée aurait pu être mise en place pour 2021 ou 2022 et n'aurait pas été inconstitutionnelle, car même les personnes non vulnérables présentaient une forte probabilité de contamination et un risque significatif de déroulement grave de la maladie voire de décès<sup>94</sup>. Cependant, en raison d'un taux d'infectiosité décroissant, l'adoption d'une obligation vaccinale généralisée n'apparaît depuis fin 2022 plus proportionnée.

### 3.2. L'obligation de vaccination pour les professionnels de santé

- 34 En parallèle s'est posée la question de la constitutionnalité d'une obligation de vaccination pour les professionnels de santé, liée au lieu d'exercice de leur profession. En Allemagne, une obligation de vaccination indirecte consistant en la présentation d'un

certificat (*Nachweispflicht*<sup>95</sup>) a été inscrite au §20a al. 1 phrase 1 *IfSG*<sup>96</sup>. Elle se présente ainsi sensiblement de la même manière que l'obligation vaccinale française à l'article 12 de la loi du 5 août 2021<sup>97</sup>. Afin d'en assurer l'efficacité, la loi allemande prévoyait deux sanctions en cas de non-respect de cette obligation par le personnel soignant. Premièrement, une interdiction à l'embauche (*Beschäftigungsverbot*) pour l'établissement de santé en vertu du §20a al. 3 phrase 4 *IfSG* ; secondement une interdiction d'exercice de l'activité professionnelle (*Tätigkeitsverbot*) en vertu du § 20a al. 3 phrase 5 *IfSG* pour l'individu concerné<sup>98</sup>. Le non-respect de cette interdiction par l'employeur était puni par contravention<sup>99</sup>.

- 35 La constitutionnalité de cette obligation de vaccination indirecte pour le personnel de santé a beaucoup été mise en doute jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle se prononce à ce propos dans une décision du 27 avril 2022<sup>100</sup>. Le juge allemand a confirmé la proportionnalité du dispositif malgré les atteintes qu'il constitue au droit à la vie et à l'intégrité du corps humain (art. 2 al. 2 phrase 1 LF) et à la liberté professionnelle (art. 12 al. LF<sup>101</sup>). La Cour constitutionnelle allemande effectue communément son contrôle de proportionnalité en quatre étapes. C'est ainsi qu'elle a donc tout d'abord constaté que l'atteinte portée aux droits fondamentaux par le dispositif poursuivait un objectif légitime (*legitimer Zweck*) : la protection du droit à la vie et à l'intégrité du corps humain, en particulier des personnes vulnérables (cons. 155 et 171).
- 36 Dans un second temps, la Cour a effectué son contrôle de l'adaptabilité (*Geeignetheit*), conditionnant la constitutionnalité de la réglementation à l'existence d'un effet tiers : si la vaccination ne constitue pas également une protection pour les autres et ne protège que l'individu vacciné, le dispositif ne peut être conforme à la Constitution<sup>102</sup>.
- 37 Ensuite, le juge constitutionnel a contrôlé la nécessité (*Erforderlichkeit*) en cherchant à savoir si le législateur n'avait eu la possibilité de mettre en place des mesures équivalentes bien moins attentatoires aux droits et libertés fondamentaux (cons. 186). Le juge prend à cet égard en considération la marge d'appréciation du législateur et l'allègement du contrôle de proportionnalité qui s'ensuit, puisque « la situation épidémique est

marquée par une dynamique dangereuse et difficilement prévisible [et] l'état des faits est donc complexe » (cons. 188). Ainsi, la Cour constitutionnelle a jugé que l'option d'une unique « obligation de dépistage d'infection du virus de SARS-CoV-2 avant l'accès à des établissements ou entreprises – et par là donc avant tout contact avec une personne vulnérable » (cons. 192 et s.) ne constitue pas une protection équivalente à une immunisation par vaccination ou par rétablissement<sup>103</sup>.

- 38 Enfin, dans la quatrième étape de son contrôle, c'est-à-dire dans son évaluation finale de la proportionnalité (*Angemessenheit*), le juge a confirmé que l'obligation de présentation d'un justificatif n'est pas disproportionnée (cons. 202 et s.). Malgré le fait que l'obligation porte considérablement atteinte au droit à la vie et à l'intégrité du corps humain, ainsi qu'à la liberté professionnelle – notamment en raison du risque d'effets secondaires ou encore de l'obligation de choisir entre abandon de la profession exercée ou injection d'une dose de vaccin (cons. 206 et s. et 221<sup>104</sup>) – des circonstances atténuantes, telles des dérogations pour les possesseurs d'un certificat de contre-indication médicale ou encore l'évolution constante de la sécurité des vaccins rééquilibrent l'examen de la proportionnalité (cons. 212 et s., 220 et 226<sup>105</sup>). De surcroît, la Cour précise bien qu'une demande de présentation d'un certificat ne constitue pas une obligation vaccinale, puisque sont prévues des dispenses et possibilités de substitution (cons. 209<sup>106</sup>). L'État se doit de protéger les personnes vulnérables pour lesquelles les soins sont indispensables et qui par conséquent ne peuvent se maintenir éloignées des établissements et du personnel soignant afin de minimiser le risque d'infection (cons. 218). De plus, au moment de la décision en décembre 2021, les vaccinations ne présentaient pas ou peu d'effets secondaires graves et/ou persistants, alors que le risque d'infection et d'un déroulement grave, voire mortel, de la maladie de la covid-19 restait nettement plus probable, ce qui a conforté la juridiction dans son appréciation de la proportionnalité (cons. 230).
- 39 Cette importante décision de la Cour constitutionnelle a depuis servi de repère à l'évaluation de la constitutionnalité d'autres réglementations d'accès.

### 3.3. L'endiguement de l'épidémie par le biais de réglementations d'accès

- 40 À défaut d'avoir opté pour une politique de vaccination obligatoire généralisée afin d'atteindre au plus vite une immunité collective, les deux États ont mis en place des réglementations d'accès. La soumission de certains lieux à la présentation d'un justificatif a été d'usage en France comme en Allemagne, en premier lieu afin de lutter contre l'épidémie et dans une certaine mesure, indirectement, pour inciter à la vaccination. En France, la politique s'était initialement montrée réticente au lancement d'un tel dispositif : le président de la République avait déclaré le 29 avril 2020 que de telles réglementations d'accès n'existeraient pas<sup>107</sup> et de nombreux parlementaires s'étaient également opposés au projet<sup>108</sup>. Malgré ce début laborieux, le *pass* fut introduit par un amendement du 4 mai 2021<sup>109</sup>. Ainsi, la loi du 31 mai 2021 imposait la présentation de ce justificatif dans diverses situations. Quelque temps après, le 12 juillet 2021, le président de la République avait annoncé un élargissement<sup>110</sup> qui fut définitivement mis en place par la loi du 5 août 2021. Dès lors, l'obligation de présentation du *pass* ne concernait plus que les activités présentant un risque particulier de diffusion du virus et les personnes intervenant dans des lieux ou établissements où la contamination et la densité de la population le justifiaient<sup>111</sup>. Enfin, avec la loi du 22 janvier 2022<sup>112</sup> le *pass* sanitaire fut transformé en *pass* vaccinal, puis les restrictions prirent fin au 31 juillet 2022.
- 41 En Allemagne, la possibilité de restreindre l'accès à certains lieux a été introduite au §28a du *IfSG* le 15 septembre 2021. Furent principalement mises en place des réglementations appelées *2G-Regel*, qui consistaient en la présentation d'un certificat de rétablissement ou de vaccination – sauf contre-indication médicale – afin de pouvoir accéder à certains lieux et activités. Cette règle s'appliquait notamment aux activités gastronomiques et culturelles<sup>113</sup>, mais ne concernait pas les achats de première nécessité<sup>114</sup>. Une version plus allégée de cette réglementation existait également : la *3G-Regel*. Elle prévoyait la possibilité d'également d'accéder au lieu souhaité sur présentation

d'un test virologique négatif. L'appellation de ces réglementations reposait sur la correspondance de la lettre G avec le justificatif à fournir. Un G pour *geimpft* = vacciné, un second pour *genesen* = rétabli et un troisième pour *getestet* = testé.

- 42 La particularité accompagnant l'accès à certains lieux a conduit à l'introduction d'alternatives plus strictes. Une *2G+Regel* au *Bundestag* imposait aux députés vaccinés et/ou rétablis de présenter en addition de leur justificatif soit un test antigénique négatif, soit un certificat attestant d'un rappel du vaccin pour assister aux sessions parlementaires<sup>115</sup>. Ce renforcement du dispositif au sein du *Bundestag* fut confirmé par la Cour constitutionnelle qui s'appuyait sur la nécessité de conserver un Parlement fonctionnel<sup>116</sup>. D'autres renforcements furent la *3G+Regel* qui conditionnait l'accès à la présentation d'un test virologique négatif de type PCR ou encore la *2G++Regel* qui obligeait en supplément du justificatif le port d'un masque de type FFP2.
- 43 La plupart de ces réglementations d'accès furent instaurées par les *Länder*, toutefois, une modification du §28b du *IfSG* le 24 novembre 2021<sup>117</sup> était en addition venue imposer à l'échelle fédérale la *3G-Regel* pour l'accès aux lieux de travail jusqu'au 19 mars 2022.
- 44 Ces réglementations ont ainsi été un soutien considérable à la lutte contre l'épidémie, puisqu'elles ont non seulement permis de minimiser les atteintes aux droits et libertés des individus, mais ont aussi incité à la vaccination<sup>118</sup>. En effet, les taux de vaccination fin 2022 pour l'Allemagne étaient de 77,8 % d'individus ayant obtenu une dose et de 76,3 % pour deux doses<sup>119</sup>. La comparaison avec les taux français de vaccination à la même date montre que la campagne vaccinale semble avoir été quelque peu plus fructueuse en France qu'en Allemagne, car le taux d'individus ayant obtenu au moins une dose est quelque peu plus élevé à 81.0 %, dont 79.7 % ayant obtenu deux injections<sup>120</sup>. Ces nombreuses vaccinations ont été un atout dans l'optique de l'obtention d'une immunité collective contre la maladie, cependant, les taux fin 2022 apparaissaient encore insuffisants. Même après presque trois années d'épidémie, l'immunité collective contre la covid-19 peut encore être remise en question. L'on peut toutefois affirmer que l'absence d'obligation de vaccination

généralisée a considérablement retardé cette immunité collective, et qu'en cas d'épidémie à venir, il semblerait donc plus opportun de ne pas l'exclure trop hâtivement <sup>121</sup>.

- 45 En définitive, l'étude menée permet ainsi d'avancer que la covid-19 a complètement bouleversé les deux États. La lutte contre l'épidémie durant presque trois années et la perte inattendue de nombreux droits et libertés fondamentaux démontre que les États n'étaient pas préparés à la gestion d'une situation d'une telle envergure. Le regard croisé avec l'Allemagne permet à la fois de nuancer certains choix français de lutte contre l'épidémie et d'en conforter d'autres. Peut-être pourra-t-on envisager à l'avenir, face à une situation analogue ou d'éventuels nouveaux défis, une gestion plus rationalisée, sans glisser autant dans l'exception.

## NOTES

---

1 « Car en fin de compte nous ne conserverons de nos recherches que de ce que nous appliquons. » Nous traduisons.

2 J. W. v. GOETHE, citation de J-P. ECKERMANN, « Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens », in : J. W. v. GOETHE, *Sämtliche Werke nach Epochen seines Schaffens*, Münchner Ausgabe, K. RICHTER et al. (dir.), tome 19, 2006, p. 78-79, février 1824.

3 Le choix de l'usage de l'expression « épidémie de covid-19 » dans le cadre de cette étude a été fait afin de se contenter de désigner objectivement l'événement historique sans user de qualificatifs à dimension plus subjective tels que « crise » sanitaire.

4 Pour la peste, cf. V. REINHARDT, *Die Macht der Seuche*, Munich, C. H. Beck, 2021 ; pour la grippe espagnole L. SPINNEY, *Pale Rider*, London, Jonathan Cape, 2017 ; pour un historique des épidémies au courant du dernier siècle cf. M. HONIGSBAUM, *The Pandemic Century*, New York, W. W. Norton & Company, 2019.

5 Termes empruntés à M. KORDEVA et P. COSSALTER, « Le covid-19 et le droit public allemand », RFDA, 2020, n° 4, p. 661.

6 Ce régime n'est pas inconnu à la France, puisque bien qu'il reposât initialement sur le fondement d'une loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence qui a permis la lutte contre l'insurrection indépendantiste



d'Algérie, il s'est, depuis les attentats de novembre 2015, transformé en un régime dont l'anormalité laisse dorénavant fortement douter ; P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, coll. « Cours », 9<sup>e</sup> édition, 2021, p. 388-405 ; voir en ce sens également S. HENNETTE VAUCHEZ, *La démocratie en état d'urgence : Quand l'exception devient permanente*, Paris, éditions du Seuil, coll. « Le compte à rebours », 2022, p. 35 et s.

7 Les dernières évolutions au moment de l'étude étant ainsi en France le décret n° 2022-1097 du 30 juillet 2022 fixant les mesures de veille et de sécurité sanitaire maintenues en matière de lutte contre la covid-19, et en Allemagne, une modification du IfSG ne prévoyant dans son §28b plus que quelques obligations du port du masque, notamment dans les transports en commun du 1<sup>er</sup> octobre 2022 au 7 avril 2023 ; cf. A. SANGS, « Das COVID-19-Schutzgesetz », NVwZ, 2022, p. 1489 et s.

8 L'insuffisance de la réglementation en vigueur en Allemagne a été analysée en détail en doctrine ; cf. A. KIESSLING, « Von der punktuellen Gefahrenabwehr zur planerischen Risikovorsorge im Infektionsschutzrecht » JZ, 2022, vol. 77, n° 2, p. 53, DOI : [10.1628/jz-2022-0017](https://doi.org/10.1628/jz-2022-0017).

9 Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

10 Pour un récapitulatif global de la situation, cf. D. WOLFF et P. ZIMMERMANN, « Der Parlamentsvorbehalt in der COVID-19-Pandemie – Teil 1 », JURA, 2022, vol. 44, n° 1, p. 18, DOI : [10.1515/jura-2021-2867](https://doi.org/10.1515/jura-2021-2867).

11 L'étude du professeur Truchet aborde clairement la première étape de mise en place et de gestion de l'épidémie en France par le biais de l'outil administratif des circonstances exceptionnelles ; D. TRUCHET, « Covid 19 : point de vue d'un "administrativiste sanitaire" », JP blog [en ligne], 27 mars 2020, URL : <https://blog.juspoliticum.com/2020/03/27/covid-19-point-de-vue-dun-administrativiste-sanitaire-par-didier-truchet/>.

12 Pour plus de détails sur la mise en place de ce régime cf. M. VERPEAUX, « Loi organique d'urgence sanitaire et question prioritaire de constitutionnalité », AJDA, 2020, n° 15, p. 839.

13 Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

14 Le régime est définitivement abrogé depuis la loi n° 2022-1089 du 30 juillet 2022 mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19.

- 15 La compétence du *Bund* pour l'édiction de cette loi se fonde sur la législation concurrente inscrite à l'art. 74 al. 1 n° 19 de la loi fondamentale ; « mesures contre les maladies humaines et animales constituant un danger public ou à caractère transmissible » ; confirmé par BVerfG, *Beschl.*, 19 novembre 2021, 1 BvR 781/21, NJW, 2022, p. 139 et s. et p. 167 et s. ; la répartition de la compétence législative en droit allemand est prévue dans la loi fondamentale aux art. 70 et s. ; pour plus de détails cf. S. KORIOTH, *Staatsrecht I*, Munich, 2020, 5<sup>e</sup> édition, §269 et s.
- 16 Les modifications ont été introduites par le *Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, 27 mars 2020, BGBl. 2020 I, p. 587 ; pour plus de détails relatifs à la mise en place de ces dispositions, cf. M. KORDEVA et P. COSSALTER, « Le covid-19 et le droit public allemand », RFDA, 2020, p. 661 ; cf. également A.-L. HOLLO, in : A. KIESSLING (dir.), *IfSG*, Munich, C. H. Beck, 3<sup>e</sup> édition 2022, §5 IfSG, p 46 et s.
- 17 Le *Bundestag* n'a pas prononcé son renouvellement qui devait se faire tous les trois mois. *Plenarprotokoll* 19/238, p. 31076 ; cela n'a notamment pas été renouvelé en raison de la formation d'une nouvelle coalition, composée des partis SPD, Bündnis 90/Die Grünen et FDP. Par la suite Olaf Scholz a été élu chancelier le 8 décembre 2021.
- 18 Plus de 1 000 actes réglementaires et administratifs ont été adoptés sur le fondement de cette habilitation ; cf. H.-M. HEINIG *et al.*, « Why Constitution Matters », JZ, 2020, p. 861 , DOI : [10.1628/jz-2020-0290](https://doi.org/10.1628/jz-2020-0290) ; pour plus de détails cf. T. KINGREEN, « Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie », JURA, 2020, p. 1019.
- 19 Précisions à cet égard cf. M. KORDEVA et P. COSSALTER, « Le covid-19 et le droit public allemand », RFDA, 2020, n° 4, p. 661-671.
- 20 Il s'agissait en principe toujours des gouvernements fédérés, mais ces derniers pouvaient se décider à habilitier par exemple les services de la santé publique à l'échelle fédérée (*Gesundheitsamt*).
- 21 En vertu du §54 IfSG ; S.-H. THIERY, in : D. ECKART et M. WINKELMÜLLER (dir.), *Infektionsschutzrecht*, BeckOK 2<sup>e</sup> édition, 2023, §54 IfSG.
- 22 À la suite de nombreuses critiques, émanant en partie de la jurisprudence, mais surtout de la doctrine ; BayVGh, *Beschl.*, 29 octobre 2020, 20 NE 20.2360, *juris*, cons. 28, 30 et 35 ; VG Hamburg, *Beschl.*, 10 novembre 2020, 13 E 4550/20, *juris*, cons. 11 et 13.

23 *Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, 18 novembre 2020, BGBl. 2020 I, p. 2397.

24 La nature non limitative d'un total de 17 mesures, s'identifie par l'usage du terme allemand « insbesondere » qui signifie « notamment » ; cf.

A. KIESSLING, in : A. KIESSLING (dir.), *IfSG*, 2<sup>e</sup> édition 2021, §28a *IfSG* ; dernière modification par le *Gesetz zur Stärkung des Schutzes der Bevölkerung und insbesondere vulnerabler Personengruppen vor COVID-19*, 24 septembre 2022, BGBl. I, p. 1454.

25 Le second taux d'incidence se situait à 50 nouvelles contaminations sur 100 000 habitants et prévoyait l'adoption de « umfassende Maßnahmen » (mesures globales). Ce système a été conservé jusqu'en septembre 2021. Depuis l'importance des mesures n'est plus déterminée par le taux d'incidence, mais par de nouveaux critères, tels les taux de vaccination et d'hospitalisations.

26 *Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, 22 avril 2021, BGBl. 2021 I, p. 802 ; au §28b abs. 1 s. 1 *IfSG*, avec la dernière modification par le *Gesetz zur Stärkung des Schutzes der Bevölkerung und insbesondere vulnerabler Personengruppen vor COVID-19*, 16 septembre 2022, BGBl. I, p. 1454.

27 Un *Landkreis* est une circonscription administrative allemande que l'on pourrait considérer comme l'équivalent d'une collectivité territoriale en France, plus précisément tel un département. Ses fonctions sont divisées entre ses actions en tant qu'acteur déconcentré et acteur décentralisé. Dans le cadre de l'épidémie, les *Landkreise* n'ont agi qu'en tant qu'entités rattachées à l'État ; pour plus de détails sur le fonctionnement de ces collectivités cf. M. BURGI, *Kommunalrecht*, Munich, C. H. Beck, 6<sup>e</sup> édition, 2019, p. 319 et s.

28 Une *kreisfreie Stadt* est une ville qui constitue à elle seule une circonscription administrative et dispose du statut de collectivité décentralisée.

29 À propos de la situation en automne 2022, cf. A. SANGS, « Das COVID-19-Schutzgesetz », *NVwZ*, 2022, p. 1489.

30 Même s'il existe certaines formes « d'état d'urgence » ces dernières ne portent pas cette appellation et sont pensées dans le cadre de l'État de droit et de la loi fondamentale ; cf. T. BARCZAK, « Der Pandemiestaat als nervöser Staat », *APuZ* 32-33/2022, p. 25 ; ou encore A. GAILLET, « Réflexion sur l'état

d'exception à la lumière de trois ouvrages allemands », *Jus Politicum*, Formes de la citoyenneté, 2022, n° 27, p. 381.

31 L'idée de leçons tirées de Weimar se retrouve beaucoup dans la littérature allemande ; notamment cf. G. ROELLECKE, « Konstruktionsfehler der Weimarer Verfassung », *Der Staat*, n° 35, 1996, p. 599 ou encore C. BICKENBACH, « Totenschein für die Weimarer Republik », *Recht und Politik*, vol. 49, n° 2, 2013, p. 107.

32 J. RIVERO, *La décentralisation – Problèmes et perspectives*, Études S.I. 1950, p. 50.

33 L'habilitation a pris rétroactivement effet le 12 mars 2020, afin de soutenir les initiatives prises préalablement par le gouvernement qui étaient dénuées de base légale, surtout celle du confinement. Le confinement a d'abord été déclaré par le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 Premier ministre sans base légale. Il fut ensuite déclaré légal par le CE, car pris dans le cadre du pouvoir de police du Premier ministre et proportionné sur le fondement de la théorie des circonstances exceptionnelles ; cf. CE, 22 décembre 2020, requête n° 439800 ; le confinement fut ensuite confirmé par le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020.

34 Le 25 mars 2020 furent adoptées plus de vingt ordonnances. La loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise a à nouveau permis l'adoption de plus de vingt ordonnances ; cf. S. AMRANI MEKKI, « Juridictions judiciaires – Seconde vague d'ordonnances Covid. À l'exceptionnel nul n'est tenu ! », *JCP EG*, 30 novembre 2020, p. 1335.

35 Néanmoins, il y eut de nombreux contrôles *a priori* d'autres lois concernant l'état d'urgence sanitaire ; Cons. const., 26 mars 2020, n° 2020-799 DC ; Cons. const., 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, *AJDA*, 2020, p. 975 et 1242, note M. VERPEAUX ; *AJCT*, 2020, n° 5, p. 217, tribune J.-P. VIA ; Cons. const. 9 juillet 2020, n° 2020-803 DC, *AJDA*, 2020, n° 39, p. 2274, note M. VERPEAUX ; Cons. const., 13 novembre 2020, n° 2020-808 DC, *AJDA*, 2021, n° , p. 931, note M. VERPEAUX ; Cons. const. 31 mai 2021, n° 2021-819 DC ; Cons. const., 5 août 2021, n° 2021-824-DC. Cons. const., 9 novembre 2021, n° 2021-828 DC ; Cons. const., 21 janvier 2022, n° 2022-835 DC.

36 Les décisions tardives sont dues à la suspension du délai de transmission des QPC, cf. Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, n° 2020-365 du 30 mars 2020 ; Cons. const., 26 juin 2020, n° 2020-

846/847/848 QPC (relative à la violations des droits et libertés par le confinement) ; Cons. const., 3 juillet 2020, n° 2020-851/852 QPC (relative à la prolongation des détentions provisoires).

37 Par exemple le décret n° 2020-663 du 31 mai 2020 (relatif aux mesures prises pour la lutte contre la covid-19 post confinement). Ce dernier contenait notamment l'instauration d'un régime d'autorisation pour les manifestations sur la voie publique à l'article 3 suspendu à diverses reprises par le juge administratif en référé cf. CE, réf., 13 juin 2020, *Ligue des droits de l'homme Confédération générale du travail*, requête n° 440846 et CE, réf., 6 juillet 2020, *Confédération générale du travail, SOS racisme*, requête n° 441257. En effet, sans base légale, le Premier ministre ne pouvait mettre en place un régime d'autorisation, mais seulement réglementer dans le respect du principe de proportionnalité, cf. CE, 15 janvier 2021, requête n° 441265 (relative aux manifestations sur la voie publique).

38 CE, réf., 6 septembre 2020, ministre des Solidarités et de la Santé, requête n° 443750 (relatif au port du masque) ; CE réf., 23 octobre 2020, requête n° 445430 (relatif au couvre-feu) ; CE, réf., 23 décembre 2020, requête n° 447698 (relative à la fermeture des salles de spectacles).

39 Précisons cf. A. JACQUEMET-GAUCHÉ, *Droit administratif allemand*, Paris, PUF, Thémis, 2022, p. 55 et s.

40 La Cour constitutionnelle allemande a dégagé ce principe sur le fondement de celui de la séparation des pouvoirs inscrit à l'art. 20 al. 2 phrase 2 LF ; BVerfG, Urt., 19 septembre 2018, 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15, BVerfGE 150, 1, cons. 197.

41 Il s'agit de la « Wesentlichkeitstheorie » ; BVerfG, *Beschl.*, 8 août 1978, 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 ; sur la question du dessaisissement face à l'urgence cf. M. KORDEVA et P. COSSALTER, « Le covid-19 et le droit public allemand », RFDA, 26 septembre 2020, p. 661.

42 Cela a été confirmé par la Cour constitutionnelle à plusieurs reprises ; BVerfG, Urt., 14 juillet 1998, 1 BvR 1640/97, BVerfGE 98, 218 ; BVerfG, *Beschl.*, 21 avril 2015, 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12, BVerfGE 139, 19.

43 L'article prévoit que la loi d'habilitation doit précisément déterminer le contenu, le but et l'étendue de l'habilitation ; cf. BVerfG, *Beschl.*, 27 novembre 1990, 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, 130.

44 Avant la mise en place du §28a IfSG par la loi modificative du 18 novembre 2020, l'habilitation des États manquait de précision et

présentait le risque de porter atteinte au principe de réserve parlementaire, puisque le législateur fédéral n'avait pas suffisamment encadré l'action des gouvernements fédérés dans son §32 IfSG ; cf. D. WOLFF et P. ZIMMERMANN, « Der Parlamentsvorbehalt in der COVID-19-Pandemie – Teil 1 », JURA, 2022, n° 1, p. 18, DOI : [10.1515/jura-2021-2867](https://doi.org/10.1515/jura-2021-2867).

45 La loi prévoyait une habilitation pour l'adoption de règlements au §5 al. 2 phrase 1 n° 3, 4, 7, 8 et 10 IfSG ; cf. H.-M. HEINIG *et al.*, « Why Constitution Matters », JZ, 2020, p. 861, DOI : [10.1628/jz-2020-0290](https://doi.org/10.1628/jz-2020-0290) ; ou encore T. KINGREEN, « Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie », JURA, 2020, n° 10, p. 1019, DOI : [10.1515/jura-2020-2602](https://doi.org/10.1515/jura-2020-2602).

46 Toutefois, ces lois ne peuvent combler un éventuel manque de clarté ou des oublis du législateur fédéral, car cela serait contraire au principe de la réserve parlementaire ; cf. L. BROCKER, « Exekutive versus parlamentarische Normsetzung in der Corona-Pandemie », NVwZ, 2020, p. 1485 ; cf. D. WOLFF et P. ZIMMERMANN, « Der Parlamentsvorbehalt in der COVID-19-Pandemie – Teil 2 », JURA, 2022, n° 2, p. 148, DOI : [10.1515/jura-2021-2868](https://doi.org/10.1515/jura-2021-2868).

47 L. AMHAOUACH, S. HUSTER, A. KIESSLING et L. SCHAEFER, « Die Beteiligung der Landesparlamente in der Pandemie – Modelle und Entwicklungen », NVwZ, 2021, p. 825.

48 RGBL, 1900, n° 24, p. 306.

49 À ce propos, cf. BT-Drs. 3/1888, p. 18.

50 Sur le fondement du §35 phrase 2 de la loi sur la procédure administrative VwVfG (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) ; cf. également M. KORDEVA et P. COSSALTER, « Le covid-19 et le droit public allemand », RFDA, 2020, n° 4, p. 661.

51 Cette police de l'État a été mise entre les mains du ministre de la Santé sur le fondement de l'article L.3131-1 du CSP et du Premier ministre (CE, 8 août 1919, *Labonne*, requête n° 56377) puis fut partiellement déléguée aux préfets de départements. L'article L3131-17 du CSP contenait une délégation de l'habilitation aux préfets.

52 CE, 28 février 1919, *Dame Dol et Laurent*, requête n° 61593 ; CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, requête n° 63412 ; Ces dernières ne servent en réalité qu'à valider *a posteriori* des mesures attaquées devant le juge ; cf. D. TRUCHET, « Covid 19 : point de vue d'un " administrativiste sanitaire " », JP blog [en ligne], 27 mars 2020, URL : <https://blog.juspoliticum.com/2020/03/27/covid-19-point-de-vue-dun-administrativiste-sanitaire-par-didier-truchet/>.

- 53 Lors de cette période, les décisions de l'exécutif ont été à maintes reprises confirmées par le pouvoir judiciaire ; cf. CE ord., 22 mars 2020, syndicat Jeunes Médecins, requête n° 439674 (relative à un confinement absolu) note C. VALLAR, AJDA, 2020, n° 15, p. 851 ; CE, ord., 28 mars 2020, Syndicat des médecins d'Aix et région, requête n° 439726 (relative à la production de masques) ; CE, 22 juillet 2020, requête n° 440149 (relative à la proportionnalité des dispositions concernant le pouvoir de police de la loi du 23 mars 2020) ; cf. également S. RENARD, « Covid-19 : mais qu'a fait la police ? », RDLF [en ligne], 2020, chron. n° 8, URL : <https://revuedlf.com/droit-administratif/covid-19-mais-qua-fait-la-police/#:~:text=Faute%20d'habilitation%20minist%C3%A9rielle%2C%20les,favoriser%20le>
- 54 CE, 17 avril 2020, commune de Sceaux, requête n° 440057, note B. FAURE, « État d'urgence sanitaire et pouvoir municipal », AJDA, Paris, Dalloz, 2020, n° 18, p. 1013.
- 55 Confirmé par TA Montreuil, ord., 7 avril 2020, requête n° 2003861 ; TA Nice, ord., 22 avril 2020, requête n° 2001782 (relative à un couvre-feu) ; TA Caen, ord., 31 mars 2020, préfet du Calvados, requête n° 2000711 (relative à un couvre-feu).
- 56 Le mouvement de centralisation sur le plan sanitaire est remis en question par certains auteurs ; notamment cf. O. RENAUDIE, « La police administrative aux temps du coronavirus », AJDA, 2020, n° 30, p. 1704.
- 57 TA Lyon, réf., 4 septembre 2020, requête n° 2006185 ; CE, réf., 6 septembre 2020, Lyon et Villeurbanne, requête n° 443751 ; TA Strasbourg, réf., 2 septembre 2020, requête n° 2005349 ; CE, réf., 6 septembre 2020, ministre des Solidarités et de la Santé, requête n° 443750 ; S. BATOT, « À quelles conditions le maire peut-il imposer le port du masque dans sa commune ? », *Petites Affiches*, 16 novembre 2020, p. 11.
- 58 Termes empruntés à S.-H. VAUCHEZ et S. SLAMA, « La valse des états d'urgence », AJDA, 2020, p. 1753 ; La question de l'étendue de l'état d'urgence a été abordée par l'étude annuelle du Conseil d'État 2021, « Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes » ; voir également C. RICHAUD, « Réflexions dans l'urgence sur la constitutionnalité de l'extension du "passe sanitaire" », JCP A, LexisNexis, 26 juillet 2021, act. 485 ; dans le même sens cf. M. DE BOISDEFFRE, F. SÉNERS et M. GROSSET, « Circonscrire l'état d'urgence à des crises majeures », AJDA, 2021, n° 33, p. 1884 ; ou encore cf. F. SAINT-BONNET, « Profiter de l'accalmie pour repenser l'état d'urgence », JCP G, 2021, p. 1120.

59 Ce déséquilibre est toutefois nuancé en doctrine ; cf. T. GINSBRUG et M. VERSTEEG, « The bound executive : emergency powers during the pandemic », 26 juillet 2020, *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper* [en ligne], n°52, université de Chicago, p. 27 et s., URL : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3608974](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608974).

60 En France a avant tout été mobilisé le CE, qui a en 2020 jugé plus de 840 référés-libertés et suspensions ; cf. D. LE PRADO, « L'État de droit et la crise sanitaire », *AJDA*, 2021, n° 38, p. 2185 ; et le juge constitutionnel, à ce propos cf. M. VERPEAUX et A. MACAYA, « Jurisprudence constitutionnelle », *JCP G*, 2021, p. 352 ; pour plus de détails en globalité cf. CNCDH, avis, 28 avril 2020, « Une autre urgence : le rétablissement d'un fonctionnement normal de la justice » ; pour un récapitulatif des jurisprudences cf. E. DEBAETS et N. JACQUINOT, « Droit constitutionnel », *D.* 2021, p. 1308.

61 Les seules exceptions étaient les recours concernant la responsabilité de l'État et les recours demandant des dommages et intérêts. Toutefois, la cour administrative d'appel de *Thüringen* avait précisé dans le cadre d'une procédure d'urgence que certaines questions fondamentales se devaient d'être clarifiées par le juge constitutionnel et non par le juge administratif dans le cadre d'un référé ; *ThürOVG*, (*Beschl.*, 3 juillet 2020, 3 EN 391/20, *juris*, cons. 37 ; également en ce sens *VG Freiburg*, *Beschl.*, 25 mars 2020, 4 K 1246/20, *juris*, cons. 17.

62 Ces juridictions peuvent prononcer soit la suspension dans le cadre d'un recours en urgence, soit l'illégalité dans le cadre d'un recours en plein contentieux ; cf. L. GIESBERTS, in : H. POSSER et H.-A. WOLFF (dir.), *BeckOK, VwGO*, 62<sup>e</sup> édition, §47 *VwGO*.

63 Le droit allemand prévoit au §32 *BVerfGG* (loi sur le fonctionnement de la Cour constitutionnelle) une procédure d'urgence pour les recours individuels ; détails sur la procédure en général cf. K. SCHLAICH et S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 12<sup>e</sup> édition, 2021, §462 et s. ; détails dans le contexte épidémique cf. R. ZUCK et H. ZUCK, « Die Rechtsprechung des *BVerfG* zu Corona-Fällen », *NJW*, 2020, p. 2302 ; toutefois, l'étude montre que seules trois demandes sur trente-six ont abouti entre mars et juin 2020.

64 Depuis la décision *BVerfG*, *Beschl.*, 25 octobre 1988, 2 BvR 745/88, *BVerfGE* 79, 69.

65 Sauf dans quelques cas prévus par le §152 al. 1 *VwGO*.

66 Des demandes ont toutefois été déposées en plein contentieux, mais les premières décisions en la matière n'ont été prises par la Cour qu'en



octobre 2022, puisque ces demandes ont d'abord dû passer devant les tribunaux administratifs (*Verwaltungsgerichte*) et les cours administratives d'appels (*Oberverwaltungsgerichte*) ; détails cf. R. RUDISILE, in : F. SCHOCH et J.-P. SCHNEIDER (dir.), *Verwaltungsrecht*, 2023, §152 VwGO.

67 Ce dernier agissait déjà auparavant à l'échelle fédérale, une étude comparative avait déjà été menée à cet égard, cf. J. GONSCHOREK, R. BENICHOUE et D. BARRÈRE, « Perspectives étrangères sur la gestion de la pandémie de covid-19 : l'exemple de la liberté de manifester », *AJDA*, 2021, n° 3, p 126

68 L'exclusivité de la compétence est désignée par le terme *Normenverwerfungsmonopol* et découle de l'art. 100 al. 1 LF ; à ce propos J.-R. SIECKMANN et S. KESSAL-WULFF, in : H. VON MANGOLDT, F. KLEIN et C. STARCK (dir.), *GG*, 7<sup>e</sup> édition, 2018, Art. 100 GG, §22.

69 BVerfG, *Beschl.*, 19 novembre 2021, 1 BvR 781/21, *NJW*, 2022, p. 139.

70 CE, Union des métiers des industries de l'hôtellerie, 8 décembre 2020, requête n° 446715.

71 BVerfG, *Beschl.*, 19 novembre 2021, BvR 971/21, 1 BvR 1069/21, *NJW*, 2022, p. 167, *Bundesnotbremse II* (relative à la fermeture des écoles) ; BVerfG, *Beschl.*, 19 novembre 2021, 1 BvR 781/21 *NJW*, 2022, p. 139, *Bundesnotbremse I* (relative aux restrictions applicables aux déplacements et aux contacts interpersonnels).

72 BVerfG, *Beschl.*, 23 mars 2022, 1 BvR 1295/21.

73 BVerfG, *Beschl.*, 31 mars 2020, 1 BvR 712/20, *NVwZ*, 2020, p. 622 et s.

74 Détails à ce propos cf. M. VERPEAUX et A. MACAYA, « Jurisprudence constitutionnelle », *JCP G*, 2021, p. 352.

75 BVerfG, *Beschl.*, 19 novembre 2021, 1 BvR 781/21, *NJW*, 2022, p. 139, cons. 276 à 278, *Bundesnotbremse I* (relative aux restrictions applicables aux déplacements et aux contacts interpersonnels) ; pour un récapitulatif cf. J.-F. LINDNER, in : H. SCHMIDT (dir.), *Rechtsfragen zur Corona-Krise*, 3<sup>e</sup> édition, 2022, §26.

76 P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, coll. « Cours », 9<sup>e</sup> édition, 2021, p. 401.

77 Pour quelques illustrations en début d'épidémie cf. M. KORDEVA et P. COSSALTER, « Le covid-19 et le droit public allemand », *RFDA*, 2020, n° 4, p. 661.

- 78 Car elle imprègne les autres droits et libertés fondamentaux ; cf. W. HÖFLING, in : M. SACHS (dir.), *Grundgesetz*, 9<sup>e</sup> édition 2021, art. 1 GG, §11.
- 79 Art. 2 al. 2 phrase 1 variante 1 LF.
- 80 BVerfG, *Beschl.*, 25 février 1975, 1 BvF 74, BVerfGE 39, 1 ; notamment confirmé par BVerfG, *Urt.* 26 février 2020, 2 BvR 2347/15, DVBl, 2020, p. 868, cons. 232.
- 81 Cela est notamment le cas de la liberté de culte (art. 4 al. 1 et 2 LF) et de la liberté artistique (art. 5 al. 3 phrase 1 LF).
- 82 Cette obligation de protection des individus est désignée par l'expression « staatliche Schutzpflicht » ; cf. H. J. PAPIER et C. KRÖNKE, *Grundkurs Öffentliches Recht 2: Grundrechte*, C.F. Müller, 4<sup>e</sup> édition, 2020, p. 22 et s.
- 83 Cette évaluation est composée d'une évaluation de la concordance pratique entre les droits fondamentaux et d'un contrôle de proportionnalité ; cf. M. KORDEVA et P. COSSALTER, « Le covid-19 et le droit public allemand », RFDA, 2020, n° 4, p. 661.
- 84 BVerfG, *Beschl.*, 29 avril 2020, 1 BvQ 44/20, NVwZ, 2020, p. 783 ; sur la même question en France cf. X. BIOY, « Liberté de culte et pandémie », AJDA, n° 11, 2021, p. 632.
- 85 BVerfG, *Beschl.*, 15 avril 2020, 11 BvR 828/20, NJW, 2020, p. 1426 ; BVerfG, *Beschl.*, BvQ 37/20, NVwZ, 2020, p. 711 ; la liberté de réunion dispose d'une composante politique et démocratique à laquelle il a également été porté atteinte par les restrictions ; à ce propos cf. H. SCHULZE-FIELITZ, in : H. DREIER (dir.), GG, tome 1, 3<sup>e</sup> édition, 2013, art. 8 GG, §16 et s ; La liberté de manifestation fut également beaucoup abordée par le juge français, cf. notamment CE, ord., 13 juin 2020 et 6 juillet 2020, Ligue des droits de l'homme et Confédération générale du travail, requête n° 440846.
- 86 C. ROUHLAC, « La mutation du contrôle des mesures de police – Réflexions sur l'appropriation du triple test de proportionnalité par le juge administratif », RFDA, 2018, n° 2, p. 343.
- 87 BVerfG, *Beschl.*, 27 avril 2022, 1 BvR 2649/21, NVwZ, 2022, p. 950 (108 cons.) ; BVerfG, *Beschl.*, 19 novembre 2021, 1 BvR 781/21, NJW, 2022, p. 139, *Bundesnotbremse I* (102 cons.) ; BVerfG, *Beschl.*, 19 novembre 2021, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21, NJW, 2022, p. 167, *Bundesnotbremse II* (90 cons.)
- 88 Notamment en ce sens, BVerfG, *Beschl.*, 27 avril 2022, 1 BvR 2649/21, NVwZ, 2022, p. 950, cons. 164.

89 D. WOLFF et P. ZIMMERMANN, « Impfförder – und Impffolgenrecht in der COVID-19-Pandemie », NVwZ, 2021, p. 182.

90 N. DOLL, T. JUNGHOLT et C. MALZAHN, « Impfpflicht aus Gewissensgründen », *Die Welt*, 2 décembre 2021, p. 4.

91 À propos des débats au sein du Bundestag et des résultats du vote, cf. *Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht*, 28<sup>e</sup> session parlementaire, 7 avril 2022, *Plenarprotokoll* 20/28, p. 2329.

92 Décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, *Epoux L* ; depuis 2018, en France, le nombre de vaccinations obligatoires est de onze ; loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018 ; pour plus de détails cf. X. BIOY, « Vers la vaccination obligatoire contre la Covid ? Que dit le droit de la santé ? Que répondent les droits fondamentaux ? », *Club des juristes* [en ligne], 8 juillet 2021, URL : <https://www.leclubdesjuristes.com/archives-cdj/vers-la-vaccination-obligatoire-contre-la-covid-que-dit-le-droit-de-la-sante-que-repondent-les-droits-fondamentaux-3637/>.

93 Notamment en ce sens BVerwG, Urt., 14 juillet 1959, BVerwG I C 170/56 ; à ce propos cf. F. GEBHARD, *Impfpflicht und Grundgesetz*, Tubingue, Mohr Siebeck, 2022, p. 77 et s ; en Allemagne, il n'existe qu'une seule autre obligation de vaccination contre la rougeole pour l'accès à certains types d'établissements telles les écoles maternelles ; §20 al. 8 à 13 IfSG par la loi pour la protection contre la rougeole et le renforcement de la prévention vaccinale du 10 février 2020, BGBl. I, p. 148 ; BVerfG, *Beschl.*, 11 mai 2020, 1 BvR 469/20, 1 BvR 470/20, NJW, 2020, p. 1946 ; récemment confirmé par BVerfG, *Beschl.*, 21 juillet 2022, 1 BvR 469/20, NJW, 2022, p. 2904.

94 En faveur de la constitutionnalité de l'obligation vaccinale cf. C. RICHTER, « Verfassungsmäßigkeit einer allgemeinen Impfpflicht gegen das SARS-CoV-2 », NVwZ, 2022, p. 204, qui considère que de l'obligation de l'État de garantir les droits fondamentaux découlerait également une obligation vaccinale généralisée ; en ce sens avec plus de retenue cf. D. WOLFF et P. ZIMMERMANN, « Impfförder – und Impffolgenrecht in der COVID-19-Pandemie », NVwZ, 2021, p. 182 ; O. PIEPER et C. SCHWAGER-WEHMING, « Impfpflichten zur Bekämpfung von Masern – und COVID-19-Viren auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand », DÖV, 2021, p. 287 ; contre la constitutionnalité de l'obligation de vaccination cf. A. BLANKENAGEL, « Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Impfpflicht gegen Corona? », JZ, 2022, n° 6, p. 267, DOI : [10.1628/jz-2022-0095](https://doi.org/10.1628/jz-2022-0095).

95 Elle s'est accompagnée d'une obligation de vaccination contre la covid-19 pour les soldats, confirmée par BVerwG, *Beschl.*, 7 juillet 2022, 1 WB 2.22, 1 WB 5.22.

96 Mis en place par la loi du 10 décembre 2021, BGBl. I, p. 5162 ; cette loi fixe la fin de cette obligation au 31 décembre 2022.

97 Loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire.

98 La problématique a été très récemment portée devant la CEDH ; CEDH, affaire 46061/21 ; « EGMR entscheidet nicht über Corona-Impfpflicht in Frankreich », LTO [en ligne], 6 octobre 2022, URL : <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/egmr-4606121-beschwerde-gegen-corona-covid19-impfpflicht-frankreich-unzulaessig/> ; E. SERRAJORDIA, « Covid-19 : la CEDH rejette la requête d'un pompier suspendu pour avoir refusé de se faire vacciner », *La Croix* [en ligne], 6 octobre 2022, URL : <https://www.la-croix.com/France/Covid-19-CEDH-rejette-requete-dun-pompier-suspendu-avoir-refuse-faire-vacciner-2022-10-06-1201236447>.

99 En vertu du §73 al. 1a n° 7 et al. 2 IfSG ; cependant, le *Land* Bayern n'a, jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2022, sanctionné aucun des environ 57 000 personnels de santé non vaccinés, cf. « Impfpflicht für Personal: Bayern verhängt keine Bußgelder », BR24 [en ligne], 17 juillet 2022, URL : <https://www.br.de/nachrichten/bayern/impfpflicht-fuer-personal-bisher-keine-bussgelder,TBqqqqH>.

100 BVerfG, *Beschl.*, 27 avril 2022, 1 BvR 2649/21, NVwZ, 2022, p. 950.

101 La doctrine était également de cet avis ; cf. O. PIEPER et C. SCHWAGER-WEHMING, « Impfpflichten zur Bekämpfung von Masern – und COVID-19-Viren auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand », DÖV, 2021, p. 287.

102 Plus le nombre de personnes ne pouvant (à un moment déterminé) bénéficier d'un vaccin pour des raisons médicales (contre-indication) est important, plus une obligation vaccinale dans l'optique de protection de ces derniers apparaît justifiable ; cf. D. WOLFF et P. ZIMMERMANN, « Impfförder – und Impffolgenrecht in der COVID-19-Pandemie », NVwZ, 2021, p. 182 et s.

103 Pour les développements du *Bundestag* à ce propos cf. BT-Drs. 20/188, p. 37 ; confirmé par BVerfG, *Beschl.*, 15 mars 2022, 1 BvR 2622/21, NVwZ, 2022, p. 713 (relative au refus d'une question prioritaire de constitutionnalité contre la 3G Regel dans le milieu professionnel).

104 La Cour constitutionnelle évoque également l'argument de l'irréversibilité de la vaccination et de l'accumulation de la charge de travail

pour le personnel soignant tout au long de l'épidémie.

105 D'autres arguments sont l'adaptation constante des recommandations vaccinales, la restriction des personnes concernées à celles susceptibles d'entrer en contact avec des personnes vulnérables ou encore la mise en place d'un délai avant l'entrée en vigueur de l'obligation de présentation d'un justificatif.

106 Ainsi, la vaccination ne peut être forcée sous peine d'astreinte ; en ce sens OVG Lüneburg, *Beschl.*, 22 juin 2022, 14 ME 258/22 ; voir également à propos de l'atténuation de l'atteinte causée par l'obligation vaccinale CEDH, décision rendue par la Grande Chambre, 8 avril 2021, *Vavříčka et autre c. République tchèque*, requêtes n° 47621/13 et autres (Cons. 276 et 293).

107 R. LUCAS, « Pass sanitaire, restaurants, couvre-feu... l'interview d'Emmanuel Macron », *Le Parisien* [en ligne], 29 avril 2021, URL : <https://www.leparisien.fr/politique/etapes-du-deconfinement-vaccins-pass-sanitaire-linterview-demmanuel-macron-29-04-2021-GIV6GRBP4VF3TGBLBKKRAZEGMA.php>.

108 S. SLAMA, « Les impasses juridiques du pass sanitaire », *RDLF* [en ligne], 2021, chron. n° 26, URL : <https://revuedlf.com/droit-administratif/billet-dhumeur-les-impasses-juridiques-du-pass-sanitaire/>.

109 Pour plus de détails cf. M. VERPEAUX, « Sortie de crise sanitaire, oui, mais avec des conditions et des limites », *AJDA*, 2021, n° 39, p. 2291.

110 C. RICHAUD, « Réflexions dans l'urgence sur la constitutionnalité de l'extension du "passe sanitaire" », *JCP A*, LexisNexis, 26 juillet 2021, act. 485.

111 Article 1<sup>er</sup> de la loi du 5 août 2021 ; par exemple les agents étant quotidiennement en contact avec le public, cela ne portant pas atteinte aux droits et libertés fondamentaux de ces individus ; CE, ord., 2 novembre 2021, requête n° 457346 (relative à la présentation du pass sanitaire par des agents de la région exposés au public).

112 Loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique.

113 En ce sens cf. OVG Bautzen, *Beschl.*, 19 novembre 2021, 3 B 411/21, COVuR, 2022, p. 108, note P. ZIMMERMANN.

114 En ce sens, VG Frankfurt a. M., *Beschl.*, 31 janvier 2022, 5 L 182/22 ; d'avis contraire, OVG Magdeburg, *Beschl.*, 11 janvier 2022, 3 R 216/21, cons. 45 et s. ; l'exclusion de l'achat de biens de première nécessité des réglementations d'accès avait été prévue par la décision, Cons. const., 5 août 2021,

requête n° 2021-824-DC, ce qui a conduit à l'annulation de nombreux arrêtés préfectoraux cf. TA Versailles, 24 août 2021, requêtes n° 2107184 et 2107186 ; TA Strasbourg, 27 août 2021, requête n° 2105891 ; TA Cergy-Pontoise, 30 août 2021, requête n° 2110762 ; position contraire cf. TA Montpellier, ord., 28 août 2021, requête n° 2104451.

115 Cela ne signifiait pas que les non-vaccinés n'avaient plus accès à ces événements, mais la réglementation prévoyait qu'ils devaient être physiquement séparés des autres députés.

116 BVerfG, Beschl., 8 mars 2022, 2 BvE 1/22, NVwZ, 2022, p. 643.

117 Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, 24 novembre 2021, BGBl. I S. 4906.

118 L'incitation peut également s'envisager avec de moyens financiers. Par exemple la ville de Nîmes en juillet 2021 envisageait l'incitation par l'offre de cadeaux ; Y. KATTOU, « Covid-19 : la France se met aussi aux cadeaux pour inciter à la vaccination », Europe 1 [en ligne], 27 juin 2021, URL : <https://www.europe1.fr/societe/covid-19-en-france-des-cadeaux-pour-inciter-a-la-vaccination-4054352>.

119 62,2 % ont fait trois injections et 10,8 % seulement quatre ; cf. ROBERT KOCH-INSTITUT (RKI), *Digitales Impfquotenmonitoring zur COVID-19-Impfung* [en ligne], URL : [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html).

120 L'Assurance maladie, « Les données de la vaccination contre la Covid-19 », *Taux de vaccination nationale au 2 oct. 2022*.

121 « Recent booster vaccination had moderate effectiveness, whereas hybrid immunity from previous infection and recent booster vaccination conferred the strongest protection against infection, at approximately 80%. » cf. H. A. ALTARAWNEH, « Effects of Previous Infection and Vaccination on Symptomatic Omicron Infections », *The New England Journal of Medicine*, vol. 387, n° 1, 7 juillet 2022, p. 21.

## RÉSUMÉS

---

### Français

L'urgence sanitaire engendrée par l'épidémie de covid-19 a constitué une épreuve inédite pour les États du monde entier durant presque trois années. Cette étude s'intéresse *a posteriori* à la gestion de l'épidémie par le

droit allemand. La lutte contre l'épidémie a ainsi contraint l'Allemagne, à l'instar de la France, à l'ajustement de la réglementation en vigueur, à la recherche d'un équilibre entre atteintes aux droits et libertés fondamentaux et l'objectif de protection de la santé publique, tout en développant une politique de vaccination.

### **English**

The public health emergency caused by the covid-19 pandemic turned out to be an unprecedented challenge for all countries worldwide during almost three years. This study makes a posterior assessment of the management of the epidemic by the German law. The attempt to contain the epidemic compelled Germany, as well as France, to an adjustment of their actual regulations, so a balance could be found between the significant rights restrictions and the public health concerns, while developing a vaccine policy.

## **INDEX**

---

### **Mots-clés**

covid-19, état d'urgence, vaccin, France, Allemagne

### **Keywords**

Covid-19, state of emergency, vaccine, France, Germany

## **AUTEURS**

---

### **Isabelle Noll**

Doctorante contractuelle, Université Toulouse 1 Capitole (IMH) et Ludwig-Maximilians-Universität-München

IDREF : <https://www.idref.fr/279279396>

### **Patrick Zimmermann**

Collaborateur scientifique, Ludwig-Maximilians-Universität-München (Lehrstuhl Pr. Dr. Martin Burgi)

IDREF : <https://www.idref.fr/243257783>