

LIBERTÉ, LIBERTÉS

***Mélanges en l'honneur de
Armel PÉCHEUL***

© Collectif d'auteurs – 2022

Tous droits réservés.

ISBN (livre) : 978-2-37692-355-8

Corrections : Libres d'écrire

Mise en pages papier : Libres d'écrire

Création de la couverture : Libres d'écrire

Illustrations de couverture : © Deposit Photos

Libres d'écrire est un label de IS Edition, Marseille.

www.libresdecire.com

Le Code de la propriété intellectuelle interdit les copies ou reproductions destinées à une utilisation collective. Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite par quelque procédé que ce soit, sans le consentement de l'auteur, de ses ayants-droits, ou de l'éditeur, est illicite et constitue une contrefaçon, aux termes de l'article L.335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Les propos et opinions exprimés dans les présents Mélanges n'engagent que leurs auteurs respectifs. Ils n'engagent pas les membres du comité éditorial ni les éventuelles universités, institutions et autres organisations dont ils relèveraient. De même, Libres d'écrire, qui agit ici en tant que prestataire pour la conception du livre, n'a eu aucun droit de regard concernant le contenu éditorial, et décline toute responsabilité quant à l'actualité, la véracité ou la légalité des informations rédigées par l'auteur. Ainsi, il ne saurait en aucun cas être tenu pour responsable des dommages matériels ou immatériels qui pourraient être causés par les informations publiées dans cet ouvrage, qui restent de la seule responsabilité de l'auteur.

COLLECTIF D'AUTEURS

LIBERTÉ, LIBERTÉS

*Mélanges en l'honneur de
Armel PÉCHEUL*

 libres d'écrire

Cet ouvrage a été réalisé sous la direction du comité éditorial composé de Christophe BEAUDOUIN, docteur en droit et diplômé en science politique ; Christophe BOUTIN, professeur à l'Université de Caen-Normandie ; Olivier GOHIN, professeur émérite de l'Université de Paris – Panthéon-Assas ; Alina MIRON, professeure à l'Université d'Angers, et Camille PRADEL, avocat à la Cour, docteur en droit.

Avant-propos

Par Christophe BEAUDOUIN*

Par leur éclectisme, leur richesse et la qualité des auteurs qu'ils réunissent, ces *Mélanges offerts au Professeur Armel Pécheul* sont à l'image de la carrière et de l'œuvre du dédicataire. Sa carrière d'abord, foisonnante de responsabilités universitaires, administratives, juridiques et politiques. Agrégé de droit public au concours de 1983 après sa lecture d'agrégation sur le fédéralisme, il a été professeur à l'Université de Nantes (1983-86) et effectué l'essentiel de sa carrière universitaire à l'Université d'Angers, comme professeur de droit public pendant trente ans. Il a été également Président du Conseil scientifique de l'Institut catholique d'études supérieures de Vendée (ICES) où il a fondé le Centre de recherches Hannah-Arendt (1999-2012), organisé et animé, pendant plus de dix ans, ses célèbres colloques. Il a aussi été membre du Centre Maurice Hauriou pour la Recherche en droit public (Paris-Descartes) et, depuis 2019, du Centre de recherche juridique et politique Jean Bodin (Angers). Dans ces différents cadres universitaires, il a dirigé plusieurs dizaines de thèses de doctorat ainsi que de mémoires de Master II.

* Christophe Beaudouin, ancien avocat au barreau de Paris, docteur en droit et diplômé en science politique, est chargé d'enseignement à l'Institut catholique d'études supérieures (ICES). Il est l'auteur de *La démocratie à l'épreuve de l'intégration européenne* (thèse de doctorat, LGDJ, 2014) et (avec Armel Pécheul) de *Droit de la gouvernance de l'Union européenne, Institutions et ordre juridique* (IS Édition – Libres d'écrire, 2018, réédition 2022).

L'Université d'Angers l'a honoré, en 2019, en le proclamant professeur émérite.

Armel Pécheul a également été un serviteur de l'État. À trente-cinq ans, il fut le plus jeune recteur d'académie de France, à Limoges (1986-88) et, plus tard, conseiller du ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche (1993-95). Depuis plus de trente ans, il a enfin mis son éminent savoir en pratique en tant qu'avocat, à titre individuel, puis au sein d'un important cabinet parisien, ainsi qu'à travers ses différents mandats électifs.

Le Professeur Pécheul a publié de nombreux ouvrages et articles depuis sa thèse de doctorat d'État sur *le droit de préemption pour cause d'utilité publique*, soutenue en 1981 devant l'Université d'Angers. Son œuvre, qui a pour domaine originel d'élection le droit administratif, le droit de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire, s'est ainsi peu à peu étendue au droit des contrats et marchés publics, à celui des collectivités territoriales, à la responsabilité administrative, mais aussi aux droits et libertés fondamentaux et au droit communautaire. Sur les questions relatives au renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice de l'Union européenne, il est même devenu, comme auteur du *JurisClasser Justice administrative*, la plume la plus autorisée dans l'enseignement et la recherche, ainsi que pour les praticiens et décideurs politiques. L'Union étant aujourd'hui la première source de droit pour 450 millions d'Européens, ses études et analyses sont désormais une référence incontournable.

Apprendre à penser, apprendre à être libre

Au-delà de ses champs d'expertise reconnus, le Professeur Pécheul, dont le talent oratoire, la pédagogie, le sens de l'humour et, pour tout dire, la

personnalité si attachante ont fait et font toujours le bonheur de tant d'auditoires, a aussi de longue date pris fait et cause pour l'avenir de l'Éducation nationale – il fut même un temps pressenti pour en être le ministre – contre le sacrifice programmé de la jeunesse, insistant sur la liberté de l'Esprit dont dépendent toutes les autres. Comment permettre à chaque enfant de ce pays de penser par lui-même, se tenir à distance des poncifs éculés, des narratifs homologués, de cultiver en lui le sens critique, la rébellion à l'air du temps, le doute cartésien, ce doute raisonnable dont Aristote rappelait qu'il est « le commencement de la sagesse », et sans lequel il n'est que candeur coupable et obéissance aveugle ?

Comment transmettre à chacun les outils par lesquels il saura exercer ses facultés de jugement, discerner le vrai du faux, interroger le bien-fondé des choix, décisions, opinions, comprendre les techniques de l'ingénierie du consentement et les enjeux de la guerre de l'information ? Comment finalement remédier à ce qu'il faut bien appeler un « sabotage » du savoir, de la langue, de l'enseignement et de l'intelligence d'une ampleur jamais vue dans l'histoire ? Bien qu'ayant toutes les raisons de s'inquiéter de voir aujourd'hui autant de jeunes gens si imparfaitement capables d'écrire, lire, parler, questionner, si désabusés, conformistes et robotisés, l'auteur des *Déshérités du savoir* et président de l'association *Enseignement et Libertés* ne s'apitoie ni n'abandonne jamais. Ce n'est simplement pas dans son caractère. Il contribuera par exemple, en tant que conseiller régional, à une ambitieuse politique du livre et de la lecture en Pays de Loire. Il portera également, comme premier adjoint à la mairie des Sables-d'Olonne, un formidable projet universitaire d'Institut de la mer et des océans dans la cité du Vendée Globe, qui serait capable d'offrir, à terme, une formation licence-master-doctorat, des bourses d'échange et des formations professionnelles dans les secteurs émergents liés à l'économie bleue, au droit maritime, à la géopolitique des frontières maritimes.

Ce tableau succinct de la carrière et de l'œuvre du récipiendaire des présents *Mélanges* laisse apparaître un grand juriste, un intellectuel

sincèrement épris de partage du savoir et des idées, qui ne fait qu'un avec l'homme d'action, enthousiaste, curieux, jamais avare de projets nouveaux ni de son amitié. Il révèle surtout sa confiance inaltérable en la nature humaine et sa défiance envers tout ce qui nierait les droits naturels de la personne à la liberté, la justice, la dignité, prolongés par le droit du citoyen à la souveraineté. Une ligne de force qui a imposé assez naturellement son titre au présent ouvrage : oui, l'homme est créé libre, et à ce titre, absolument responsable de ce qu'il fait, ou ne fait pas, de cette liberté. Elle doit être patiemment cultivée, soignée, chérie, comme un jardin que menacent sans cesse les mauvaises herbes, les limaces, la grêle ou l'eau polluée du champ voisin. Bien loin donc d'une fausse liberté où l'homme serait entièrement *déterminé*, selon telle ou telle doctrine, par un Dieu tyrannique, par la biologie, par l'inconscient, par la classe sociale ou encore la volonté de puissance. Car si l'homme est ainsi déterminé entièrement par des forces qui en sauraient plus que lui, alors il n'est plus libre du tout et ne peut être tenu pour responsable de ses actes, ni condamné, ni encensé. Mais, à l'inverse, la liberté de l'homme n'est pas non plus absolue, illimitée, selon une conception qui le pense cette fois entièrement *indéterminé* et créateur de tout, y compris de lui-même, mais aussi de la définition du bien et du mal, qui ne dépendrait plus que de l'arbitraire moral : l'opinion de l'époque, le caprice d'un autocrate, le vote d'une majorité de circonstance. Ces diverses conceptions poussent immanquablement vers *l'hubris* (la démesure), vers cet enfer « où résonne le pas de la foule solitaire ». Et lorsqu'en ce siècle des hommes atteints par la démesure se prennent pour des dieux, ils embrassent le transhumanisme, son sinistre agenda et son business plan qui excitent tant les hôtes des conférences internationales qu'accueillent certaines stations de ski suisses.

La subsidiarité à tous les échelons de la vie

Loin de tous ces errements, il faut peut-être en revenir à l'idée toute simple d'une liberté humaine, seulement humaine (Emmanuel Kant). Il s'agit de renouer avec la sagesse des philosophes grecs et des pères de l'Église, pour qui la personne humaine dispose toujours du choix d'exercer son libre arbitre (*liber arbitrium*), mais aussi du droit à la liberté d'accomplissement (*libertas*). La responsabilité personnelle est alors indissociable de ces deux libertés naturelles qui supposent que l'homme se gouverne lui-même et « sans remettre à une société plus grande ce qui peut être accompli par une plus petite ». C'est la subsidiarité. Issue d'Aristote et saint Thomas d'Aquin, elle fut explicitée par la doctrine sociale de l'Église : « La subsidiarité est une expression de l'inaliénable liberté humaine » (*Caritas in veritate*). Elle suppose que toute l'organisation de la vie sociale et politique se passe au plus proche de l'individu, qui ne délègue la prise de décision à un échelon supérieur que dans la stricte mesure de ce qui est nécessaire pour atteindre certains objectifs, et toujours sous son contrôle. C'est le fondement de la démocratie et le secret d'un monde habitable. La paroisse, le quartier, le village, le « pays », les corps intermédiaires, pensés comme plus petit dénominateur commun, sont toujours l'échelle adaptée pour envisager en premier lieu l'action commune. La subsidiarité est l'expression de la liberté, de la charité, de l'émancipation des hommes. Elle a inspiré à De Gaulle ses visions ambitieuses pour les territoires avec la Régionalisation, pour la société et l'économie avec la Participation, pour l'Europe avec la Confédération des nations.

Inlassable avocat des libertés personnelles, locales et nationales – lesquelles forment un continuum –, Armel Pécheul est, en vrai gaulliste, un défenseur de la subsidiarité intégrale, c'est-à-dire à tous les échelons de la vie sociale et démocratique. La défense de l'autonomie et de la libre-organisation des différentes communautés naturelles et groupes créés par

l'homme – la famille, la cité, la nation, l'association, l'entreprise, la collectivité locale – l'a conduit à lutter tour à tour sur ces différents fronts et avec ses différentes « casquettes ». Parce qu'un pouvoir est naturellement porté à contrôler toujours plus, à uniformiser, niveler, finalement *mettre au pas*, sous prétexte d'égalité, de sécurité, d'efficacité. Au contraire, la philosophie de la subsidiarité est au fondement des combats d'Armel Pécheul, en particulier en faveur du droit à l'instruction pour tous, à la liberté de conscience face au formatage des esprits et à la liberté de l'école. Elle nourrit aussi sa défense des libertés locales face au formatage des territoires, à la disparition programmée des petites communes, à l'effacement du département et à la fracturation du pays. La recherche d'une subsidiarité authentique est enfin à la source de toute défense de la souveraineté, non seulement externe dans le cadre des engagements internationaux et européens, mais aussi interne, telle qu'elle est d'ailleurs exactement définie par les premiers articles de la Constitution. Car la souveraineté du peuple est la condition nécessaire d'existence des libertés personnelles. La perte de celle-là, par abandon ou par conquête, prépare toujours l'anéantissement de celles-ci.

La souveraineté, première des libertés

Or, depuis quelques années, les « valeurs » essentielles que nous prétendions incarner à la face du monde sont attaquées : la liberté de pensée et d'expression, la dignité et l'égalité des citoyens, l'état de droit n'ont cessé d'être atteints, au motif de lois et décisions sécuritaires, antiterroristes, sanitaires, énergétiques, toujours plus restrictives et aussi peu efficaces à remplir leurs objectifs affichés. Nos sociétés sont devenues objectivement moins libres, moins démocratiques, plus intolérantes, plus grégaires, plus vulnérables, prêtes à suivre le premier joueur de flûte venu vers la grotte maléfique, comme dans le conte de Hamelin. Que l'air se soit autant raréfié ces dernières années a beaucoup à voir avec les mutations du pouvoir et du droit en Occident depuis la chute du mur de Berlin.

C'était le sujet de la thèse en droit public entreprise par l'auteur de ces lignes, sous la direction exigeante et patiente d'Armel Pécheul, au sujet de *La démocratie à l'épreuve de l'intégration européenne* : « Un si beau sujet, mon cher Christophe, vous n'avez pas le droit de me le gâcher. Allez, bon voyage ! » avait simplement lâché le Professeur en reconduisant le jeune doctorant à son train pour Bruxelles après leur premier rendez-vous. Au fil des chapitres soumis à son directeur de thèse, ledit étudiant put mesurer sa chance de n'être jamais commandé, empêché, ni bousculé, mais toujours guidé et stimulé pour gravir de ses propres forces, et selon son propre chemin, cette montagne escarpée jusqu'au sommet. Ce que la thèse en question n'a toutefois pas pu dire, ou très furtivement, c'est que ces métamorphoses contemporaines du pouvoir et du droit sont caractérisées par l'avènement de ce que l'on peut appeler un « intérêt général privé ». La doctrine de la gouvernance avec les « parties prenantes » (*stakeholders*) implique non plus seulement la *consultation*, mais une *co-régulation* ouverte avec des représentants d'intérêts choisis – industriels, financiers, idéologiques – dans tous les secteurs. D'où la présence assumée, au cœur même des circuits décisionnels et sous différents visages, de multinationales, banques d'affaires, fonds d'investissement et de gestion d'actifs (pesant plus que le PIB des vingt-huit réunis) et de puissantes fondations privées. L'externalisation de la conception des normes à certains comités d'experts, agences, commissions devenus leur terrain d'influence privilégié, ou encore la définition des stratégies et politiques publiques confiée à des cabinets de conseil internationaux privés, en sont l'une des manifestations. Face « aux puissances nouvelles de ce temps » (François Sureau), les contre-pouvoirs traditionnels sont comme impuissants, les parlements, la justice et les grands médias anesthésiés, le contrôle démocratique paralysé.

On avait cru possible, en toute naïveté, de se défaire de la souveraineté sans en subir les conséquences, y compris dans les domaines énergétique,

alimentaire, industriel, monétaire, législatif, d'abolir toute espèce de frontière ou distinction, en faisant passer la chose pour un « progrès » dans une Europe voulant croire à « la fin de l'Histoire » et de la politique, avant d'être rattrapée par elles. On pouvait même accabler ceux qui étaient d'un tout autre avis, leur enjoindre de justement « quitter la politique » (célèbre invective de Jacques Delors à Philippe Séguin après son discours-fleuve contre le traité de Maastricht) ou les qualifier d'« anti-américains » primaires pour avoir seulement plaidé en faveur d'une Europe *européenne*. Trente ans se sont écoulés, le résultat est sous nos yeux. Cassandra a beau voir juste, on lui en veut toujours.

Après les glorieuses décennies libérales d'après-guerre où la démocratie, l'économie, les droits semblaient acquis à l'individu et à la liberté, après bien des excès aussi – individualisme, consumérisme, productivisme, relativisme –, le grand balancier est reparti à l'opposé, vers le groupe et la contrainte. Sauf que le groupe n'est plus la nation, mais une masse. Voici venues de nouvelles formes de contrôle, de coercition, de censure, de répression facilitées par les nouvelles technologies, le retour de l'état d'exception permanent et une fragilisation inédite des individus. « Tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser », rappelle Montesquieu. Or, quelques-uns concentrent aujourd'hui, entre leurs mains, un pouvoir d'une ampleur inégalée dans l'histoire humaine. La mondialisation néolibérale se serait-elle retournée en « mondialisation policière » (Jean Baudrillard), suivant une « stratégie du choc et de l'effroi » déployée (Naomi Klein) convertissant la planète au « capitalisme de surveillance » (Shoshana Zuboff) et rêvant désormais que le génie génétique sépare l'humanité entre « les surhommes et la classe des inutiles » (Yuval Noah Harari) ? Au passage, les plus fervents partisans du fameux « interdit d'interdire » des années 60 comptent, ironiquement, parmi les plus acharnés à vouloir aujourd'hui tout interdire. Peu à peu, le contrat social cède la place à un contrôle social total. La frontière extérieure à mille

cloisonnements intérieurs. La démocratie libérale à un management autoritaire. La libre concurrence à un abysse de dettes et de pertes mutualisées. La figure du sujet autonome – et libre d'agir politiquement sur le monde –, à l'homme de masse conditionné et transformable.

La liberté par l'enracinement

L'étudiant en faculté de droit apprend dès sa première heure de cours que l'individu est « sujet de droit », et qu'à ce titre, il bénéficie des droits naturels reconnus par les grandes déclarations des droits et consacrés par la Constitution : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » (article 2 de la Déclaration de 1789). Disons-le ici sans crainte de paraître excessif : tous ces droits réputés inviolables sont aujourd'hui compromis. Il suffit d'un peu de recul et de mémoire pour prendre la mesure du glissement en cours. On relit avec effroi les mises en garde de Georges Bernanos (*La France contre les robots*) ou de Jacques Ellul (*La technique ou l'enjeu du siècle*). Ce dernier montre que plus la technique se développe dans une société, plus l'idée de sécurité se substitue à celle de justice comme but et fondement du droit. Or, sans la justice, point de liberté. À la fin, il n'y a plus ni justice, ni liberté, ni sécurité, du moins pour le plus grand nombre.

Obsédés que nous sommes par la réduction de l'incertitude, nos vies technologiques, urbaines, préfabriquées, lyophilisées, sous vide, de jouissance matérielle et de divertissement de masse sont depuis trop longtemps coupées de la terre, du ciel, du vivant, de la langue, de la connaissance, de nos héritages, de nos semblables, de notre humanité. Et le déracinement finit par rendre fou, ou maniaque, ou les deux. Au contraire, le parcours et la pensée d'Armel Pécheul sont le fruit de ses « multiples racines » géographiques, familiales, culturelles, morales, spirituelles dont parle Simone Weil, ce fameux « enracinement » qui est le

« premier besoin de l'âme humaine ». Vers la fin de l'année 1942, un peu avant sa mort, la petite protégée de Gustave Thibon, et plus tard d'Albert Camus, avait rejoint le général de Gaulle à Londres, où elle fut chargée de rédiger un projet de charte pour l'Europe après le totalitarisme : *L'Enracinement – Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain* apparaît comme le texte fondateur par lequel la construction européenne – on le mesure aujourd'hui – aurait pu, aurait dû commencer. On ne peut s'empêcher de penser qu'une Europe qui eût été fidèle aux principes d'une telle « constitution » morale et intellectuelle n'offrirait pas aujourd'hui le désolant spectacle de son autodestruction.

Le lecteur ne s'étonnera donc pas que les œuvres de deux philosophes aussi lumineuses que Simone Weil et Hannah Arendt trônent côte à côte au centre de la bibliothèque chaumoise d'Armel Pécheul. Il ne s'étonnera pas non plus que notre auteur se défie naturellement de toute forme d'embrigadement, de toute pensée close, circulaire, mimétique et repue. C'est bien « l'absence de pensée », nous dit Arendt, le vide de la conscience, que vient systématiquement remplir l'idéologie, cette « logique d'une idée » enfermée sur elle-même et inarrêtable. L'idéologie nie tout ce qui contrarie ses préjugés – jusqu'au réel étalé sous ses yeux –, construit des narrations alternatives pour subsister, invente une novlangue, reconconditionne et asservit l'esprit, même le plus affûté, à s'arranger avec la vérité, avec le mal, offre une bonne conscience au sans-conscience et prépare le glissement totalitaire d'une société.

Le murmure des chevaux

C'est ainsi la mise en sourdine du libre arbitre et de la raison qui conduit l'individu à s'abandonner aux mouvements grégaires de la foule hypnotique, à se soumettre à des injonctions injustes, contradictoires ou grotesques, à ne jamais s'interroger sur leur bien-fondé – logique, scientifique, constitutionnel, moral –, peu à peu à accepter l'inacceptable, jusqu'à se persuader de sa propre innocence parce qu'on n'a fait qu'obéir.

Armel Pécheul aime à évoquer le destin de *Lacombe Lucien* que raconte Louis Malle dans un film de 1974. Lucien, 18 ans, paysan dans le sud-ouest en juin 1944, veut entrer dans la Résistance, mais les maquisards le renvoient chez lui pour ne pas s'encombrer d'un gamin. Sans trop savoir pourquoi, il les dénonce et entre alors dans la Carlingue (Gestapo française), avant de s'éprendre de la fille d'un tailleur juif parisien dont il partage la vie de famille. Lucien, un homme sans haine ni dogme, mais dépourvu de liberté de conscience, privé d'un sens sincère du bien capable de guider ses intuitions. « Banalité du mal », écrit Arendt.

Le lecteur comprendra ainsi le choix du titre du présent recueil. Il n'est peut-être rien de plus urgent, pour traverser les épreuves qui viennent et être en mesure de refonder un monde décent, que de reconstituer en nous-mêmes les capacités d'une pensée autonome, authentique, sensible et ouverte, de reprendre le fil d'intuitions seulement guidées par le goût du Bien, du Beau et du Vrai. Ce sont elles, au fond, qui confèrent à un homme tel qu'Armel Pécheul sa droiture, sa solidité, son indépendance, sa noblesse d'âme. Des qualités d'autant plus précieuses pour affronter les temps difficiles. Contrairement au commandant Drogo du *Désert des Tartares* (Dino Buzzati) qu'il affectionne tant, il n'aura pas, lui, passé une partie de sa vie à prédire une guerre qu'il ne verrait jamais. Elle est là, multiforme, multiformes, hors limites. Elle s'insinue à l'intérieur de nos sociétés, de nos institutions, de nos familles et même des individus. Une guerre d'un Occident aux prises avec lui-même et qui menace le monde entier. Une guerre entre la folie et la raison.

On dit qu'un bon cavalier est capable d'écouter ce que son cheval lui murmure. Par-delà la diversité de leurs points de vue, les auteurs réunis en son honneur savent qu'Armel Pécheul est plutôt homme à partir méditer seul, au grand vent, parcourant la plage et la forêt domaniale d'Olonne au pas de son cheval, qu'à subir la compagnie des étriqués, des enflés et

autres rien-pensants. C'est donc avec enthousiasme que ses amis universitaires, anciens doctorants et autres compagnons de combat, ont répondu à l'invitation du comité éditorial de rendre hommage à l'œuvre, à la personnalité et au chemin singuliers du Professeur émérite, pour crier avec lui et comme Victor Hugo : « Sauvons la liberté et la liberté sauvera le reste ! »

Présentation du dédicataire



Le Professeur Armel Pécheul est né le 15 juillet 1951 à Strasbourg.

Titulaire d'un DEA de droit public et de science politique, il est également Docteur d'État en droit.

Professeur agrégé de droit public, ancien Recteur d'académie, il fut professeur à l'Université d'Angers durant trente ans (1989-2019). Les derniers enseignements qu'il y dispensa furent des cours de *Droit général de l'Union européenne* (Licence 3 en droit) et de *Droit matériel de l'Union*

européenne (Master 1 en droit). Il dirigea également des séminaires de *Politiques européennes* (Master 2 en droit).

En 2019, l'Université d'Angers lui confère le titre honorifique de professeur émérite.

Au cours de sa carrière, outre ses responsabilités d'enseignant et de directeur de Master et de thèses de Doctorat en droit, le professeur Pécheul fut directeur de la Collection « Référence Droit » Ellipses jusqu'en 2011, puis membre du Centre pour la recherche en droit public Maurice Hauriou (Paris-Descartes) entre 2011 et 2018.

Il a été président du Conseil scientifique de l'Institut catholique de Vendée (ICES), dont il a dirigé les colloques (Centre de recherches Hannah Arendt) jusqu'en 2012.

Il est membre du Centre de recherche juridique et politique Jean Bodin d'Angers depuis 2019, et codirecteur de la Bibliothèque de Droit Public des éditions Cujas.

Bibliographie des travaux d'Armel Pécheul

Principaux ouvrages depuis 1996

- ◆ *Les Déshérités du savoir : Veut-on changer l'école ?*, Paris, éditions Frison-Roche, 1996.

- ◆ *Les Dates-clefs de la protection des droits de l'homme en France : de la déclaration de 1789 à l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Ellipses, coll. « Les Dates-clefs », 2001.

- ◆ *Droit communautaire général*, Paris, Ellipses, coll. « Référence droit », 2002.

- ◆ *Droit de l'urbanisme*, Paris, Ellipses, coll. « Référence droit », 2003.

- ◆ *La nouvelle Union européenne : Approches critiques de la Constitution européenne* (direction, co-auteur), Paris, éditions F.-X. de Guibert, 2005.

- ◆ *Le traité de Lisbonne*, Paris, Cujas, janvier 2008.

- ◆ *Les communes nouvelles*, (co-auteur), Paris, Lexis Nexis 2017.

- ◆ *Droit de la gouvernance de l'Union européenne, institutions et ordre juridique*, (co-auteur), IS Édition, 2018, rééd. 2022

Principaux articles depuis 2006

- ◆ Rapport de synthèse, colloque Angers, 13 et 14 janvier 2005, « Les évolutions de la souveraineté », Paris, Montchrestien, 2006.
- ◆ Présentation et conclusion du Colloque « Que reste-t-il de la Nation dans la Constitution ? », mars 2007, Paris, Cujas, 2008.
- ◆ Présentation et rapport de synthèse du colloque « Légitimité du pouvoir politique et représentation », mars 2008, Paris, Cujas, 2008.
- ◆ « Construction régionale et construction européenne », colloque « Région », Angers, avril 2007, Angers, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- ◆ « La souveraineté et le Traité de Lisbonne », Politeia, décembre 2008.
- ◆ « La liberté d'information dans les jurisprudences européennes », colloque « Éthique et médias », Aix, juin 2008, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2009.
- ◆ Conclusion du colloque « Les libertés éducatives dans la société de l'information et de la connaissance », travaux du Centre Hannah Arendt, Paris, Cujas 2009.
- ◆ « Introduction générale du colloque Proudhon », colloque « Pierre Joseph Proudhon, l'ordre dans l'anarchie », Travaux du Centre Hannah Arendt, Paris, Cujas 2009.
- ◆ Conclusions du colloque « De l'unité de l'État », Angers, octobre 2008, Paris, Cujas 2010.

- ◆ « La sécurité publique dans les jurisprudences européennes », colloque « La Sécurité humaine », Poitiers, janvier 2009, Paris, Pédone, 2010.

- ◆ « La politique étrangère de l'Union européenne au Moyen-Orient », « Security Forum 2010 », Webster University, Genève, 16 avril 2010.

- ◆ Chroniques de jurisprudence de la Cour Administrative d'appel de Paris (urbanisme), JCP A 2007, 2008, 2009. 2010.

- ◆ Commentaire de l'arrêt CJUE, 22 juin 2010, Melki, Revue Politeia, décembre 2010.

- ◆ Rapport de synthèse du Colloque, « la Souveraineté dans tous ses états », Travaux du Centre Hannah Arendt, Cujas 2011.

- ◆ Cours ICUSTA : « The effect of globalisation on the internationalisation of human rights and the sovereignty of the States », Université Saint Thomas, Houston (Texas), Presses universitaires de l'ICES, 2011.

- ◆ « Laïcité et liberté religieuse dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Travaux du Centre Hannah Arendt, Cujas 2012.

- ◆ « L'intérêt général européen et la bonne gouvernance européenne », colloque « les métamorphoses de l'intérêt général », Travaux du Centre Hannah Arendt, Cujas 2014.

- ◆ « Appel, Introduction de la requête d'appel. Contenu et délais ». JurisClasseur Justice administrative – fascicule 80-12, 2021.

- ◆ « Renvoi devant la Cour de Justice des Communautés européennes », *JurisClasseur Justice administrative – fascicule 38*, 2017, rééd. 2022.

- ◆ « Vers une modification de la tarification des accidents du travail », *JCP Social*, 26 février 2019.

- ◆ « Frédéric Bastiat, le Conseil constitutionnel, les douze apôtres et le principe de fraternité », *Mélanges Serge Schweitzer*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2019.

- ◆ « Communes nouvelles et conseillers municipaux démissionnaires : le petit jeu du retour aux urnes », *Mélanges Michel Verpeaux*, Dalloz 2020.

- ◆ « Analyse de l'extension des compétences des institutions de l'Union européenne : le principe de primauté et son renforcement grâce aux questions préjudicielles », groupe de juristes européens de réflexion sur l'avenir de l'Europe, *Parlement européen*, 19 mai 2022.

Sommaire

PARTIE I

Aux racines de la crise :

regards philosophiques, historiques et prospectifs.....27

PARTIE II

Globalisation – déglobalisation :

la souveraineté dans tous ses états.....129

PARTIE III

Droit des libertés fondamentales :

regards pratiques illustrés.....273

PARTIE IV

Grand chambardement des territoires :

varia autour des libertés locales.....335

PARTIE I

Aux racines de la crise : regards
philosophiques, historiques et prospectifs

De la loi au nouveau droit, un aspect de la crise contemporaine

Par Miguel AYUSO TORRES

Ancien membre de la Cour suprême espagnole

Professeur de droit constitutionnel à l'Université de Comillas à Madrid

I. *Incipit*

Le présent titre établit un lien entre le « nouveau droit » et la crise. On parle beaucoup aujourd'hui de « crise ». De crise institutionnelle. Et de crise normative. Mais de la crise du parlementarisme ou de la démocratie, on parlait déjà beaucoup il y a un siècle, dans les années vingt¹. Et l'expression « crise du droit », de la loi ou encore de l'État est récurrente dans la littérature juridico-politique de la même période, bien qu'elle se prolonge, contrairement aux autres, les années suivantes².

1. Eugenio Vegas Latapie l'a relevé, témoignant de son acuité intellectuelle et pratique, dans *Romanticismo y democracia*, Santander, Cultura española, 1938. Il trouve son origine dans un recueil de l'Académie royale de jurisprudence et de législation en 1935. Au cours de ces mêmes années évoquées par notre maître, Carl Schmitt avait traité de « la situation historico-spirituelle du parlementarisme actuel » (*Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlin, Duncker und Humblot, 1923), donnant lieu à un vif débat. Ellen Kennedy, dans sa traduction anglaise de cet ouvrage, fait ouvertement référence à la crise : *The Crisis of Parliamentary Democracy* (Cambridge et Londres, MIT Press, 1985).

2. Cf. Francesco Carnelutti, « *La crisi della legge* », *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia* (Rome), n° 22 (1930), p. 424-431 ; Georges Ripert,

Crisis, a-t-on expliqué, signifie « décision », mais pas n'importe quelle décision. Le verbe grec *krino* désigne un jugement décisif et tranchant, une sorte de jugement sur le jugement, une révision des critères habituels, des appréciations établies. Ce jugement conforme aux habitudes (celui à réviser) correspond à un autre verbe grec – *nomizo* – dont les deux produits fondamentaux sont *nómisma* (ou monnaie) et *nómos* (ou loi)³. De nos jours, la monnaie et la loi ont subi une dévaluation, mais ce ne sont au fond que des aspects mettant en évidence la crise du monde moderne.

Dans ce qui suit, et après une réflexion préliminaire, nous commencerons par évoquer la crise normative, avant d'examiner les aspects institutionnels. Autant d'aspects qui correspondent parfaitement à ce qu'on appelle souvent le « nouveau droit ».

II. Sagesse de la culture juridique classique

Aussi, face à n'importe quel problème, devant n'importe quelle crise présente, on trouve en elle les bases de son solutionnement pérenne. Par exemple, le gouvernement des lois ou le gouvernement des hommes. Qu'il s'apparente à ce qu'on appelle aujourd'hui « l'État de droit » (traduction de l'allemand, *Rechtsstaat*) ou « *Rule of Law* » (pour les anglo-saxons), mais

Le déclin du droit, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949 ; Manuel Fraga, *La crisis del Estado*, Madrid, Aguilar, 1950. Pour ma part, j'ai fait du sujet l'un des axes de mes plaidoyers : *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, Speiro, 1996, et *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001 (il existe une version française, sous le titre *De l'esprit à la lettre. Genèse de l'hypertrophie judiciaire*, Paris, Hora Decima, 2008).

3. Voir l'analyse extrêmement intéressante d'un autre de mes maîtres, Álvaro D'Ors, *Los romanistas ante la crisis de la ley*, Madrid, Ateneo, 1952, où il examine l'étymologie, que je résume dans les lignes précédentes.

qui – contrairement à ceux-ci – va bien au-delà des formalismes ou des techniques pour entrer de plain-pied dans la véritable philosophie.

Platon changea discrètement d'approche tout au long de ses trois ouvrages politiques : *La République*, *Le Politique* et *Les Lois*. Dans le premier, avec le roi-philosophe, il défend le gouvernement des hommes, tandis que dans le second, sans se renier, il signale quelques difficultés pratiques de cette position, et enfin, il s'oriente résolument vers le gouvernement des Lois dans le troisième⁴. Aristote, pour sa part, défend de façon décisive le gouvernement des lois : il y a peu de sages, il vaut donc mieux qu'ils fassent les lois ; ainsi la passion du jugement⁵ sera également supprimée.

Toutefois, Aristote identifiait en même temps le droit au juste (*to dikaion*), la chose juste (*ipsa res iusta*), comme dira saint Thomas à sa suite⁶. Et il ajoute que « la loi n'est pas le droit à proprement parler, mais une raison du droit » : *lex non est ipsum ius proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*⁷. Paradoxe ? Non. Vision intégrative et globale.

Il faut dire que le droit est un terme analogique. Son sens premier est précisément celui qui vient d'être évoqué : le juste. De sorte que le droit constitue d'abord l'objet de la justice ou la chose juste, même s'il revêt bientôt des extensions analogiques : l'art qui le discerne, la sentence qui le sanctionne, la loi (dès lors qu'elle est juste et seulement quand le fait qu'elle vise coïncide exactement avec le fait du cas particulier auquel elle

4. Platon, *La République*, IV, 425d ; *Le Politique*, 294b ; *Les Lois*, V, 875c-d.

5. Aristote, *Le Politique*, III, 1286a.

6. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 1134b 20 ; Saint Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*, II-II, 57, 1, ad 1. Le nom de Michel Villey ne peut être oublié à cet égard : *Philosophie du droit. Définition et fins du droit*, Paris, Dalloz, 1975, p. 71 et suivantes.

7. Saint Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*, II-II, 57, 1, ad 2.

doit s'appliquer) et même la faculté morale que chacun possède sur son bien propre ou sur ce qui lui est dû⁸.

Le premier est l'art de discerner ce qui est juste, selon la définition de Celse cité par Ulpien : *ius est ars boni et aequi*⁹ (« le droit est l'art du bien et du juste »). Ce qui est suivi de la concrétisation de ce qu'il y a de juste dans l'exercice de cet art à travers le jugement : « La sentence rendue par celui dont l'office est d'administrer la justice » (*quod redditur ab eo ad cuius officium pertinet iustitiam facere*)¹⁰. Ces deux premiers sont intégrés par Thomas d'Aquin, mais les deux derniers ne sont plus acceptés, et appartiennent à la seconde scolastique, respectivement aux Pères Francisco de Vitoria, de l'Ordre des Prêcheurs, et Francisco Suárez, de la Compagnie de Jésus. Concernant le troisième, le fait que saint Thomas n'y fasse pas référence ne signifie pas qu'il le rejette. C'est une question de perspective¹¹. Pour lui, comme pour les juristes romains, le droit n'est pas d'abord un ensemble de règles ; c'est pourquoi il affirme expressément que la loi n'est pas le droit, mais une certaine raison du droit, puisque « ainsi que des œuvres extérieures qui sont réalisées par l'art, préexiste dans l'esprit de l'artiste une certaine idée, qui est la règle de l'art, de la même manière, la raison détermine la justesse d'un acte selon une idée préexistante dans l'entendement, telle qu'une certaine idée de prudence, et celle-ci, si elle est formulée par écrit, reçoit le nom de loi, puisque la loi

8. Notre professeur Juan Vallet de Goytisolo l'explique : « *Introducción al derecho y a los pretendidos derechos del hombre* », Verbo (Madrid), n° 259-260 (1987), p. 1017 et suiv., où il offre un résumé clair du processus.

9. *Digeste*, 1, 1, 1.

10. Saint Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*, II-II, 57, 1, ad 1.

11. Le légalisme, même avant sa mutation moderne, a induit la crise du droit. Aujourd'hui, il nous est donné de voir l'aboutissement du processus, avec la crise de la loi (moderne). cf. Miguel Ayuso, *De la ley a la ley*, op. cit. Un large panorama de l'évolution du droit in Michel Bastit, *Naissance de la loi moderne*, Paris, PUF, 1990.

– selon Saint Isidore – est “une constitution écrite”, et donc la loi n'est pas le droit à proprement parler, mais une certaine raison du droit »¹². Cependant, le dominicain espagnol du XVI^e siècle, s'il ne rejette pas la pensée de son prédécesseur, l'envisage déjà sous l'angle d'une loi dont l'importance va croissant : c'est pourquoi la loi est aussi le droit (*alio modo capitur ius pro lege ipsa*), bien sûr « dans la mesure où cela est juste »¹³. Curieusement, la nouvelle perspective de Vitoria nous ramène à l'autre partie de l'héritage d'Aristote. Chez le jésuite, enfin, le droit subjectif apparaît comme analogue au droit, en faisant de celui-ci une faculté morale que chacun possède en raison de ses intérêts propres ou qui lui est (justement) dû (*facultas quaedam moralis quam unusquisque habet vel circa rem suam vel ad rem sibi debita*)¹⁴. Bien que la dérive de cette analogie ait fait l'objet de discussions, il semble clair en tout cas que ce droit subjectif n'est pas seulement une prétention, comme dans la conception moderne qui s'est ensuite forgée et prévaut aujourd'hui¹⁵.

12. *Summa Theologica*, II-II, 57, 1, ad 2.

13. Francisco de Vitoria, *De iustitia*, 57, 1, 7.

14. Francisco Suárez, *De legibus ac Deo legislatore*, I, 2, 5. Cf., pour une étude de la question, Michel Villey, *Leçons d'histoire de philosophie de droit*, Paris, Dalloz, 1957, en particulier le chapitre sur les origines du droit subjectif, ainsi que *Seize essais de philosophie de droit*, Paris, Dalloz, 1969, plus précisément les trois chapitres sur le droit subjectif. Mais Villey, qui fait remonter le concept à Occam, bien qu'il ait de puissantes intuitions, ne connaît pas parfaitement la seconde scolastique. Voir à cet égard le livre savant du Père Avelino Folgado, O.S.A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogo-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial, La Ciudad de Dios, 1960. Une revue judicieuse dans Alejandro Guzmán, « *Historia de la denominación del derecho-facultad como “subjetivo”* », *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos* (Valparaíso), n° 25 (2003), p. 407 et suiv. On trouve déjà la catégorie, avant Occam, chez les canonistes du XII^e siècle.

15. Voir Danilo Castellano, « *El derecho y los derechos en las Constituciones y declaraciones contemporáneas* », *Verbo* (Madrid), n° 533-534 (2015), p. 315 et suiv.

On peut toutefois dire que la jurisprudence (*prudentia iuris*) est la source première du droit. En ce sens que, si l'on part de la nature des choses que le juge contemple pour juger, ce n'est qu'ensuite que la formulation générale de la loi est engendrée, laquelle à son tour s'impose au juge pour son application, formant une coutume constituant une seconde nature¹⁶...

III. Partialité de la culture juridique moderne

La pensée moderne a commencé à s'affirmer à travers la crise du droit comme chose juste, à cause de la loi. Mais la loi était encore la loi classique. Elle allait bientôt céder la place à la loi moderne.

En l'absence d'un ordre dynamique, l'homme s'érige en créateur d'un monde nouveau qu'il tente d'élaborer selon ses « idées » et d'imposer de différentes manières par sa « praxis » : c'est le passage du légiférer comme *legere* (lire) au légiférer comme *facere* (faire), en passant par le légiférer comme *velle*¹⁷(vouloir). Peut-être qu'en effet, au-delà de l'étymologie douteuse qui lie le droit à la « lecture », c'est une métaphore très juste que l'ordre naturel peut être discerné, même si la portée de cette lecture est naturellement limitée et qu'il faut tenir compte de l'action de l'homme. Le droit naturel est donc, dans la vision classique, une méthode pour trouver ce qui est juste par l'observation, observation nécessairement incomplète, puisque l'expérience est toujours changeante et peut toujours s'enrichir

16. Álvaro D'Ors, *Los romanistas ante la crisis de la ley*, op.cit. Le romaniste de Pampe-lune trouve dans un tel procédé une clef précieuse de son judiciarisme résolu. On peut le voir aussi chez Rafael Domingo, *Auctoritas*, Barcelone, Ariel, 1999. Et, pour ma part, dans « *El pensamiento político-jurídico de Álvaro d'Ors* », *Razón Española* (Madrid), n° 125 (2004), p. 311 et suiv.

17. Juan Vallet de Goytisoló, « *Del legislar como legere al legislar como facere* », *Verbo* (Madrid), n° 115-116 (1973), p. 507 et suiv.

d'éléments nouveaux. La « science incertaine » du droit naturel reste cependant nécessaire pour nous fournir des orientations générales, même si elles sont parfois vagues et provisoires. Mais si cette ligne directrice est supprimée, la volonté occupe l'espace laissé vacant par l'expulsion de la nature. Et la volonté désincarnée devient bâtisseuse (*rectius* destructeur de ce qui existe pour construire ensuite un monde nouveau et, par définition, meilleur).

Lorsque l'horizon du bien commun, norme de la justice universelle, est perdu, la loi ne peut qu'être déformée en conséquence. Et c'est là que commence la crise de la loi. Non pas de ce que nous avons appelé la loi classique, qui avait déjà disparu à l'époque, mais même de la loi moderne. C'est ce que nous voyons aujourd'hui et à quoi nous faisons allusion au début.

L'actuelle crise de la loi résulte de ce que les prémices philosophiques de sa version moderne se sont précipitées ou, en d'autres termes, nous assistons de nos jours, sous le signe de la postmodernité¹⁸, à la dissolution de la loi moderne dans sa version forte et à son remplacement par des succédanés faibles.

Cela se vérifie tant d'un point de vue théorique et conceptuel que d'un point de vue pratique¹⁹.

18. Vous pouvez voir, Miguel Ayuso, « *Romanticismo y democracia desde la crisis política contemporánea* », Verbo (Madrid), n° 329-330 (1994), p. 1041 et suiv. et « *La crisis. Una aproximación interdisciplinar* », Verbo (Madrid), n° 543-544 (2016), p. 207 et suiv. Ainsi que, dernièrement : *Antimodernidad y clasicidad*, Madrid, Itinerarios, 2019.

19. Pour un ensemble de références doctrinales et factuelles, je renvoie à mon livre, déjà cité, *De la ley a la ley*, ainsi qu'au suivant : *Constitución. El problema y los problemas*, Madrid, Marcial Pons, 2016 (il existe une édition italienne, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019).

D'abord, la loi parlementaire subit des contraintes constantes imposées par les cours constitutionnelles, ce qui a sérieusement érodé le vieux dogme libéral et positiviste de l'irréfragabilité de la loi ; alors que, plus tard, avec l'élargissement du pouvoir gouvernemental, elle se trouve constamment sur la défensive, ce qui a conduit au parlementarisme et, plus généralement, au constitutionnalisme « rationalisés »²⁰ ; il faut y ajouter l'ouverture au droit international, notamment dans le domaine des prétendus droits humains, avec l'introduction de contrôles nouveaux et distincts et, par conséquent, de nouvelles emprises.

En second lieu, la « motorisation législative » dont parlait Carl Schmitt²¹, entre autres facteurs, a conduit à ce qu'on peut appeler le « malfaire » et le « mal-dire » des lois, c'est-à-dire à l'inexactitude de la technique et de l'expression, empêchant qu'elles soient convenablement comprises et respectées. La hâte, bien sûr, est l'une des racines du phénomène²². On pourrait citer de nombreux exemples : des lois révisées durant des périodes prolongées de *vacatio legis* et avant leur entrée en vigueur, aux modifications législatives par des amendements sans rapport avec elles, ou

20. Danilo Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

21. Carl Schmitt, « *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* », dans son *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Materialien zu einer Verfassungslehre, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, p. 404. Il s'agit de son célèbre essai sur l'état de la science juridique européenne.

22. Eduardo García De Enterría, *Justicia y seguridad jurídica en el mundo de las leyes desbocadas*, Madrid, Madrid, Civitas, 1999, p. 48 : « Face à ce que Maurice Hauriou appelait encore, au début de ce siècle, la sage lenteur des Assemblées délibératives dans l'étude et la réflexion sur les lois, qu'elles avaient créées en termes de perfectionnement et de polissage le cadre rigoureux que les grands codes avaient établi, Carl Schmitt a pu parler dès 1946 de « législation motorisée. Ortega (*Individu et organisation*, conférence de Darmstaad) a également dénoncé en 1953 la "législation incontiente". »

même les prétendues lois d'accompagnement budgétaire dans certains États.

Ajoutons deux observations générales à notre démonstration. En premier lieu, il faut considérer les effets réflexes et les réactions sociales que produisent les lois et dont il convient de tenir compte avant de légiférer ou de réformer la législation. À cet égard, Juan Vallet de Goytisolo a démontré, au sujet de la réglementation du bail urbain en Espagne (entre les années 1940 et les années 1980), qu'une protection excessive du locataire fait disparaître le fermage, et dans un ordre plus global, que la pression fiscale excessive pousse les ressources d'investissement vers la spéculation²³. En second lieu, soulignons l'intérêt d'étudier, à cette fin, les « réformes des réformes »²⁴.

Cela conduit, en définitive, à la toute-puissance de la loi impotente. Une telle instabilité est symptomatique de l'immoralité de la loi. Car si la loi n'est qu'une règle technique, elle se réduit à la volonté du législateur, derrière laquelle il n'est pas difficile de percevoir les intérêts privés. De plus, en prétendant couvrir la totalité des relations sociales, ce qui n'est pas possible, elle est de moins en moins respectée²⁵.

Enfin, les juges se désintéressent de la justice particulière et prétendent supplanter la justice générale ou légale. Dans la sphère anglo-saxonne, cela se manifeste par l'« activisme », une erreur principalement institutionnelle, qui coexiste avec l'« originalisme », une erreur herméneutique. Transposé à la sphère continentale (c'est-à-dire au niveau du droit écrit), cela s'aggrave considérablement, car ce à quoi on aboutit n'est pas tant ce

23. Juan Vallet De Goytisolo, *En torno al derecho natural*, Madrid, Sala, 1973, p. 166.

24. Gabriel García Cantero, « *Aproximación a una sociología de la familia* », Verbo (Madrid), n° 339-340 (1995), p. 1018.

25. Michel Bastit, *Naissance de la loi moderne*, op. cit., p. 12 et suivantes.

que le droit jurisprudentiel de matrice anglo-saxonne a conservé du sujet classique, mais seulement son aspect délétère (pensons à l'activisme des cours constitutionnelles). Ce qu'on appelle le « nouveau droit ». Terme utilisé par les polémistes anti-libéraux du XIX^e siècle, suivant le langage des papes, pour évoquer le rationalisme et le naturalisme²⁶. Et que l'on utilise aujourd'hui plutôt pour désigner le courant nihiliste qui domine le monde au-delà des traditions juridiques²⁷.

26. L'expression « droit nouveau » était utilisée par le magistère pontifical pour désigner les principes de droit public du libéralisme, opposés au droit public chrétien. Voir, par exemple, Léon XIII, *Immortale Dei* (1885), § 10 : « Cependant, le désir pernicieux et déplorable de nouveautés promu au XVI^e siècle, après avoir d'abord troublé la religion chrétienne, vint bouleverser comme une conséquence forcée la philosophie, et à partir de là, il a modifié tous les ordres de la société civile. C'est à cette source qu'il faut faire remonter l'origine des principes modernes de liberté débridée, inventés lors de la grande révolution du siècle dernier et proposés comme base et fondement d'un nouveau droit, inconnu jusqu'alors et contraire dans nombre de ses thèses non seulement à la loi chrétienne, mais aussi à la loi naturelle. Le principe suprême de cette nouvelle loi est le suivant : tous les hommes, de même qu'ils sont semblables dans leur nature spécifique, sont aussi égaux dans la vie pratique. Chaque homme est tellement maître de lui-même qu'il n'est soumis à aucune autorité. Vous pouvez librement penser ce que vous voulez et faire ce que vous voulez dans n'importe quel domaine. Personne n'a le droit de dominer les autres. Dans une société fondée sur ces principes, l'autorité n'est rien d'autre que la volonté du peuple qui, seul propriétaire de lui-même, est aussi le seul à pouvoir se commander. C'est le peuple qui choisit les personnes auxquelles il entend se soumettre. Mais il le fait de telle manière qu'il leur transfère moins le droit de commander qu'une délégation de pouvoir, et même celle-ci ne s'exerce qu'en son nom ». Mais la littérature juridique a également repris cette opposition terminologique, par exemple, dès le titre, Enrique Gil y Robles, *Tratado de derecho político según los principios de la filosofía y el derecho cristianos*, Salamanca, Salmanticense, 1899-1902.

27. Ces derniers temps, on a employé l'expression « nouveau droit », pour décrire une radicalisation du droit nouveau. Voir une réfutation dans Alejandro Ordóñez, *El nuevo Derecho, el Nuevo Orden Mundial y la Revolución Cultural*, Santafé de Bogotá, Doc-

IV. L'âge des droits : de la modernité à la postmodernité

Le jus naturalisme rationaliste, combiné à l'artificialisme contractualiste, après avoir fondé l'État, a engendré la Constitution, et c'est pour cela que l'on peut dire que le droit constitutionnel est une sorte de substitut du droit naturel au sein de l'État moderne²⁸. En ce sens, il a créé le positivisme juridique, car si d'un côté le droit naturel rationaliste constitue les prémices du positivisme, de l'autre on peut dire qu'il est même déjà le positivisme, puisqu'en instituant un lien étroit entre le droit et le pouvoir (le premier dépendant du second), il doit nécessairement exclure toute référence à la justice²⁹. La Constitution – le constitutionnalisme – n'est pas neutre, mais plutôt, du fait de l'idéologie libérale, elle devient l'instrument de concrétisation du « contrat social », assurant les droits subjectifs qui découlent de l'aliénation totale dans la « volonté générale », déterminant la répartition des pouvoirs, réalisant en somme la rationalisation de la vie politique³⁰. Mais, pour la même occasion, le constitutionnalisme a été l'effet (et l'achèvement) de la transformation opérée à l'intérieur du droit et de la loi, comme décrit plus haut. C'est pourquoi le droit subjectif, et son dérivé, les droits de l'homme, ont acquis un rôle central dans le « nouveau droit ».

Du point de vue conceptuel, trois phases peuvent être distinguées dans leur relation avec les systèmes juridiques : « Nés (au moins virtuellement) "ouverts" à la transcendance du droit (même s'ils sont affirmés sur des

trina y Ley, 2007. Il est clair, quoi qu'il en soit, que ce n'est que par sa déformation que le droit et la loi peuvent acquérir les significations perçues.

28. Pietro Giuseppe Grasso, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 23 et suiv.

29. Danilo Castellano (éd.), *Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico*, Padoue, CEDAM, 2002, p. 5.

30. Cf. mon livre, déjà cité, *Constitución : el problema y los problemas*.

bases rationalistes), ils se sont transformés en simples “prétentions”, affirmées d'abord contre le système juridique, puis codifiées (lesdits “droits civils”) et limitées par lui, et enfin consacrés sans distinction avec l'aide de ce même système juridique »³¹.

Dans un premier temps, en effet, ils s'affirmèrent – faisant appel à la révolution – contre les ordres existants et semblaient viser à la limitation du pouvoir. Particulièrement dans le monde anglo-saxon, où le constitutionnalisme inspiré par John Locke désignait un jeu de poids et de mesures pour freiner le pouvoir, dans lequel les droits individuels jouèrent un rôle non négligeable³². Mais aussi en France, où ils sont nés de la confrontation avec la société politique et sont ainsi parvenus jusqu'à nos jours comme un *desideratum* individualiste contre un État conçu comme un ennemi, et contre lequel les droits de l'homme étaient érigés en ultime rempart.

Bientôt, cependant, ils devaient être codifiés dans l'ordre juridique et limités par celui-ci. Les Déclarations de la fin du XVIII^e siècle ont été incorporées dans les Constitutions, soit formellement, en les transférant, soit en les complétant sans toucher à leur intégrité. Ainsi, aux États-Unis, la Charte des droits – inspirée du *Bill of Rights* anglais de 1689 – ajoute en 1791 les dix premiers amendements au texte constitutionnel de 1787. Tandis qu'en France, la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 a été ajoutée ultérieurement à plusieurs Constitutions postérieures à celle de 1791 et, plus précisément, aux deux dernières :

31. Danilo Castellano, « *El derecho y los derechos en las Constituciones y declaraciones contemporáneas* », loc. cit., p. 326.

32. Voir l'explication classique de Carl J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, Boston, Little, Brown & Co., 1941. Et, critique, Christopher Ferrara, « *El positivismo judicial como reacción conservadora en el Derecho constitucional estadounidense: una propuesta final al problema* », Verbo (Madrid), n° 523-524 (2014), p. 275 et suiv.

celles de 1946 et de 1958. Le droit naturel rationaliste a cédé la place au positivisme.

Les Déclarations et Constitutions ont commencé par proclamer (et parfois garantir) en premier lieu les droits de la liberté, directement dérivés de l'« état de nature » du contractualisme. Avec ces derniers, si une dimension de limitation du pouvoir était perceptible, le rôle de la loi dans le passage vers le *status civilis* apparaissait déjà clairement. À ceux-ci s'est ajoutée une deuxième vague, à partir des droits à l'égalité, qui (bien qu'ils aient été présentés comme nécessaires pour une meilleure effectivité de la liberté) n'ont pas manqué d'introduire quelques tensions avec celle-ci tout en exigeant une intervention plus intense du législateur et de l'administration. Et dans un troisième temps, l'apparition d'une nouvelle série de droits, sous l'empire de la fraternité (ou la solidarité), des droits de participation sociale qui réunissent intérêts variés, ouvre le délicat problème de l'affirmation d'un droit du genre humain³³. Nous allons y revenir.

Ainsi, l'idéologie révolutionnaire, loin de limiter l'exercice du pouvoir, a en fait contribué à son essor, puisque – dès les origines – « bien que la valeur ontologique du *prius* soit constituée des droits et libertés fondamentaux des citoyens, nous pensons que *leur réalisation effective dépend de l'intervention préalable du pouvoir* »³⁴. Si la première partie de cette affirmation est discutable, en raison de la nature du « fondement »

33. Ricardo Dip, *Los derechos humanos y el derecho natural. De cómo el hombre « imago Dei » se tornó « imago hominis »*, Madrid, Marcial Pons, 2009, chapitre III. Une autre présentation pointue des différentes générations de droits, en phase avec l'évolution de l'État de droit, in Juan Fernando Segovia, *Derechos huamnos y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

34. Juan De La Cruz Ferrer, « *La concepción del poder y de la separación de poderes en la revolución francesa y en el sistema constitucional norteamericano* », *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid), n° 20 (1989), p. 258 et suiv.

(ou plutôt de l'« absence de fondement »³⁵) des droits « fondamentaux », la seconde est, en revanche, incontestable. Car la première question à se poser concerne le pouvoir que l'Assemblée a voulu limiter, qui n'est autre – un examen sommaire suffit à le démontrer – que le pouvoir royal d'*ancien régime* et non le pouvoir politique en général. Mais ça n'est que plus tard, comme nous l'avons déjà souligné, que la loi est venue l'emporter sur le droit précédemment défini ; ainsi par la « législation », ou le légalisme, les droits sont devenus « conférés » plutôt que « reconnus ». Enfin, de nos jours, il faut tenir compte du fait que, sans avoir perdu son caractère de doctrine étatiste et donc positiviste, la permissivité morale dominante – tolérée quand elle n'est pas ouvertement promue par les États – conduit à revendiquer de faux droits face auxquels le pouvoir de l'État n'est pas affecté³⁶, de sorte que cette confrontation (par exemple, le droit à l'avortement ou le « mariage » homosexuel) n'a pas lieu. On peut en dire autant des corollaires de la « liberté de conscience », dans les termes que nous avons vus, ou dans la dogmatique de la « liberté d'expression »³⁷.

35. Absence de justification présentée à l'occasion comme un mérite : rappelez-vous ce que dit Maritain à propos de ce qui s'est produit dans la discussion sur le sujet au sein de la Commission de l'UNESCO dont il était membre (« Nous sommes d'accord sur ces droits, mais à la condition qu'on nous ne nous demande pas pourquoi »), et cela l'amène à soutenir la thèse absurde – explicitée par Bobbio – qu'il est préférable d'oublier son fondement et de se concentrer sur ses garanties. Cf. Jacques Maritain, « Introduction », in VV.AA., *Autour de la nouvelle Déclaration universelle des droits de l'homme : textes réunis par l'U.N.E.S.C.O.*, Paris, Sagittaire, 1949 ; Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1990, p. 16.

36. Estanislao Cantero, *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*, cit., p. 26 ans et suivants. Un développement plus large peut être vu dans le chapitre III de mon livre *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid, Criterion, 2000.

37. Cf. Miguel Ayuso, « *El derecho a la información: sujeto, objeto y límites* », Verbo (Madrid), n° 391-392 (2001), p. 85 et suiv., ainsi que Miguel Ayuso (éd.), *Estado, dere-*

Cela nous conduit finalement à l'affirmation aveugle des droits avec l'aide du système juridique : « La revendication, affirmée comme droit, a ainsi transformé le droit en instrument d'anarchie et la loi en instrument de lutte pour l'affirmation de la “liberté négative” du sujet : c'est la condition dans laquelle se trouve actuellement le droit positif, notamment dans la civilisation occidentale, de plus en plus ouverte au nihilisme juridique affirmé par le formalisme du droit et des droits qui ne sont ni la loi ni les droits subjectifs, même s'ils sont proclamés par les Déclarations et codifiés dans les Constitutions. »³⁸

Et encore : « Les “droits modernes” sont donc proprement la négation du droit. La prétention, en effet, n'est pas un droit. Seule la prétention de voir un droit réel respecté est un droit. Ni la prétention elle-même ni la prétention détachée de l'*obligatio iuris* ne sont un droit. Au cours des derniers siècles, nous avons assisté à une transformation radicale graduelle et progressive du droit. Nous avons effectivement assisté à sa véritable éviction. »³⁹ En deux temps. Premièrement, en substituant à l'ordre un système juridique qui cesse d'être au service du premier, on a produit une sorte de « géométrie légale ». Celle-ci, dans un second temps, passe à l'arrière-plan pour laisser s'imposer des droits qui, à long terme, rendent impossible non seulement l'ordre juridique, mais aussi tout ordonnancement⁴⁰. Corrélation logique de ce qui se produit dans l'ordre politique, depuis que l'exil du « Bien commun » hors de l'horizon moderne, et que l'on oppose le public et le privé ; si, dans un premier temps, celui-ci a été réduit au pur « bien public », quasi totalitaire, dans une phase suivante – la plus rageusement contemporaine –, il a fini par

cho y conciencia, Madrid, Martial Pons, 2010.

38. Danilo Castellano, « *El derecho y los derechos en las Constituciones y declaraciones contemporáneas* », loc. cit.

39. *Ibid.*

40. Cf. Francesco Gentile, *Ordinamento giuridico fra virtualità e realtà*, Padoue, Cedam, 2000.

assigner au « bien privé » une primauté sur le « bien public ». On est ainsi arrivé à affirmer l'intérêt public exclusivement comme une fonction du privé, et à la réduction de l'État à un rôle instrumental au service de n'importe quel intérêt particulier. En définitive, au déclin de l'État moderne et à l'évaporation de la politique⁴¹.

V. Coda

De même que la Constitution a supplanté la loi, la jurisprudence des Cours constitutionnelles (fondées sur de prétendus « principes » et « droits ») supprime les constitutions. Certains auteurs prennent le parti de celles-ci vis-à-vis de celles-là. Ce qui est cohérent dans une modernité qui préserve autant la valeur du système que celle de la décision⁴². À l'opposé, des auteurs illustres s'en prennent au « Code » tout en prodiguant leur bienveillance à l'égard de la « Constitution »⁴³... Bien sûr, il ne s'agit pas de la Constitution que défendent les premiers, mais plutôt celle dominée par les *iusmoralistes* contre lesquels ils se battent. C'est le prolongement de la lutte entre modernes et postmodernes sur le terrain de la science juridique. En revanche, ceux d'entre nous qui militent sous la bannière du *iusnaturalisme* classique, bien que rejetant le Code, considèrent la Constitution comme plus dangereuse encore, et bien qu'ils

41. Danilo Castellano (éd.), *La decadenza della Repubblica e l'assenza del politico*, Bologne, Monduzzi, 1995, introduction. Mon livre *¿Después del Leviathan?*, cit., est en grande partie l'explication d'un tel processus. Un large panorama dans Miguel Ayuso (éd.), *El bien común. Cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas*, Madrid, Itinerarios, 2013 (il existe une édition française, Paris, Éditions de L'Homme Nouveau, 2021).

42. Agostino Carrino, *La Costituzione como decisione. Contro i giusmoralisti*, Milan, Mimesis, 2019. Il va sans dire qu'il s'agit d'un moralisme immoral.

43. Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milan, Giuffrè, 2001, chap. III.

soient loin du positivisme légaliste ou décisionnel, ils envisagent avec plus d'horreur – si tant est que cela soit possible – la dénaturation des principes par des droits subvertis en une myriade de revendications.

Bien commun et politique : l'héritage aristotélicien dans l'approche chrétienne du politique

Par Pierre-Louis BOYER

Maître de conférences (HDR)

*Doyen de la Faculté de droit, de sciences économiques et de gestion de
l'Université du Mans*

« Tu n'aurais sur moi aucun pouvoir s'il ne t'avait été donné d'en-Haut. »¹

S'il est un ouvrage où l'on a l'opportunité d'aborder « librement » la question du Bien commun, c'est bien dans des mélanges sur la liberté, de surcroît s'ils sont offerts en hommage à un professeur qui œuvre depuis tant d'années en politique pour le service des citoyens. Que le destinataire de ces lignes soit ici remercié pour ses engagements pour les Pays de la Loire.

Mais avant même que d'aborder la question du Bien commun, il nous apparaît nécessaire de définir dans quel cadre mettre en œuvre ce Bien commun. Nous ne reviendrons pas sur le *zoôn politikon* aristotélicien, admettant de fait que l'homme est un être naturellement social². Le

1. *Jn*, XIX, 11.

2. Aristote, *La politique*, 1252b-1253a : « Delà cette conclusion évidente, que l'État est un fait de nature, que naturellement l'homme est un être sociable ». T. d'Aquin, *Com-*

postulat premier est que c'est la société, le groupe social, qui est en charge et doit supporter ce fameux Bien commun en ce qu'il est commun. Il y a donc une nécessité d'apporter plusieurs définitions, tant sur l'objet Bien commun que sur son support, la société, et sur leurs propres outils et moyens, à savoir la politique et le politique :

« Une société est un ensemble de personnes liées de façon organique par un principe d'unité qui dépasse chacune d'elles. Assemblée à la fois visible et spirituelle, une société perdure dans le temps : elle recueille le passé et prépare l'avenir. [...] À juste titre, chacun doit le dévouement aux communautés dont il fait partie et le respect aux autorités en charge du bien commun. »³

Deux éléments sont à noter : l'organicité de la société et le dévouement aux communautés. L'organicité est une idée profondément hellénique, Platon considérant que la cité est, certes, un amas de pierres et de bois, mais avant toute chose une cellule vivante faite de matière humaine et qu'elle peut elle-même être « juste, tempérante, sage et courageuse »⁴. Michel Villey l'écrit : « Ces deux dimensions [matérielle et organique] sont indissociables »⁵. La société demeure un organisme vivant, et non une simple accumulation de strates administratives et une superposition d'institutions. Ces institutions, les administrations, les pouvoirs sont des moyens du politique, mais ils ne sont pas la société en ce qu'ils ne sont pas vivants. L'un des drames modernes est sans doute d'avoir omis – Hauriou serait d'accord – l'organicité de la société⁶.

mentaire sur la Politique d'Aristote, I, 1, 1 : « C'est donc naturellement que l'homme vit en famille et en société ».

3. *Catéchisme de l'Église catholique* (CEC), § 1880.

4. Platon, *La République*, 435b.

5. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2009, p. 69.

Enfin, au regard de l'idée de dévouement de chacun à la communauté, il est fondamental de ne pas sombrer dans le communautarisme quand on parle de « communautés », car elles n'ont pas vocation à faire oublier la primauté de la personne. En effet, sans la personne prise dans l'intégralité de son être, la société n'existe pas. La société est faite pour la personne, et non l'inverse. Toutefois, on ne peut omettre qu'il existe, malgré cette primauté de la personne sur la société, une interdépendance, une indissociable complémentarité entre les deux. La constitution *Gaudium et spes* le rappelle :

« Le caractère social de l'homme fait apparaître qu'il y a interdépendance entre l'essor de la personne et le développement de la société elle-même. En effet, la personne humaine [...] est et doit être le principe, le sujet et la fin de toutes les institutions. »⁷

Cela nous permet de donner une définition plus succincte de la société : un organe vivant composé de personnes dont la finalité reste les personnes qui la composent.

Quid, maintenant, du politique, responsable de la société ? Si le politique a été revêtu de ses fonctions, c'est parce qu'il a reçu cette charge d'une autorité, qu'elle soit divine ou fondée sur la légitimité des institutions politiques : volonté populaire, suffrages divers, transmission héréditaire, etc. Peu importe, dès lors, que l'on observe le politique avec un regard chrétien ou un regard purement institutionnel : il porte sur lui la responsabilité de la société. On lit dans *Pacem in terris* des éléments de

6. Voir toute la conception machinique de la société chez Kant, Fichte, Schiller ou encore Hegel.

7. *Gaudium et spes*, n° 25, § 1.

cette responsabilité du politique vis-à-vis du Bien commun, et donc vis-à-vis des personnes qui composent cette société :

« À la vie en société manqueraient l'ordre et la fécondité sans la présence d'hommes légitimement investis de l'autorité et qui assurent la sauvegarde des institutions et pourvoient dans une mesure suffisante au bien commun. Leur autorité, ils la tiennent tout entière de Dieu, comme l'enseigne saint Paul : *Il n'est pas d'autorité qui ne vienne de Dieu.* [...] Puisque Dieu a doté de sociabilité la créature humaine, mais puisque nulle société n'a de consistance sans un chef dont l'action efficace et unifiante mobilise tous les membres au service des buts communs, toute communauté humaine a besoin d'une autorité qui la régisse. »⁸

Ce n'est donc pas le politique qui est revêtu de l'autorité, c'est sa fonction ; c'est le mandat qu'il exerce qui légitime l'autorité qu'il détient, et non sa personne.

Pour revenir à la responsabilité sociale du politique, on peut souligner que le politique a la responsabilité de la société comme organe, mais aussi la responsabilité des personnes composant cette société au regard de l'interdépendance entre société et personnes. Or, en considérant que la société est faite pour la personne et qu'elle ne demeure donc qu'un moyen naturel⁹ de salut¹⁰, la responsabilité du politique ne concerne finalement que chaque personne qui compose la société. Ainsi soulignons-nous que

8. Jean XIII, *Pacem in terris*, n° 46.

9. Pie XI, *Divini redemptoris*, n° 29.

10. C'est la conception courante de la société soutenue par les juristes chrétiens. Par exemple, Hauriou fait de la société un « un moyen nécessaire, car l'individu est faillible ». M. Hauriou, « Le droit naturel et l'Allemagne », *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Bloud et Gay, 1933, p. 13.

le Bien commun n'est pas une fin absolue, mais terrestre. En s'arrêtant à cette fin, on fait passer sur un plan second la personne, faisant de la communauté la fin du politique, sombrant dans cette idée que le tout que représente l'humanité est alors « le produit ultime et l'incarnation du mouvement de la Nature ou de l'Histoire »¹¹, et nous orientant vers une négation de l'être humain au profit de cette totalité, « vers un système dans lequel les hommes sont superflus »¹².

La double responsabilité du politique vis-à-vis de la société et des personnes entraîne une double approche du Bien commun, la première mondaine (I), c'est-à-dire terrestre, et la seconde extra-mondaine, c'est-à-dire à visée sotériologique (II).

I. La finalité mondaine : Le Bien commun et le politique

Avant d'aborder le rôle du politique (B) et son rapport au Bien commun, il nous apparaît nécessaire de définir ce dernier, notamment dans une modernité qui a une tendance accrue à le nier comme réalité, l'envisageant souvent comme « un » bien commun, c'est-à-dire une chose ou un droit qui serait partagé par une communauté d'hommes (A) :

« L'idée d'un bien commun qui dépende de la participation active de l'individu aux fins sociales lui paraît toujours plus ou moins théorique ; et pour celui qui n'est pas formé à l'abstraction, c'est-à-dire presque tous, théorique signifie irréel. On a donc beau prêcher que le bien commun est le bien de tous, celui de chacun et qu'il dépend de l'action de chacun, l'homme moyen reste inerte et ne s'éveille que lorsqu'il se croit victime d'une injustice. »¹³

11. H. Arendt, *La nature du totalitarisme*, Paris, Payot, 1990, p. 101.

12. H. Arendt, *Le système totalitaire*, Paris, Seuil, 1972, p. 201.

13. J. Leclercq, *Le fondement du droit et de la société*, Namur, Wesmael, 1947, p. 210.

A – Le Bien commun : réalité universelle

Comme nous l'avons évoqué, l'homme est un être social et la philosophie, la littérature, l'histoire, et les textes saints nous exhortent à ne pas vivre *ex societate*. « Ne vivez point isolés, retirés en vous-mêmes, comme si vous étiez déjà justifiés, mais rassemblez-vous pour rechercher ensemble ce qui est de l'intérêt commun »¹⁴. La traduction parle d'intérêt commun, mais il est préférable d'entendre Bien commun pour ne pas confondre Bien commun et intérêt général, ce dernier impliquant de fait un intérêt, et donc un retour supérieur à l'investissement premier¹⁵. Le Bien commun ne repose pas sur l'intéressement :

« Ensemble des conditions sociales qui permettent, tant aux groupes qu'à chacun de leurs membres d'atteindre leur perfection, d'une façon plus totale et plus aisée »¹⁶, « le bien commun intéresse la vie de tous. Il réclame la prudence de la part de chacun, et plus encore de la part de ceux qui exercent la charge de l'autorité. »¹⁷

Le devoir de chacun s'insère dans le devoir commun. L'individu prend place dans l'œuvre commune ; il s'y consacre et s'y sacrifie s'il le faut. Le Bien commun nécessite trois composantes, la primauté de la personne (1), le bien de la société (2), et la paix sociale (3).

1. La primauté de la personne

Le but de la société est bien d'assurer une vie meilleure grâce aux moyens d'action dont elle dispose. Ainsi doit-elle favoriser la collabora-

14. *Brn*, IV, 10.

15. F. Flahault, « *Pour une conception renouvelée du bien commun* », *Études*, n° 418, 2013, p. 773-783.

16. *Gaudium et spes*, n° 26, § 1, et n° 74, § 1.

17. *CEC*, § 1906.

tion de tous, la réalisation d'une finalité commune, et le bien de chacun¹⁸. Ce « bien de chacun » implique que la société, et plus particulièrement ses responsables, respectent les droits fondamentaux et naturels de la personne humaine. La liste de ces droits ne saurait être exhaustive, mais la liberté de conscience, la préservation de la vie privée, la préservation de la vie, la résistance à l'oppression, la propriété privée sont autant de droits propres à chaque personne. Cette primauté de la personne implique que l'ordre des choses soit subordonné à l'ordre des personnes, et non l'inverse¹⁹.

2. Le bien de la société et son développement

La seconde composante du Bien commun est le progrès de la société. Si la société ne vise pas son propre bien, tout en conservant l'idée d'une corrélation entre le bien de la personne et son bien, elle ne peut tendre au Bien commun, car elle ne travaille pas au bien de tous : « La fin de la société civile embrasse universellement tous les citoyens. Elle réside dans le bien commun »²⁰. En effet, le Bien commun ne pouvant se manifester que par une structure commune qui porte l'ensemble des personnes, il est nécessaire que cette structure tende elle-même au Bien. Sans cela, elle ne pourra pas proposer à chacun de ses membres une vie digne et humaine :

« Mais en même temps grandit la conscience de l'éminente dignité de la personne humaine, supérieure à toutes choses et dont les droits et les devoirs sont universels et inviolables. Il faut donc rendre accessible à l'homme tout ce dont il a besoin pour mener une vie vraiment humaine. »²¹

18. J. Leclercq, *Le fondement du droit et de la société*, op. cit., p. 209.

19. *Gaudium et spes*, n° 27, § 3.

20. Léon XIII, *Rerum novarum*.

21. *Gaudium et spes*, n° 26, § 2.

C'est une réciprocité parfaite : le Bien de chacun passe par le Bien de tous, et le Bien de tous est nécessaire au Bien de chacun.

3. La paix sociale

Enfin, le Bien commun nécessite, pour être atteint, la paix. On observe ici un double rapport entre la société et les personnes : tout d'abord, la société doit apporter une paix interne, la sécurité intérieure pour ses membres, mais aussi la recherche de la justice par la force du droit. Enfin, la société doit apporter une paix d'un autre genre : la paix extérieure. C'est donc la protection face aux dangers externes qui va devoir être supportée par la société en vue de la paix. C'est d'ailleurs en ce sens que la notion de guerre juste est développée par l'Aquinate dans sa partie sur la Charité²², et non pas dans ses développements sur la politique ou sur la justice. Le Bien commun de la société réside dans ce qui est sa cause formelle, à savoir sa paix, *civium ordinata concordia*²³. La bonne santé de la cité est ce qui permet la paix de chacun. On retrouve d'ailleurs cela chez Augustin, au livre XIX de *La cité de Dieu*, ou encore chez Thomas, dans son *De regno*, quand il évoque cet état de paix nécessaire au Bien commun :

« Le bien et le salut d'une multitude assemblée en société est dans la conservation de son unité, qu'on appelle paix ; si celle-ci disparaît, l'utilité de la vie sociale est abolie, bien plus, une multitude en dissension est insupportable à soi-même. Tel est donc le but auquel celui qui dirige la multitude doit le plus viser : procurer l'unité de la paix. »²⁴

Et, pour conclure, rappelons les propos de Pie XII :

22. T. d'Aquin, *Somme théologique*, Ia-IIae, q. 40.

23. T. d'Aquin, *Somme contre les gentils*, III, 146.

24. T. d'Aquin, *De regimine principum*, I, 2.

« Toute coexistence sociale [...] tend [...] vers la paix. Deux éléments primordiaux gouvernent alors la vie sociale : la coexistence dans l'ordre, la coexistence dans la tranquillité. [...] La vie sociale exige d'elle-même l'unité intérieure. [...] Toute activité de l'État, politique et économique, est soumise à réalisation permanente du bien commun. »²⁵

B – Le rôle du politique

Le Bien commun étant porté par la société et destiné aux personnes, il revient au politique de soutenir cette tension vers ce Bien. L'Église rappelle ainsi cette responsabilité :

« L'autorité ne s'exerce légitimement que si elle recherche le bien commun du groupe considéré et si, pour l'atteindre, elle emploie des moyens moralement licites. »²⁶

« Il appartient aux gouvernants de protéger la communauté et les membres qui la composent. »²⁷

Dans le cas contraire, si l'autorité ne vise plus le Bien commun ou cherche à y tendre par des moyens mauvais, elle « dégénère en oppression »²⁸. Que doit alors faire le politique, et que ne doit-il pas faire ? Nous aborderons, en premier lieu, les risques d'une trop grande immixtion du politique dans la sphère sociétale, c'est-à-dire la privation de la liberté des personnes qu'il se doit normalement de servir (1), avant d'évoquer l'agir du bon politique (2).

25. Pie XII, *Message radiophonique à la veille de Noël*, 24 décembre 1942.

26. CEC, § 1903.

27. Pie XI, *Quadragesimo anno*, n° 27.

28. Jean XIII, *Pacem in terris*, n° 51.

1. L'ingérence trop forte du politique

On peut dégager deux risques anthropologiques quant à une ingérence du politique dans la vie sociale : le premier est la privation de la liberté des personnes et le second est, conséquemment, la négation de la responsabilité des personnes, l'absence du principe de subsidiarité et donc la possible négation du libre arbitre :

« Une intervention trop poussée de l'État peut menacer la liberté et l'initiative personnelles. La doctrine de l'Église a élaboré le principe dit de subsidiarité. »²⁹

Le rôle du politique n'est pas de porter la responsabilité des actions de la société, mais de soutenir ces actions si ces dernières sont en faveur du Bien commun. En effet, porter la responsabilité des actions des personnes les prive de leur responsabilité et anéantit la subsidiarité. Le politique se doit d'être un moteur, ou un correcteur, mais jamais un palliatif. Jean-Paul II se penchait sur les dérives d'un interventionnisme trop fort :

« On a assisté, récemment, à un important élargissement du cadre de ces interventions, ce qui a amené à constituer, en quelque sorte, un État de type nouveau, l' "État du bien-être". [...] Au cours de ces dernières années en particulier, des excès ou des abus assez nombreux ont provoqué des critiques sévères de l'État du bien-être, que l'on a appelé l'"État de l'assistance". Les dysfonctionnements et les défauts des soutiens publics proviennent d'une conception inappropriée des devoirs spécifiques de l'État. Dans ce cadre, il convient de respecter également le principe de subsidiarité : une société d'ordre supérieur ne doit pas intervenir dans la vie interne d'une société d'un ordre inférieur, en lui enlevant ses com-

29. CEC, § 1883.

pétences, mais elle doit plutôt la soutenir en cas de nécessité et l'aider à coordonner son action avec celle des autres éléments qui composent la société, en vue du bien commun. »³⁰

Et le saint pontife de continuer :

« En intervenant directement et en privant la société de ses responsabilités, l'État de l'assistance provoque la déperdition des forces humaines, l'hypertrophie des appareils publics, animés par une logique bureaucratique plus que par la préoccupation d'être au service des usagers, avec une croissance énorme des dépenses. »³¹

La réponse est donc simple à toute l'euphorie contemporaine autour des « droits » dont certains citoyens se sentent revêtus : la matérialité des aides n'est pas nécessairement la solution pour tendre au Bien de chaque personne. On pourrait même dire que ce mauvais paternalisme est un assistantat prolongé aux fins de maintenir une dépendance de la personne envers l'État.

2. L'action du politique, chercheur du « Bien commun »

Comment, dès lors, le politique doit-il agir ? Son agir politique se réalisera en œuvrant pour unifier les biens particuliers en une tension vers le Bien commun, car la finalité de tout acte bon est bien de parvenir au « souverain bien ». Aristote évoque, à ce sujet, l'architectonique des biens, c'est-à-dire l'agencement de l'ensemble des biens singuliers qui ont une finalité commune, le Bien commun³² et, donc, le bonheur de tous. Le Bien

30. Jean-Paul II, *Centesimus annus*, n° 48.

31. *Ibid.*

32. Aristote, *La politique*, 1228a, 36-37.

commun n'est que la coordination de l'ensemble des biens particuliers³³. Le Stagirite précise même que ce souverain bien est un bien qui ne renvoie à aucun autre bien, un bonheur en soi qui n'a besoin de nul autre ; c'est le bien supérieur à tout autre. Mais quel est, concrètement, ce bien final ? Si l'on se contente de la philosophie, et donc d'un niveau mondain, ce souverain bien est le bien de la *polis*³⁴. Si l'on s'appuie sur une dimension théologique, extra-mondaine, la finalité est le salut, *être en Dieu*, et donc Dieu lui-même.

Pour agir en vue du Bien commun et avoir la connaissance de ce qui est « bien », au-delà de la spéculation intellectuelle et philosophique comme seul moyen de cette connaissance, le politique doit pratiquer l'agir éthique. C'est en ce sens qu'Aristote propose de mettre en œuvre l'éthique par la pratique des vertus, ce que l'on connaît plus communément sous le nom « d'éthique des vertus ». Deux d'entre elles sont au fondement de l'acte politique : la prudence et la médiété. La prudence n'est pas la crainte ou le temps de mûrissement de la production de l'acte, mais celui de la circonspection³⁵, de l'observation des biens antérieurs³⁶ en vue « d'organiser la vie politique »³⁷. Observation et imitation, voilà ce qu'est la vertu de prudence dans une authentique accroche au réel, la vertu étant

33. J. Leclercq, *Le fondement du droit et de la société*, op. cit., p. 241.

34. V., entre autres : R. Petrella, *Le bien commun. Éloge de la solidarité*, Labor, Bruxelles, 1996 ; S.I.P.R., *Le Bien commun*, Paris, PU IPC, coll. Dialogues, 2015 ; L.-J. Lebreton, *Découverte du bien commun*, Paris, Économie et humanisme, 1947 ; R. P. Sertillanges, *La philosophie morale de saint Thomas d'Aquin*, Paris, Aubier, 1942 ; L. Jugnet, *La pensée de saint Thomas d'Aquin*, Paris, Nouvelles éd. latines, 1999.

35. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, 1140a : « Le propre d'un homme prudent, c'est d'être capable de délibérer correctement sur ce qui est bon et avantageux pour lui-même, non pas sur un point, mais d'une façon générale, quelles sortes de choses par exemple conduisent à la vie heureuse. »

36. *Ibid.* : « Sera un homme prudent celui qui est capable de délibération ». P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, Paris, PUF, 1963 ; M. de Corte, *De la prudence*, Bouère, DMM, 1974.

cette « disposition à agir de façon délibérée, consistant en une médiété [...], laquelle est rationnellement déterminée et comme la déterminerait l'homme prudent »³⁸.

La seconde vertu nécessaire à l'acte éthique du politique est la médiété, cette capacité de l'homme à éviter les excès, non un « milieu », mais un « juste » milieu, c'est-à-dire la vertu du choix du bien de manière équilibrée. Il y a donc toujours, dans la médiété, la notion de juste et le Bien commun comme finalité.

II. La finalité extra-mondaine : Le Bien et la politique

Si la finalité terrestre de l'homme est le bonheur et qu'il peut y parvenir grâce au Bien commun, il n'en demeure pas moins que le chrétien envisage aussi une finalité autre, celle du plan sotériologique. Or, cette fin du salut (B) peut être servie par un moyen mondain, la politique (A).

A – La politique comme moyen

Il est inutile de rappeler que « l'homme n'est pas fait pour la société, mais la société pour l'homme »³⁹. En ce sens, l'action du politique va remettre en perspective tout l'environnement de l'homme et sa finalité. On dégagera brièvement trois structures politiques dans lesquelles le Bien commun se met en œuvre, la dernière structure portant le bien le plus commun : la famille, la *polis*, et la totalité des hommes⁴⁰. Dans la première

37. J. Etienne, « *La prudence selon Aristote* », Revue théologique de Louvain, 1970, n° 1-4, p. 430-432.

38. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, II, 6.

39. Pie XI, *Divini redemptoris*, § 28.

40. Sur l'absence de corrélation exacte entre famille et cité, voir, par opposition à Platon, Aristote, *La politique*, 1252a.

communauté, la famille, le rôle du chef est essentiel, car c'est lui qui est « comme » le politique⁴¹. Prudence et médiété doivent donc être pratiquées par celui qui a la charge de *dikaïon patrikon*.

La seconde communauté est celle de la *polis*, ou de la société en tant que groupe social. « Si chaque communauté humaine possède un bien commun qui lui permet de se reconnaître en tant que telle, c'est dans *la communauté politique* qu'on trouve sa réalisation la plus complète »⁴². La société, au service de la personne, guide les membres de son corps vers le Bien commun. La collectivité, dans la personne de ses agents ou de ses représentants politiques, doit donc être guidée par ce souci du Bien commun. Tout politique doit entendre que son devoir est le service de la société, à condition que cette dernière soit au service de la personne. Indirectement, mais de manière subséquente, le politique sert la personne. La société n'est qu'un moyen de développement de l'homme ; mais c'est tout ce qui fait la valeur de celle-ci. Elle doit se développer en vue du propre développement de l'homme jusqu'à sa finalité, « la contemplation de la vérité »⁴³. En ce sens, la politique comme moyen possède aussi, en elle, une finalité : le salut de l'homme. Elle ne peut vivre pour elle-même car n'est pas une fin en soi. Elle est, au fond, une lourde responsabilité, ce que soulignait Bossuet :

« Exercez donc hardiment votre puissance, car elle est divine et salutaire au genre humain ; mais exercez-la avec humilité. [...] Au fond, elle vous laisse faible ; elle vous laisse pécheurs et vous garde devant Dieu d'un grand compte. »⁴⁴

41. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, 1134b.

42. CEC, § 1910.

43. T. d'Aquin, *Somme théologique*, IIa-IIae., q. 180. V. aussi Jean-Paul II, *Fides et ratio*.

44. Bossuet, *La politique tirée de l'Écriture Sainte*, V, Œuvres complètes, t. X, Paris, Le-fèvre, 1836, p. 385.

C'est aussi ce que rappelle le docteur angélique :

« Il est manifeste dans les actions politiques que ce n'est pas là qu'on trouve à ne rien faire ; et qu'en dehors de l'occupation civile même, on veut acquérir autre chose, par exemple, pouvoirs et honneurs. Or, parce que la fin ultime ne s'y trouve pas, il convient davantage que, avec l'occupation civile, on veuille acquérir le bonheur pour soi-même et n'importe qui, de sorte que ce bonheur que l'on entend acquérir par la vie politique est autre chose que la vie politique même. C'est ainsi, en effet, que, par la vie politique, nous le cherchons comme quelque chose d'autre qu'elle. Voilà, en effet, le bonheur spéculatif, à quoi toute la vie politique semble bien ordonnée, puisque par la paix, que l'on établit et conserve par l'ordonnance de la vie politique, on fournit l'opportunité de contempler la vérité. »⁴⁵

D'un point de vue chrétien, la finalité de l'action du politique est la finalité commune à tout homme : « la fin de la vie et de la société humaine est Dieu »⁴⁶. La société est alors au service d'un Bien supérieur qui la légitime et la fait grandir.

Au-delà de la société politique demeure une société encore plus élargie : l'humanité. Il ne s'agit pas ici de promouvoir la globalisation, mais d'envisager l'universalité du Bien commun en ce que, pour un chrétien, il doit permettre à chaque homme de parvenir au salut. L'Église rappelle cette universalité et nous dit que « les dépendances humaines s'intensifient. [...] L'unité de la famille humaine, rassemblant des êtres jouissant d'une dignité naturelle égale, implique un *bien commun*

45. T. d'Aquin, *Commentaire de l'Éthique à Nicomaque*, X, 2101.

46. T. d'Aquin, *Somme théologique*, Ia-IIae., q. 100.

universel »⁴⁷. Pour comprendre cette dimension universelle, il faut entendre que le Bien commun n'est pas le bien collectif, ce dernier étant la somme des apports de chaque individu alors que le Bien commun les dépasse en ce qu'il tend au bien de la totalité. Il est, par nature, universel. Cette universalité, qui préfigure la *Cité de Dieu*, appelle à l'unité du monde. Dans cet appel, on envisage le salut du monde qui, certes, passe par un salut personnel, mais auquel l'universalité est appelée. Il y a une destination sotériologique de l'homme. En conséquence, dans les relations entre les parties – c'est-à-dire la multitude des corps politiques et des sociétés existants –, la finalité mondaine doit être le Bien commun, et la finalité extra-mondaine le Bien absolu.

B – La finalité dans le salut

Si le salut est la corrélation extra-mondaine du Bien commun, c'est que l'homme porte en lui ce but constant de la recherche du bien :

« Tout art et toute investigation comme toute action et tout choix tendent vers quelque bien. [...]. Le Bien est ce à quoi toutes choses tendent. »⁴⁸

C'est ce mouvement anabatique naturel que la scolastique a traduit par le terme de *syndérèse*, sorte de tendance à choisir le bien par l'inscription de la loi éternelle dans l'être⁴⁹ :

« La syndérèse nous porte au bien et nous fait condamner le mal »⁵⁰.

47. CEC, § 1911.

48. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, 1094a.

49. « Participation dans la créature raisonnable de la loi éternelle », J. P. Torrell, *Saint Thomas d'Aquin, maître spirituel*, initiation 2, Paris, Cerf, 2008, p. 419.

50. T. d'Aquin, *Somme théologique*, Ia, q. 79, a. 13.

Aristote souligne que l'on peut observer plusieurs sortes de biens. Ainsi, le bien peut être de devenir un bon homme politique, un bon père de famille, ou encore un bon joueur de rugby. Mais face à la multiplicité des biens possibles, ces biens restent le bien « en général », tandis qu'il existe un bien suprême. Pour y parvenir, il faut, entre deux biens, choisir le plus important des deux. Ainsi, ayant écarté tous les autres, le dernier sera ce « bien suprême » :

« S'il y a, de nos activités, quelque fin que nous souhaitons par elle-même, et les autres seulement à cause d'elle, et si nous ne choisissons pas indéfiniment une chose en vue d'une autre [...], il est clair que cette fin-là ne saurait être que le bien, le Bien Suprême. »⁵¹

Aristote considère même que ce bien suprême est du ressort du politique :

« On sera d'avis que le Bien Suprême dépend de la science suprême et architectonique par excellence. Or, une telle science est manifestement la politique. »⁵²

Dès lors, si ce bien est, par nature, identifiable ou atteignable par la politique, on peut en conclure que le Bien de tous est supérieur au Bien individuel :

« Même si, en effet, il y a identité entre le bien de l'individu et celui de la cité, de toute façon c'est une tâche manifestement plus importante et plus parfaite d'appréhender et de sauvegarder le bien de la cité : car le bien est assurément aimable même pour un

51. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, 1094a.

52. *Ibid.*

individu isolé, mais il est plus beau et plus divin appliqué à une nation ou à des cités »⁵³.

Aristote expose ainsi l'existence d'un bien suprême en tant que bien mondain, chose que semble rechercher l'homme quand il vise ce qui est atteignable par lui et qui est le bonheur :

« Nous appelons parfait [...] ce qui est toujours désirable en soi-même et ne l'est jamais en vue d'une autre chose. Or, le bonheur semble être au suprême degré une fin de ce genre, car nous le choisissons toujours pour lui-même et jamais en vue d'une autre chose ; au contraire, l'honneur, le plaisir, l'intelligence ou toute vertu quelconque, sont des biens que nous choisissons sûrement pour eux-mêmes [...], mais nous les choisissons aussi en vue du bonheur, car c'est par leur intermédiaire que nous pensons devenir heureux. Par contre, le bonheur n'est jamais choisi en vue de ces biens, ni d'une manière générale en vue d'autre chose que lui-même. »⁵⁴

C'est là que la question des vertus évoquée ci-avant entre en jeu. En revanche, on perçoit que le bien de la *polis* n'est pas une finalité aboutie puisqu'il existerait, au-delà de la matérialité humaine et du caractère éphémère des sociétés, un bien supérieur au Bien commun. C'est d'ailleurs ce qu'écrit Aristote, *pré-chrétien*, évoquant ce bien absolu comme finalité de toutes nos actions⁵⁵ :

53. *Ibid.*, 1094b.

54. *Ibid.*, 1097a - 1097b.

55. C. Piat, « Dieu et la nature d'après Aristote », Revue philosophique de Louvain, n° 30, 1901, p. 167-181.

« Le premier Moteur est donc un être nécessaire et, tant que nécessaire, son être est le Bien, et c'est de cette façon qu'il est principe. [...] À un tel Principe sont suspendus le Ciel et la nature. Et ce principe est une vie, comparable à la plus parfaite qu'il nous soit donné, à nous, de vivre pour un bref moment. [...] Si donc cet état de joie que nous ne possédons qu'à certains moments, Dieu l'a toujours, cela est admirable ; et s'il l'a plus grand, cela est plus admirable encore. Or, c'est ainsi qu'il l'a. Et la vie aussi appartient à Dieu car l'acte de l'intelligence est vie, et Dieu est cet acte même ; et l'acte subsistant en soit de Dieu est une vie parfaite et éternelle. »⁵⁶

L'Aquinat rappelle, lui aussi, que toute action individuelle ou politique doit servir le Bien commun au regard du lien immédiat qui existe entre la pratique de la vertu, la multitude des hommes rassemblée pour participer au Bien commun et la finalité sotériologique de cet homme *capax Dei* :

« Mais puisque l'homme, en vivant selon la vertu, est ordonné à une fin ultérieure, qui consiste dans la fruition de Dieu, [...] il faut que la multitude humaine ait la même fin que l'homme pris personnellement. La fin ultime de la multitude rassemblée en société n'est donc pas de vivre selon la vertu, mais, par la vertu, de parvenir à la fruition de Dieu. »⁵⁷

Ce passage du bien personnel au Bien divin, en passant par le Bien commun perçu comme la félicité terrestre, révèle que le politique porte une lourde responsabilité. Pour l'homme chrétien, cette responsabilité

56. Aristote, *Métaphysique*, 1072a.

57. T. d'Aquin, *De regimine principum*, I, 15.

découle tant de la finalité de l'homme, c'est-à-dire le salut, que de la causalité du pouvoir ou de l'autorité politique.

Pour terminer ce propos, nous citerons Benoît XVI qui revenait sur cette notion de Bien commun, en lien étroit avec celle de la Charité :

« À côté du bien individuel, il y a un bien lié à la vie en société : le bien commun. C'est le bien du *nous-tous*, constitué d'individus, de familles et de groupes intermédiaires qui forment une communauté sociale. Ce n'est pas un bien recherché pour lui-même, mais pour les personnes qui font partie de la communauté sociale et qui, en elle seule, peuvent arriver réellement et plus efficacement à leur bien. *C'est une exigence de la justice et de la charité que de vouloir le bien commun et de le rechercher.* Œuvrer en vue du bien commun signifie d'une part, prendre soin et, d'autre part, se servir de l'ensemble des institutions qui structurent juridiquement, civilement, et culturellement la vie sociale qui prend ainsi la forme de la *polis*, de la cité. On aime d'autant plus efficacement le prochain que l'on travaille davantage en faveur du bien commun qui répond également à ses besoins réels. Tout chrétien est appelé à vivre cette charité, selon sa vocation et selon ses possibilités d'influence au service de la *polis*. C'est là la voie institutionnelle – politique peut-on dire aussi – de la charité, qui n'est pas moins qualifiée et déterminante que la charité qui est directement en rapport avec le prochain, hors des médiations institutionnelles de la cité. L'engagement pour le bien commun, quand la charité l'anime, a une valeur supérieure à celle de l'engagement purement séculier et politique. Comme tout engagement en faveur de la justice, il s'inscrit dans le témoignage de la charité divine qui, agissant dans le temps, prépare l'éternité. Quand elle est inspirée et animée par la charité, l'action de l'homme contribue à l'édification de cette *cité de Dieu* universelle

vers laquelle avance l'histoire de la famille humaine. Dans une société en voie de mondialisation, le bien commun et l'engagement en sa faveur ne peuvent pas ne pas assumer les dimensions de la famille humaine tout entière, c'est-à-dire de la communauté des peuples et des Nations, au point de donner forme d'unité et de paix à la *cité des hommes* , et d'en faire, en quelque sorte, la préfiguration anticipée de la cité sans frontières de Dieu. »⁵⁸

58. Benoît XVI, *Caritas in veritate*, n°7.

Démocratie illibérale ou post-démocratie libérale ? : deux diagnostics de la crise politique contemporaine

*Par Zdzisław KRASNODEBSKI
Professeur des Universités de Brême et de Cracovie
Député au Parlement européen*

Le Tribunal constitutionnel polonais est familier même à ceux qui ne sont jamais allés à Varsovie. La question de l'État de droit en Pologne, la réforme judiciaire polonaise et les actions et décisions du Tribunal constitutionnel polonais sont devenues, comme chacun le sait, l'objet de critiques de la part de la Commission européenne et d'autres institutions de l'UE. Ce différend entre la Pologne et l'Union européenne a été l'un des sujets les plus discutés de la politique européenne ces dernières années. Il y a eu beaucoup de désinformation, de mauvaise volonté et de tentatives de domination dans cette discussion et dans les actions des institutions européennes.

De nombreux spécialistes de la politique européenne, des intellectuels ainsi que des citoyens « ordinaires » de ces pays européens, dont la connaissance de la Pologne n'est pas particulièrement approfondie, ont cru – ou, en raison de leurs opinions libérales ou de gauche, ont voulu croire – qu'il y avait une régression de la démocratie en Pologne, qu'il y avait des tendances autoritaires, et que le « retard » de l'Europe centrale et

orientale par rapport aux parties plus « éclairées » du continent se manifestait à nouveau. Aujourd'hui, il est désormais plus clair qu'un autre élément est également en jeu, à savoir la question fondamentale de la relation entre les États membres et les institutions de l'UE. Car il est de plus en plus évident que l'Union européenne, autrefois créée par les États européens pour bénéficier de la coopération et défendre ensemble leurs intérêts, et qui ne cesse d'étendre ses compétences, devient une menace pour la démocratie dans les États européens et la liberté des peuples européens.

La question de savoir dans quelle mesure les citoyens des différents pays sont encore unis par des liens nationaux et peuvent décider par eux-mêmes est posée non seulement par les Polonais et les Hongrois, mais aussi par les Français, les Italiens, les Espagnols, les Grecs – moins fréquemment par les Allemands, car dans leur cas, il est plus facile d'associer les intérêts nationaux à ceux de l'UE.

Il est devenu extrêmement important d'établir les limites du droit européen, ainsi que sa relation avec le droit national et les constitutions des différents États. Ce n'est qu'ensemble que les Européens pourront mettre fin à la centralisation et à la concentration du pouvoir dans l'Union européenne. Je suis reconnaissant au professeur Armel Pécheul de soutenir les efforts dans cette direction par ses connaissances, ses compétences et son action.

I. Les cavaliers de l'apocalypse

On peut évaluer une époque historique en fonction de ses peurs et des mots et notions qui les expriment. De quoi avons-nous donc peur aujourd'hui ? De quoi le monde dit « occidental » a-t-il peur ? Les menaces sont bien sûr nombreuses. L'islamisme et le terrorisme motivés par le fondamentalisme religieux constituent une menace. Mais dans

quelle mesure cela suscite-t-il réellement la crainte des élites européennes ? Malgré toute l'appréhension et les émotions suscitées par des attentats successifs, un rituel psychologique de gestion de cette menace s'est établi. Pendant un certain temps après chaque attentat terroriste, les forces de l'ordre restent dans un état de vigilance accrue, les responsables politiques prononcent pratiquement les mêmes phrases grandiloquentes et, en dépit du renforcement des mesures de sécurité, la vie retrouve rapidement son cours normal. Dans une certaine mesure, les gens se sont déjà habitués à ce danger qui, quoi qu'il en soit, ne menace pas les fondements de l'ordre social et politique ; il est reconnu comme un élément déplorable, mais inévitable de la réalité contemporaine – aux yeux des élites, car une partie significative de la société est d'un avis totalement différent, se révoltant contre l'immigration de masse et la politique d'ouverture des frontières, les considérant comme un danger mortel pour eux-mêmes et pour l'Europe. La Russie, avec sa politique agressive et néo-impériale, est également perçue comme une menace, ce qui marque bien entendu un changement majeur par rapport au passé récent, lorsque de telles opinions étaient qualifiées de russophobie primitive. Toutefois, cette menace est elle aussi fréquemment minimisée et n'empêche pas de nombreux responsables politiques « occidentaux » de se montrer indulgents envers la Russie ou d'entretenir des contacts de longue date et, dans certains cas, d'accepter un généreux « parrainage » russe. L'ancien chancelier allemand, Gerhard Schröder, est loin d'être le seul cas d'ami fidèle de la Russie, grassement payé, parmi les élites européennes.

En réalité, on prête une attention nettement plus grande au danger interne découlant de la « démocratie libérale » elle-même que celle accordée à ces menaces et à d'autres menaces similaires (on pourrait ajouter ici l'expansion de la Chine, la crise au Moyen-Orient, ou les problèmes financiers, etc.). Il s'agit de sa remise en question, de sa critique ou même de son rejet pur et simple. On donne divers noms à cet ennemi intérieur, si

l'on ne veut pas parler franchement, brutalement et avec exagération de fascisme ou d'autoritarisme. Deux termes reviennent et ont récemment gagné en popularité : « démocratie illibérale » et « populisme », évidemment, ainsi que « nationalisme », toujours utile dans ces cas-là.

La démocratie illibérale et le populisme sont également des termes qui ne datent pas d'hier, mais qui sont maintenant utilisés un peu différemment d'avant, dans des contextes différents et en lien avec la crise des réfugiés, qui devient également un énorme problème systémique de la démocratie libérale. L'ennemi numéro un de l'« Occident libéral » n'est pas actuellement l'« islamiste », mais le « populiste », le « nationaliste » ou l'« eurosceptique ». L'islamiste est un ennemi extérieur, tandis que le populiste, le nationaliste ou l'antilibéral est un adversaire qui pourrait faire exploser l'ordre libéral par le milieu. Il évoque les sentiments les plus vifs, les émotions les plus extrêmes, comme c'est toujours le cas pour un ennemi intérieur. Ils donnent des noms personnifiant ce mal de notre temps : Donald Trump, Victor Orban, Jarosław Kaczyński, Marine Le Pen. Et d'autres personnalités politiques extrémistes mineures des pays de l'UE sont citées, ainsi que les dirigeants autoritaires de la Russie et de la Turquie, Vladimir Poutine et Recep Erdoğan.

On a du mal à comprendre ce qui pourrait lier ces personnalités diverses, quelle aberration intellectuelle pousse à considérer que la situation en Pologne est similaire à celle de la Russie ou de la Turquie, voire à affirmer que la Turquie marche sur les traces de la Pologne, ou que Donald Trump imite Jarosław Kaczyński.

Admettons toutefois qu'il ne s'agit pas uniquement de post-factualité ou de post-vérité, pas de la bataille politique brutale dans laquelle toutes les méthodes sont bonnes pour discréditer l'adversaire, mais que dans cette rhétorique, dans ces avertissements emphatiques contre le populisme et le nationalisme, contre l'établissement d'une démocratie illibérale, on voit

l'expression d'une peur authentique chez ceux qui, dans le système de pouvoir précédent, étaient dans leur élément, toujours portés par le courant principal.

Toutefois, il convient d'observer que si aujourd'hui, la « démocratie illibérale, le populisme, l'autoritarisme, etc. » sont considérés comme une menace pour l'ordre politique actuel ; voici quelques années à peine, des mises en garde étaient lancées contre la menace d'atrophie de la démocratie, une métamorphose en post-démocratie, dans laquelle les institutions démocratiques sont de plus en plus superficielles. Comment, donc, ces deux descriptions se rejoignent-elles ? S'agit-il vraiment d'une crise du libéralisme dans la démocratie, ou d'une crise de la démocratie dans le monde libéral ? La « démocratie illibérale » est-elle vraiment une menace pour l'ordre politique de l'« Occident », ou s'agit-il plutôt d'une « post-démocratie libérale » ?

II. Qu'est-ce que la démocratie illibérale ?

Quelle est donc cette démocratie illibérale censée menacer les acquis de la démocratie « occidentale », de la démocratie libérale ? À première vue, elle ne semble guère difficile à définir. Le premier à en parler a sans doute été Fareed Zakaria, qui, dans son célèbre article intitulé « The Rise of Illiberal Democracy », voici vingt ans, puis dans un livre portant le même titre, mettait en garde contre le fait que la vague de démocratisation du début des années 1990 ne signifiait pas nécessairement davantage de libertés civiles et de liberté. Mais c'est seulement Victor Orban, déclarant dans son célèbre discours de 2014 que la démocratie libérale ne pouvait pas être un outil de modernisation pour les pays en devenir, comme la Hongrie, qui l'a fait réellement entrer dans le langage politique, pour devenir un concept utilisé dans la bataille politique.

La démocratie illibérale était censée être le contraire de la démocratie libérale, une démocratie dépourvue d'éléments libéraux. La question qui se pose ici est de savoir quel est le sens de ce libéralisme qui rend la démocratie libérale, et lorsque la démocratie perd son caractère libéral, quels sont les éléments libéraux qui lui sont essentiels ? Et aussi : comment sont-ils réalisés dans les différentes cultures politiques, quelles formes spécifiques revêtent-ils ?

Zakaria a défini la démocratie libérale comme étant « un système politique marqué non seulement par des élections libres et équitables, mais aussi par l'État de droit, la séparation des pouvoirs et la protection des libertés fondamentales d'expression, de réunion, de religion et de propriété »¹. La démocratie illibérale, quant à elle, est un système qui, bien que démocratique, n'est pas libéral. On y organise certes des élections libres et équitables, mais ceux qui les gagnent ne veulent pas respecter ces principes fondamentaux. Dans un tel système, la liberté et les droits des personnes ou des groupes minoritaires, y compris une minorité politique, sont en danger. La thèse de la propagation de la démocratie illibérale suppose une tension fondamentale, voire un conflit, entre le libéralisme et la démocratie, entre les droits de la personne et les décisions démocratiques prises par la collectivité. Zakaria affirme que le libéralisme constitutionnel vise à restreindre le pouvoir des autorités, tandis que la démocratie consiste à l'accroître et à l'appliquer². La démocratie libérale est un système qui combine ces deux aspirations, s'efforce de les maintenir en équilibre, tandis que la démocratie illibérale supprime les restrictions au pouvoir.

1. Fareed Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, Foreign Affairs, Vol, 76, n° 6 (novembre/décembre 1997), p. 22-43, citation p. 22.

2. *Ibid.*, p. 30. Cf. également Fareed Zakaria, *The Future of Freedom : Illiberal Democracy at Home and Abroad*, New York/Londres 2007.

Cependant, il n'est pas difficile de se rendre compte que ce que l'on appelle aujourd'hui la démocratie libérale ne reflète ni ce qui était proclamé par le libéralisme classique, ni les modèles normatifs contemporains d'un système et d'une société libéraux. John Rawls a écrit que le libéralisme politique suppose l'existence d'une société pluraliste, qu'il suppose l'existence de nombreuses doctrines étendues qui se heurtent à leurs conceptions du bien, de personnes qui peuvent être conciliées de manière tout à fait rationnelle³. Il a accepté simultanément l'absence de « terrain public commun » pour différencier les vraies convictions des fausses – ceci se référant évidemment aux convictions éthiques, aux perspectives, aux différentes philosophies et conceptions de la vie. On ne peut pas déterminer rationnellement quelle religion ou philosophie est vraie et laquelle est fausse, et en tant que tel, le libéralisme se devait d'être politique, et non métaphysique – recherchant les conditions de coexistence dans les limites d'une telle société, sans proposer sa propre vision du bien.

Rawls a cependant supposé que les sociétés contemporaines sont fondées sur un consensus moral résultant de l'intersection de diverses doctrines extensives, et constituant donc un dénominateur commun des différentes doctrines présentes dans la société.

On peut toutefois douter que les sociétés contemporaines soient vraiment aussi moralement diversifiées que l'a décrit Rawls. Il est assez frappant de constater qu'elles présentent une grande unité de vues, mais que la « doctrine extensive » domine. Au lieu d'une multitude de conceptions différentes du bien, de philosophies différentes, chacune pouvant être considérée comme rationnelle, nous avons en fait affaire à une vision excessivement cohérente et fondamentaliste, imposée énergiquement et même impitoyablement à ses propres citoyens et au monde extérieur

3. John Rawls, *Liberalizm polityczny [Libéralisme politique]*, Varsovie 1998, p. 196.

comme la seule rationnelle⁴. C'est cette vision du monde que l'on qualifie aujourd'hui de libéralisme, avec une anthropologie et une conception du bien puissantes. Son caractère est supranational, et on pourrait donc affirmer qu'il existe même une culture libérale supranationale, mondiale et dominante – une « Leitkultur ».

Si le libéralisme classique – et les institutions issues de son esprit – s'est donné pour mission première de limiter le pouvoir politique, le libéralisme d'aujourd'hui, celui qui existe de fait, proclame la nécessité de renforcer le pouvoir de l'État, en supprimant les groupes et les personnes qui ne partagent pas sa vision libérale du monde.

En effet, pour les questions morales les plus importantes et les aspects liés au système politique, tout le monde devrait être d'accord, en vertu du principe « tout le monde peut avoir sa propre opinion, pour autant que ce soit la même ». Quant à ceux qui ont des convictions différentes, ils peuvent bien sûr – en principe – les cultiver en privé, mais ne peuvent pas les proclamer en public, et surtout ne peuvent pas s'efforcer de faire en sorte que leur « doctrine étendue », en désaccord avec celle de la culture libérale dominante, façonne la vie politique. Par conséquent, nous avons une terreur croissante de l'opinion dans la « démocratie libérale », vécue par tous ceux dont les opinions ou les comportements divergent des canons acceptés de la rectitude libérale.

En vertu de la « doctrine extensive » libérale, l'homme est une personne autonome et indépendante, qui a le droit de faire des choix sans contrainte s'ils ne violent pas fondamentalement les libertés des autres. Tous les choix se valent aussi longtemps qu'ils ne sont pas contaminés par le « fondamentalisme » – par la conviction d'être détenteur d'une vérité qui devrait être mise en œuvre dans la société. Toutes les relations

4. Concernant les nombreuses similitudes entre le libéralisme contemporain et le communisme, voir Ryszard Legutko, *Triumf człowieka polskiego*, Poznań 2012.

interpersonnelles sont également censées être fondées sur ce principe du choix sans contrainte, de l'assemblée volontaire ; l'État ne peut s'immiscer dans ces choix, mais il doit en même temps combattre tous les choix qui sont « fondamentalistes », et non libéraux. Le seul fondamentalisme autorisé est le fondamentalisme « libéral ».

Un autre élément de cette doctrine est le constructivisme radical, qui rejette toutes les différences naturelles entre les personnes, par exemple les différences de genre : « Le projet démocratique [mais j'ajouterais surtout dans la démocratie libérale actuelle, pas dans la démocratie fondée sur d'autres principes, par exemple dans l'ancienne démocratie nobiliaire polonaise, fondée sur des principes républicains] se fonde sur une interprétation différente de la différenciation des personnes – à savoir celle qui rejette les différences découvertes entre elles et les remplace par des différences créées. Les frontières qui détermineront l'objet des batailles les plus violentes se situeront plus tard entre “découvrir” et “créer” : les frontières entre le conservatisme et le progressisme, entre la subordination et l'autodétermination, entre la perception ontologique et le constructivisme qui consiste à recommencer autrement, et enfin entre la culture élitiste et la culture populaire »⁵.

Un État de démocratie libérale est censé éviter d'avoir une quelconque influence sur la politique des personnes ne partageant pas cette vision du monde. Le concept de démocratie illibérale est l'expression d'une inquiétude face à la tyrannie de la majorité, à la « démocratie totalitaire », dans laquelle les droits des personnes ou des minorités ne sont pas respectés, tandis que la majorité impose sa volonté de manière impitoyable. Mais il s'agit aussi essentiellement de l'expression de la peur de la liberté, de la liberté de ceux qui ne partagent pas cette vision libérale

5. Peter Sloterdijk, *Pogarda mas [Le mépris des masses]*, Varsovie 2003, p. 123 [citation traduite du polonais – note du traducteur].

du monde. Elle exprime la peur et le mépris des « masses », d'être sous la domination de la « foule », de la « populace », des « PiS-teurs »⁶, des « bérets en mohair »⁷, des « rustres » ou d'hommes blancs frustrés, etc.

Les défenseurs de la « démocratie libérale » prétendument menacée ne se préoccupent pas uniquement de l'État de droit, de la séparation des pouvoirs et des libertés fondamentales – telles que la liberté d'expression, de réunion, de confession et de propriété –, qui sont effectivement menacées dans certains pays (comme la Turquie et la Russie), mais défendent la domination de leur propre vision « libérale » du monde. Et en effet, en Pologne ou en Hongrie, c'est bien cela qui est en recul – et non les principes constitutionnels fondamentaux de la démocratie parlementaire. Or, c'est précisément cette domination qui menace les libertés fondamentales et la séparation des pouvoirs, et qui fait également perdre toute signification aux élections démocratiques, puisque le choix est limité aux seuls partisans des principes fondamentaux de cette vision du monde. Ce conflit est plus grave dans les pays qui se perçoivent comme périphériques, car les élites – de caractère postcolonial – embrassent des centres de pouvoir extérieurs, y compris dans le domaine culturel. Le contrôle « libéral » est perçu par les personnes contrôlées comme une limitation de la souveraineté et une ingérence de l'extérieur.

III. Révolte populiste

Les opposants à la « démocratie libérale » dans sa forme actuelle sont des « populistes ». Aujourd'hui, le populisme est un mot-clé. Un mot qui

6. PiSowiec » : terme dédaigneux formé à partir du nom du parti PiS (en français : Loi et Justice), pour décrire les partisans du parti [note du traducteur].

7. « Moherowe berety » (littéralement « bérets en mohair ») : expression moqueuse utilisée pour les personnes soutenant le mouvement catholique conservateur en Pologne [note du traducteur].

est utilisé pour stigmatiser les responsables politiques gênants, et ceux de droite plutôt que de gauche. En fait, il serait difficile de le définir de manière à en faire un outil d'analyse utile, puisque tout responsable politique dans une démocratie doit être un populiste au sens large du terme. En effet, il parle au nom du peuple, il doit remporter des voix, jouer sur les émotions. Et plus il est charismatique, mieux c'est. Dans la perception commune, le charisme est l'aptitude à stimuler les électeurs, à faire basculer la foule, à gagner et à unir les partisans. Toutefois, en donnant à cette notion un sens aussi large, nous devrions admettre que presque tous les grands de la démocratie contemporaine, de Kennedy à Obama et à Macron, sont des populistes. La seule différence entre Emmanuel Macron et Marine Le Pen serait que le premier s'est révélé être un populiste nettement meilleur et plus efficace. Afin d'éviter une conclusion aussi désagréable pour les adversaires des « populistes », il convient de réduire la portée de la notion. On dit dès lors que le populisme est un style spécifique de pratique de la politique, fait de slogans simplifiés, de démagogie, de recours aux émotions des gens et à un langage tranchant et qui divise. Pourtant, cela ne mène pas non plus au résultat escompté ; en effet, il serait difficile de comprendre pourquoi un slogan tel que « *Make America great again* » devrait être plus populiste que « *Yes, we can* ». Un autre critère apparent définissant le populisme est de parler au nom du peuple, de la nation, des gens ordinaires contre les élites. Mais ce critère n'est pas non plus suffisant ; les responsables politiques de l'opposition fustigent fréquemment les élites. C'est la raison pour laquelle certains commentateurs sont prêts à faire la distinction entre les bons et les mauvais populistes. Martin Schulz, brièvement proclamé le Messie de la social-démocratie allemande, a été présenté comme un « populiste démocratique » censé mettre un terme au mauvais populisme.

Mais comment distinguer un bon populiste démocratique d'un mauvais populiste antidémocratique ? En réalité, il n'existe pas de « populistes

antidémocratiques » aujourd'hui. Sheri Berman, dans son article « Populism Is Not Fascism », attire l'attention sur le fait qu'actuellement, tous les populistes, même ceux qui sont très « mauvais », sont des démocrates : « Les extrémistes d'aujourd'hui affirment qu'ils ne veulent pas enterrer la démocratie, mais l'améliorer. Ils critiquent le fonctionnement de la démocratie contemporaine, mais ne proposent aucune alternative à celle-ci, se contentant de vagues promesses de rendre le gouvernement plus fort, plus efficace et plus réactif. »⁸

Jan Werner Müller, professeur allemand à l'université de Princeton aux États-Unis, est l'auteur d'un livre qui a récemment gagné en popularité. Il y propose une définition commode du populisme pour les défenseurs de l'ancien régime libéral. Il y affirme qu'un populiste non seulement parle au nom du peuple, le *populus*, contre les élites, mais le fait en prétendant être la seule et unique voix du « peuple ». En représentant une partie de la société ou de la nation, il reconnaît cette partie comme le tout ; il se présente comme le seul représentant authentique de la nation et exclut les autres comme étant ses ennemis. Un populiste fait donc appel à une unité qui n'existe pas, qui n'est qu'illusoire, surtout dans une démocratie libérale. Il assume une identité substantielle de la nation ou du peuple. Selon Müller, le cœur du populisme est constitué d'un « anti-pluralisme moraliste ». Et il ajoute que trois éléments interconnectés appartiennent au populisme : l'anticapitalisme, le nationalisme culturel et la politique autoritaire⁹.

Le problème est que l'« anti-pluralisme moraliste », ou l'usurpation du droit de s'exprimer au nom de l'ensemble, est également un attribut du

8. Sheri Berman, *Populism Is Not Fascism – But It Could Be a Harbinger*, Foreign Affairs, Vol. 95, n° 6 (novembre/décembre 2016), p. 39-44, citation p. 43.

9. Jan-Werner Müller, *What is Populism ?*, Philadelphia 2016.

courant « libéral » dominant. On pourrait citer l'exemple de l'annexion du terme « européen » (comme dans une personne) et « Europe » par des adeptes indiscriminés de l'Union européenne, visant à sa centralisation. En tant que tels, ceux qui la décrivent moins favorablement ne sont pas des « Européens » et sont reconnus comme des opposants à l'« Europe ». Les adeptes de la culture libérale dominante se considèrent comme les seuls véritables représentants de leurs pays et de l'Europe.

Ils sont également passés maîtres dans l'art d'« écarter », d'« exclure », appliquant impitoyablement cette procédure contre les « populistes », les « nationalistes », les « eurosceptiques » et les « fascistes » – tous ceux qui se présentent ou pourraient se présenter comme tels. Le « courant dominant » regarde avec mépris ceux qui ne sont pas prêts à suivre le mouvement. Au Parlement européen, les membres du FN sont exclus du travail sur les règlements et les directives, même lorsque les amendements qu'ils proposent sont tout à fait acceptables. En Allemagne, l'AfD a été attaqué même dans sa version initiale, lorsque le noyau de sa direction était composé de professeurs d'économie et de personnes ayant des opinions conservatrices-libérales, etc.

Le dégoût pour les personnes ayant des opinions et un mode de vie différents de ceux qui prévalent est assez répandu, un phénomène que l'on a également pu observer en Pologne jusqu'en 2015. Pendant les gouvernements de coalition PO-PSL, les partisans du PiS étaient présentés comme des personnes aux capacités cognitives limitées et au code linguistique extrêmement appauvri. On a tenté d'exclure les « PiS-teurs » de la sphère publique en les qualifiant de « bérêts en mohair », de fêlés, de personnes à l'intelligence très limitée, et on les a traités non pas comme des rivaux politiques dans le cadre de la démocratie ou comme des concitoyens ayant des opinions différentes, mais également fondées, mais comme une « bande de brigands », qu'il fallait « achever » ou « réduire à

leur plus simple expression ». D'autre part, ils se sont attribué le monopole de la rationalité, de la droiture et de l'européanité.

Aujourd'hui encore, l'opposition est reconnue par les médias occidentaux comme étant composée de vrais Polonais, qui manifestent tous dans la rue contre un gouvernement aliéné et sans soutien. Ils sont les seuls vrais représentants des Polonais, pas ceux qui ont voté aux dernières élections pour le PiS, qui ont été soi-disant manipulés, trompés et soudoyés.

On observe des événements similaires dans d'autres pays. Y compris aux États-Unis, pays où la notion de populisme est née, bien qu'elle y soit aussi employée dans un sens raisonnablement neutre. On souligne, par exemple, que le populisme des partisans de D. Trump se rapproche des idées de l'époque d'Andrew Jackson, un président auquel on attribue de grands services rendus dans la construction de la démocratie américaine¹⁰.

10. « Le populisme typiquement américain auquel adhère Trump est ancré dans la pensée et la culture du premier président populiste du pays, Andrew Jackson. Pour les jacksoniens – qui ont formé le noyau dur de supporters passionnés de Trump –, les États-Unis ne sont pas une entité politique créée et définie par un ensemble de propositions intellectuelles enracinées dans les Lumières et orientées vers l'accomplissement d'une mission universelle. Il s'agit plutôt de l'État-nation du peuple américain, et ses principales activités se déroulent chez lui. Les jacksoniens considèrent l'exceptionnalisme américain non pas comme une fonction de l'attrait universel des idées américaines, ni même comme une fonction d'une vocation américaine unique à transformer le monde, mais plutôt comme enraciné dans l'engagement singulier du pays envers l'égalité et la dignité de chaque citoyen américain. » Walter Russell Mead, *The Jacksonian Revolt. American Populism and the Liberal Order*, Foreign Affairs, Vol. 96 n° 2 (mars/avril 2017), p. 2-7, citation p. 3.

La démocratie gouvernée par les populistes est-elle ainsi une démocratie illibérale ? Müller met en garde contre une telle conclusion. De son point de vue, les populistes portent atteinte à la démocratie en tant que telle, et pas seulement au libéralisme, et, après avoir accédé au pouvoir, ils instaurent un gouvernement autoritaire. La démocratie illibérale ne serait qu'un bref interlude menant à l'autoritarisme. Et en effet, de nombreux responsables politiques et commentateurs n'ont pas le temps de faire preuve de subtilité, décrivant la Hongrie ou la Pologne, sans tourner autour du pot, comme des « régimes autoritaires », et non comme des démocraties illibérales.

IV. Post-démocratie libérale

Les raisons de l'émergence des tendances populistes sont apparemment en partie économiques, et en partie culturelles. Dans de nombreux pays occidentaux, l'effondrement de leur industrie traditionnelle et le transfert de la production vers des pays où le coût de la main-d'œuvre est nettement inférieur ont laissé derrière eux de nombreuses « ceintures de rouille », des régions anciennement industrielles en déclin et où la frustration est présente chez de nombreuses personnes. La transformation post-communiste a également modifié de nombreuses régions d'Europe centrale et orientale en de telles ceintures de rouille. Par ailleurs, à la suite de la convergence en matière de politique économique entre la gauche et la droite contemporaines, la politique dans les pays occidentaux se concentre sur les questions culturelles. Le populisme est, dans une large mesure, une révolte de la vieille génération et des habitants des provinces contre une politique axée sur des objectifs culturels – la promotion des

valeurs postmodernes d'expression et d'épanouissement personnel, contre les valeurs des « jeunes et des éduqués des grandes villes »¹¹.

La « démocratie libérale » contemporaine, qui n'a pas grand-chose en commun avec le libéralisme classique, repose sur une alliance entre le capital et la gauche culturelle, la politique identitaire de gauche. Il n'y a pas – et il n'y a jamais eu – de prolétaires du monde ayant les mêmes intérêts, mais il existe une classe mondiale supérieure formée dans les mêmes universités, utilisant le même langage, le même code culturel. Certains finissent dans les affaires, d'autres dans le monde de la politique, de la culture et de la science. L'alliance entre la gauche culturelle et l'élite économique est peut-être instable et n'est pas exempte de tensions, mais elle est réelle. Le dénominateur commun en l'espèce est un libertinage des mœurs, qui peut parfaitement coexister avec le néolibéralisme économique ainsi qu'avec l'idéologie susmentionnée du libre choix et de l'engagement humanitaire. Cette symbiose entre la gauche et les grandes entreprises se manifeste, entre autres, par le phénomène du « communisme libéral », décrit avec justesse par le néo-marxiste Slavoj Žižek : « Les communistes libéraux sont de grands cadres réformant l'esprit de concours, ou, pour le dire autrement, des geeks de la contre-culture qui ont pris le contrôle de grandes entreprises. »¹²

De l'autre côté de la barricade, on trouve les partisans du Brexit, de Trump, de l'AfD, les personnes inutiles, superflues, celles qui peuvent être ignorées, rabaisées, le simple citoyen dans la rue, les bérêts en mohair. Des personnes qui ont l'impression que leur monde est en train de subir une transformation fondamentale, qu'il leur est enlevé. Le problème n'est

11. Fareed Zakaria, *Populism on the March. Why the West Is in Trouble*, Foreign Affairs, Vol. 95, n° 6 (novembre/décembre 2016), p. 9-15.

12. Slavoj Žižek, *Violence*, New York, 2009, p. 15.

plus seulement l'« externalisation », mais aussi, dans de nombreux cas, l'« afflux ». Non seulement ces personnes ont souvent perdu leur emploi, mais elles se retrouvent aussi avec de nouveaux voisins inattendus, dont elles ne pourront pas se débarrasser en changeant de quartier, et que la démocratie libérale ne peut refuser d'accepter sans contredire ses propres principes fondamentaux. Auparavant, la situation en Europe n'était pas aussi tendue, mais l'immigration en provenance du Moyen-Orient a fait pencher la balance.

Dans ce conflit, certains sont censés défendre la liberté (les libéraux), tandis que d'autres veulent la restreindre (les populistes, les démocrates illibéraux). Mais c'est alors oublier que le libéralisme n'a pas le monopole de la liberté, et que la démocratie est aussi liée à la liberté. L'un des droits les plus importants de la personne est celui de pouvoir choisir ceux qui gouvernent, de changer de gouvernement. Comme le dit Habermas, les citoyens d'une démocratie sont soumis aux lois qu'ils se sont octroyées dans le processus démocratique. L'appriovissement de la démocratie par le libéralisme conduit donc à une crise de la liberté – réduisant la liberté politique au profit de la liberté négative, la liberté de la personne. C'est la source de déception à l'égard de la démocratie, le sentiment que les mêmes personnes sont toujours élues de toute façon, qu'il n'y a pas de véritable choix, qu'au fond, les partis et les responsables politiques ne sont pas différents les uns des autres. Et cela suscite à son tour un désir de changement, de recherche d'une alternative, qui aboutit parfois à des choix totalement malavisés. On peut donc dire que les « populistes » contemporains sont des responsables politiques qui font appel à ces émotions refoulées, aux personnes marginalisées – ou sont même leurs représentants, s'efforçant à nouveau d'inclure les « exclus » dans la sphère publique, de leur permettre de s'exprimer. On pourrait difficilement considérer cela comme une activité antidémocratique ou anti-propriété.

Ce n'est pas le libéralisme qui est menacé, ni la liberté économique ou la liberté de la personne, mais la démocratie, c'est-à-dire la capacité de prendre des décisions collectives concernant le destin commun. Les droits de la personne sont garantis, y compris les droits de l'homme. Nous pouvons vivre comme nous l'entendons, aussi longtemps que notre façon de vivre ne compromet pas la sécurité des autres. Ce n'est pas le président Donald Trump qui menace les modes de vie contre-culturels à New York. Jarosław Kaczyński ne refuse pas aux habitants de l'arrondissement de Wilanów, à Varsovie, le droit de vivre comme bon leur semble. Tout au plus, il leur refuse la possibilité de façonner la vie des autres, la vie de la majorité.

Contrainte par les principes libéraux – par le libéralisme culturel et économique –, la démocratie devient une post-démocratie, dans laquelle tous les mécanismes et institutions démocratiques sont conservés, mais perdent leur portée réelle¹³. Un phénomène lié à la dépolitisation, à la propagation de l'apathie politique, au manque de participation. Cette atrophie de la politique est un effet de la disparition du *demos*, du peuple, du *populus*¹⁴. La post-démocratie est une démocratie dans laquelle il n'y a plus de *demos*, dans laquelle la population commune ne joue aucun rôle. C'est un système dans lequel les élites et les institutions ont plus de pouvoir que l'électorat et ses représentants (John Fonte).

Ce n'est pas le fruit du hasard si cette transformation de la démocratie en post-démocratie se produit quelque temps après sa victoire triomphante sur le totalitarisme. De même que le dépassement du « socialisme réel » a modifié le capitalisme, le transformant en turbo-capitalisme, de même l'effondrement de la « démocratie socialiste » a

13. Colin Crouch, *Postdemokratie*, Francfort-sur-le-Main, 2009, p. 31.

14. Jacques Rancière, *Das Unvernehmen. Politik und Philosophie*, Francfort-sur-le-Main, 2002.

radicalisé le libéralisme politique et culturel, le transformant en archi-libéralisme.

Comme le craignaient Arendt et Schmitt, le politique a été neutralisé, colonisé par l'économique. La transformation de la démocratie en post-démocratie s'effectue, selon des critiques principalement de gauche comme Chantal Mouffe, Ernesto Laclau, Jacques Rancière et Colin Crouch, par le transfert des mécanismes de marché et des règles d'activité de la sphère économique dans la sphère politique. Aujourd'hui, ce n'est pas tant l'économie qui doit être protégée de la politique, comme on le croyait dans les années quatre-vingt, que la politique qui doit être protégée de l'économie. In fine, comme l'a souligné Adam Smith, non seulement la politique peut corrompre l'économie, mais celle-ci peut également corrompre la politique, en violant son éthique spécifique.

Cette absorption économique de la politique se manifeste entre autres par des phénomènes tels que le transfert des tâches de l'État à des « entreprises extérieures », la fusion des élites économiques et politiques, le changement du caractère des élections, qui sont de plus en plus une affaire de spécialistes du marketing et des relations publiques, la privation des décisions politiques de leur caractère décisionnel pour leur conférer celui de prendre des mesures auxquelles « il n'existe pas d'alternative », qui sont dictées par les « lois de l'économie » ou les « lois de l'histoire », le façonnement de l'État selon le modèle de l'entreprise, l'effondrement de l'éthique du fonctionnaire de l'État et de la confiance en ses compétences, la marginalisation du parlement comme étant incompetent et essentiellement superflu, et le transfert des tâches législatives à des spécialistes. Plus les tâches de l'État sont dévolues à des entreprises privées, plus le gouvernement peut se concentrer purement sur la

construction de sa « marque » et de son image, sans assumer la responsabilité de la qualité de ses « produits »¹⁵.

Ces processus sont également renforcés par la restriction toujours plus grande de la souveraineté des États-nations engendrée par les processus de mondialisation et d'eupéanisation. Parallèlement à son absorption par l'économie, la politique subit également une juridification, devenant subjuguée et neutralisée par le droit. Les tribunaux empiètent de plus en plus sur l'autorité des organes politiques. Norbert Lammert, qui fut pendant longtemps président du Bundestag, a récemment attiré l'attention sur cet aspect lorsqu'il a mis en garde le tribunal constitutionnel allemand contre le fait de « pratiquer la politique par d'autres moyens », à savoir par le biais des décisions du tribunal¹⁶. Dans de nombreux cas, ces tribunaux ont initié de profonds changements politiques et culturels en invoquant « l'esprit de la constitution », sans se soucier de la volonté de la majorité.

La célèbre politologue allemande, Ingeborg Maus, démontre dans ses travaux qu'il y a eu une dangereuse séparation entre les droits de l'homme et la démocratie. Dans les pays périphériques plus faibles, il est aujourd'hui très courant que les droits de l'homme soient mis en œuvre par des organisations extérieures à l'État démocratique, parfois contre la volonté de la population locale. Bien que cette dépendance vis-à-vis des organisations internationales implique la diffusion de principes libéraux, il s'agit de principes qui ne sont pas ancrés dans un contexte culturel. Une « société civile » organisée et financée principalement de l'extérieur devient une société non civile. Conformément à ce diagnostic, le pouvoir

15. Colin Crouch, *Postdemokratie*, p. 130.

16. Norbert Lammert, *Produktive Spannung*, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 17 mai 2017.

privé non contrôlé est une plus grande menace que le pouvoir étatique non contrôlé, ¹⁷le pouvoir de Soros plus que celui d'Orban.

Ces processus sont allés plus loin en Europe que nulle part ailleurs. Une créature politique a vu le jour – l'Union européenne – qui n'est pas démocratique de par sa nature même. Il ne s'agit pas d'un quelconque déficit transitoire ou accidentel de démocratie, mais cela découle de la nature hybride même de l'Union, du fait qu'il s'agit d'une union d'États avec des institutions supranationales. La suppression du « déficit démocratique » devrait signifier lui accorder une nouvelle forme de type étatique, en transformant l'Union en un État démocratique. Par ailleurs, ce nouveau type d'unité politique se construit lentement, tout en ayant pleinement conscience qu'il n'existe pas à ce jour de « peuple européen », de nation européenne. Mais elle s'accompagne de l'espoir qu'avec le temps, elle verra le jour – sous l'influence d'institutions communes et de mesures politiques conscientes possédant la structure de la mémoire partagée. La politique est une question de fonctionnement des élites européennes sous le contrôle toujours plus réduit de leurs peuples. Jürgen Habermas qualifie le système et le mode de fonctionnement actuels de l'Union de « fédéralisme exécutif post-démocratique » (*postdemokratische Exekutivföderalismus*), et propose de réformer l'Union dans le sens d'une démocratie transnationale, tout en conservant le rôle constitutionnel de l'État-nation comme garant du droit et de la liberté¹⁸. Une aspiration nettement plus réaliste consiste à la fonder sur les démocraties des États-nations et à construire une Europe des patries.

17. Colin Crouch, *Postdemokratie*, p. 35.

18. Jürgen Habermas, *Zur Verfassung Europas*, Berlin 2011, p. 48-96.

V. Reconstituer ce qui est politique

Le phénomène connu sous le nom de « populisme » est donc une réaction à la post-démocratie. Le célèbre chercheur néerlandais Cas Mudde définit le populisme comme une « réponse démocratique non libérale au libéralisme non démocratique »¹⁹.

Pourtant, cette définition ne semble pas saisir l'essence du phénomène. Le populisme, dit le philosophe politique de gauche Ernesto Laclau, est l'essence de la politique en démocratie. Sans le *demos*, il n'y a pas de démocratie ; et donc il n'y a pas de démocratie sans populisme. « Si nous parlons au nom de la démocratie, nous parlons au nom du peuple, » écrit Laclau. Et il ajoute : « Un trait caractéristique du populisme est l'accent particulier de la logique politique présente dans chaque action politique »²⁰.

Le populisme apparaît pleinement dans le processus de constitution et de reconstitution des identités politiques, dans l'établissement et l'effondrement de la sphère politique au sein de laquelle une démocratie plus ou moins « libérale » est seulement possible. Et l'établissement de l'unité politique d'une communauté, la constitution de l'identité, signifie toujours l'établissement de frontières entre « nous » et « eux », et par conséquent, il y a toujours un moment d'« *agôn* », de lutte.

Par conséquent, le populisme d'aujourd'hui n'est pas nécessairement le même phénomène que celui dont on parlait et que l'on étudiait voici quelques années lorsqu'on s'attaquait à l'extrémisme politique. Il pourrait être le symptôme d'un profond processus de reconfiguration de la sphère

19. Le « populisme est une réponse démocratique illibérale au libéralisme antidémocratique. Il critique l'exclusion de questions importantes de l'agenda politique par les élites et appelle à leur repolitisation » – citant J. W. Müller, *What is Populism ?* p. 8.

20. Ernesto Laclau, *On Populist Reason*, Londres/New York, 2007.

politique dans les pays occidentaux, une tentative de reconstitution de cette unité qui semble menacée. On pourrait dire que le populisme d'aujourd'hui est une tentative de restituer le rôle du *demos* dans la démocratie.

Une telle reconstitution est-elle une menace pour la liberté, pour les institutions libérales au sens premier du terme ? C'est bien possible, mais ce n'est pas une obligation. Il n'est pas nécessaire de revenir aux extrêmes. Un commentateur du *Spectator* affirme que hormis les deux extrêmes que sont le populisme et la post-démocratie, la mobilisation politique de masse et la post-politique, il existe une autre solution possible : « la démocratie majoritaire dans un cadre libéral »²¹. Pour rappel, dans les années 2005-2007, l'idée d'une quatrième République polonaise a été évoquée en ces termes. Peut-être vaudrait-il alors la peine d'y revenir, de reprendre les idées exposées à l'époque. Quoi qu'il en soit, il est évident que l'intention des changements apportés en Pologne n'est pas d'abolir le cadre permettant la liberté politique et la liberté individuelle, mais de le consolider en renforçant l'unité politique de l'ensemble.

En renversant la thèse soutenue par les détracteurs de la « démocratie illibérale », il faut affirmer clairement qu'aujourd'hui, c'est le libéralisme qui menace la démocratie, et non la démocratie qui menace le libéralisme. La démocratie a donc besoin d'être amendée, d'être à nouveau enracinée dans la communauté politique, dont l'identité est en train de se reconstituer dans les conflits politiques actuels. En un mot, il est nécessaire de démocratiser la « post-démocratie » libérale.

21. John O'Sullivan, *Populism vs post-democracy*, <https://www.spectator.co.uk/2016/12/populism-vs-post-democracy/>

Jan Patočka, philosophe mort pour les droits : jalons d'une théorie des droits fondamentaux à l'aune de son œuvre

Par Adrien MONAT
Docteur en droit

Introduction

Quel que soit le vocable à travers lequel elle trouve une réponse, la question des droits fondamentaux anime l'histoire des idées. Le droit, la politique et la philosophie s'y entremêlent en un écheveau qui ne les distingue pas toujours clairement. Un philosophe mort pour son engagement politique en faveur d'une charte des droits retient dès lors l'attention. Il suscite souvent l'admiration pour l'exemple de sa vie ; au-delà, sa pensée est féconde, anime celle des autres, offre l'occasion de réfléchir à son tour la question des droits.

Tel est le cas de Jan Patočka, mort le 13 mars 1977 après avoir été interrogé par la police politique à propos de son rôle de porte-parole de la Charte 77, qui réclamait l'application effective des « libertés et droits de l'homme » en Tchécoslovaquie. Son œuvre est l'objet d'une littérature abondante en philosophie¹, mais est – encore – peu connue des juristes.

1. Voir notamment A. Laignel-Lavastine, *L'Esprit de la dissidence*, Michalon, 1998 ; R. Barbaras, *Le mouvement de l'existence*, Éditions de la Transparence, 2007 ; É. Tardivel,

Paul Ricoeur affirme que son « lecteur ne peut se soustraire à l'évidence de la grandeur »². Cet article propose de montrer qu'elle pose les jalons d'une théorie générale des droits fondamentaux. Conscient qu'un tel dessein ne saurait se résoudre exhaustivement dans la limite des pages que nous avons l'honneur de publier ici, il avance, plus humblement, quelques idées pour contribuer à ce champ d'études.

La vie de Jan Patočka est entourée de ce qu'un platonicien appellerait des « philosophes-rois ». Né le 1er juin 1907 à Turnov, dans la Bohême de l'Empire austro-hongrois, il fait des études à Prague au milieu des années 20, dans la Première République tchécoslovaque, fondée après la Grande Guerre et dirigée par le philosophe Tomáš Masaryk (1850-1937). Il l'étudie à plusieurs reprises et garde en mémoire l'importance de son engagement politique³. Il part ensuite à Paris, Berlin et Fribourg-en-Brigau, travaille auprès d'Alexandre Koyré, Edmund Husserl ou Martin Heidegger, puis entame une carrière universitaire à Prague. Elle est rapidement interrompue par l'occupation allemande pendant la Seconde Guerre mondiale, avant d'être arrêtée presque complètement, soumise à la domination soviétique⁴. Jan Patočka publie de ce fait la majorité de son œuvre au *samizdat*, clandestinement, et enseigne discrètement. Sa pensée marque profondément les dissidents au bloc de l'Est en Europe centrale. Václav Havel, second président-philosophe tchèque, lui dédie son essai sur

La liberté au principe, Vrin, 2011 ; K. Novotný, *La genèse d'une hérésie*, Vrin, 2012 ; M. Bernard, *Patočka et l'unité polémique du monde*, Peeters, 2016.

2. Préface de J. Patočka, *Essais hérétiques*, Verdier, 2007, p. 8 (sauf indication contraire, les ouvrages sont traduits par E. Abrams).

3. J. Patočka, *La crise du sens*, Ousia, 1985 pour le T. 1 et 1986 pour le T. 2.

4. A. Laiguel-Lavastine, *L'Esprit de la dissidence*, op. cit., p. 11.

*Le pouvoir des sans pouvoirs*⁵ et se considère comme son « héritier »⁶ ; il le cite parmi les noms sur lesquels s'est appuyé « le front culturel » résistant à l'oppression soviétique, « parmi les meilleures traditions » de la Tchéquie⁷.

Assise sur les épaules des géants grecs, de Socrate⁸, Platon⁹ et Aristote¹⁰, la pensée phénoménologique de Patočka¹¹ aborde une multitude de thèmes. Elle construit notamment une réflexion sur le mouvement qui anime l'existence des hommes dans le monde qu'ils habitent, et dessine de là une anatomie de leur vie et des possibilités leur liberté. Celle-ci n'est pas conçue de manière éthérée, pour des individus séparés des autres, de leur temps et de leur société ; elle est à l'inverse dépendante de questions historiques et politiques. Quelle communauté politique rend possible cette émancipation ? Quel rapport à autrui suppose-t-elle ? Quel a été le moment, quel rapport à l'Histoire est le plus propice à de tels accomplissements ? L'œuvre du philosophe tchèque apprise des questionnements relevant des philosophies politique et de l'histoire. Elle n'est pas véritablement une philosophie du droit – affirmer une telle chose serait sans doute excessif, mais s'intéresse de manière transverse à la chose juridique. Elle apporte particulièrement à l'analyse des droits fondamentaux, sans en être

5. V. Havel in *Essais politiques*, Calmann-Lévy, 1989, Trad. R. Errera et J. Valdislav, p. 65 et suiv.

6. *Ibid.*

7. V. Havel, « Pourquoi je suis candidat – Discours à la télévision tchécoslovaque prononcé le 16 décembre 1989 », in *L'amour et la vérité doivent triompher de la haine et du mensonge*, Éditions de l'aube, 1990, Trad. Y. Barelli, p. 18.

8. J. Patočka, *Socrate*, Cerf/APF, 2017.

9. Voir J. Patočka, *Platon et l'Europe*, Verdier, 1983 ; J. Patočka, « Le platonisme négatif », in *Liberté et sacrifice*, Millon, 1990, p. 53.

10. J. Patočka, *Aristote, ses devanciers, ses successeurs*, Vrin, 2011.

11. Voir notamment J. Patočka, *Qu'est-ce que la phénoménologie ?*, Million, 1988 ; J. Patočka, *Introduction à la phénoménologie de Husserl*, Million, 1992 ; J. Patočka, *Papiers phénoménologiques*, Millon, 1995.

une apologie béate ; mieux, elle se révèle ici comme la matrice qui sous-tend et trace de grandes directions pour une théorie générale des droits fondamentaux, tant à hauteur d'État (I) qu'à hauteur d'homme (II). De la philosophie de Jan Patočka naissent ainsi une classification critique des droits, une réflexion sur le cadre le plus approprié pour leur mise en place ; et d'autre part, une analyse du rôle des individus dans leur préservation et leur défense, ainsi que des ressorts de la résistance à l'oppression.

I. Les droits à hauteur d'État

Jan Patočka considère que « toute la marche de l'histoire européenne »¹² tourne autour du principe du « soin l'âme, de ce qui en l'homme dépasse la sphère de la simple subsistance »¹³. Ce legs grec est le nom du souci de soi, de la recherche d'une vie pétrie de spiritualité, s'interrogeant continuellement sur elle-même, où peuvent apparaître des individus libres, autant que responsables du monde qu'il leur est donné, et des autres personnes qui l'habitent avec eux¹⁴. Le philosophe tchèque estime que la vie européenne connaît ses acmés lorsqu'elle se rapproche de cet idéal, qu'elle décline lorsqu'elle s'en écarte¹⁵. Il est donc favorable à ce que les États contemporains imitent Rome, qui a voulu fonder « un État de droit (...) qui dérive de ce qu'ont élaboré les philosophes grecs »¹⁶, pour qu'ils soient justes et qu'ils créent les meilleures conditions pour une émancipation de leurs citoyens. Les droits fondamentaux et les mécanismes juridiques nécessaires pour assurer leur effectivité sont dans cette perspective les moyens de parvenir à ce dessein (A). Cette vision téléologique des droits n'est pas une parfaite abstraction, elle prend en

12. J. Patočka, *L'Europe après l'Europe*, Verdier, 2007, p. 37.

13. *Ibid.* p. 27.

14. J. Patočka, *Platon et l'Europe*, p. 81 et suiv.

15. J. Patočka, *Essais hérétiques*, op. cit., p. 133-135.

16. J. Patočka, *Platon et l'Europe*, op. cit., p. 19.

compte les conditions particulières de leur mise en place, privilégie le cadre historique des nations pour ce faire (B).

A – Une définition téléologique des droits

Jan Patočka ne donne pas de définition précise des droits fondamentaux, mais pointe trois éléments qui contribuent au souci de soi, qui le rendent plus facile, bien qu'ils ne soient pas suffisants à sa pratique. Le premier cherche à construire un rapport au monde dans sa totalité grâce à sa raison¹⁷, à élaborer un projet global sur son environnement, que l'on organise puis qu'on réalise grâce à son travail afin de jouir de ses fruits¹⁸. Le souci de soi passe également par celui de sa communauté politique et de son histoire, comme une façon de vivre avec autrui, solidairement, dans un cadre circonscrit et protecteur¹⁹. Enfin, cette doctrine de vie a trait à quelque chose de plus intime ; conscient de sa finitude et des limites de son corps²⁰, les individus réagissent dans leur for intérieur, luttent « contre le temps, contre la tendance du monde et de la vie au déclin »²¹, se créent liberté en s'exposant « à l'expérience et à l'épreuve fondamentales de l'existence humaine individuelle, c'est-à-dire à la mort et à la question de sa signification »²².

Une théorie des droits fondée sur les réflexions de Jan Patočka s'appuie sur l'idéal de la civilisation européenne, le souci de soi. Elle définit ce qui est fondamental comme ce qui contribue à ce dessein, sied à tous les États qui accordent une place cardinale à la vie humaine, à sa dignité et à son

17. J. Patočka, *Le monde naturel comme le problème philosophique*, Vrin, 2016, p. 28.

18. J. Patočka, *Platon et l'Europe*, op. cit., p. 193.

19. *Ibid.*

20. J. Patočka, *Le monde naturel comme le problème philosophique*, op. cit., p. 106.

21. J. Patočka, *Platon et l'Europe*, op. cit., p. 20.

22. *Ibid.*, p. 193 ; voir aussi sur le sujet J. Patočka, *Éternité et historicité*, Verdier, 2007, p. 117 et suiv.

libre développement. Cette théorie prétend ainsi à l'universalité ; elle s'intéresse à la vie même, la prend comme fondement sur lequel tous les autres droits se posent pour rendre possible le souci de soi²³. Elle donne des clefs pour proposer une classification des droits fondamentaux.

Il est possible de proposer des catégories de droits à l'envi, les plus utiles sont celles qui éclairent le mieux le droit positif qu'elles prétendent décrire. Deux types de classement sont souvent proposés à cette fin. Le premier est historique, il présente les droits en fonction du moment de leur édicition, les sépare sur une frise chronologique comme des évènements qui se suivent dans l'Histoire. Son didactisme et son resserrement autour de quatre catégories de droits²⁴ lui donnent une grande clarté, mais ne se saisissent pas assez précisément le droit positif. En effet, les droits fondamentaux ne gagnent pas une plus grande normativité en fonction du moment où ils intègrent un ordre juridique, leur matière est associée à des enjeux politiques, sociétaux et philosophiques, qui se répètent sans cesse, qui perdurent, plutôt qu'à des périodes strictement circonscrites. Des classements thématiques, qui placent fréquemment la vie humaine comme centre de leur étude de la substance des droits, existent aussi²⁵. Ils appréhendent précisément le droit

23. J. Patočka, *Platon et l'Europe*, op. cit., p. 27 et suiv.

24. Aux droits-libertés ont succédé les droits-créances, les droits qui impliquent une responsabilité envers les générations futures, puis les droits qui saisissent les risques des nouvelles technologies (M. Levinet, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010, p. 33 et suiv.).

25. Voir notamment D. Soldini, *Les grands textes de libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2020, p. 139 et S. ; R. Cabrillac, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2020, p. 168 et suiv. ; S. Hennette Vauchez et D. Roman, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2020, p. 291 ; X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, PUF, 2018, p. 281 et suiv. ; X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ, 2020, p. 371 et suiv.

positif, mais tendent parfois à multiplier les items qui les composent, à ne pas simplifier la compréhension de ce corps de règles.

La lecture de Jan Patočka fait toujours penser que le droit à la vie demeure le plus fondamental des droits, puisque tous les autres le présupposent. Elle mène à proposer une classification critique des droits, à la fois thématique et restreinte, autour de trois catégories générales qui permettent d'accomplir les différents aspects du souci de soi : les droits de l'homme dans son environnement, sa communauté politique et son intimité.

La première catégorie saisit le droit de l'environnement au sens large du terme, comme toutes les normes qui définissent le rapport des hommes avec la nature qui les entoure et dont ils font partie, que ce soit pour la protéger ou l'exploiter, et quel que soit le moyen technologique d'y parvenir. Elle met en évidence la vision du monde que ce droit promeut, et la place, plus ou moins libre, qu'y occupe l'individu. La théorie ici présentée refuse donc de voir le droit de l'environnement comme une réponse purement logique à des résultats scientifiques dénués d'un autre sens qu'eux-mêmes, une réponse directe à une demande explicite de la nature²⁶. Il est le fruit d'une volonté politique en partie subjective, qui diffère en fonction des ères culturelles, et permet aux individus de pratiquer le souci de soi par sa capacité à cristalliser, plus ou moins bien, une « commune mesure entre le monde et l'homme »²⁷.

La deuxième sorte de droits fondamentaux se concentre sur les personnes dans leur communauté politique, sises sur un territoire étatique ou non. Elle regroupe les droits politiques et sociaux, toutes les dispositions qui permettent aux individus d'appartenir et d'agir au sein

26. Voir J.-L. Marion, *Reprise du donné*, PUF, 2016, p. 99 et suiv. ; K. Novotný, *La genèse d'une hérésie*, op. cit., p. 79 et suiv.

27. J. Patočka, *Papiers phénoménologiques*, op. cit., p. 30.

d'une communauté de personnes solidaires les unes des autres. Elle conditionne le souci de soi en ce qu'elle détermine la capacité de chacun à agir pour sa communauté politique et d'être protégé par elle²⁸. Sans la rendre impossible, elle expose les limites à l'internalisation du droit et la possibilité d'une promotion des identités locales, infranationales.

Le dernier type de droits porte sur la vie intérieure des hommes et des femmes, trace une limite à l'exercice d'un pouvoir, qu'il soit public ou privé, et à l'empire du droit, quelles que soient les intentions qui motivent son adoption. S'il protège les individus des tentations totalitaires des États, il les préserve également des atteintes à leur vie privée et à l'intégrité de leur corps que des acteurs privés peuvent commettre, en usant notamment des nouvelles technologies²⁹. Il facilite le souci de soi en ce qu'il défend l'intimité la plus profonde de toute intrusion non consentie.

La théorie des droits fondamentaux fondée sur l'œuvre de Jan Patočka répond à des enjeux contemporains en se fondant sur des éléments profondément ancrés dans leur histoire. Ils ne sont pas évanescents ; au contraire, ils sont mis en place au sein d'ordres juridiques circonscrits, le plus privilégié est celui des nations.

B – La nation, cadre historique privilégié de mise en place des droits

« Les vieux pays sont trop nécessaires, indispensables au reste du monde », dit Jan Patočka³⁰. Il remarque, entre autres, l'influence d'Athènes sur Socrate³¹ et le caractère tchèque de la philosophie de Masaryk³². Sans

28. J. Patočka, *Essais hérétiques*, op. cit., p. 186.

29. J. Patočka, *Correspondance avec Robert Campbell et les siens*, Millon, 2019, p. 86.

30. *Ibid.*, p.87.

31. J. Patočka, *Socrate*, op. cit., p. 17-19.

32. J. Patočka, *La crise du sens*, op. cit., T. 1, p. 96.

réduire la pensée à la terre qui la voit naître, et en affirmant toujours la prétention universelle de la civilisation européenne, Jan Patočka souligne l'importance de l'appartenance à une communauté politique ancrée dans l'Histoire, dans la confection des idées. Il s'interroge aussi ce qu'est le fait d'être un Tchèque³³. La nation occupe donc une place importante dans le développement de sa pensée, la théorie des droits que nous proposons d'en faire découler la prend comme le cadre privilégié de leur développement.

Le philosophe montre en ce sens que l'existence humaine se distingue d'abord par deux mouvements : l'« enracinement » dans la partie du monde dans laquelle les hommes naissent et vivent³⁴ ; puis, le « prolongement » d'eux-mêmes dans les fonctions qu'ils y occupent³⁵. Il s'agit là de mouvements passifs en ce qu'ils s'imposent à toute vie, lorsque le quotidien se construit³⁶. Jan Patočka pense qu'un troisième mouvement innerve l'existence humaine, celui de la « percée », qui apparaît lorsque certains dépassent leur condition, conquièrent leur liberté au-delà de la succession des jours, en prenant conscience de leurs servitudes afin de les maîtriser³⁷. C'est uniquement à cette condition que le souci de soi, soit ce que servent les droits fondamentaux, est possible ; mais elle apparaît plus ou moins en fonction des époques, des façons de fléchir au temps³⁸.

D'abord, l'enracinement prime sur le prolongement, qui prend elle-même une place plus importante que la percée, lorsque les hommes vivent

33. J. Patočka, *L'idée d'Europe en Bohême*, Million, 1991, p. 13 et suiv.

34. J. Patočka, *Le monde naturel comme le problème philosophique*, op. cit., p. 28 et suiv.

35. *Ibid.* p. 120 et suiv.

36. É. Tardivel, *La liberté au principe*, op. cit., p. 145 et suiv.

37. J. Patočka, *Le monde naturel comme le problème philosophique*, op. cit., p. 223 et suiv.

38. É. Tardivel, *La liberté au principe*, op. cit., p. 137 et suiv.

dans un « monde naturel »³⁹. Le naturalisme, et les conceptions des droits qui en découlent, sont des aliénations lorsqu'ils sont simplistes, puisque l'émancipation y est difficile. Les individus vivent leur quotidien en se référant à un passé mythifié, celui qui, pour eux, a fait naître le monde dans lequel ils s'enracinent. Il faut beaucoup de hardiesse pour s'extirper ; un tel comportement n'est en effet pas normal dans cette configuration, il ne suscite pas de nouvelles vocations et demeure donc rare⁴⁰.

Ensuite, le prolongement supplante l'enracinement et relègue la percée au dernier plan quand des personnes vivent dans « le monde technique », le monde moderne⁴¹. Les individus courent après leur quotidien dans un présent perpétuel, toujours recommencé aurait dit Valéry. Trop pris dans la quête – qui leur semble infinie – de leur propre utilité, ils cherchent – et trouvent – difficilement le moyen de dépasser leurs asservissements. Les conceptions utilitaristes des droits fondamentaux, qui ne mettent pas l'accent sur la dimension spirituelle irréductible des êtres humains, risquent de les nier pour accomplir un dessein idéal supposément bon. Elles sont liberticides, car elles n'encouragent pas le souci de soi⁴².

Enfin, la percée vient en premier, avant l'enracinement et le prolongement, dans ce que Jan Patočka appelle le « monde historique ». Les hommes y vivent leur quotidien en étant tournés vers l'avenir, en direction de ce qu'il considère comme l'horizon de l'histoire à laquelle ils appartiennent⁴³. Une telle construction ne surgit pas du néant, elle apparaît dans le cadre de la nation, non pas définie comme un corps

39. J. Patočka, *Le monde naturel comme le problème philosophique*, op. cit., p. 28 et suiv.

40. É. Tardivel, *La liberté au principe*, op. cit., p. 271 et suiv.

41. J. Patočka, *Liberté et sacrifice*, op. cit., p. 277 et suiv.

42. *Ibid.*, p. 111 et suiv.

43. J. Patočka, *Le monde naturel comme le problème philosophique*, op. cit., p. 31 et suiv.

endogame fermé à toute altérité⁴⁴, mais comme le moyen de lier un particularisme enraciné à l'universel⁴⁵. Qu'elle se confonde avec un État ou non⁴⁶, elle est le lieu où les individus partagent des caractéristiques communes, nécessaires à ce qu'ils conduisent la politique qui les commande et les unit paradoxalement, dans un désaccord civilisé, un « *polemos* » où chacun peut développer le souci de soi en sécurité, sans craindre d'en être blâmé, et même opprimé par une force qui le dépasse⁴⁷. Jan Patočka affirmait par exemple son désir que les « pays de l'Est » fassent « tout leur possible pour ne pas (...) apparaître » sur le banc des accusés, même s'ils contestent le pouvoir soviétique. Il souhaitait à l'inverse que ce dernier réponde pacifiquement aux demandes, aux « pétitions » commises par les populations de ces nations européennes⁴⁸.

La pensée de Jan Patočka invite à former une théorie des droits située, mais elle ne doit pas se penser uniquement au niveau des États et des nations. Elle est aussi importante à hauteur d'homme, est dépendante de l'action, la responsabilité, de l'obéissance et de l'éventuelle dissidence des individus aux normes.

44. Sur la nécessaire ouverture des dirigeants de la politique nationale : J. Patočka, *L'idée de l'Europe en Bohême*, op. cit., p. 188 et suiv. ; Sur la propension universaliste des nations européennes : J. Patočka, *Essais hérétiques*, notamment p. 189 et suiv.

45. J. Patočka, *La crise du sens*, op. cit., T. 2, p. 38-39.

46. Sur la possibilité d'un cadre national supra-étatique : J. Patočka, *Essais hérétiques*, op. cit., p. 136 et suiv. ; Sur la possibilité d'un cadre national infra-étatique : J. Patočka, *L'idée de l'Europe en Bohême*, op. cit., p. 13 et suiv.

47. J. Patočka, *Essais hérétiques*, op. cit., p. 183 et suiv.

48. J. Patočka, entretien accordé à Antenne 2 le 28 février 1976, disponible ici : <https://bit.ly/3ykJuA8>

II. Les droits à hauteur d'homme

La question des droits fondamentaux n'est pas uniquement l'apanage des États et des nations. L'œuvre de Jan Patočka montre que les individus en sont responsables, au-delà de toute garantie juridictionnelle et protection organique. Seuls leur comportement, leur éthique à leur endroit les rendent effectifs et pérennes (A). C'est de plus leur idée, qui fonde, en chacun d'entre eux la possibilité d'une dissidence, voire d'un sacrifice, pour les défendre (B).

A – La responsabilité individuelle pour l'effectivité et la pérennité des droits

Jan Patočka pense que, depuis la Renaissance, l'Europe, et tous les lieux où elle a étendu sa civilisation, prétendent « triompher du défaut d'universalité qui entache à [leurs] yeux les civilisations antérieures »⁴⁹ par un processus de rationalisation de leur économie, leur politique et leur culture, ainsi que de leur spiritualité. Où qu'il soit, l'exercice du pouvoir s'appuie toujours sur la science, utilise des outils scientifiques, et voit le monde uniquement à travers ce prisme qui se veut objectif. Il est pris dans les affres du monde technique et ne constitue donc pas un cadre privilégié pour la mise en place des droits. Ce processus, que le philosophe tchèque nomme « surcivilisation », connaît deux conceptions.

Il en existe une modérée, qui limite la rationalisation aux moyens que le pouvoir utilise et non aux objectifs qu'il doit atteindre ; c'est une expérience libérale⁵⁰. Absorbée dans ce puissant mouvement, la vie risque de verser en des penchants nihilistes lorsque ces moyens sont confondus avec une fin, que le gouvernement managérial, aussi élaboré soit-il, ne sert

49. J. Patočka, *Liberté et sacrifice*, op. cit., p. 111.

50. J. Patočka, *Liberté et sacrifice*, op. cit., p. 168 et suiv.

pas une autre cause que lui-même⁵¹. Un régime libéral, et les droits fondamentaux sur lesquels il repose, puise ailleurs qu'en lui-même un dessein pour éviter cet écueil, s'interroge sur son passé, à propos de l'Histoire qui l'a construit. Il ne limite pas l'existence humaine à une conception étriquée, la laisse libre dans toute son amplitude, mais dans le cadre circonscrit qu'il impose à une population qui s'y enracine sur un territoire⁵². La liberté ne se conçoit pas comme une qualité isolée de chacun, elle naît à un endroit et à un moment précis, elle consiste dans le jeu, l'attitude que les hommes peuvent adopter face aux contraintes qui s'imposent à eux. Elle se définit chez Jan Patočka comme une responsabilité, une éthique où toute action s'effectue avec une révérence, un « respect et une vigilance dans le rapport à autrui »⁵³. C'est ainsi pensée qu'elle n'est pas vaine, qu'elle porte en elle la pérennité, la vitalité et l'actualisation des droits au gré des conditions fluctuantes du temps.

Il existe aussi une vision « radicale » de la « surcivilisation ». Elle est plus liberticide en ce qu'elle étend la rationalisation à tous les aspects de l'existence, c'est une expérience totalitaire. Comme le matérialisme marxiste vise la fin de l'Histoire et l'avènement du communisme authentique, toutes ses formes considèrent que les buts que le pouvoir doit chercher à atteindre sont rationnels et universels. Elles mettent également en œuvre des moyens qu'elles estiment rationnels afin d'y parvenir. Le monde n'est plus jamais vu autrement que par l'entremise de ce discours, les hommes n'y existent qu'à travers les fonctions qu'ils exercent dans la société. Ils sont niés dans la profondeur de leur être s'ils s'écartent du grand dessein rationnel qui est censé les animer, ne sont jugés positivement qu'en ce qu'ils y contribuent⁵⁴. Les droits fondamentaux

51. M. Bernard, *Patočka et l'unité polémique du monde*, op. cit., p. 170 et suiv.

52. J. Patočka, *Liberté et sacrifice*, op. cit., p. 27 et suiv.

53. *Ibid.*, p. 129.

54. J. Patočka, *L'idée de l'Europe en Bohême*, op. cit., p. 175 et suiv.

construits sur cette base idéologique ne facilitent pas le souci de soi, mais enferment les hommes en régissant tous les pans de leur vie, l'intégralité de leur quotidien. Leur rapport à autrui, cristallisé dans leur système socio-politique, s'en trouve aussi affecté. Un individu n'est alors responsable d'un autre qu'en ce que son action concorde avec leurs fonctions sociales respectives. Quand ils ont une prétention totalitaire, les droits déresponsabilisent donc les individus pris séparément, ils véhiculent l'idée que la responsabilité de chacun envers autrui est uniquement commandée par l'idée transcendante vers laquelle ils sont supposés se diriger⁵⁵. Tout ce qui s'en écarte, même les souffrances et ce que les droits cherchent en principe à protéger, est facilement occulté, effacé.

À l'inverse, la responsabilité, prise comme l'action envers autrui des hommes qui se constituent librement, peut dépasser cette aliénation⁵⁶. Elle mène à entrer en une dissidence qui peut aller jusqu'au sacrifice d'une partie de ce qui fait son être, voire de sa vie tout entière.

B – La dissidence et le sacrifice pour défendre les droits

Les hommes subissent parfois une oppression, la dignité de leur vie, le souci d'eux-mêmes dans la conduite de leur existence sont alors niés. Ils peuvent en de tels cas résister, se rebeller contre l'ordre qui les aliène. La résistance à l'oppression est un thème classique dans l'histoire des idées politiques. Jan Patočka la conçoit de manière originale, non comme la conséquence d'une rupture inique du contrat social qui a donné un pouvoir aux autorités publiques⁵⁷, mais comme la « lutte » que toute personne doit assumer pour gagner sa liberté face à des contraintes

55. J. Patočka, *Liberté et sacrifice*, op. cit., p. 159 et suiv.

56. *Ibid.*, p. 168.

57. J. Patočka, *Essais hérétiques*, op. cit., p. 106.

asservissantes. La résistance à l'oppression est donc un mouvement individuel, une réaction intime contre l'injustice et la négation de la dignité de son existence⁵⁸.

Jan Patočka ne la pense pas pour autant comme un panache qui ne concerne que soi. Elle constitue une radicalisation de la liberté individuelle, une éthique impliquant une responsabilité, une solidarité envers autrui ; c'est un don de soi pour les autres. La résistance prend, plus précisément, la forme d'une dissidence, d'une contestation des autorités publiques qui accepte de subir les conséquences de ses actes, de souffrir des répliques qu'y apporte le pouvoir afin de les supprimer et de se préserver⁵⁹. Cette forme de rébellion se définit comme un sacrifice d'une part de sa vie, de son confort, de sa liberté d'aller et venir, de s'exprimer publiquement ou de travailler... voire de sa vie entière face à l'oppression. Ce sacrifice révélé à la société, donne à voir à tout un chacun la possibilité d'une liberté individuelle, de sa propre liberté, par la force de l'exemple contre la coercition abusive⁶⁰.

La théorie des droits fondamentaux présentée ici pourrait sembler être un avatar contemporain de la théorie jus naturaliste d'Aristote⁶¹. Elle s'appuie en montrant que l'idée de Justice est un refuge mental dans lequel peuvent s'abriter les esprits dissidents pour fonder leurs actions et montrer les méfaits des régimes oppresseurs⁶². Cependant, la lecture de l'œuvre de Jan Patočka ne permet pas de conclure à l'existence d'un *ius vernum* vers lequel le droit positif devrait sans cesse tendre, et idéalement se confondre. Elle mène plutôt à respecter une vision réflexive du droit positif pour comprendre les ressorts de son obéissance, et en creux, des

58. *Ibid.*, p. 144.

59. A. Laignel-Lavastine, *L'Esprit de la dissidence*, op. cit., p. 40 et p. 90 et suiv.

60. J. Patočka, *Liberté et sacrifice*, op. cit., p. 325 et suiv.

61. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, notamment 1094 b 7.

62. J. Patočka, *Aristote, ses devanciers, ses successeurs*, op. cit., p. 423 et suiv.

infractions aux règles qu'il comprend⁶³. Face au sentiment d'oppression, la légitimité juridique, autre nom de la validité des normes, ne suffit pas à assurer leur respect, ce qui n'est pas purement juridique y contribue aussi. Lorsque l'écart entre l'état du droit et ce qu'il devrait être aux yeux des opprimés est trop grand, de la même que certains se retournent et se rapproche de la Vérité dans l'Allégorie de la caverne⁶⁴, d'aucuns interrogent la légitimité politique et morale des normes en sus de leur légalité. Ils se révoltent, donnent un exemple à leurs semblables, et réclament que des droits fondamentaux s'appliquent.

Jan Patočka a explicitement demandé le respect des droits fondamentaux après qu'ils ont été adoptés dans une convention internationale par la Tchécoslovaquie soviétique⁶⁵. Il ne souhaitait pas fonder un système de droits issus de la nature, mais réformer le droit tchécoslovaque en vigueur au nom des principes philosophiques qu'il estimait vrais⁶⁶. Les commandements juridiques doivent donc selon lui passer par les *instrumenta* du droit positif. Plutôt qu'un droit naturel, les droits fondamentaux apparaissent comme un droit politique, un véritable droit, autonome par rapport à ce qui l'entoure, mais dont il faut dire que la matière et le respect dépendent d'éléments extra juridiques, qui donnent vie et diligentent l'interprétation des règles froides qu'on lit dans les textes, leur attribuent un sens précis qui s'appliquent effectivement, et créent la possibilité du souci de soi, du « soin de l'âme », de la persévérance des trésors historiques de la pensée européenne.

63. J. Patočka, « Que pouvons-nous attendre de la Charte 77 ? », in *Études*, Vol. 346, 1977, p. 761 et suiv.

64. Platon, *La République*, Livre VII.

65. Voir les accords d'Helsinki du 1^{er} août 1975, ratifiés puis publiés au *Journal officiel tchécoslovaque* du 13 octobre 1976.

66. J. Patočka, « Que pouvons-nous attendre de la Charte 77 ? », art. cit., p. 761 et suiv.

Pour une approche renouvelée et une défense de l'histoire de la pensée économique : simples prolégomènes

Par Serge SCHWEITZER

Professeur d'économie à l'Université d'Aix-Marseille

Avant-propos

Cet article, écrit tout exprès pour les *Mélanges* en l'honneur d'Armel Pécheul, trouve sa source dans la personnalité même du dédicataire. Loin d'être un juriste étroit, le Recteur Pécheul s'est toujours efforcé d'aller bien au-delà de sa discipline dès l'obtention de son agrégation en droit public. Je peux témoigner que lors de nos discussions, il ne cesse de me relancer, voire de s'opposer à mon propos, afin d'une part de tester ses propres idées, d'autre part, d'en apprendre toujours davantage dans un domaine qu'il a découvert progressivement : la théorie économique. Ce n'est pas l'un des moindres paradoxes que de constater que ses amis le croient d'abord souverainiste alors qu'il est profondément libéral. Ses origines familiales lui ont donné un tel amour de la France qu'il voit dans l'Europe se faisant d'abord les dangers, avant d'en reconnaître les mérites. Pourtant, dès que l'on évoque Adam Smith, Jean-Baptiste Say ou Frédéric Bastiat, notre ami est comme transporté à la découverte du continent intellectuel qu'est le libéralisme, parce qu'il y retrouve sans cesse et toujours la trilogie qui constitue sa grille de préférence : liberté, responsabilité et propriété privée. C'est ce souvenir de nos échanges de plusieurs décennies qui m'a

donné simultanément l'idée et l'envie de formaliser quelques pensées et éléments épars sur le thème suivant : que faire pour rendre lustre, intérêt et attractivité à ce qui fut longtemps la matière principale de la troisième année de licence, à savoir l'Histoire de la Pensée Économique ?

De nos jours, dans beaucoup de facultés de Sciences Économiques, l'Histoire de la Pensée Économique (désormais, H.P.E.) n'est même plus enseignée. Dans le meilleur des cas, lors d'un vague semestre en première année, un cours intitulé le plus souvent « Histoire des Faits et de la Pensée Économique » en tient lieu. Les conséquences de cet état de fait sont désastreuses. L'origine de cette disgrâce est facile à identifier. Ce n'est pas que l'on ne porte plus d'intérêt aux théories élaborées par tel courant, ou tel auteur. Le rejet est en quelque sorte *sui generis*. C'est en tant que genre, catégorie de pensée, essai de classement, mise en ordre d'idées éparses que l'H.P.E. fait l'objet, non pas vraiment d'un rejet, mais pire, d'une négation. Beaucoup d'économistes contemporains, faute de culture, répugnent à tenter d'embrasser dans un tout cohérent la galaxie infinie et éclatée des pensées diverses. C'est que pour maîtriser et dominer un cours d'H.P.E., il est certes nécessaire d'être un bon économiste, mais à tout le moins tout autant de posséder une culture vaste et diversifiée, à défaut d'être exhaustive, dans un certain nombre de domaines et spécialités, sans laquelle un cours en H.P.E. serait gravement atrophié des éléments nécessaires pour une bonne compréhension des auteurs, des courants, des pensées et paradigmes. John-Stuart Mill, et non Hayek, a exprimé l'idée selon laquelle : « Il est bien piètre économiste celui qui n'est qu'économiste ».

En effet, comment décrire correctement les multiples affluents, les fleuves majestueux de l'analyse économique de l'Antiquité à nos jours si l'on n'est pas un peu juriste, mais aussi historien, sociologue, philosophe, psychologue ? Mais encore, si l'on évince la théologie, comment rendre compte de pensées quand l'Église exerçait magistère moral et intellectuel ?

Et même si l'on possédât connaissances et capacités analytiques dans les disciplines précitées, il s'en faudrait de beaucoup que l'on possède tous les éléments pour des descriptions et des jugements sûrs, équilibrés, argumentés. Or les économistes contemporains sont devenus souvent d'authentiques virtuoses sur des questions si étroites, que bientôt on pourra inférer à leur propos, sans ironiser, que le jour approche où ils sauront tout sur rien. Bien sûr, cela vaut toujours mieux que de ne rien savoir du tout. Il n'en reste pas moins que l'inculture des économistes contemporains, particulièrement en France, est abyssale. Leurs façons et habitudes d'investir dans des modèles d'une complexité croissante leur ôtant du reste toute possibilité, faute de temps, d'acquérir la culture nécessaire pour faire de la bonne H.P.E. Résultat : le statut de cette discipline n'est rien moins que perçu désormais comme une catégorie dépassée, un genre démodé, une vieillerie pour quelques nostalgiques. En fait, beaucoup rejettent l'étude de la discipline parce qu'elle n'est ni porteuse ni à la mode. Pire, elle ne rapporte rien. Elle est sans grands débouchés. Elle est à l'économie ce que désormais le latin et le grec sont aux humanités. Le temps de l'économiste moderne et branché est arrivé. Le détenteur de techniques quantitatives de haut niveau les met au service de ce qui fait mouche ce qui, honneur ultime, cela peut même lui valoir des invitations sur les plateaux de télévision. Ce lieu étant le territoire de la vanité, du rien et du vide, s'épanouissent alors des thèses se rattachant à des disciplines vagues et incertaines dont la gestion est sans doute le fleuron le plus iconique (évidemment hors de la comptabilité, de la finance et des mathématiques financières qui sont en réalité trois morceaux de l'analyse économique). Au reste, Ludwig von Mises ne se plaisait-il pas à dire que le seul véritable économiste est le comptable, parce qu'il fait du calcul économique ?

Ces considérations liminaires nécessaires amènent alors à s'interroger sur ce qui pourrait redonner feux, lumières et scintillements sur la trace

de l'H.P.E. Car il faut le reconnaître, enseignée comme elle l'est depuis des décennies, elle n'est ni éclairante ni captivante, encore moins stimulante. Les auteurs, traités de façon chronologique et vaguement regroupés en écoles avec des distinctions souvent sans intérêt, ont bien du mal à capter l'attention estudiantine, sollicitée par ailleurs de façon intense par mille et une possibilités d'information. Ce court essai se donne pour tâche, après avoir expliqué le contenu largement obsolète des manuels d'H.P.E., d'offrir une ébauche, de dessiner les chemins à suivre pour redonner goût et lettres de noblesse à ce qui était encore, il y a quelques décennies, la matière traditionnellement enseignée et réservée aux ténors de la discipline tant elle demande, au contraire de *supra* et dans le meilleur des cas, de savoir tout sur tout. L'H.P.E., dans sa dimension de savoirs et de noblesse, exigerait dans un état de l'univers optimal d'être réservée à des Pic de la Mirandole. Malgré la difficulté de l'enjeu et après avoir très cursivement rappelé les contenus d'aujourd'hui (1), nous proposerons d'abord une alternative prudente (2), puis une seconde plus audacieuse (3).

Quels que soient les manuels paraissant aujourd'hui en langue française ou anglaise en H.P.E., ils sont souvent laborieux, quelquefois irritants, toujours ou presque peu accueillants pour l'étudiant contemporain. On fera évidemment un sort particulier à *La petite histoire des grandes doctrines économiques* de Daniel Villey, qui brille de mille éclats par des vues iconoclastes et surtout par un style fait tout entier d'une grâce évinçant la pesanteur. Son ouvrage, pourtant ancien et donc excluant toute actualisation reste, et de loin, celui qui surpasse tous les autres : il a la finesse de trait de Botticelli, les couleurs de Gauguin et « ce je ne sais quoi » qui fait qu'au-delà de la perfection, il peut y avoir plus encore. On veut dire par ce dernier trait que Daniel Villey est à l'économie ce que Jean-Auguste-Dominique Ingres est à la peinture. On peut dire de *La petite histoire de la pensée de Villey* la même chose que de la Grande

Odalisque d'Ingres : il s'agit de quelque chose qui échappe à tout classement tant c'est éblouissant.

I. L'ordonnement académique standard : le découpage chronologique – une vision statique

Feuilleter et s'introduire plus avant dans les manuels passés ou contemporains en H.P.E., c'est toujours trouver et tomber (même chez Daniel Villey) sur un ordonnancement chronologique, un découpage en périodes et habituellement présenté sous des titres fédérateurs, toujours les mêmes ou à peu près : « La période avant les classiques », « Les économistes classiques », « Les socialistes », « Les néo-classiques », « Les keynésiens », « Les économistes contemporains ». Bien sûr, on peut opérer la distinction entre auteurs savants et d'autres qui le sont moins ; ou bien encore, ceux qui ont du style et ceux qui en sont dépourvus. Cela ne fait rien à l'affaire. L'étudiant a l'impression d'un catalogue ou d'un calendrier dont l'ordre chronologique attribuerait un auteur à chaque semaine, ce qui apparaîtrait un chiffre correct puisque le temps ici confirme, là élimine, et qu'au total, de Moïse à aujourd'hui, une cinquantaine de noms se détache. Oui, mais comment retrouver les thèmes communs ou les divergences ? Relier les éléments épars pour en faire un tout cohérent ? Jeter des ponts entre les uns et les autres ? Il est certes commode de classer Malthus ou Ricardo chez les classiques au nom de l'unité chronologique ou de pays, mais ne serait-il pas plus éclairant pour l'étudiant de lui montrer que Marx a tout puisé ou presque chez Ricardo, d'où ses innombrables erreurs ? L'étudiant ne serait-il pas plus en éveil si on lui donnait à voir le sillon initié par Lucrèce, magnifié par Malthus, poursuivi par Bernardin de Saint-Pierre et Jean-Jacques Rousseau, sentier qui s'achève aujourd'hui provisoirement dans le courant de l'écologie radicale ? Malthus alors serait presque charnellement vivant aux auditeurs d'un amphithéâtre, si l'on démontrait que les écologistes, ou prétendus tels, d'aujourd'hui en sont

encore à la version initiale de la loi sur la population. Malthus estimait que la famine constitue une menace, puisque la population serait en progression géométrique et les subsistances en progression arithmétique. Les écologistes proposent désormais comme seules thérapies possibles des préconisations restrictives : celles que Malthus avant eux formulait. Mais encore, Saint-Simon serait compréhensible aux étudiants si l'on montrait le lien entre Saint-Simon et la thématique actuelle, pour certains et dans certains pays, de la réindustrialisation.

Même dans ce découpage standard, tout serait plus vivant si le titulaire du cours connaissait ce qu'il faut d'histoire. On ne peut comprendre Jean-Baptiste Say si l'on ne connaît les circonstances de sa dispute avec Napoléon. Scander de façon chronologique les auteurs les uns après les autres, laissant finalement inéluctablement entendre à l'auditoire que les socialistes ont comme succédé aux classiques, puis que par une réaction les néo-classiques sont apparus, pour ensuite laisser place brutalement à Keynes, dont l'obsolescence annoncerait mécaniquement la nouvelle domination des économistes néo-classiques, offre évidemment la facilité d'un déroulement apparemment linéaire, mais dit peu de la complexité et des chevauchements des uns avec les autres. Un autre inconvénient majeur est également que cette présentation laisse trop peu de place aux questions de méthode, qui pourtant très souvent en analyse économique, déterminent mécaniquement les prises de position (*cf. infra*). Mais encore, en faisant, ou à peu près, tout débiter avec les classiques et malgré le passage obligé par Bentham et Mandeville, on fait trop facilement litière des débats acharnés de l'Antiquité, de Saint-Thomas d'Aquin et des scolastiques, et surtout de l'apport prodigieux de l'École de Salamanque avec la théorie de l'inconnaissance.

Bref, rien de bien « excitant » pour l'auditeur ou le lecteur que de procéder ainsi. Joseph Schumpeter constatait déjà le rôle de la paresse

répétitive en économie comme dans toutes les disciplines. C'est en effet risquer la posture du dissident que d'oser proposer des grilles de lecture considérées très vite comme subversives.

Une des rares vertus de l'éméritat, c'est de ne risquer plus rien, et de pouvoir être audacieux à bon compte.

II. Une proposition alternative prudente : toujours le découpage chronologique, mais enchâssé dans des catégories de pensée – une vision dynamique

Un premier amendement consisterait à respecter le déroulé chronologique, mais à enrichir chacune des écoles précitées dans le 1. Par une forte introduction expliquant les états de l'univers qui caractérisent les différentes écoles, même si selon nous, au risque de nous répéter, le découpage par école est très appauvrissant. Mais, par tempérament, ne pouvant nous résoudre à mettre tout de go à bas l'édifice, choisissons de façon transitoire de garder l'encadrement, mais ici ou là, à défaut de changer le sujet de la peinture, d'ajouter quelques couleurs. Dans cette occurrence, il semble que les quatre introductions, chacune de plusieurs dizaines de pages, auraient pour but de caractériser une vision partagée par tous les auteurs du courant quant à l'idée qu'ils se font des états de l'univers. Notre proposition est alors la suivante.

A – Le monde est harmonie

Au-delà, chez les classiques, du découpage économistes anglais – économistes français, économistes optimistes –, économistes pessimistes, au-delà aussi de ce qui les distingue sur la valeur et sur bien d'autres sujets encore, ce qui quand même caractérise toujours, au total et finalement, les économistes classiques, c'est qu'ils pensent que le monde est harmonie. Bien sûr, avec Say et Bastiat, le monde est bleu, avec Ricardo, le monde est gris clair, avec Malthus, gris foncé. Mais, pour les uns les autres, pour Ri-

cardo, par le biais du libre-échange, avec Malthus, par d'autres chemins, il y a bien un élément que tous partagent : dans la foulée des physiocrates, il y a quelque chose comme un ordre naturel qui harmoniserait les désirs des uns – les consommateurs –, et les propositions des autres – les producteurs –, pourvu que nulle force exogène ne vienne perturber les éléments auto-rééquilibrants. Ce n'est point que l'équilibre soit spontané. Mais d'ajustements en tâtonnements, on va toujours tendre vers l'harmonie à défaut de l'atteindre à tout coup. Bien sûr, Malthus perçoit les choses du côté de la demande, et Jean-Baptiste Say du côté de l'offre. Bien sûr, Bastiat comprend mieux que tous le rôle perturbateur des hommes de l'État. Bien sûr, Smith est le seul pour oser parler d'invisible main et pour insister sur l'ordonnement spontané entre nos égoïsmes et le bien commun. Mais tous ont pour mot d'ordre : la recherche de l'harmonie.

B – Le monde est tragédie

C'est évidemment l'inverse chez les socialistes. On n'insistera jamais suffisamment sur la différence fondamentale qui distingue ultimement les libéraux et les socialistes de toutes écoles. Les libéraux pratiquent, autant que faire se peut, l'exercice de la raison. Les socialistes s'abandonnent à la pression des émotions. La différence entre ces deux courants n'est pas seulement dans les assises philosophiques et les conclusions pratiques, mais dans le statut scientifique de ces deux doctrines. On a fondamentalement tort de les comparer, de les soupeser, de les juger. Le libéralisme est une tentative de comprendre les mécanismes explicatifs du monde tel qu'il est. Le socialisme est un cri de révolte. Le socialiste vit souvent avec intensité la douleur des autres qu'il partage. Il est et il sera de toutes les époques, quel que soit le qualificatif choisi, retenu. Comme l'a écrit puissamment John Stuart Mill : « Le socialisme est la forme moderne de la protestation qui, à toutes les époques d'activité intellectuelle, s'est élevée plus ou moins vive, contre l'injuste répartition des avantages sociaux ». La générosité et l'altruisme sont souvent présents dans le panier

du socialiste. La révolte est son quotidien. Il ne peut supporter les injustices criantes qu'il a sous les yeux, quel que soit l'ordre existant, puisque dès lors qu'il s'agit d'un ordre humain, les injustices seront présentes, puisqu'elles sont dans la nature dont nous avons été dotés. Le socialiste, devant la misère du monde, pousse des cris de douleur et se répand sur la méchanceté et la dureté des temps. Le libéral est celui qui, devant la même situation, essaie de comprendre les origines des injustices et les manières d'y remédier. Voilà pourquoi le premier apparaît si proche de la misère et le second si froid. Pourtant des deux, quel est celui qui historiquement, à partir du XIX^e siècle, a insisté sur les institutions qui font la richesse des nations ? De ce qui précède, on comprend alors que ce qui est commun tant à Saint-Simon qu'à Proudhon, à Fourier et à Marx, à Blanqui l'enfermé comme à Infantin, Bazard et Bakounine, c'est que le monde est tragique. Pour tous les libéraux, il y a au bout du chemin quelque chose d'harmonieux. Pour les socialistes, quelque chose de tragique.

C – Régulons le monde

Passant maintenant aux keynésiens, nous dirons d'eux qu'au-delà de leurs infinies nuances, et des générations qui ont vu se succéder les keynésiens, les post-keynésiens, les néo-keynésiens, les néo-néo-keynésiens, leur vision du monde est toujours subordonnée à l'idée selon laquelle tout ira mieux si à l'intérieur des institutions du marché, le monde est régulé. La question cependant décisive est celle de l'engrenage. Il y a une dynamique interne de l'intervention étatique. Historiquement, depuis bientôt un siècle, elle n'a pas connu de frein. Quoi qu'on prétende, Keynes n'est pas un social-démocrate. Mais ses préconisations mécaniquement, irrésistiblement, inéluctablement, conduisent à valider l'aphorisme de Bastiat : « L'État, c'est la grande fiction par laquelle tout le monde s'efforce de vivre aux dépens de tout le monde ».

Keynes est un acrobate, un prestidigitateur, un faiseur de tours de passe-passe, presque un clown, en tout cas un voyou des concepts, un marchand de bonneteau, un escroc méthodologique, et cependant un génie, très exactement le Picasso de l'analyse économique. Villey est le seul qui a compris à l'époque qu'en réalité il ne fallait pas prendre Keynes au sérieux. Keynes lui-même ne croyait pas à ce qu'il écrivait et ne se prenait pas au sérieux. Il savait qu'il n'était qu'un bonimenteur, mais il avait compris qu'en sciences économiques, comme partout, l'ère des bonimenteurs se profilait, mieux (pire !), était venue. Et comme il était un immense artiste des concepts, d'un cynisme absolu et sans aucune morale scientifique, il a « cassé la baraque ».

Les lignes *supra* peuvent être taxées par le lecteur d'exagération. Et pourtant son disciple et biographe aujourd'hui encore le plus célèbre, Sir Roy Harrod, n'écrit-il pas dans son célèbre ouvrage *La vie de Monsieur Keynes* que *La Théorie Générale* est « un ouvrage écrit à la hâte » ? Nous-mêmes nous avons démontré, du moins peut-on l'espérer, l'incroyable légèreté de Keynes dans le contenu de l'ouvrage qui, instantanément, le rend célèbre dans le monde entier, *Les conséquences économiques de la paix*¹. Pourquoi alors revendiquer, nous également, le terme de « génie » pour Keynes ? C'est dans l'additif de l'édition de 1953 de son ouvrage de 1944, *Petite Histoire des Grandes Doctrines Économiques*, initialement paru aux P.U.F., que Daniel Villey écrit cette simple phrase d'une fulgurance éblouissante : « On cherchait comment se formaient les taux, il [Keynes] cherchera comment s'ajustent les masses ». Deux siècles d'analyse économique en une ligne, quel exploit.

1. S. Schweitzer, « *Les conséquences économiques de la paix : une relecture critique* », in *Les conséquences de la Grande Guerre 1919-1923*, colloque Sorbonne-ICES, éd. S.P.M., novembre 2021.

L'analyse économique classique et néo-classique cherche en effet à comprendre comment se forment les prix, le taux de salaire, le taux de change, le taux de l'intérêt, bref le prix des biens et services, celui du marché des facteurs et celui des monnaies entre elles. Keynes « envoie tout balader » et se concentre sur la manière dont se forment les agrégats, les quantités globales, les ensembles, les cohortes. Les classiques et les néo-classiques traquent l'infinitésimal, l'élémentaire, et le concrétisent dans le calcul à la marge. Ils manient le microscope et leur outil est la loupe. Keynes agglomère, rassemble et estime que dans l'arithmétique des quantités est la clé de résolution des déséquilibres transitoires. Le classique compte l'unité. Le Keynésien raisonne par grandeurs infinies. Le classique cherche, avec la lanterne de l'individualisme méthodologique, à cerner la logique du comportement humain d'une figure : le consommateur ou le producteur. Keynes cherche, en prenant une longue vue, à faire manœuvrer des armées pour qu'elles adoptent à travers des coups de massue incitatifs (la demande effective, la politique budgétaire, le maniement du taux de l'intérêt, le multiplicateur d'investissement, les transferts des uns les riches [qui ne consomment guère avec leur propension à consommer inférieure à l'unité, la loi psychologique fondamentale] aux autres les pauvres qui voudraient bien consommer, mais ne peuvent) des comportements qui amènent à la victoire dans la seule guerre qui compte celle du plein emploi puisque chez Keynes tout est subordonné, finalisé à ce seul objectif. Rien ne compte sinon être victorieux dans la seule bataille qui importe : mettre fin au sous-emploi enkysté dans l'économie de marché quand l'épargne est une fuite de consommation. Ce que conteste réellement et d'abord Keynes c'est la loi des débouchés de Jean-Baptiste Say. C'est que Keynes tend vers un but, un seul : l'équilibre. Alors que Say intègre le temps et la patience au déroulé de la vie économique se faisant et ne postule pas l'équilibre, mais prétend que les choses s'arrangent et s'harmonisent par équilibrages successifs, constants, automatiques, naturels, spontanés, Keynes bouscule, agresse, subvertit la science économique en l'extrayant de la microéconomie « à la

Marshall », son maître qu'il renie pour la lancer sur la grande vitesse et la course folle du toujours plus de la macroéconomie. Là est sa grandeur, et là est son erreur qui nous a menés aux folies contemporaines résumées dans la proposition selon laquelle on peut impunément, et longtemps, consommer plus qu'on ne produit. Comment ce miracle apocalyptique peut-il se produire ? Parce que les hommes de l'état ont ouvert une boîte de Pandore sans limites dont plus personne n'arrive à remettre dans le flacon le génie monstrueux qui s'en est échappé : le tsunami monétaire.

Keynes a vu dans l'homme de l'État un bon samaritain bienveillant, il n'a pas compris qu'il a permis à l'homme de l'État et aux bureaucrates de déchaîner sa vraie nature qui est d'être un Jafar aux maléfices infinis afin de prendre les formes et figures changeantes à l'infini afin de maximiser leur seule fonction : séduire, fasciner, endormir, subjuguier l'électeur. La politique de Stop and Go, la succession de phases d'expansion, puis de contraction monétaire, c'est le lit de Procuste appliqué à l'économie. À force ici de rallonger, là de couper les jambes de l'agent économique on s'étonne ingénument qu'il ait des comportements contra-cycliques. Mais à force d'être pris sans cesse à contre-pied, on ne devrait pas s'étonner que l'*homo œconomicus* ne sache plus sur quel pied danser et encore s'il lui reste des pieds quand le fisc est passé... Keynes a permis de réaliser la prédiction d'Oscar Wilde, selon lequel « La démocratie, ce sont les vices de quelques-uns mis à la portée du plus grand nombre ».

D – Une pensée contemporaine dispersée

Quant à l'état contemporain de la pensée économique, il est très certainement trop tôt, faute de recul, pour le qualifier correctement. Tout au plus peut-on dire quand même que la cohabitation des néo-marxistes, des régulationnistes, des néo-classiques, des libéraux, des Autrichiens, des minarchistes, des libertariens, et l'on omet volontairement certains courants, peut faire qualifier l'état de l'univers actuel de la pensée économique non pas par un trait descriptif dominant, mais par le fait que

le panorama contemporain est celui d'un monde éclaté. Encore quand même faut-il préciser que l'agrégation, même si elle a quelque chose de factice, entre les néo-classiques, les monétaristes et les autrichiens, représente très au-delà des deux tiers de la profession.

Passant d'une proposition timorée à une sorte de révolution intellectuelle, on proposera une histoire radicalement différente de la pensée économique, dont il ne faut pas se cacher que ce sera un chantier tellement gigantesque qu'il appartiendra à d'autres de le mener, si les propositions qui suivent sont recevables.

III. Une proposition audacieuse et iconoclaste : le découpage thématique – une vision dialectique

Laissant de côté la prudence universitaire traditionnelle, délaissant les schémas antérieurs et sachant d'avance que les propositions qui suivent méritent évidemment le test de l'infirmité, nous proposerons très cursivement dans les lignes qui suivent une approche radicalement différente pour une autre vision de l'H.P.E. Bien sûr, il faudrait pour chacune des propositions qui suivent les développer plus avant afin d'explicitier les contenus. Le genre cependant de l'article dans un livre d'hommages interdit d'être trop long. Nous nous proposons, ultérieurement et dans un autre article, de développer plus largement les idées qui suivent, mais nous espérons que les titres exposés ici suffiront par leur clarté, pour un public de sciences humaines et même de sciences exactes, pour être compris dans l'essentiel. L'idée directrice, la colonne vertébrale, le sentier de progression consiste à présenter l'Histoire de la Pensée et des Idées Économiques par couple dialectique. À l'aune de ce critère, on peut présenter l'ensemble des auteurs et des courants pour chacun des couples, à quelques exceptions près, par concept opposé. Il apparaît comme justifié de ranger l'ensemble des paires dans deux séries

agrégées : l'une adossée sur l'opposition par les doctrines, l'autre sur l'opposition par les méthodes.

A – L'opposition par les doctrines

Lorsque l'on a écarté légitimement les scories des différents courants de pensée, on voit bien qu'il n'est pas réducteur, ni caricatural, ni schématique, de comprendre que des Grecs à aujourd'hui, il y a deux familles de pensée, et deux seulement. La première fait confiance à la liberté, à l'initiative, à la responsabilité, à la propriété privée, au contrat, à l'entrepreneur, au libre choix du consommateur, au libre-échange, à la concurrence, à l'altérité des oppositions sur le marché des idées. Inversement pour l'autre famille. Une fois toutes les fausses nuances écartées, les fausses distinctions évincées, il reste ceux pour qui les hommes de l'État sont plutôt malveillants, et ceux pour qui les défaillances du marché sont si prégnantes qu'il faut remettre notre accroissement de bien-être à la bienveillance des hommes de l'État, seuls capables de distinguer puis mettre en œuvre l'intérêt général et le bien commun au-dessus et au-delà des intérêts particuliers égoïstes et catégoriels. Les tenants de l'autre famille insistent infiniment plus sur les défaillances de l'intervention de l'État, confortés qu'ils sont par la percée scientifique de premier ordre de la théorie du *public choice*. Au fond et finalement, plus on croit nuancer et plus on passe à côté de l'essentiel. En cette matière, le marché des idées est dichotomique. De même qu'une chose simultanément ne peut pas être et ne pas être ; de même, il existe les solutions décentralisées ou les centralisées, la propriété privée ou la propriété publique, le marché ou le plan, la liberté ou la contrainte, le libre-échange ou le protectionnisme, la croyance dans la bienveillance ou la malveillance des hommes de l'État. En matière de robinetterie et de mitigeur, il y a l'eau chaude, l'eau froide, mais aussi l'eau tiède. Sur le marché des idées économiques, ce n'est pas le *et* qui prévaut, c'est le *ou*.

En effet, la question la plus centrale de toute l'économie, à savoir « comment s'effectue la coordination des efforts dispersés des agents ? », ne peut être résolue simultanément par la procédure décentralisée des prix et par la procédure centralisée du plan. C'est ou le prix, ou le plan qui coordonne les intentions et décisions de tous les participants. Pour répondre aux trois questions de Paul Samuelson, les solutions à mettre en œuvre ne peuvent pas sur la même question, être en même temps la réponse décentralisée et la solution centralisée. Si ce qui précède est exact, alors sous un nom ou sous un autre – la question sémantique ici n'est pas décisive –, il ne peut y avoir que deux solutions opposées et antithétiques. C'est la parabole de la poupée empruntée à Daniel Villey. On peut, sur une poupée, greffer d'authentiques éléments humains. Elle n'en restera pas moins une poupée. On peut, sur un être humain, mettre des organes en plastique, il n'en restera pas moins un être humain. Ainsi des systèmes. On peut, en économie de marché, instiller des éléments de régulation ; on peut, en économie planifiée, introduire des éléments de souplesse. Mais en ces domaines, on ne peut aller très loin sans remettre en cause la logique interne des deux procédures. Donnons, au moins provisoirement, les noms de libéralisme et de socialisme. Alors, on comprend la richesse, du moins l'espère-t-on, des couples dialectiques qui suivent, et qui permettent de classer tous les auteurs et tous les courants dans une colonne ou dans une autre. On ne développera *infra*, dans le cadre imparti par l'exercice des mélanges, qu'un seul exemple à titre illustratif.

1. Ordre spontané *versus* ordre construit

Consacrons quelques lignes à cette première distinction pour illustrer ce que pourrait être, en termes de fécondité, un découpage dialectique par opposition des contraires. On se contentera ici évidemment de quelques noms pour démontrer la richesse non plus par période, mais par thème. Nous sommes dans l'Antiquité, et l'on peut traiter d'Aristote du côté de l'ordre spontané, et de Platon comme père du constructivisme. Gagnons

plusieurs siècles, et l'on traitera d'un côté de Saint-Thomas et de Pascal, et de l'autre côté de Thomas More et de Descartes. Poursuivons, et nous rencontrerons alors du côté de l'ordre spontané Voltaire puis les économistes classiques, et de l'autre Rousseau puis les économistes socialistes. Mais encore, dans la première colonne, Raymond Aron et ses amis, de l'autre, Jean-Paul Sartre et sa cohorte. Mais aussi, permettant de donner à la sociologie la place qu'elle mérite, du côté de l'ordre spontané, on analysera Raymond Boudon et ses disciples, et inversement, Pierre Bourdieu et ses élèves. Ce balancement peut être enrichi par bien d'autres couples, que nous nous contenterons d'explicitier en une phrase.

2. État gendarme *versus* État Providence

Opposer Adam Smith et Jean-Baptiste Say d'un côté, Beveridge et Keynes de l'autre permet, par-dessus les siècles, de voir la durabilité dans le temps de l'opposition entre ceux qui veulent un État modeste, voire très modeste, comme les minarchistes, de l'autre ceux qui ont plutôt confiance en l'action bienfaisante de l'intervention qui, sans elle et selon eux, fait de l'homme un loup pour l'homme. Voilà alors qui permet de traiter d'un côté Hobbes, et de l'autre John Locke, qui admet tout à l'inverse combien nous réalisons spontanément que les solutions pacifiques sont plus valorisantes que la prédation.

3. Réalisme *versus* idéalisme

On commencera bien sûr par l'opposition Aristote/Platon, mais voilà par exemple un thème qui permet d'insérer nombre de philosophes dans ce débat qui concerne l'analyse économique, mais pas seulement. La même remarque vaut largement pour le couple suivant.

4. Justice commutative *versus* justice distributive

À chacun selon ses mérites, ou à chacun selon ses besoins ? Les économistes vont raisonner en répartition fonctionnelle et répartition personnelle. Mais si l'on approche la question par ce couple, on peut par exemple disserter avec grand profit, ce qui sera plus difficile dans le découpage par période, sur l'exemplarité de saint Martin qui permet alors d'insérer le débat charité/solidarité, puisque, évidemment, on le sait, si saint Martin coupe par l'épée son manteau en deux et n'en donne qu'une moitié au pauvre, c'est parce qu'il estime que l'on ne peut donner que ce qui nous appartient, et que là est l'acte de charité indiscutable sur le plan moral. C'est que l'autre moitié du manteau du centurion à Rome était payée et appartenait à l'Empereur. Pour saint Martin, on ne peut pas donner ce qui ne nous appartient pas. Évidemment, les hommes de l'État ont un point de vue différent, puisqu'ils pratiquent la redistribution avec l'argent des autres. À ce stade, certains penseront : « Ce qui compte, ce ne sont pas les intentions, mais les résultats » (on dira quelques mots de cette question *infra*).

5. Loi de l'État *versus* liberté – responsabilité – propriété privée

On se permettra ici de dire que c'est évidemment l'une des innombrables déclinaisons du couple directeur. Mais en passant par ce thème, il devient possible par exemple de traiter du rôle respectif de la loi et du droit, ou encore de montrer que je ne peux exercer correctement ou pas ma liberté que si l'on me donne les moyens d'administration de la preuve, c'est-à-dire l'appropriation privée. C'est le thème de Bastiat par excellence, et qui permet de montrer l'erreur de ceux qui insistent par exemple sur la liberté en laissant la propriété être entamée, voire maltraitée.

6. Économie décentralisée *versus* économie centralisée

Depuis la nuit des temps en sciences humaines, certains pensent qu'on peut déterminer ce que désirent les gens, affecter les moyens, distribuer les pouvoirs d'achat nécessaires à l'acquisition de ce que l'on a produit. Et inversement.

7. Intentionnalisme *versus* conséquentialisme

Là encore, depuis toujours, il y a ceux qui pensent que ce qui compte pour juger d'une action, c'est l'intention qui a animé l'auteur de l'action et ceux qui pensent que ce qui compte, ce sont les résultats de l'action et que ce dernier point distingue ce qui est bon de ce qui ne l'est pas. Un sous-débat crucial de cette question est évidemment la distinction entre justice de procédure *versus* justice de résultat. Voilà qui permet d'opposer de façon fructueuse d'un côté Hayek et Nozick et de l'autre côté Rawls et Sen.

8. Théorie des choix rationnels *versus* irrationalité

Quelle riche distinction que d'opposer sur le marché des idées tous ceux qui d'un côté postulent que le modèle de l'Individu Évaluateur, Inventif, Maximisateur (Brunner – Meckling), rend compte correctement de toute l'action humaine et de toutes les actions humaines ; et de l'autre côté, tous ceux qui estiment qu'il y a une place fondamentale à donner dans l'analyse au métaconscient ou/et au supra-conscient, ou/et à l'inconscient. Par exemple, cela permet dans la deuxième occurrence de glisser les travaux récents, stimulants, mais pas toujours convaincants de la théorie des émotions qui a pris place dans l'analyse économique.

B – L'opposition par les méthodes

« Dis-moi la méthode que tu utilises et je te dirai, à tout coup et par avance, les résultats auxquels tu vas arriver ». Peut-on oser l'aphorisme selon lequel les méthodes font les résultats ?

Un seul exemple. Pour décrire l'action humaine, on peut prendre le parti méthodologique suivant : la logique du comportement humain individuel est la bonne méthode pour expliquer les contours de l'ordre social existant en un moment donné. C'est donc en pratique l'individualisme méthodologique. Comment s'étonner alors que cet économiste, ou ce sociologue, ou ce philosophe, aient un attrait tout particulier pour la microéconomie au détriment de la macroéconomie ? Si à l'inverse, on estime que la bonne grille explicative est d'utiliser la notion de classe, ou de groupe, ou de cohorte, ou de catégorie socioprofessionnelle, ou d'agrégat, pourquoi être surpris que les partisans de la méthode holistique, quand ils sont économistes, soient irrésistiblement comme aimantés par la macroéconomie ? Cette remarque vaut pour tous les titres *infra* que l'on se propose de développer plus avant dans un article à venir, mais qui donnent déjà au lecteur une idée précise de nos propositions.

On ne nous en voudra pas, ayant déjà dépassé les limites imparties par les directeurs de l'ouvrage, de nous contenter de simplement donner la liste qui suit et dont les seuls titres, du moins peut-on l'espérer, montrent toute la richesse analytique et synthétique que l'on peut en tirer.

1. Doctrine *versus* science : l'utile ou le vrai ?
2. Empirisme *versus* hypothético-déductivisme
3. Invariance de la nature humaine *versus* historicisme
4. Holisme *versus* individualisme méthodologique

5. Macro *versus* micro

6. Déterminisme *versus* libre arbitre

7. Méthode aprioristique *versus* économie expérimentale

8. Économie marchande *versus* économie élargie à tous les comportements humains

Conclusion

Tout ce qui précède a pour but et souhait d'ouvrir un débat. Il ne faut plus se cacher la vérité. L'H.P.E. devient, dans les facultés françaises, une langue morte. Nos étudiants, de plus en plus habiles en mathématiques, statistiques, économétrie, économie expérimentale, méthodes quantitatives, informatique, connaissance de l'anglais, sont en train de devenir d'authentiques incultes n'ayant plus la colonne vertébrale indispensable pour distinguer, si les temps deviennent agités, les périls qui peuvent survenir. La plupart de nos étudiants en économie, par exemple, ne voient aucune raison de se cabrer devant la culture de la déconstruction. Ils ne sont pas responsables, puisque jamais, au cours de leurs études, il ne leur a été proposé de réfléchir ni aux fondements de leur discipline ni à ceux de l'ordre social. Évacuer ces débats, c'est préparer une génération techniquement de qualité, souvent bien intentionnée, mais intellectuellement désarmée.

C'est contre ce désarmement intellectuel que durant toute sa carrière, le Recteur Pécheul a lutté de toutes ses forces, afin que les piliers qui font la société des hommes libres ne s'effondrent pas sous le coup de leurs ennemis. Karl Popper a décrit remarquablement ces périls dans son maître ouvrage : *La société ouverte et ses ennemis*.

PARTIE II

Globalisation – déglobalisation :
la souveraineté dans tous ses états

Supranationalité vs souveraineté : la guerre du droit aura bien lieu

Par Christophe BEAUDOUIN

Docteur en droit et diplômé en science politique

C'est l'histoire d'une nouvelle espèce de droit, un droit atypique et original bâti à la faveur de plus de 42 000 arrêts et ordonnances rendus par une Cour quasi inconnue du grand public, plus de 170 000 pages d'actes en vigueur formant un droit unique pour tous, un seul droit pour les 450 millions citoyens issus de vingt-sept nations différentes et parlant vingt-quatre langues, un droit supranational résolument séparé de la politique. Une sacrée histoire, donc. En France, la primauté absolue du droit européen même dérivé sur le droit national même constitutionnel n'a jamais été un vrai sujet de controverse. Sauf peut-être lors de la campagne référendaire sur le traité de Maastricht, où Philippe Séguin prononça à la tribune de l'Assemblée des mots définitifs¹, et celle de 2005 sur le projet de

1. « Il me faut dire avec beaucoup d'autres, au nom de beaucoup d'autres, qu'il est bien temps de saisir notre peuple de la question européenne. Car voilà maintenant trente-cinq ans que le traité de Rome a été signé et que, d'actes uniques en règlements, de règlements en directives, de directives en jurisprudence, la construction européenne se fait sans les peuples, qu'elle se fait en catimini, dans le secret des cabinets, dans le pénombre des commissions, dans le clair-obscur des cours de justice. Voilà trente-cinq ans que toute une oligarchie d'experts, de juges, de fonctionnaires, de gouvernants, prend, au nom des peuples, sans en avoir reçu mandat, des décisions dont une formidable conspiration du silence dissimule les enjeux et minimise les conséquences. L'Eu-

traité établissant une Constitution pour l'Europe qui tenta de codifier cette primauté. Ce fut alors un refus démocratique net. Qu'au début des années 60, encore modestement installée dans le bâtiment Côte d'Eich à Luxembourg, cette jeune Cour proclame des principes constitutionnels communs à l'Europe des six, n'émeut en réalité pas grand monde à Paris, ni pour s'en plaindre ni pour s'en réjouir : aucune juridiction, aucune assemblée parlementaire, (presque) aucun président de la République, aucun grand média. Au contraire de ce que l'on observera en Allemagne, au Royaume-Uni, en Pologne, en Roumanie ou en Hongrie, avec plus ou moins de bonheur.

Commençons par un bref rappel de définitions. Selon Cassese, le droit supranational – que l'on peut également appeler droit global – s'oppose au droit international à plusieurs égards : il est issu d'organes presque tous indépendants des États membres dans leur composition et leurs décisions, lie ces derniers à la majorité, fait naître des droits et obligations invocables directement devant les tribunaux nationaux, et sous le contrôle d'une juridiction suprême qui veille à sa primauté et son immédiate². Pour autant, la discussion sur les sources, la légitimité, la nature, les effets d'un tel droit, et finalement sur l'Europe singulière qu'il construit et par lequel elle agit, n'a jamais mobilisé qu'un petit cercle d'*aficionados*. Parmi eux, quelques esprits assez libres comme le Professeur Armel Pécheul, pour inlassablement questionner les modalités de cette intégration supranationale, son effet dissolvant, critiquer constructivement l'Europe *réalisée* au nom de l'Europe *manquée*, rêver de « l'Europe véritable » qui reste à bâtir. Il s'agit, en particulier, de mettre en pleine lumière, désosser

rope qu'on nous propose n'est ni libre, ni juste, ni efficace. Elle enterre la conception de la souveraineté nationale et les grands principes issus de la Révolution : 1992 est littéralement l'anti-1789. », Philippe Séguin, *Oui, nous voulons l'Europe, mais debout !*, Assemblée nationale, discours sur l'Exception d'irrecevabilité, 5 mai 1992.

2. S. Cassese, P. Cossalter, *Au-delà de l'État*, Bruylant, 2011.

et analyser la mécanique fonctionnaliste à l'œuvre, une ingénierie juridico-institutionnelle originale, qui aurait miné la souveraineté *de* l'État et la souveraineté *dans* l'État, le modèle westphalien de la souveraineté nationale et le modèle démocratique de la souveraineté populaire. Beaucoup objecteront qu'il ne s'agit pas d'une grande perte. Le problème est que ces modèles de souveraineté qui sont bien constitutifs de l'histoire, de la civilisation et de la démocratie européennes, n'ont été à ce jour remplacés par aucune souveraineté équivalente à l'échelle de l'Europe.

Cet ordre supranational conjugue nouvelle hiérarchie des normes, distribution de droits subjectifs y compris dans le champ sociétal, montée en force de la figure de l'expert, du juge et des « autorités indépendantes », révisions constitutionnelles en cascade toujours plus contraignantes, bouleversement de l'État de droit. Tout au long de cette révolution de velours, il y eut les mises en garde de quelques « lanceurs d'alertes » de tous bords, tels que, chacun dans son style, Jean Foyer, Pierre Mazeaud, Philippe Séguin (on l'a dit), Charles Pasqua, Philippe de Villiers ou Jean-Pierre Chevènement. Tandis que l'immense majorité du monde politique, intellectuel et bien des hauts fonctionnaires, n'en mesurera les effets que tardivement. Dans le monde académique, les spécialistes de la jurisprudence supranationale se comptent à peine sur deux mains. En tant qu'auteur du *JurisClasseur Justice administrative sur le Renvoi préjudiciel* devant la CJUE, le Professeur Pécheul est lui-même la plume la plus autorisée et reconnue en France pour éclairer enseignants, chercheurs, praticiens et décideurs sur ce qu'il faut bien appeler aujourd'hui la première source du droit. Lui-même gaulliste engagé, homme de culture, il fait assurément partie de cette poignée de grands juristes non conformistes, pratiquant en toute circonstance l'art du doute, plus que jamais nécessaire pour qui veut continuer à penser, c'est-à-dire à rester humain au temps des robots.

Non, la construction européenne et ses modalités particulières ne sont pas un phénomène issu de la nature ou de Dieu, mais bien de la volonté humaine. Elles doivent donc pouvoir être librement interrogées, débattues, critiquées, jusque et à commencer dans le monde du droit, par lequel la Communauté est venue au monde et se perpétue avec l'Union européenne. Sans l'œuvre prétorienne de la Cour, plus généralement des légistes de Luxembourg et Bruxelles dans les années 60, l'organisation de l'Europe présenterait aujourd'hui un tout autre visage, un tout autre bilan et peut-être un tout autre périmètre. Voilà qui mérite qu'on s'y penche, pour peu que l'on désire sincèrement le bien de l'Europe et de tous ceux qui y vivent.

À travers son enseignement, ses colloques, ses écrits, Armel Pécheul n'a cessé de partager, devant des auditoires variés, sa curiosité pour les logiques politiques et systémiques qui sous-tendent l'évolution des traités, le constructivisme jurisprudentiel et la mécanique de l'engrenage fonctionnaliste. Pour aboutir à la question ultime : les juges européens sont les gardiens des traités, soit, mais « qui nous garde des gardiens ? » interroge-t-il, suivant Juvénal. Car si les États membres et eux seuls demeurent, bien entendu, les « maîtres des traités », c'est à la condition qu'ils parviennent à agir... à l'unanimité. Une gageure dans l'Union d'aujourd'hui. On comprend dès lors pourquoi la primauté du droit européen sur la constitution, clé de voûte de tout l'édifice, est aussi pour lui la porte d'entrée de tout effort pédagogique sur cette construction, le fil rouge de ses conversations et ce par quoi toute pensée sérieuse sur l'organisation de l'Europe, quelle qu'elle soit, doit nécessairement commencer. On devine aussi pourquoi Armel Pécheul a toujours introduit son cours de droit européen par l'évocation des traités de Westphalie de 1648, que le constitutionnalisme supranational devait, plus de quatre siècles plus tard, silencieusement subvertir. On imagine encore pourquoi le Centre de recherche universitaire qu'il dirigea à l'Institut catholique de

Vendée (ICES) portait le nom d'Hannah Arendt, la philosophe qui a éclairé, comme personne, les ressorts de notre crise de l'éducation et de nos propensions totalitaires.

On réalise enfin que, regardant, lui, l'Europe non comme un simple « marché » sans limites ou un « espace », une Europe sans corps, sans héritage et sans âme, mais au contraire comme un merveilleux jardin à cultiver et à élargir à la civilisation qui lui donne son nom, composé de diverses nations partageant une longue histoire, des langues et cultures trois fois millénaires, Armel Pécheul veuille, avec l'intelligence, la bienveillance et l'inventivité qui le caractérisent, contribuer à la sauver du péril dans laquelle elle est enfermée, lui appliquer les mêmes soins délicats qu'aux roses de son presbytère chaumois. On rêve l' élu de l'ouest atlantique qu'il est, tout dévoué à la culture, en sauveteur – et sauveur – de « l'Europe véritable », vêtu d'une robe de magistrat à la Cour de justice européenne, assis sous la verrière centrale de l'immense salle d'audience à Luxembourg, déclinant sobrement la formule juridique qui rétablirait l'Union européenne et son ordre juridique unique sur des fondations constitutionnelles solides : celles de ses États membres, les constitutions que se sont données les « maîtres des traités », les démocraties nationales unies dans leur diversité.

Ces *Mélanges* offerts à Armel Pécheul – lui-même né, comme la primauté, un 15 juillet (ça ne s'invente pas !) – tombent à point nommé, à l'heure où cette question de la primauté supranationale a fait spectaculairement surface sur la scène publique européenne et française. Il faut dire que le mécontentement vis-à-vis de la Cour de justice semble assez généralisé, quelles que soient les options européennes des uns et des autres. Les arguments de ses détracteurs peuvent être regroupés en trois catégories. D'abord les critiques regrettent que la Cour jouisse d'un monopole juridictionnel tout à fait extraordinaire, jugeant en toute

matière, constitutionnelle, administrative, internationale, en premier et dernier ressort. Ensuite, on lui reproche d'avoir développé, depuis soixante ans, des interprétations finalistes la conduisant à exciper de « l'esprit, l'économie, les termes » du traité (*Van Gend en Loos*), des principes constitutionnels qui n'y figuraient pas, mais que la construction d'un véritable droit communautaire exigeait selon elle pour donner corps et vie à ce même traité. Ce faisant, la Cour va refuser de reconnaître une valeur juridique supérieure aux constitutions nationales et donc une autorité aux cours constitutionnelles qui en assurent le respect. Enfin, les critiques lui reprochent de ne pas se soumettre elle-même à la juridiction de la Cour européenne des droits de l'Homme, en bloquant l'adhésion de l'Union à la Convention alors que le traité l'y oblige. On laissera à chacun le soin de se faire son opinion.

Il reste que sans la Cour de justice, ses méthodes et sa doctrine, y-aurait-il aujourd'hui un droit de l'Union européenne ? Poser la question, c'est y répondre. C'est la raison pour laquelle on se propose ici de revisiter la genèse de la primauté et du constitutionnalisme supranational en évoquant une histoire méconnue, celle du « making-of » italien de l'arrêt inaugural du 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel* (I). Il sera ensuite mis en perspective avec des théories juridiques qui avaient nourri et porté le constitutionnalisme supranational, dont la jurisprudence « effet direct-primauté » sera la victoire inaugurale, le socle juridique, la rampe de lancement (II). Il faudra enfin se replacer dans le présent, par un petit tour d'horizon des points chauds de cette bataille pour la suprématie du droit supranational sur les Constitutions, c'est-à-dire des pôles de résistance de plusieurs cours constitutionnelles nationales (III). On ne résistera pas, en conclusion, à mettre la question au cœur des grandes mutations du pouvoir et du droit à la faveur de la globalisation qui nous a fait passer

« de la pyramide au réseau »³, de la démocratie au management, de la politique à la cybernétique⁴.

I. Les origines méconnues de l'arrêt Costa : dans les coulisses du « coup d'État de droit »

Au sortir de la guerre, l'Europe libérée connut une vague de nationalisations des secteurs stratégiques. En nationalisant la production et la distribution de l'électricité, le gouvernement italien démocrate-chrétien était loin d'imaginer qu'il offrirait incidemment, sur un plateau, l'occasion d'un bond supranational furtif et irréversible à la jeune Communauté européenne. C'est parfois avec délectation ou profitant d'une sorte de prescription, que chacun admet aujourd'hui ouvertement le véritable « putsch »⁵ en robe ou le « coup d'État de droit »⁶ que constitue le double arrêt effet direct-primauté de la Cour de justice européenne en 1963-1964. Pour Joseph Weiler, « si, depuis les années 1960, le système politique revêtait bien des caractéristiques intergouvernementales, le système juridique avait, du fait de l'acceptation de quelques arrêts novateurs de la Cour, adopté une

3. « Les grandes théories du droit qui continuent, aujourd'hui encore, à déterminer les représentations des juristes ont été conçues avant que s'imposent la construction de l'Europe et la mondialisation du droit, la montée en puissance des juges et le culte des droits de l'homme, l'apparition de puissants pouvoirs privés et le déclin de la capacité d'action des États, l'émergence de la société de l'information et les poussées de l'individualisme. » F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau – Pour une théorie dialectique du droit*, Presses Universitaires de Saint-Louis, 2010.

4. Un processus que tente de décrire l'auteur de ces lignes dans une thèse de droit public qu'Armel Pécheul a dirigé : *La démocratie à l'épreuve de l'intégration européenne*, soutenue le 29 mai 2013 à l'Université de Paris-Descartes et publiée aux éditions LGDJ en 2014.

5. L. Van Middelaar, *Le passage à l'Europe, Histoire d'un commencement*, NRF Gallimard, 2012.

6. O. Cayla, *Le coup d'État de droit ?*, *Le Débat*, 1998/3 (n° 100), p. 108-133.

forme fédérale ». Réconciliant politologues et juristes, Weiler souligne « comment certaines formes juridiques dissimulaient des coups de force politiques – ce que les uns négligeaient et les autres préféraient démentir »⁷.

A – Le schisme européen de Stresa

L'arrêt *Costa c/Enel* du 15 juillet 1964 est le point d'achèvement d'une épopée judiciaire née d'une fenêtre d'opportunité ouverte par une simple facture d'électricité impayée, et dont le montant ne dépassait pas 22 € d'aujourd'hui. Intrigue au plus haut niveau des arcanes communautaires, coup de bluff d'une jeune juridiction dont pas grand monde ne se souciait, effet papillon ? Nul doute, en tous les cas, que le succès de l'opération était loin d'être acquis et qu'elle dut être soigneusement mise au point⁸.

D'abord, un bref rappel des faits. La loi adoptée le 6 décembre 1962 par l'Assemblée nationale italienne introduisait une gestion centralisée de la production et de la distribution de l'électricité à travers l'*Entente Nazionale per l'Energia Elettrica* (ENEL), l'office national de l'électricité. Cette société d'État reprenait les actifs de plus de 1 300 compagnies privées pour exercer un monopole national sur l'ensemble de la production, du transport, de la transformation et de la distribution d'électricité pour tout le territoire national. L'ensemble des partis de droite et de centre droit – parti libéral, parti démocratique de l'unité monarchiste et mouvement social italien – s'y opposèrent avec force. Ils critiquaient

7. J. H. Weiler, A. Collovald, F. Bastien, « Une révolution tranquille. La Cour de justice des Communautés européennes et ses interlocuteurs », *Politix*, vol. 8, n°32, quatrième trimestre 1995, p.32.

8. A. Arena, « From an Unpaid Electricity Bill to the Primacy of EU Law : Gian Galeazzo Stendardi and the Making of *Costa v. ENEL* », *European Journal of International Law*, volume 30, issue 3, August 2019, pages 1017-1037.

notamment la compensation financière trop faible versée aux actionnaires des sociétés nationalisées, une dangereuse concession au parti socialiste italien et dénonçaient une violation du traité instituant la Communauté économique européenne (CEE) du 25 mars 1957. Sur le plan du contexte, le mouvement fédéraliste européen est alors en proie à une division doctrinale, philosophique, profonde, entre internationalistes et supranationalistes. C'est à un petit groupe issu du second courant, alors ultra-minoritaire, composé de légistes-politiciens brillants, ambitieux et déterminés, que l'on doit le dispositif explosif qui permit subrepticement aux traités communautaires et au droit qui en dérive, de s'affranchir du droit international comme des principes et catégories classiques du droit constitutionnel.

C'est dès après la signature des traités de Rome que s'est produit le « grand schisme » de Stresa qui vit les intellectuels d'obédience supranationaliste s'opposer au reste de la communauté universitaire de droit international, avant de faire sécession. Organisé par les services de la Haute Autorité et des députés européens, ce congrès international d'études sur la CECA du 31 mai et le 9 juin 1957 fut une « grand-messe académique » destinée à mobiliser la doctrine juridique à des fins politiques, en faisant adouber l'objectif supranational par la science juridique. Ce sera l'échec, puis la séparation⁹ et la naissance de deux approches diamétralement opposées de construction communautaire. Cette scission sera définitivement actée lors du congrès européen organisé du 24 au 26 avril 1963 à Cologne, mobilisant non seulement universitaires, mais aussi juristes praticiens, acteurs politiques et industriels autour d'un « mot d'ordre partagé » : le ca-

9. J. Bailleux, « *Comment l'Europe vint au droit. Le premier congrès international d'études de la CECA (Milan-Stresa 1957)* », *Revue française de science politique*, vol. 60, n° 2, 2010, p. 295-318.

ractère supranational de la communauté et la nature constitutionnelle de la Cour de justice et du droit communautaire.

B – Ce juriste-politicien milanais oublié du Panthéon communautaire

Parmi les « schismatiques » supranationalistes, un parfait inconnu, avocat milanais et maître de conférences en droit constitutionnel, Gian Galeazzo Stendardi. Engagé au sein du parti libéral et furieux que l'agenda politique national italien semble fixé par la minorité socialiste, Stendardi imagine que le droit pourrait être une voie efficace de contournement de ce « problème » politique. Il n'était ni le premier ni le dernier à faire de la politique sous le masque de l'objectivité du droit, comme on va le voir. Stendardi plaidait depuis le milieu des années 1950¹⁰ pour une « conception militante de l'État de droit »¹¹, théorisée en Allemagne au siècle précédent par Rudolf Jehring. Dans la foulée du congrès de Stresa, le juriste italien rédige un traité sur la relation entre ordre juridique national et ordre juridique européen, dans lequel il reprend la thèse germaniste selon laquelle les traités communautaires comporteraient des « dispositions constitutionnelles »¹², telles que les quatre libertés de circulation, qui s'imposeraient en dépit de toute règle nationale contraire.

10. G. Stendardi, *Il soggetto privato nell'ordinamento comunitario europeo*, Milano Dott A. Giuffrè, 1967, p. 13 : « [L]e particulier devient, à un certain stade, non seulement le défenseur de lui-même, mais aussi le défenseur de l'ordre juridique » ; « Le meilleur tuteur et défenseur de l'ordre juridique communautaire (ainsi que de tout autre ordre juridique) est l'individu lorsque ses droits sont violés » (p. 109-110).

11. A. Vauchez, « *Integration-through-Law Contribution to a Socio-history of EU Political Commonsense* », European University Institute Working Papers, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, n° 10 (2008), p.17.

12. « [L]es dispositions [des traités communautaires] qui concernent les objectifs des Communautés, les moyens de les atteindre et les organes communautaires devraient être considérées [...] en tant que normes constitutionnelles », *ibid.*, p. 39.

Le respect de cette primauté du droit communautaire pouvait prendre deux voies : « centralisée » à travers un jugement d'inconstitutionnalité rendu par la Cour constitutionnelle italienne, ou « décentralisée » en confiant à tout juge le soin de laisser non appliquée une loi incompatible avec le droit communautaire. La CJCE devait être interrogée par la voie préjudicielle dans un cas comme dans l'autre. Stendardi défendit la méthode décentralisée du contrôle de primauté, afin que les tribunaux italiens soient dispensés d'appliquer la loi après décision préjudicielle de la Cour de Luxembourg.

C'est à travers un article de doctrine publié en 1962, qu'il lance ainsi son offensive contre la loi *Enel* en arguant de multiples violations de la Constitution italienne et du traité communautaire qu'engendrerait, selon lui, la loi de nationalisation d'entreprises privées¹³. Or, il se trouve que son confrère au barreau de Milan, un certain Flaminio Nicolino Costa, qui partageait ses idées politiques et l'admirait, était personnellement actionnaire et client de l'une des mille cinq cents sociétés d'électricité visées par la loi de nationalisation, *Edisonvolta*. Stendardi conseilla à Costa de refuser aux employés d'Enel l'accès à son compteur et de ne pas payer sa première facture d'électricité de mille neuf cent vingt-cinq livres italiennes, soit l'équivalent de vingt-deux euros de 2019. Il demanda au juge de saisir la cour constitutionnelle pour juger de la constitutionnalité du statut de l'*Enel* et, faute de recours pour une demande inférieure à deux milles livres, d'introduire une question préjudicielle à la CJCE en application de l'article 177 § 3 du traité CEE. Stendardi et Costa n'ignoraient pas s'être embarqués dans la « chronique d'une défaite annoncée » devant la Cour constitutionnelle italienne qui, comme les autres, avait une conception dualiste de la relation entre droit

13. G. Stendardi, *Problèmes en matière de lois de légalité d'expropriation d'entreprise*, Forum Padano, 1962, p.52.

communautaire et droit italien et affirma naturellement la préséance de la loi nationale ultérieure sur le droit communautaire en vertu de la règle *lex posterior derogat priori*. Si une violation du traité pouvait engager la responsabilité juridique internationale de la République italienne, elle n'avait aucun effet sur le statut de l'Enel dans l'ordre interne. La loi sur le statut de l'Enel postérieure à la signature du traité de Rome devait primer et la saisine de la CJCE à titre préjudiciel était sans objet.

Dans les services de la Commission à Bruxelles, qui semble génétiquement acquise à la cause supranationale, l'arrêt de la Cour italienne provoqua un grand désarroi en ce qu'il suivait la tradition internationaliste. Dans les pays de longue tradition dualiste, la prédominance des dispositions conventionnelles sur le droit interne n'était pas établie et la doctrine considérait que le rang du droit communautaire relevait du droit national. Dans une note adressée aux commissaires français et italien en 1962, le directeur général du service juridique de la Commission Michel Gaudet voulut mettre solennellement en garde contre cette « approche fragmentaire » du droit communautaire qui serait « incompatible avec les caractéristiques spécifiques de la CEE »¹⁴, concluant que les dispositions du traité devaient prévaloir sur toutes les lois nationales, même postérieures. Faisant front commun avec la Commission européenne dont le Président, Walter Hallstein, interviendra en personne pour donner une tournure politique à l'affaire, l'avocat général Maurice Lagrange qui avait succédé à Karl Römer, plaida avec d'autant plus d'élan auprès de la Cour en faveur de la reconnaissance du principe de primauté du droit communautaire. Lagrange voyait dans le contrôle juridictionnel centralisé le meilleur « moyen constitutionnel » pour assurer la primauté du droit communautaire sur les lois nationales,

14. Note à J. Rey et M. Caron, Service juridique de la Commission européenne, 23 octobre 1962, p.4, citée par A. Arena, op. cit.

avant d'opter pour une approche plus prudente, décentralisée, ralliant habilement l'ensemble des juridictions nationales inférieures à cette mission supranationale de longue haleine.

En 1963 et sur la base des conclusions de Römer, la Cour avait adopté, à une voix de majorité, l'arrêt inventant l'effet direct du droit communautaire, créant des droits et obligations dans le chef des particuliers (un « biopouvoir » avant la lettre) dans la fameuse affaire *Van Gend en Loos*. Contrairement à l'usage, la Cour avait renoncé à une interprétation positiviste ou littérale du traité pour considérer non seulement le texte, mais aussi son « esprit », qu'elle se faisait fort de découvrir, y compris contre l'avis des états signataires, et « dont elle s'autoproclamait l'interprète exclusif »¹⁵. Enrôlant l'« esprit » des traités pour les placer au-dessus de la lettre, mais aussi les citoyens communautaires dans sa construction argumentative, la Cour crut alors pouvoir définir le système juridique supranational né des traités comme un « nouvel ordre juridique » en rupture avec l'ordre international classique et « indépendant de la législation des états membres » susceptible de créer non seulement des obligations pour les particuliers, mais aussi « des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique. » Andreas Donner, Président de la Cour à l'époque, indiqua même que si cela avait été demandé à la Cour dès l'affaire *Van Gend en Loos*, elle « aurait vraisemblablement jugé que le traité CEE l'emportait sur le droit national »¹⁶.

15. Voir l'opinion en ce sens de Luuk Van Middelaar, *Le passage à l'Europe*, op.cit. « Attendu qu'il résulte des considérations qui précèdent que selon l'esprit, l'économie et le texte du traité l'article 12 doit être interprété en ce sens qu'il produit des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder », CJCE 25 février 1963, Aff. 26/62, *Van Gend en Loos*.

16. A. Donner, « *National Law and the Case Law of the Court of Justice of the European Communities* », *Common Market Law Review*, 1963, p.14.

Le bateau du constitutionnalisme supranational ayant ainsi quitté le port de Luxembourg sans trop d'encombres en 1963, l'arrêt Costa put donc lui faire prendre le large, dans des termes sans appel : « À la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'imposent à leurs juridictions (...) Le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains (...) ». De cette intégration, cette limitation définitive imposée par « l'esprit » du traité, le juge conclut naturellement qu'il était « impossible » de faire prévaloir le droit interne sur le droit communautaire sans compromettre la réalisation des objectifs du traité, le principe de coopération loyale, la non-discrimination fondée sur la nationalité, l'applicabilité directe des règlements, la « base juridique » et le caractère même de la Communauté.

L'ensemble des juridictions des États se voyaient associées, investies d'un véritable « mandat » européen de laisser inappliquée toute loi nationale qui entrerait en contradiction avec le traité. La Cour ne s'engagea pas, sur le fond, dans la voie d'une condamnation des nationalisations et monopoles dans le secteur des services publics au motif qu'ils seraient contraires au traité communautaire. Elle confirma le statut de l'*Enel*, la prudence politique de la Cour n'ayant d'égale que son audace juridique. Le nom de Stendardi tomba assez injustement dans l'oubli, alors qu'il fut sans conteste l'un des artisans de cette primauté du droit communautaire, en arrachant, au moyen de quelques complicités, cet arrêt

de la Cour de justice dont l'un des attendus reprend quasi mot pour mot un passage de son propre ouvrage de 1958¹⁷...

II. Le supranationalisme en droit : un plan de bataille constitutionnel

Trois mois après le jugement constitutionnel italien et moins d'un mois avant que la Cour de Luxembourg ne rende son fameux verdict, on l'a évoqué, c'est le Président de la Commission européenne Walter Hallstein en personne qui avait fait officiellement irruption dans l'affaire. Le 18 juin 1964, l'ancien universitaire et négociateur du plan Schuman pour l'Allemagne profita de la présentation du septième rapport d'activité de la Commission de la CEE¹⁸ à la tribune de l'Assemblée parlementaire pour développer sa vision de l'architecture juridique des traités. Fort de l'acquis obtenu par l'arrêt *Van Gend en Loos* quelques mois plus tôt, il démontra l'articulation logique, l'indissociabilité de l'effet direct et de la primauté : celle-ci résultant naturellement de celui-là, celui-là pavant la voie à celle-ci. Ce n'était pas une coquetterie d'intellectuel à l'esprit de système, mais l'argument décisif en faveur de ce nœud coulant juridique, qui saurait arraisonner presque sans douleur, sans qu'elles s'en rendent compte et définitivement, les souverainetés nationales, à l'ordre juridique naissant, au service de la paix et du grand marché.

17. G. Stendardi, *I rapporti fra ordinamenti giuridici italiano e delle Comunità europee*, Milano, 1958, p.59 : « [L]'établissement de la Communauté serait dénuée de portée si les actes de ses institutions pouvaient être annulés par un acte unilatéral d'un État membre qui serait opposable au droit communautaire » ; CJCE, affaire 6/64, *Costa contre Enel*, 15 juillet 1964 : « Que cette disposition [l'article 189 du traité sur l'applicabilité directe des règlements] (...) serait sans portée si un État pouvait unilatéralement en annuler les effets par un acte législatif opposable aux textes communautaires. »

18. Débats du 18 juin 1964, Assemblée parlementaire commune, 1965.

Qu'il s'exprime dans un cadre académique ou politique, l'ancien recteur de l'Université de Francfort aimait revêtir tour à tour la toge du légiste-universitaire qu'il ne cessera jamais d'être et, à la minute suivante, le costume du chef de la Commission européenne, jeune institution à la légitimité embryonnaire, qu'il embarquait ainsi à l'appui de thèses constitutionnelles longuement mûries. Alors que couvait le conflit avec la France gaullienne qui déboucherait sur la crise de la chaise vide et le compromis de Luxembourg, le Président Hallstein choisit d'entrer dans l'arène en ce 18 juin, devant la représentation parlementaire, pour dramatiser politiquement l'événement judiciaire qui se profilait. Un « putsch »¹⁹ techno-judiciaire parfaitement assumé. C'est sans grande surprise et avec le sentiment du devoir accompli, que le Président Hallstein accueillit, le 15 juillet suivant, le verdict de la Cour de justice dans *Costa c/ Enel*. Les attendus rejoignaient point par point les positions du Service juridique de la Commission dirigée par Michel Gaudet²⁰ et répondaient avec enthousiasme au réquisitoire de Walter Hallstein en faveur de cette primauté, devant le Parlement quelques semaines plus tôt. Le stratagème amorcé avec *Van Gend en Loos* se refermait avec *Costa c/ Enel* : en lisant l'arrêt – acquis à une seule voix de majorité –, les États membres auteurs des traités de Rome avaient découvert qu'ils auraient, sans le savoir et dès la signature des traités, donné naissance à un « ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres » dont devait résulter, rien de moins qu'une « limitation définitive de leurs droits souverains ». On protesta un peu dans certaines capitales, puis on passa à

19. L. Van Middelaar, *Le passage à l'Europe*, op. cit. p. 183.

20. Une véritable « politique jurisprudentielle » fut menée par le Service juridique de la Commission Hallstein, dirigée par Michel Gaudet, principale pourvoyeuse d'affaires devant la « Cour ventriloque », ainsi à même de peser de tout son poids pour dessiner une jurisprudence à sa mesure. V. A. Vauchez, *L'union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*. Presses de Sciences Po, « Références », 2013.

autre chose. Le coup de bluff avait fonctionné, les États avaient implicitement acquiescé²¹.

A – Là où « le fer et le sang » avaient échoué

Pour Walter Hallstein, l'arrêt Costa fut l'aboutissement d'une longue théorisation intellectuelle du constitutionnalisme supranational. Comme le rappelle Hugo Canihac, « son parcours le place en effet à l'intersection exacte des préoccupations politiques et des enjeux théoriques, et, malgré sa nomination à la présidence de la Commission européenne, il garde, tout au long de sa carrière politique, des contacts étroits avec le monde universitaire allemand et européen »²². L'ancien secrétaire d'État du chancelier Adenauer est l'un des plus importants « entrepreneurs d'Europe », investi dans toutes les « luttes sur les contours d'un marché commun, d'une justice supranationale, d'un parlementarisme transnational, d'une

21. Revenant sur la séquence « effet direct - primauté », Luc Van Middelaar se demande « si on avait dès le départ demandé à ceux-ci d'accepter que l'objectif de la Communauté impliquât que le traité constituait “plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les États contractants”, peut-être auraient-ils fait marche arrière ». Ce n'est donc pas l'arrêt *Van Gend en Loos* qui transforme la Communauté en un « nouvel ordre juridique », mais bien cet acquiescement par les États à cette jurisprudence, constate-t-il : « Le 5 février 1963, la Cour a réussi un putsch au nom de l'ordre juridique nouveau et autonome en prétendant qu'il remontait en réalité au traité – ce que pourtant personne ne savait. Ce stratagème a permis de camoufler la violation du statu quo. Plus précisément : il a permis d'antidater la rupture qu'a représenté le moment fondateur. Par leur positionnement, les juges ont en quelque sorte réconforté les États en leur disant : il ne s'agit pas d'un bon en avant, vous savez, il y a longtemps que vous avez franchi le Rubicon. » L. Van Middelaar, op.cit, p. 95.

22. H. Canihac, La théorisation politique en action : « Éléments d'histoire du “constitutionnalisme supranational” dans l'Union européenne », Congrès AFSP Aix 2015, ST 29, *Pour une théorie politique appliquée à l'intégration européenne. État des lieux d'un champ de recherche en construction*, p. 9.

bureaucratie communautaire ou d'une académie européenne »²³. Mais si ces entrepreneurs, ingénieurs et artisans à l'origine du socle constitutionnel de l'Europe unie peuvent se compter sur deux mains, Walter Hallstein fut bien plus que cela. À la fois maître d'œuvre et maître d'ouvrage, il fut aussi celui qui l'a véritablement pensé, son premier architecte. Il faut donner acte au grand universitaire et intellectuel allemand d'avoir su dessiner les plans de la machinerie institutionnelle et juridique, qui ferait du rêve des « pères fondateurs » agréés par les manuels d'histoire – et dont il est fort injustement « oublié » – une réalité durable. La Communauté devenue l'Union n'a pu se bâtir et n'agit que grâce à ce droit original dont le Professeur Hallstein est l'inspirateur. Écoutons-le attentivement : « La communauté est une création du droit. C'est la nouveauté décisive qui la distingue des tentatives précédentes d'unifier l'Europe. Ni la violence, ni la soumission n'est utilisée comme moyen, mais une force spirituelle et culturelle, le droit. La majesté du droit doit réussir, ce dont le sang et le fer n'ont pas été capables pendant des siècles. »²⁴

C'est toute l'histoire, agitée, de la recherche d'une unité germanique qui imprègne le vocabulaire de ce grand juriste épris du droit et des techniques juridiques comme substitut à la guerre, à la politique, voire à la religion, ancien professeur invité de l'Université de Georgetown et nommé recteur de l'Université de Francfort après-guerre, qui arriva par surprise à l'avant-scène politique allemande de la jeune RFA pour négocier le plan Schuman. Il avait aussi été l'un des premiers à jeter les bases théoriques et pratiques d'une politique du droit à grande échelle. Au-delà des méandres et ruptures historiques et politiques qui ont marqué la vie de sa génération, la pensée constitutionnelle de Walter Hallstein laisse apparaître des constantes : le souci de rompre avec le positivisme

23. A. Vauchez, *L'Union par le droit*, op. cit.

24. W. Hallstein, *Der Unvollendete Bundesstaat*, Econ (Düsseldorf, 1969), p. 33.

juridique, de bâtir un droit public digne de ce nom, de dépasser le vieil ordre international, la croyance dans le dépérissement de l'État, le primat donné au juge et à la jurisprudence comme acteur du changement, la résorption de la politique dans l'économie. Il écrira, plus tard : « La nature même de ce monde nécessite une redéfinition de ce que nous entendons d'habitude par des mots comme “la politique” et “l'économie”, et une re-délimitation, voire la suppression de la frontière sémantique entre les deux »²⁵. Prophétique.

Intellectuel engagé, atlantiste et Européen dans l'âme, M. Hallstein, qu'on ne cessa d'appeler « le Professeur » dans toutes les fonctions qu'il occupa, considérait le droit beaucoup plus comme un instrument au service d'une politique et le plaçait déjà, à l'époque de ses conférences de Rostock avant-guerre, sur le plan spirituel et intime : « La foi dans le droit et la vérité est l'une des rares choses ancrées aussi fortement dans le cœur des humains »²⁶. Le droit supranational contribuerait à doter la jeune Communauté européenne d'une transcendance propre, au service de l'unification, non plus par la guerre et l'autoritarisme, mais par l'intégration et ce que l'on appellera bientôt, le management. On se limitera ici à mettre en perspective quelques éléments de ce discours²⁷ en distinguant la stratégie, la tactique et les moyens proposés.

25. W. Hallstein, *United Europe, Challenge and Opportunity*, Cambridge, Harvard University Press, 1962, p. 58. NRF essais Gallimard, 2020.

26. 23 janvier 1939, BdA 1266/1569.

27. V.B.A 1266/1569, cité par M. Schönwald, *Walter Hallstein - Un pionnier de l'Europe*, éd. Kohlhammer, 2017, note 22. Pour une perspective, voir aussi sur le site de l'Université de Francfort, C.M. Kleinfelder : « *Critique indirecte du régime - Conférence de Walter Hallstein "Introduction à la jurisprudence, partie de droit privé" de 1933* », USE : University Studieren / Studying Research, 30 mai 2018 (<https://use.uni-frankfurt.de>)

1. La stratégie : l'unification par le droit

La stratégie consiste d'abord, on l'a dit, à réaliser l'union par le droit, c'est-à-dire l'unification progressive des différents systèmes juridiques. Le premier argument à l'appui d'une telle unification par le droit réside dans leur nature commune. Il faut, dit-il, manier « l'outil du droit pour sauvegarder ce qu'il y a de commun », car il constitue « l'instrument d'éducation idéal qui s'offre à la communauté » et permet de réunir des populations partageant un « destin historique », ainsi que « des convictions et jugements de valeur communs ». Il avait lu Renan en français. Cependant, il ne faudrait pas risquer une « uniformisation de la vie culturelle » aux dépens de « la variété des langues et coutumes ». Et d'appeler au réalisme : « On ne peut pas simplement changer de système juridique comme d'un costume devenu démodé, parce que chaque changement fondamental touche aussi, en définitive, la personnalité d'un peuple. »

Le second argument réside dans la conviction que le droit est primordial à la constitution d'un corps économique (*Wirtschaftskörper*) unique et à la structure de cet organisme : « Il n'est évidemment pas acceptable, explique-t-il, que le système juridique – qui représente la circulation sanguine de ce corps – puisse être étranglé par la diversité des systèmes juridiques dans ses différents composants »²⁸. Et de faire appel à des comparaisons historiques familières : « De manière significative, les efforts d'unification juridique allemands du dix-neuvième siècle dans le domaine du droit commercial se sont également déroulés parallèlement à

28. *Ibid.* W. Hallstein filera plus tard cette même métaphore en décrivant la communauté comme un « organisme » constitutionnel, un système harmonieux où les ordres juridiques des États et des institutions communautaires s'entrelacent. Voir Walter Hallstein, *Der unvollendete Bundesstaat (L'État fédéral inachevé)*, publié sous le titre *L'Europe inachevée* par les éd. Robert Laffont (Paris, 1970), 19, cité par H. Canihac, *ibid.*

la politique d'union douanière (*Zollverein*), qui a permis l'union économique de l'Allemagne »²⁹. Cette comparaison fera florès ensuite chez tous les auteurs allemands, majoritaires, dans leurs efforts pour théoriser le « phénomène du droit » communautaire, ceux-ci disposant de modèles historiques tels que non seulement le *Zollverein*³⁰, mais aussi la Constitution de l'Empire et la Commission du Danube³¹.

Une unité juridico-politique, charpente de l'unification économique, et respectueuse de la diversité culturelle devrait donc être recherchée. « Les recompositions territoriales qui ont suivi les guerres du XIX^e siècle n'ont pas modifié les ordres juridiques existants, créant même de la sorte une grande diversité en la matière (...) Quant à ce qu'on appelle les traités de paix qui ont suivi la guerre mondiale, ils n'ont rien changé, du seul fait des cessions de territoires, à l'ordre juridique existant. » Il donne pour exemple la Pologne et la Yougoslavie, mais aussi celui de l'Elsass-Lotharingen, où « le droit allemand a continué à s'appliquer ».

Dans ces conditions et afin de réaliser ce qu'il appelle l'alignement législatif (*Rechtsangleichung*) et l'unification par le droit (*Rechtsvereinheitlichung*), M. Hallstein va poser la formule de la primauté : « Dans chacun des territoires réunis, les anciennes lois continuent de s'appliquer, sauf lorsqu'elles contreviennent à la constitution de l'État dans son ensemble ». La méthode d'unification juridique proposée ne consiste pas à abolir, ni remplacer d'en haut, autoritairement et d'un coup d'un seul, tous les systèmes juridiques existants, mais à les subordonner graduellement, en écar-

29. *Ibid.*

30. Pour cette comparaison avec le *Zollverein*, voir H-J Schlochauer, « *Rechtsformen Der Europäischen Ordnung* », *Archiv Des Völkerrechts* 5, n° 1/2 (1955) ; « *Der Übernationale Charakter Der Europäischen Gemeinschaft Für Kohle Und Stahl* », *Juristen Zeitung* 6, n° 10 (1951), cité par H. Canihac, *ibid.*

31. H. Canihac, *ibid.*

tant au cas par cas l'application des lois inférieures qui seraient contraires à la norme supérieure. M. Hallstein approfondira en 1958³² cette idée de l'unification par et pour le droit lorsque, devenu président de la Commission, il emploiera une fameuse analogie décrivant la CEE comme une « communauté de droit » (*Rechtsgemeinschaft*). Création du droit, créatrice de droit, ordre juridique autonome, la construction européenne est « une réalisation de l'idée du droit »³³. M. Hallstein évoque encore ici l'absence presque totale de droit public, de droit administratif et d'autres lacunes juridiques dont il dresse une longue énumération. Il s'agit de mettre fin à cet inachevé et il sait que de l'autre côté du Rhin, le droit public français et ses grands principes sont essentiellement de construction jurisprudentielle³⁴, ce qui lui inspirera la tactique à adopter pour servir cette unification juridique.

2. La tactique par la mission : pour une « politique du droit »

Il reste, dit le Professeur Hallstein, la question du « comment faire ? ». La mise en œuvre de cette nouvelle hiérarchie des normes devrait se faire manière fonctionnelle, décentralisée, participative. Il considère le juriste, le juge et autres « gardiens du droit », les conquérants pacifiques de ce nouveau continent qu'est la communauté de droit, investis d'une mission supérieure, historique : « Ils ressentiront une forte tentation d'œuvrer à l'élaboration de la loi, cet instinct de conquête qui permet de défricher des territoires inconnus ». C'est ainsi que le juriste ne doit pas se contenter de « connaître le droit, d'appliquer le droit, mais aussi de le faire progresser »

32. Conférence donnée à Hambourg, juillet 1958. Voir *Europäische Integration als Verfassungsproblem*, Haus Rissen, Hamburg, 29 juillet 1958 in *Hallstein, Europäische Reden*, cité par H. Canihac, *ibid*.

33. *Ibid*.

34. Le Conseil d'État français servira justement de modèle pour l'organisation et les méthodes de la Cour de justice des communautés européennes.

(*fortentwickeln*). « Cette troisième tâche, insiste-t-il, est la plus élevée, car toute l'activité humaine se déploie sous la loi du devenir – l'effort doit donc porter non pas vers le droit en vigueur, mais vers le droit futur, la lutte non pas pour maintenir l'ordre existant, mais pour en trouver un meilleur, bref le travail de la politique du droit (*Rechtspolitik*). » Hallstein s'inscrit dans une conception causale, volontariste et progressive du droit, caractéristique de la tradition interprétative du droit privé allemand impulsée par le juriste Jhering. Observant le droit comme l'objet d'une lutte – sa maxime « le droit est la politique de la force³⁵ » reste inégalée –, Jhering considère que le but donne la clef de la formation de tout le droit. Fondateur de l'école téléologique de l'interprétation du droit, il engageait donc les juristes à interroger les buts (*telos*) du droit, à prendre conscience que le droit sert des objectifs sociaux, économiques et politiques. Hallstein prolonge cette vision ici dans ce qu'il appelle une « politique du droit totale » (*totale Rechtspolitik*). Elle s'illustrera dans la lecture téléologique, dite aussi finaliste, du droit des traités communautaires, qui constitue la clef de compréhension de toute cette jurisprudence audacieuse, inventive, constructiviste et pour tout dire constituante de l'intégration européenne, dont la Cour de justice de Luxembourg se fera la championne et sans recours possible. On parlera de l'émergence des « jurisluteurs ». Ce plaidoyer du Professeur Hallstein pour une « politique du droit » prendra toute sa mesure pratique dans ce qu'il appelle, une vingtaine d'années plus tard, la « communauté de droit », à laquelle s'arrimeront graduellement des pans entiers des politiques publiques des États membres, y compris des domaines-clés de la souveraineté nationale et les droits fondamentaux. Il décrira lui-même l'effet de débordement par une image bucolique : « La pierre jetée dans l'eau ne cesse de dessiner de nouveaux cercles »³⁶.

35. R. von Jhering, *Le combat pour le droit*, (éd or. : 1875, traduit de l'allemand par Alexandre-François Meydiéu), Hachette-BNF, 2012.

36. M. Schönwald, *Walter Hallstein, un pionnier de l'Europe*, op.cit.

Faisant le bilan, à la fin des années 1970, de cette œuvre créatrice de la haute juridiction supranationale, l'un de ses anciens présidents et juge-rapporteur dans l'affaire Costa, Robert Lecourt, lui aussi ancien ministre issu de la démocratie chrétienne, prolongera la distinction d'Hallstein sur la mission du juriste face à l'« ordre existant » et l'« ordre futur » : « Le droit, écrit Lecourt, (...) est tantôt serviteur de l'état des choses, tantôt propagateur des idées en mouvement (...) ». Selon le moment où l'on se trouve dans l'Histoire – ce qui présuppose selon lui qu'elle aurait un « sens » unique – le droit a pour mission de conserver l'ordre ou celle d'impulser la rupture. Distinguant les « périodes » des « époques », l'ancien haut magistrat européen présente le droit comme le « garant de l'ordre établi dans le temps des “périodes” ; mais il est instrument de l'ordre nouveau aux “époques” visitées par l'Histoire. Il est alors, poursuit M. Lecourt, porteur de charges dynamiques à effet différé, capables de prolonger l'impulsion initiale dans la profondeur du temps. Tant que le nouvel ordre ne sera pas définitivement enraciné, ce rôle moteur l'emportera »³⁷.

À travers une pensée constitutionnelle longuement mûrie toute sa vie, son action à la tête de *l'Auswärtiges Amt* (ministère des Affaires étrangères de la RFA), puis de la Commission européenne, Walter Hallstein a ainsi été l'un des principaux précurseurs du mouvement de politique du droit, mais aussi par voie de conséquence de la politisation croissante du droit, concomitante à la juridiciarisation de la politique et des relations internationales et européennes tout au long du XX^e siècle. Le traité de Versailles, auquel le brillant doctorant qu'il fut avait consacré sa thèse soutenue à Berlin en 1925³⁸, constitue l'une des premières concrétisations

37. R. Lecourt, *L'Europe des juges*, op.cit.

38. Son sujet « *L'assurance-vie dans le Traité de Versailles* », d'apparence technique, était très politique dans un monde juridique de Weimar et une société allemande qui rejetaient viscéralement le traité de Versailles (dans la suite de ceux de Westphalie), à

de cette politisation du droit. Ce que l'on a appelé plus tard « l'Europe des juges » (Lecourt) d'une part, la multiplication contemporaine des autorités indépendantes, comités d'experts et agences européennes édictant des normes et gérant des secteurs tout entiers d'autre part, constitue les deux faces d'une même médaille. On peut avancer que la « communauté de droit » bâtie par Hallstein et la petite troupe éclairée des premiers temps communautaires, constitue, en ce sens, un succédané de l'État fédéral européen tant rêvé, un État sans peuple, sans frontières fixes, sans gouvernement, sans police, sans armée ni ressources propres, un fédération pieds en l'air et tête en bas, tout entière formée, mue et agissant par la force de son droit. La politique du droit y est aujourd'hui en œuvre sur tous les fronts, y compris les droits fondamentaux, et l'on peut analyser, avec Martti Koskenniemi, le droit supranational et international comme « partie intégrante » de la gouvernance et des transformations du monde³⁹. On voit ici à quel point l'exploration de la pensée des pères juridiques de l'Europe doit sortir du champ strict du droit et du projet européens et combien d'une manière générale, l'histoire sociale, politique et incarnée du droit communautaire et de l'Union européenne, reste vraiment à écrire.

3. Juges et juristes au service de l'ordre juridique nouveau

La nouvelle hiérarchie des lois assurée depuis la base, de façon décentralisée et participative, préfigurait la « mission » européenne qui serait confiée plus tard par le traité communautaire à chaque juge, véritable armée secrète de l'unification juridique. N'importe quel juge

l'instar de son mentor et directeur de thèse, le Professeur Josef Partsch. Admirateur de John Foster Dulles, lui aussi déterminé à mettre fin à ce traité, Partsch enseigna également à Genève et intervint dans de gros dossiers d'arbitrage coordonnés par la SDN où il rencontra le secrétaire général adjoint, un certain Jean Monnet.

39. M. Koskenniemi, *La politique du droit international*, Pédone, 2007.

national d'un pays de l'Union européenne, quel que soit son ordre ou son ressort, doit faire prévaloir le traité ou le droit dérivé sur la loi, même postérieure : tel est le véritable coup de génie de cette révolution fonctionnaliste du droit. L'effet direct et la primauté combinés au recours préjudiciel devant la Cour de justice (article 267 du TFUE) auront constitué le véritable moteur de l'intégration européenne. Un moteur bâti par des ingénieurs juridiques des premiers traités et alimenté par le carburant des intérêts économiques, industriels, idéologiques via les plaideurs, lobbyistes et autres influenceurs recourant aux jeunes institutions et au droit communautaire pour servir leur agenda. Institutions et droit européens ainsi alimentés pourraient en retour renforcer leur propre légitimité. L'organe crée la fonction et, en retour, la fonction développe l'organe : voici Lamarck et Darwin réconciliés par l'intégration supranationale.

Aucun auteur, à notre humble connaissance, n'a jusqu'ici étudié la primauté, l'effet direct et la transformation du juge national en juge communautaire, dans ce contexte plus large du développement exponentiel, à la même époque, de la pensée et des techniques managériales visant à la transformation graduelle, furtive et irréversible des comportements afin d'induire un changement social et culturel. Appliquée à la construction européenne, cette approche (dont les moyens et méthodes dites de la « gouvernance » seront le prolongement) conduit non plus à soumettre directement, d'en haut et imposer autoritairement, mais à enrôler toute la profession judiciaire dans une mission supérieure, sur le mode participatif, afin de produire du consensus autour de l'ordre juridique nouveau, du bouleversement dans la hiérarchie des normes et finalement du nouveau cadre politique qu'il implique. Pour Hallstein, « seule la sauvegarde institutionnelle de l'intégration permettra une "transformation permanente de

la conscience”, une “conversion à une responsabilité partagée” »⁴⁰. Le juge est donc investi du pouvoir, et du devoir, d'écarter de lui-même une règle voire une loi nationale qui y serait contraire et, en cas de doute, poser la question préjudicielle au juge de Luxembourg. Des centaines de juridictions furent ainsi promues juges du droit communautaire et des millions de justiciables potentiels, « agents auxiliaires de la Communauté⁴¹ ». La Cour statue aujourd'hui dans trois quarts des affaires dont elle est saisie, sur renvoi préjudiciel d'un juge national. Ce mécanisme ingénieux contraindrait aussi les gouvernements à « juridiciser leurs arguments et se déporter ainsi vers l'arène judiciaire dans laquelle la CJCE est prééminente »⁴², grâce à cette collaboration des juridictions nationales.

De toute évidence, cette médiation active des magistrats nationaux confère au droit communautaire le poids d'une norme nationale, facilitant l'obéissance des gouvernements et évidemment des individus dotés de nouveaux droits. Joseph Weiler constatera que cet « important investissement des juridictions nationales dans l'administration du droit communautaire a un effet prophylactique » telle une « médecine préventive ». Le mécanisme peut être ainsi rangé parmi les techniques d'ingénierie sociale en ce qu'il crée, par une injonction implicite, une « habitude d'obéissance » à des normes communautaires ainsi peu à peu « considérées comme du droit », ce qui ne tombait pas immédiatement sous le sens. Joseph Weiler considère comme « une qualité du système européen que ce soient les tribunaux ordinaires, et non pas une cour fédérale spéciale, qui fassent appliquer le droit communautaire, en collaboration avec la

40. Cité par M. Schönwald, *Walter Hallstein, un pionnier de l'Europe*, op. cit.

41. R. Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 260.

42. J. H. Weiler, A. Collovald, F. Bastien, « Une révolution tranquille. La Cour de justice des Communautés européennes et ses interlocuteurs », in *Politix*, vol. 8, n° 32, quatrième trimestre 1995, p. 119-138.

CJCE »⁴³. C'est cette collaboration judiciaire nationale à l'œuvre communautaire, qui engendre la véritable intégration juridique et politique « dont on mesure seulement, au fil de l'expérience, la portée et la profondeur »⁴⁴.

B – Une *tabula rasa* du lexique constitutionnel

À rebours d'un positivisme juridique jugé sclérosant, cette haute mission de pionnier ainsi confiée au juriste pour « défricher des territoires inconnus » a pour corollaire la conviction chez tous les partisans d'une lecture constitutionnelle des traités communautaires, que, « les concepts juridiques doivent évoluer avec la réalité »⁴⁵. L'idée d'une Constitution sans État, la théorie d'un constitutionnalisme au-delà des États, autrement dit d'un constitutionnalisme supranational, fit longtemps son chemin⁴⁶. Lors du « schisme » de 1957 entre supranationalistes et internationalistes au colloque de Stresa déjà cité, Léontin-Jean Constantinesco, Professeur à l'Université de la Sarre, affirma clairement ce passage de la souveraineté à la supranationalité : « La seule interprétation conforme au caractère “supranational” de la communauté est celle qui fait de la finalité économique-politique du Traité, et non de la souveraineté des États membres, son grand principe directeur. »⁴⁷

43. *Ibid.*, p. 126-127.

44. P. Pescatore, *ibid.*, p. 83.

45. W. Hallstein, « *Economic integration – an example of the association of states* », in International Law Assn. Report of the 49th Conference, Hamburg, 1960.

46. Les présents développements sont en partie issus de la lumineuse synthèse d'Antoine Vauchez, *L'union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, op. cit. Une référence incontournable pour qui veut étudier sérieusement et sans œillères le droit européen et l'histoire de la construction européenne.

47. Le schisme de Stresa entre internationalistes et supranationalistes révèle, structure et éclaire toute discussion ultérieure sur les différents modèles disponibles d'organisation européenne. Voir à ce sujet J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Paris, Dalloz, 2014, chap. 3, en part. p. 167-220.

Cette vision supranationaliste avait été portée en particulier par le « groupe de Francfort » et les « légistes-diplomates »⁴⁸ du ministère des Affaires étrangères ouest-allemand (l'*Auswärtiges Amt*)⁴⁹, puis relayée à travers la *Fédération internationale pour le droit européen* (FIDE) : Walter Hallstein donc, Wilhelm Grewe, Karl-Maria Hettlage, Carl-Friedrich Ophüls, Karl Carstens, Hans Glöbke, Karl Römer – chacun va jouer un rôle décisif dans l'engagement communautaire de l'Allemagne avant d'incarner, dans différents postes stratégiques occupés à Bruxelles et Luxembourg notamment, cette option supranationale de l'Europe en construction. Ils auront pour précieux alliés, côté français, Maurice Lagrange, Michel Gaudet et Robert Lecourt. Chacun de ces hommes aura participé à la réussite de l'implantation du couple « effet direct-primauté » dans la jurisprudence des années 1963-1964, socle de cette Constitution supranationale de l'Europe communautaire et depuis, inépuisable moteur de l'intégration supranationale et d'une fédéralisation juridique, par-delà les aléas politiques, économiques et référendaires ayant traversé l'histoire de l'Europe. Ils considéraient, avec Hallstein, que « la communauté est, *sui generis*, une nouvelle espèce d'animal politique (...). De même que le langage précède la grammaire, la politique précède la théorie politique »⁵⁰.

Il fallait donc libérer le langage juridique de la tutelle des notions les plus établies de droit constitutionnel et de droit international public. Comme l'explique Antoine Vauchez, « Commission, Parlement, Cour et Marché commun trouvent dans la construction de “doctrines juridiques

48. J. Bailleux, « *L'Europe et ses légistes. Le Service juridique des Exécutifs européens et la promotion d'un droit communautaire autonome (1957-1964)* », *Politique européenne*, 2013/3 (n° 41), p. 88-117.

49. Cabinet des affaires étrangères de la future République fédérale allemande, sous administration américaine.

50. W. Hallstein, *United Europe – Challenge and opportunity*, Presses universitaires de Harvard, 1962.

maison” un levier essentiel de leurs stratégies d’institutionnalisation. (...) les juristes contribuent de la sorte à inventer toutes sortes de transcendances : “Communauté de droit”, “Constitution européenne”, “intérêt général communautaire” et de téléologies (“l’union économique”, “l’intégration”, “l’union sans cesse plus étroite” des peuples, etc.) propres à fonder les diverses composantes de ce nouveau pouvoir temporel européen »⁵¹. Selon cette approche, le principe de séparation des pouvoirs lui-même était frappé d’obsolescence. Chacun devait « reconnaître, tout bonnement, que la traditionnelle séparation des pouvoirs n’est pas en mesure d’expliquer convenablement l’ensemble communautaire »⁵². Dès 1958, la Cour inventa le principe fait-maison d’« équilibre institutionnel »⁵³, plus vague et plus flexible pour le système institutionnel postnational naissant, que la fameuse doctrine de Montesquieu. Deux ans plus tard, en 1960, la Cour refusa d’ailleurs de reconnaître la valeur juridique des Constitutions et jurisprudences des États membres⁵⁴. L’année suivante, en 1961, elle estima même que le principe d’attribution des compétences garant des souverainetés et consacré par le traité lui-même n’excluait pas « des incursions de la compétence communautaire dans les souverainetés nationales, là où elles sont nécessaires pour que du fait des pouvoirs retenus des États membres, l’effet utile du Traité ne soit pas grandement diminué et sa finalité compromise »⁵⁵. On connaît la suite.

51. A. Vauchez, *L’Union par le droit*, op. cit.

52. P. Pescatore, *Droit de l’intégration*, éd 1978, rééd Bruylant, 2005.

53. CJCE, 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, società in accomandita semplice contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l’acier*, Aff. 10/56.

54. CJCE, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*, « Präsident », « Geitling », « Mausegatt », et *Entreprise I. Nold KG contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l’acier*, Affaires jointes 36, 37, 38-59 et 40-59.

55. CJCE, 23 février 1961, *Gezamenlijke Steenkolenmijnen*, aff. 30/59, Rec. 46.

C – La vis sans fin du constitutionnalisme postnational

Le juriste français est instinctivement dérouté par l'emploi du lexique constitutionnel s'agissant de la Communauté ou de l'Union européenne qui, ne remplissant assurément aucun des critères de l'État, ne peut avoir de « Constitution », qui plus est après qu'un référendum en 2005 en ait précisément rejeté la perspective. Le droit allemand dispose pourtant, lui, du concept de « constitution économique »⁵⁶ qui permet de traduire les problèmes économiques en questions constitutionnelles. Ce concept résulte de la pensée ordo libérale qui élève le modèle économique du pays au rang constitutionnel, de sorte que l'économique échappe à l'intervention du politique⁵⁷. L'énergie que met la Cour de Karlsruhe à rappeler notamment la Banque centrale européenne au respect de ses missions ne doit pas être recherchée ailleurs. C'est ainsi que les normes fondamentales de l'ordre économique communautaire furent très tôt qualifiées de « constitution » – non au sens d'une constitution étatique, mais au sens large de « statut » que l'on retrouve dans le droit des sociétés et des associations. Ancien collègue d'Hallstein à Francfort, le professeur Carl Ophüls, devenu représentant permanent de la RFA à la CEE et l'Euratom,

56. H. Haferkamp, *The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany*, 370, cité par H. Canihac, op. cit.

57. « Le pouvoir judiciaire pourrait frapper d'inconstitutionnalité tout écart vis-à-vis de la constitution économique. Qui plus est, l'ordolibéralisme promeut le développement d'entités indépendantes du pouvoir politique et composées "d'experts" dans le domaine de la concurrence comme au niveau des banques centrales. Cela interdit ainsi au gouvernement toute intervention discrétionnaire dans le processus économique. Ce sont ces concepts centraux de l'ordolibéralisme notamment autour de la stabilité et du primat de la politique monétaire qui ont influencé le traité de Maastricht, la construction de l'euro et l'indépendance de la Banque Centrale Européenne. » J. B. Bonnet, « *Ordolibéralisme : comprendre l'idéologie allemande* », LVSL, 22 janvier 2020. (<https://blogs.mediapart.fr/jean-marc-b/blog/220120/ordoliberalisme-comprendre-l-ideologie-allemande>).

porta ce concept de « constitution économique » (*Wirtschaftsverfassung*) à l'échelle européenne. Il fut imité par les fonctionnaires de la direction générale de la concurrence à la Commission qui purent tenir les articles 85 et 86 du traité de Rome sur les quatre libertés de circulation pour une véritable « constitution » de la communauté économique européenne. Du côté français, les hauts fonctionnaires, les professeurs de droit et le patronat prirent tout cela de haut, et n'imaginaient pas un instant que ces dispositions puissent être bien autre chose qu'une feuille de route⁵⁸...

En Allemagne, la pensée ordo-libérale a conçu la perspective d'une « société de droit privé », c'est-à-dire que le système de normes privées puisse être « constitutif » d'une société nouvelle, indépendamment de l'État auquel elles préexistaient, progressant de manière autonome⁵⁹. Au dix-neuvième siècle, Savigny défendit cette idée d'un droit issu non de l'État, mais du « *Volksgeis* »⁶⁰, dont les juristes et en particulier les tribunaux sont les interprètes exclusifs. En référence au droit privé, Hallstein évoque une constitution « organique » de l'Europe, détachée de l'État et de la nation. Dans cette vision post-Westphalienne qui mobilisa l'énergie des juristes de l'ère Weimar, la constitution n'est pas le cadre achevé, stable qui définit les institutions, leurs relations, rappelle les valeurs de la nation et protège les droits et libertés fondamentaux. Elle est un processus continu, inscrit dans le temps, qui contourne l'État, non pour l'abolir, mais le reconfigurer aux normes de la matrice supranationale, et confie une haute mission aux juges et autres gardiens du droit. Elle se conçoit comme un « organisme » vivant, une construction permanente, car la communauté ici « n'est pas un être (*Sein*), elle est un

58. A. Vauchez, *L'Union par le droit*, op.cit.

59. F. Böhm, « *Privatrechtsgesellschaft Und Marktwirtschaft* », in *Jahrbuch Für Die Ordnung von Wirtschaft Und Gesellschaft*, 17 (1966), cité par H. Canihac.

60. H. Haferkamp, *The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany*, 370, cite par H. Canihac, op.cit.

devenir (*Werden*) permanent », suivant un « processus rationnel », une « chaîne causale », mue par à une « force anonyme qui n'agit cependant qu'à travers la volonté humaine »⁶¹. Tous les « entrepreneurs d'Europe » porteront autant qu'ils seront portés, par cette force inconnue qui en savait plus qu'eux-mêmes, inscrite jusque dans le Préambule du traité qui définit l'Union comme un « processus créant une union sans cesse plus étroite ». Processus perpétuel plutôt qu'organisation achevée, l'intégration européenne est mue par un mécanisme interne d'engrenage à sens unique et sans retour, inspiré de la science fonctionnaliste⁶². « Rien ne se fait tout

61. W. Hallstein, *Der Unvollendete Bundesstaat*, p. 20, op.cit.

62. Le fonctionnalisme est une théorie de science politique née après la première guerre mondiale et renouvelée sous le nom de néo-fonctionnalisme dans les années 50. Théorisé par le penseur libéral David Mitrany, le fonctionnalisme est porté par différents courants de pensée (dont la société fabienne, premier *think-tank* britannique d'obédience socialiste, prônant des réformes « graduelles, pratiques et empiriques ») et par les révolutions de l'industrialisme annoncée par Saint-Simon, celle du management annoncée par Taylor et Burnham et de la Cybernétique annoncée par Wiener. Il repose sur deux postulats : a) l'existence de valeurs universelles comme la paix, la prospérité, la justice ; b) l'incapacité de l'État-nation de les défendre au motif qu'elles sont universelles et que le Politique est par essence trop dépendant des « passions démocratiques ». Il faudrait donc constituer des organisations internationales voire supranationales, sur des bases fonctionnelles et technocratiques, dotées d'organes indépendants et spécialisés : FMI, OIT, UNESCO (ONU), les communautés sectorielles : CECA, CEE, Euratom (Europe). L'une des grandes difficultés est de trouver un accord sur le contenu à donner aux fameuses valeurs universelles, à distinguer objectivement ce qui relève de la pure technique et renvoie donc à la coopération fonctionnelle, de ce qui relève de la politique. La théorie fonctionnaliste a été renouvelée, au niveau européen, par Ernst Haas (*The Uniting of Europe : Political, Social, and Economic Forces 1950-1957*, Stanford University Press, 1958). Attribuée à Monnet et popularisée sous le nom de « méthode des petits pas » (ou « tactique du pied dans la porte »), Haas explique que le processus opère une intégration « graduelle, indirecte et fonctionnelle vers l'unité politique », mais « sans annoncer clairement son plan d'ensemble ». Il s'agit d'inviter les États à transférer à des autorités indépendantes la gestion de secteurs à faibles intensité politique (*low politics*) tels la production de charbon

d'un coup, écrit Leibnitz, et c'est une de mes grandes maximes et des plus vérifiées que la nature ne fait jamais des sauts : ce que j'appelais la loi de continuité [...]. Elle porte qu'on passe toujours du petit au grand à rebours par le médiocre, dans les degrés comme dans les parties »⁶³ La Cour est ici l'institution motrice de l'intégration : le fonctionnalisme est à l'œuvre non seulement pour l'économie et les échanges, mais aussi le droit – essentiellement privé –, puisqu'il ne saurait y avoir de marché ni d'économie sans règles.

L'on perçoit ici l'influence, sur les sciences sociales, politiques et juridiques, de la révolution cybernétique qui secoue l'Occident depuis le milieu du vingtième siècle, cette méta science et technique du contrôle et de l'information⁶⁴, reposant sur la boucle de rétroaction (*feed-back*) par analogie avec l'organisme vivant qui reconstitue ses cellules et grandit, ou avec la machine informatique mise à jour, qui s'autocorrige et améliore sans cesse ses performances. Ainsi, l'effet direct, la primauté et le recours

et d'acier, le nucléaire civil ou autre, pour peu à peu déborder sur les secteurs connexes aux premiers, et ainsi de suite, selon la méthode de l'encerclement graduel et politiquement indolore, ce que les militaires nomment aussi la « stratégie de l'eau qui coule ». C'est l'effet de débordement et de cliquet (*spill over*), c'est-à-dire d'engrenage, à sens unique et irréversible. Comme le décrit Nicolas Leron : « Le néo-fonctionnalisme est une physique de la tache d'huile, du recouvrement lent, mais inéluctable, de l'ensemble de la surface du champ public national. Le processus peut se ralentir, voire marquer des temps d'arrêt, mais il ne reculera pas du fait du fameux effet d'engrenage, ou effet cliquet. Sa marche est celle d'un *stop-and-go*. Les coûts prohibitifs et l'incertitude radicale d'un éventuel retour en arrière annihileraient toute tentation de déconstruction. » (Nicolas Leron, « *Les faux-semblants de la souveraineté européenne* », *Esprit*, vol. n° 5, 2019, p. 111-120).

63. G. W. Leibniz, *Nouveaux Essais sur l'entendement humain*, préface, Paris, GF-Flammarion, 1990 [1765], p. 43.

64. Dans son célèbre entretien avec *Spiegel* du 23 septembre 1966, Martin Heidegger annonçait que la cybernétique avait remplacé la philosophie.

préjudiciel forment, comme le dit Antoine Vauchez, « un triangle magique dont les effets semblent se cumuler dans une dynamique de renforcement circulaire », une boucle de rétroaction, dont l'énergie ne repose pas sur le bon vouloir des États ou même de la Commission, mais bien sur celui des intérêts concernés – intérêts économiques et sociaux, particuliers, lobbies industriels et idéologiques – qui prennent part à l'édification du droit communautaire. Ce triangle est la constitution réelle, entendue comme processus, de l'Europe des traités de Rome. Voici donc que se dresse la « cathédrale tant célébrée qu'est le droit de l'Europe, véritable utopie juridique réalisée »⁶⁵.

Ces conceptions s'inscrivent dans le sillage de la théorie de la « constitution comme intégration », absolument dissociée de l'État, divorcée du Politique et capable de se déployer progressivement dans le temps, mécaniquement, par la « logique des choses » (*Sachlogik*). D'inspiration néo-hégélienne, elle fut portée par Rudolf Smend⁶⁶, grand constitutionnaliste opposé à l'approche étatiste de Carl Schmitt, et dont Hallstein avait suivi les cours⁶⁷. Selon cette théorie, « la Constitution est un être dynamique. L'État souverain n'est plus la présupposition absolue de la Constitution définie en ce sens, et l'on peut bien parler d'une Constitution de la CEE », résume Hugo Canihac. C'est donc dans cette inspiration néo-hégélienne que réside certainement le fameux « esprit » des traités invoqué par la Cour comme fondement à sa jurisprudence effet direct-primauté, surplombant les constitutions nationales elles-mêmes⁶⁸, dès lors que les traités consti-

65. A. Vauchez, *L'Union par le droit*, *ibid.*

66. S. Koriath, Rudolf Smend in Weimar : *A Jurisprudence of Crisis*, University of California Press (Berkeley, 2000), cite par H. Canihac, *ibid.*

67. H. Canihac, « *La théorisation politique en action : Éléments d'histoire du "constitutionnalisme supranational" dans l'Union européenne* », op. cit., p. 13-14.

68. V. notamment CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH & Co. KG contre Commission européenne*, aff. 11/70 et CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*

tueraient à ses yeux la « Charte constitutionnelle de base » de cette « communauté de droit » (*Rechtsgemeinschaft*)⁶⁹.

On l'a vu, l'intégration européenne doit, pour Hallstein, réaliser la « majesté du droit »⁷⁰, le triomphe de la souveraineté du droit, non pas du droit en général, mais bien du droit supra et transnational, au-delà et malgré les États-nations voués à disparaître, le droit des traités communautaires, dont la Commission est officiellement instituée la « gardienne », et la Cour de justice, la « voix » exclusive, péremptoire, souveraine. Cette régression du politique dans le juridique – avant celle du juridico-politique dans le management – signe un complet changement de paradigme que, comme souvent, presque personne n'avait anticipé en dehors de ceux qui l'ont porté. Ce ne fut assurément pas le cas du ministre de la Justice et autre grand juriste, Jean Foyer. « Souvenez-vous de ceci, lui dit un jour de Gaulle : il y a d'abord la France, ensuite l'État, enfin, autant que les intérêts majeurs des deux sont sauvegardés, le droit. »⁷¹ Avec le transfert des attributs souverains de l'État à la Communauté de droit (*Rechtsgemeinschaft*) européenne née des traités de Rome tels que revisités par la jurisprudence de Luxembourg, cette hiérarchie traditionnelle alors énoncée par De Gaulle est littéralement renversée. On imagine un beau grand bureau vitré à Bruxelles, au lendemain de l'arrêt Costa, où le Président Hallstein se serait allumé un cigare pour fêter ça et aurait expliqué, devant de jeunes conseillers de son cabinet friands de recevoir la primeur des commentaires du maître sur le verdict (à peine commenté par la presse) : « Souvenez-vous de ceci, il y a désormais et d'abord le droit

contre *Bundesrepublik Deutschland*, aff. n° C-285/98.

69. CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement européen*, aff. 294/83, Rec. p. 1365.

70. W. Hallstein, *Der Unvollendete Bundesstaat*, p. 33, op. cit.

71. J. Foyer, *Sur les chemins du droit avec le Général – Mémoires de ma vie politique, 1944-1988*, Fayard, p. 293 et suiv.

communautaire, ensuite les institutions, enfin, autant que l'esprit et la logique des deux premiers sont sauvegardés, les États membres ». Il aurait ajouté, peut-être : « L'Europe de Westphalie est morte ».

III. Primauté du droit européen sur les constitutions : tableau succinct du champ de bataille

C'est un épisode inédit de cette grande bataille entre droit supranational et droit des démocraties qui s'est ouvert en 2020. Jusque-là, la stratégie d'évitement prévalait. Ouvrages savants et colloques dédiés ne se lassaient pas de répéter depuis des décennies que « la guerre des juges n'aura pas lieu ». Ni la Cour de l'Union, à Luxembourg, ni les cours nationales résistant, à des degrés divers, à la suprématie du droit européen, ne prenaient le risque d'un conflit frontal et ouvert. S'il est vrai qu'on ne sort de l'ambiguïté qu'à ses dépens, aucun juge ne voulait prendre ce risque. Mais le temps des arrêts à fleurets mouchetés est terminé. Si les cours constitutionnelles nationales ont largement cédé à la doctrine de la primauté des normes juridiques européennes, même en partie sur leurs propres dispositions constitutionnelles, la plupart ont défini à cet égard des exceptions, parfois des réserves importantes, dont la seule existence contredit la jurisprudence européenne et la Déclaration n° 17 annexée au traité qui l'endosse. Aucune n'avait, pour autant, osé défier directement la Cour de justice suprême. Du moins, jusqu'à l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 5 mai 2020.

A – Cartographie des positions jurisprudentielles en présence

On sait que la Cour de Karlsruhe offre à toute l'Europe, et depuis le milieu des années soixante-dix, un fameux modèle de résistance jurisprudentielle au nom de la démocratie et de l'État de droit, aux embardées supranationales. C'est elle qui a historiquement développé la doctrine la plus sophistiquée, de plus en plus imitée dans d'autres pays, en

définissant progressivement pas moins de trois types de contrôle sur le droit communautaire devenu droit de l'Union européenne. Les deux premiers contrôles dessinent un périmètre constitutionnel devant lequel s'arrête la primauté du droit européen. Le troisième contrôle, dit *ultra vires*, porte sur le respect par l'Union du principe d'attribution des compétences, et par là même du statut des États comme maîtres des traités. Résumons-les.

1. Les trois contrôles constitutionnels développés par la Cour de Karlsruhe

D'abord, l'exception dite *Solange*, qui vise à sauvegarder envers et contre tout la protection des droits fondamentaux consacrés dans la Constitution allemande : la Cour se réserve le droit d'intervenir si ces droits ne sont pas protégés de façon adéquate au niveau de l'Union⁷². Dans sa jurisprudence la plus récente, elle a pu également se référer aux droits fondamentaux européens et si besoin à l'interprétation de la CJUE, s'agissant de mesures prises par les autorités nationales en application du droit de l'Union⁷³.

La deuxième exception à la primauté développée par la Cour de Karlsruhe concerne l'identité constitutionnelle et vise à préserver les valeurs fondamentales qui la façonnent, en particulier le principe de démocratie et la garantie de la dignité humaine. Dans les arrêts *Maastricht*⁷⁴ et *Lisbonne*⁷⁵, le juge de Karlsruhe a aussi identifié certaines compétences essentielles de la République fédérale qui ne sauraient être transférées à l'Union

72. BVerfGE 37, p. 271, décision du 29 mai 1974, *Solange I*, RTDE 1974, p. 316, note M. Fromont. BVerfGE 73, p. 339, décision du 22 octobre 1986, *Solange II*, RTDE 1987, p. 537, note V. Constantinesco.

73. BVerfGE, décisions du 6 novembre 2019, BvR 16/12 et BvR 276/17, *Droit à l'oubli*.

74. BVerfGE 89/155, *Maastricht*.

75. BVerfGE 123, 267, *Lisbonne*.

sans remettre en cause son statut d'État souverain. Il en tire toutes les conséquences, avertissant en particulier l'ensemble de la classe politique sur le fait que l'éventuelle transformation, pour ne pas dire la relégation future de la République fédérale au rang d'entité fédérée d'une Union elle-même devenue un État, exigerait le consentement direct du peuple allemand par référendum. Ainsi, ces deux premières réserves juridiques à la primauté absolue du droit supranational visent à la préservation des valeurs, principes et à l'existence même de la République fédérale allemande tels que garantis par la loi fondamentale face à toute règle européenne avec laquelle elle entrerait en conflit et à tout traité soumis à ratification. En particulier, la Constitution interdit toute révision pouvant porter atteinte à la démocratie, qui a donc une valeur supraconstitutionnelle, ce que l'on appelle joliment outre-Rhin « la clause d'éternité ». En font partie également les droits fondamentaux : toute personne peut saisir le juge constitutionnel s'il estime qu'une loi, un acte administratif ou une décision de justice porte atteinte à l'un de ses droits garantis par la loi fondamentale. Ayant rappelé dans son arrêt *Lisbonne* en 2009 que la légitimité démocratique de l'Union repose essentiellement sur les souverainetés nationales, la Cour constitutionnelle se trouve entièrement fondée à vérifier elle-même si le droit européen porte atteinte à la démocratie, aux droits fondamentaux et à l'identité constitutionnelle tels qu'ils sont définis et protégés par la loi fondamentale.

Si les deux premiers contrôles constitutionnels sur le droit européen visent au respect du noyau dur de la Constitution, le troisième vise, lui, au respect du principe d'attribution des compétences. Si la primauté du droit européen est bien comprise et acceptée dans le cadre des compétences de l'Union, elle ne l'est pas lorsque celle-ci empiète sur les domaines qui sont du ressort des États. On a redit ici comment et pourquoi, depuis soixante ans, la Cour de justice de Luxembourg assume d'employer des méthodes interprétatives finalistes et des bases juridiques à géométrie variable, pour

« découvrir » dans le traité ce que ses auteurs n'avaient jamais écrit ou lui avaient refusé. La jurisprudence européenne fourmille d'exemples. Le contrôle de l'excès de pouvoir – ou contrôle *ultra vires* – des institutions européennes a été posé par la Cour de Karlsruhe dans son arrêt *Maastricht* de 1993 et confirmé dans l'arrêt *Lisbonne* de 2009. Elle se réserve la possibilité de contrôler elle-même si les institutions européennes respectent la limite de compétences inscrites dans les traités. Le principe d'attribution dispose en effet que toute compétence non attribuée explicitement appartient aux États membres. Cette réserve est d'une nature différente du contrôle sur les limites à la primauté, puisqu'elle requiert au préalable l'interprétation du droit de l'Union par une Cour constitutionnelle nationale. Tout acte de l'Union jugé *ultra vires* est inapplicable sur le territoire de l'Allemagne et dépourvu d'effets juridiques pour les personnes publiques allemandes.

Dans une affaire concernant le programme d'achat de titres publics sur les marchés (dit « PSPP » selon l'acronyme anglais) par la Banque centrale européenne le 4 mars 2015, la Cour constitutionnelle a estimé le 5 mai 2020 que la BCE n'avait rien moins qu'outrepasé son mandat⁷⁶. Le comble pour la Cour est que le juge de Karlsruhe contredit frontalement un arrêt de la CJUE du 11 décembre 2018, reprochant au juge supranational de n'avoir pas contrôlé le respect par la BCE du principe de proportionnalité et s'être abstenu de « prendre en compte des principes com-

76. BVerfGE 859/15, *PSPP* : « Le respect du principe de proportionnalité lors de la délimitation des compétences entre l'Union européenne et les États membres, ainsi que l'appréciation d'ensemble qu'il exige, revêtent une importance particulière pour le principe de démocratie et le principe de souveraineté populaire. Une violation de ce principe est susceptible de bouleverser les fondements sur lesquels repose la répartition des compétences au sein de l'Union européenne et de contourner le principe d'attribution. » (point 158).

muns aux ordres juridiques nationaux »⁷⁷. Si la politique monétaire relève de la compétence exclusive de l'Union, la politique économique et budgétaire, elle, est du ressort des États membres. Reprochant à la CJUE ne s'être pas assurée du respect de ces règles et principes, la Cour allemande s'en est elle-même chargée et a conclu qu'en ignorant les effets de politique économique de son programme de rachat d'obligations, la BCE avait violé le principe de proportionnalité et la Cour de justice européenne commis un excès de pouvoir « objectivement arbitraire ». Rappelant que les États membres « restent les maîtres des traités », le juge constitutionnel interdit formellement aux organes constitutionnels, administratifs et juridictionnels allemands de prêter la main à ces excès de pouvoir. Plus encore, la Cour de Karlsruhe remit aussi sèchement en place le juge européen contre « des interprétations juridiques qui équivaldraient à amender le Traité ou à une extension des compétences » en violation du principe d'attribution des compétences.

L'impact politique de cet arrêt est considérable. C'est aussi un tournant décisif dans les relations entre les deux juridictions dès lors qu'elles revendiquent toutes deux d'être l'arbitre ultime de l'étendue du droit de l'Union. Si la Cour de justice devait prononcer un arrêt en manquement pour arbitrer cette bataille entre démocraties nationales et institutions supranationales, elle serait à la fois juge et partie, une position intenable. Après avoir ouvert la procédure en manquement en juin 2021 contre l'Allemagne, la Commission européenne présidée par l'ancienne ministre allemande Ursula Von der Leyen allait la refermer dès décembre, sur la foi d'un engagement formel du nouveau gouvernement de coalition, de mettre un terme à la résistance de Karlsruhe. Dans sa communication, l'exécutif berlinois affirme qu'il « reconnaît clairement la primauté du droit de l'Union et l'autorité de la Cour de justice de l'Union européenne

77. CJUE, 11 décembre 2018, *Heinrich Weiss e. a.*, C-493/17.

[et s'engage] à utiliser tous les moyens à sa disposition pour éviter, à l'avenir, la répétition [d'une telle situation] et à jouer un rôle actif à cet égard ». Il faut s'interroger sur la portée réelle d'une telle déclaration, en dehors d'une volonté d'apaiser les esprits, dès lors que le gouvernement ne saurait ainsi intervenir sans porter précisément atteinte à l'indépendance de la Cour constitutionnelle.

2. Les contrôles constitutionnels émergents dans d'autres pays

a) Le cas polonais

Dans la Constitution polonaise, l'articulation des ordres juridiques nationaux et européens ressemble à celle du texte constitutionnel français. L'article 90-1 consacre la possibilité pour l'État de « déléguer sa compétence concernant certaines matières à une organisation internationale ou à une institution internationale ». L'article 91-3 présente, lui, une hiérarchie classique des normes identique à celle de la France, où le droit international, donc le droit dérivé, a valeur supralégislative, mais infraconstitutionnelle. Dans son jugement sur le traité d'adhésion le 11 mai 2005, le tribunal constitutionnel de Varsovie a jugé que l'article 90-1 exigeait que le domaine et l'étendue d'une compétence attribuée soient précisément spécifiés et que la Constitution restât la norme supérieure⁷⁸, conditions pour que la Pologne demeure un État souverain et démocratique. Dans cette même décision, le tribunal constitutionnel a même jugé qu'à l'extrême limite, le juge national pourrait être fondé à se prononcer sur la constitutionnalité du droit de l'Union, autrement dit se réserve d'effectuer des contrôles *ultra vires* : les États membres ont le droit « d'apprécier si, en édictant des dispositions juridiques particulières, les organes législatifs de la Communauté [l'Union] ont agi ou non dans le

78. N° K 18/04.

respect des compétences déléguées et conformément aux principes de subsidiarité et de proportionnalité. Si l'adoption de dispositions enfreint ces cadres, le principe de primauté du droit communautaire ne s'applique pas à ces dispositions ». Cet arrêt de principe du juge polonais fut rendu sans provoquer de réaction du côté des instances européennes. Parallèlement, et là encore comme d'autres cours constitutionnelles, le tribunal constitutionnel a défini une réserve d'identité constitutionnelle en précisant, de manière non exhaustive, la liste des « principes primordiaux » et domaines de compétences inaliénables.

Cette compétence du pouvoir judiciaire constitutionnel pour surveiller le respect des limites de l'attribution des compétences à l'Union européenne fait elle-même partie de l'identité constitutionnelle⁷⁹. C'est en tirant les conséquences de cette jurisprudence que le Tribunal constitutionnel polonais a, le 7 octobre 2021, déclaré *ultra vires* et donc incompatible avec la constitution nationale, l'arrêt de la CJUE donnant aux juges polonais le droit de ne pas reconnaître les décisions de justice rendues par les magistrats nommés sur recommandation du Conseil national de la magistrature (KRS) après les réformes de la justice entrées en vigueur en 2018. Si cet arrêt de la Cour de Luxembourg devait s'appliquer, tous les jugements pris par les juges nommés après 2017 pourraient alors être remis en cause selon les opinions de tel juge nommé avant 2018. Les arguments invoquent le chaos juridique qui s'en suivrait. Le Tribunal polonais, reprenant la position du gouvernement, refuse ici non seulement les effets de la primauté, mais son principe même, en déclarant que plusieurs dispositions des traités sont contraires à la Constitution polonaise (articles 1^{er}, alinéas 1 et 2, en liaison avec l'art. 4, par. 3 TUE, de l'art. 19 par. 1 alinéa 2 TUE et de l'art. 19 par. 2). Bien que la Pologne ait, comme les autres États membres ratifié le traité de

79. Tribunal constitutionnel polonais, Lisbonne, 24 novembre 2010, n°K 32/09.

Lisbonne dont la Déclaration n° 17 renvoie à la jurisprudence européenne sur la primauté, le tribunal constitutionnel entend ici dénier à l'ensemble des juridictions du pays le pouvoir d'appliquer le droit de l'Union en cas de contradiction avec la Constitution. Sur le fond, ses détracteurs jugent que le gouvernement polonais a employé des biais pour renouveler progressivement la magistrature au profit de juges qui lui seraient politiquement moins hostiles. Il pourrait être en tout état de cause instructif de faire un tour d'Europe complet des pratiques européennes au regard des critères de l'État de droit, la séparation des pouvoirs et l'indépendance judiciaire en particulier.

Il est vrai que la primauté n'a de sens que pour le droit de l'Union, c'est-à-dire les règles et décisions européennes assises sur une base légale et donc dans le respect du principe d'attribution des compétences consacré à l'article 5-2 du TUE selon lequel « l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent ». Au-delà des réformes judiciaires polonaises, on peut être préoccupé par le risque d'effet domino en cas de violations des principes généraux d'autonomie, de primauté, d'effectivité et d'application uniforme du droit de l'Union, ainsi que d'effet contraignant des arrêts de la Cour de justice. Certains craignent la contagion à d'autres pays, d'un contrôle constitutionnel *ultra vires* effectif sur la production normative de l'Union, lequel, rappelons-le, n'a pas été initié par le tribunal de Varsovie en 2021, mais par la Cour de Karlsruhe en 1993. L'affaire illustre enfin la façon dont peut être mis en œuvre le « mécanisme de conditionnalité », appelé aussi « mécanisme d'État de droit », pour l'attribution des fonds du plan de relance post-Covid appelé « Next Generation EU ».

b) La jurisprudence constitutionnelle relative à la primauté dans les autres États membres

La Commission, la Cour, mais aussi le Parlement européen, expriment depuis quelques années leurs inquiétudes, en particulier concernant des pressions exercées en Hongrie et en Pologne pour empêcher les juridictions nationales d'engager des procédures de renvoi préjudiciel devant la CJUE en vertu de l'article 267 TFUE. Les institutions bruxelloises ont-elles matière à s'inquiéter s'agissant des autres pays ? Outre l'Allemagne et la Pologne, bien d'autres cours constitutionnelles au sein de l'Union, et pas des moindres, considèrent que la Constitution de leur pays ne saurait être écartée entièrement, au nom de l'application de n'importe quelle règle de droit européen. La Cour constitutionnelle italienne a développé une doctrine des « contre-limites » récemment réactivée dans l'affaire *Taricco*, tout en évitant la confrontation ouverte avec la CJUE. En Hongrie, la Cour constitutionnelle a indiqué qu'elle n'hésiterait pas à effectuer un contrôle de l'excès de pouvoir (*ultra vires*) et un contrôle d'identité constitutionnelle. Mais en réalité, presque tous les pays de l'Union définissent à des degrés divers et parfois depuis plusieurs décennies, de vraies réserves à la primauté du droit supranational sur leur Constitution. Il n'y a parmi les vingt-sept qu'une petite minorité de pays, une poignée d'inconditionnels soumettant intégralement et sans condition leur propre Constitution à la primauté supranationale : l'Autriche, Chypre, le Luxembourg et les Pays-Bas. Mais prenons garde de ne pas surinterpréter le poids des options jurisprudentielles des uns et des autres à l'égard de l'étendue de la primauté. Aux Pays-Bas par exemple, les signes de défiances à l'égard de la politique européenne se manifestent non pas sur le terrain juridique, mais politique, comme on l'a vu lors de deux référendums.

En Belgique, capitale de l'Union et siège de ses principales institutions, la Cour constitutionnelle, qui compte pourtant parmi les plus dociles à

l'égard de la primauté, a commencé à exprimer des réserves, certes théoriques, mais réelles, à l'occasion d'une décision rendue en 2016 concernant le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG, 2012)⁸⁰. Plusieurs organisations sociales craignaient que les restrictions budgétaires consécutives aux engagements pris dans le TSCG n'empêchent l'État belge de remplir ses obligations constitutionnelles dans le domaine des droits sociaux. Tout en rejetant ce recours en annulation, la Cour belge invoque la nécessaire protection de l'identité constitutionnelle et, contre toute attente – le plat (mais beau) pays est plein de surprises –, ouvre également la porte à un contrôle de l'excès de pouvoir (*ultra vires*): « Il est vrai que ces institutions peuvent ensuite décider de manière autonome comment elles exercent les pouvoirs qui leur sont attribués, mais l'article 34 de la Constitution ne peut être réputé conférer un blanc-seing généralisé, ni au législateur, lorsqu'il donne son assentiment au traité, ni aux institutions concernées, lorsqu'elles exercent les compétences qui leur ont été attribuées. L'article 34 de la Constitution n'autorise en aucun cas qu'il soit porté une atteinte discriminatoire à l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit. »⁸¹ Voilà un clair avertissement adressé au législateur national comme au juge européen, même si une confrontation reste tout à fait improbable du point de vue de la culture belge à ce stade.

Beaucoup plus à l'Est, la Cour constitutionnelle tchèque fut historiquement la première juridiction nationale d'un État membre à déclarer un acte juridique de l'UE *ultra vires*⁸². Dans une affaire *Sugar*

80. Cour constitutionnelle belge, 28 avril 2016, n° 62/2016.

81. *Ibid*, version française de l'arrêt :

<https://www.const-court.be/public/f/2016/2016-062f.pdf>

82. Cour constitutionnelle tchèque, *Pensions Slovaques XVII/Holubec*, 31 janvier 2012, Pl. ÚS 5/12.

Quotas III, elle avait reconnu la primauté du droit de l'UE, mais en se réservant le droit d'examiner s'il entrerait en conflit avec le « noyau fondamental » de la Constitution et de l'État tchèques⁸³. En janvier 2012, elle rendit un arrêt *Holubec* relatif au dossier des pensions slovaques dans lequel elle jugea que la Cour de justice de l'Union avait bel et bien outrepassé ses pouvoirs⁸⁴.

La Cour suprême danoise fait également partie des juridictions nationales à avoir récemment et ouvertement défié la primauté du droit de l'UE en jugeant un arrêt européen *contra legem*. Elle l'a fait en 2016 dans l'affaire *Ajos* relative à la discrimination en raison de l'âge en matière d'emploi, en jugeant qu'un arrêt de la CJCE était inapplicable⁸⁵. Cet arrêt tirait la conséquence de sa jurisprudence sur les traités de Maastricht et de Lisbonne, dans lesquels la Cour danoise avait jugé que les juridictions nationales devaient déclarer un acte européen inapplicable si celui-ci était fondé sur une interprétation du traité dépassant la délégation de compétence consentie dans l'acte d'adhésion⁸⁶, peu importe que l'acte ait été confirmé par le Cour de justice. Les interprétations de celles-ci ne doivent en effet pas « entraîner un élargissement du champ des compétences de l'Union » de manière subreptice, le raisonnement s'étendant aux actes et décisions se référant à la Charte des droits fondamentaux. Il appartient aux autorités danoises de veiller « à ce qu'il n'y ait pas de transfert rampant des compétences »⁸⁷ nationales vers l'Union.

83. Cour constitutionnelle tchèque, OS 50/04, *Sugar Quotas III*, 8 mars 2006.

84. CJUE, 22 juin 2011, *Landtová*, Affaire C-399/09, C 2011/415.

85. Cour suprême danoise, Affaire 15/2014, UfR 2017.824H, 6 décembre 2016.

86. N° 199/2012, U 2013.1451H, 20 Feb 2013.

87. H. Krunke and S. Klinge, « *The Danish Ajos Case : The Missing Case from Maastricht and Lisbon* », *European Papers* (2018) p. 157-162.

c) La clause européenne de sauvegarde de l'identité nationale, une clause de répartition des compétences ?

La Cour constitutionnelle roumaine, enfin, a rendu en 2021 une décision refusant de se conformer à un arrêt de la CJUE du 18 mai 2021 dans laquelle elle se prononçait sur six demandes de décisions préjudicielles relatives à une série de réformes roumaines portant sur l'organisation judiciaire, au régime disciplinaire des magistrats ainsi qu'à la responsabilité patrimoniale de l'État et à la responsabilité personnelle des juges à la suite d'une erreur judiciaire⁸⁸. Pour la Cour de Bucarest, « la loi fondamentale conserve sa position hiérarchiquement supérieure (...), l'article 148 ne donnant pas la priorité d'application du droit de l'Union sur la Constitution roumaine, de sorte qu'un tribunal n'a pas le pouvoir d'analyser la conformité d'une disposition des "lois internes" déclarée constitutionnelle par une décision de la Cour constitutionnelle »⁸⁹. En conséquence, elle ne voit pas la raison de se conformer au droit de l'UE ni de s'écarter d'arrêts précédents, dans lesquels elle avait validé la constitutionnalité de la réglementation roumaine sur la possibilité de créer une section du Parquet chargée d'enquêter sur les infractions pénales au sein du système judiciaire. Elle invoque notamment une question d'identité nationale. Dans la foulée, vingt-cinq ONG du monde entier ont immédiatement exigé la démission des sept juges (contre deux) de la Cour roumaine qui avaient adopté cette décision. Le 21 décembre, la CJUE riposta dans un arrêt en rappelant que « la primauté du droit de l'Union exige que les juridictions nationales aient le pouvoir de laisser inappliquée une décision d'une cour constitutionnelle qui est contraire à ce droit. »⁹⁰ Il

88. CJUE, 18 mai 2021, *Asociația « Forumul Judecătorilor Din România »/Inspekția Judiciară et a.*, Affaires C355/19 et a.

89. CC (Curtea Constituțională), 8 juin 2021, aff. n° 390/2021.

90. CJUE, 21 décembre 2021, aff. jointes C357/19, C379/19, C547/19, C811/19 et C840/19.

s'agissait cependant, dans le contexte de cet arrêt, non pas seulement du droit européen *stricto sensu*, mais aussi des principes généraux consacrés dans les traités européens et leur interprétation par la Cour de justice européenne. Dans un communiqué publié le 23 décembre 2021, la Cour constitutionnelle roumaine a affirmé que ses décisions restaient en vigueur en vertu de l'article 147, § 4 de la Constitution et que la mise en œuvre de l'arrêt de la CJUE nécessite de modifier la constitution au préalable. Dans ses conclusions, l'avocat général à la CJUE a adressé une mise en garde à l'ensemble des juridictions constitutionnelles : lorsqu'un État invoque l'identité nationale⁹¹ pour justifier le non-respect du droit de l'UE, la Cour examinera si cette disposition constitue une menace réelle affectant un intérêt fondamental de la société ou les structures fondamentales politiques et constitutionnelles de l'État membre. Or, des affirmations vagues, générales et abstraites n'atteignent pas ce seuil, estime-t-il. Et toute invocation de l'identité nationale doit respecter les valeurs fondamentales de l'UE (article 2 TUE) et la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Il émet en conséquence de sérieux doutes quant au respect, par la Cour constitutionnelle roumaine, des principes essentiels du droit de l'UE tels qu'interprétés par la CJUE en mai 2021.

Il reste que seuls les pouvoirs et juridictions constitutionnels nationaux ont en principe la légitimité pour définir leur identité nationale. Dans une affaire opposant la commune de Sofia, en Bulgarie, à un couple marié de

91. Le traité sur l'Union européenne contient une clause de sauvegarde de l'identité nationale des États membres ainsi rédigée : Article 4, § 2 « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre. »

deux femmes n'ayant pu obtenir de la commune un certificat de naissance pour leur fille, l'avocate générale de la Cour de justice de l'Union, Juliane Kokott, a rendu de remarquables conclusions, en recommandant de « trouver un équilibre » entre le droit européen à la libre circulation et l'expression d'une identité nationale. En effet, « l'obligation pour l'Union de respecter l'identité nationale des États membres peut être (...) comprise comme une obligation de respecter la pluralité de conceptions, et, partant, les différences qui caractérisent chaque État membre. L'identité nationale garantit ainsi la devise de l'Union telle qu'elle a été consacrée (...) à savoir “Unie dans la diversité” ». Et de conclure : « C'est pour cette raison que la notion d'identité nationale ne saurait faire l'objet d'une interprétation abstraite au niveau de l'Union ». Mais l'avocate générale va plus loin en considérant que la clause de sauvegarde de l'identité nationale dans le contexte de l'article 4 et d'autres dispositions du titre I du TUE « révèle que cette notion a également une dimension verticale, c'est-à-dire que les traités lui attribuent un rôle dans la délimitation des compétences entre l'Union et les États membres ». En effet, « l'identité nationale telle qu'elle figure à l'article 4, paragraphe 2, TUE a été conçue pour limiter l'impact du droit de l'Union dans des domaines jugés essentiels pour les États membres et non seulement comme une valeur de l'Union devant être mise en balance avec d'autres intérêts du même rang »⁹².

B – En France, le « syndrome des pirates d'Astérix » ?

La jurisprudence constitutionnelle française est à juste titre réputée accommodante vis-à-vis du droit de l'Union et de la Cour de justice. La composition moins professionnelle et très politique du Conseil constitutionnel, sa culture juridico-philosophique propre et le conformisme intellectuel dans lequel tendent à se retrancher les élites françaises, expliquent assez la différence nette de sa jurisprudence avec sa consœur de Karls-

92. CJUE, 14 décembre 2021, C-490/20.

ruhe. Le Conseil se refuse non seulement à contrôler la conventionalité des lois – il a lui-même exclu les traités de son référentiel de contrôle –, mais aussi, en principe, la constitutionnalité des règles de droit dérivé. Le chemin est donc très étroit. Moyennant une lecture quelque peu acrobatique du texte pourtant précis de l'article 88-1 de la Constitution relatif à l'Union européenne, les juges et la doctrine jugent majoritairement que la suprématie absolue du droit européen s'y trouve consacrée telle qu'elle résulte de la jurisprudence européenne depuis les origines, c'est-à-dire une primauté du droit de l'Union sur la Constitution elle-même. La norme suprême française se serait en quelque sorte « soumise souverainement » au droit supranational et cette auto-subordination serait l'expression même de la souveraineté nationale. La pensée juridique est capable de contorsions remarquables. La souveraine soumission constitutionnelle, variant de la « servitude volontaire » ? Pour l'État en tant que tel, assurément : les autorités de la France ont bien négocié, signé, ratifié en son nom les traités successifs en toute connaissance de la jurisprudence européenne et dans le respect de ses procédures constitutionnelles. Pour la démocratie nationale, c'est-à-dire le suffrage universel, la réponse est différente : la majorité des citoyens n'a-t-elle pas voté « non » en 2005 au traité qui codifiait cette primauté, avant que la disposition ne revienne dans le traité de Lisbonne, sous la forme d'une déclaration politique (n° 17) des gouvernements ?

Cependant, le Conseil constitutionnel a aussi défini, au fil de sa jurisprudence, et sous différentes appellations successives, des exceptions à la primauté du droit supranational sur la Constitution. C'est l'hypothèse d'une atteinte à « une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »⁹³ – lesquels supposent bien sa souveraineté et

93. Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006. Commentaires : B. Mathieu, « *Le droit communautaire fait son entrée au Conseil constitutionnel* », Les petites affiches, 22 août 2006 (167), p. 3-4.

pourraient faire obstacle à la transposition du droit de l'Union⁹⁴. Une telle réserve de principe constitue une limitation posée par le juge français à *l'imperium* du droit de l'Union, en infraction théorique avec le traité. Si elle devait un jour se matérialiser par une décision nationale d'écarter une règle européenne, au nom du principe de laïcité par exemple, constitutif de l'identité constitutionnelle française, la Commission enclencherait-elle une procédure contre la France ? Par une exception ajoutée à l'exception – « sauf à ce que le constituant y ait consenti » –, le droit de l'Union redeviendrait efficace même contre une disposition inhérente à l'identité française si le souverain – par référendum – ou son représentant – par le Congrès – le décidaient. Le Conseil accepte par ailleurs, depuis sa décision sur la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) du 4 avril 2013⁹⁵, de procéder à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE pour interpréter telle disposition de droit dérivé, afin de s'y conformer au moment d'exercer son propre contrôle de constitutionnalité. Suivant cette décision, la question préjudicielle à la Cour de l'Union a donc formellement la priorité sur la question dite « prioritaire » de constitutionnalité, c'est-à-dire que l'interprétation du Traité par le juge supranational précède et donc prime nécessairement celle du droit constitutionnel par le juge national. Certains voient dans les contorsions du juge français devant le droit européen une manifestation du « syndrome des pirates d'Astérix » qui, afin de n'être plus coulés par les Gaulois, finissaient par se saborder eux-mêmes... En pratique, personne ne conteste que le contrôle de constitutionnalité ait effectivement régressé en France. En dépit des affirmations « rassuristes » de la jurisprudence à cet égard et d'une bonne partie de la doctrine française, la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique apparaît, pour l'heure, plus formelle que réelle.

94. E. Dubout, « *Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France* » : une supra-constitutionnalité ?, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 83, n° 3, 2010, p. 451-482.

95. Décision n° 2013-314, QPC, M. Jeremy F., 4 avril 2013.

« *Gouverner sans gouvernement* » : la politique avalée par la cybernétique

Ce tour d'Europe jurisprudentiel effectué, revenons à la portée politique de l'arrêt *Costa c/ Enel*. Qui sait ce qui s'est exactement dit dans le bureau du Président de la République à l'Élysée au lendemain du verdict en juillet 1964 ? Le général s'est-il emporté devant Jean Foyer qui lui expliquait les tenants et aboutissants prévisibles de ce coup de force jurisprudentiel ? A-t-il brandi la menace de retirer purement et simplement la France du traité de Rome, avant de se raviser ? De Gaulle a-t-il téléphoné à son ancien ministre Robert Lecourt à Luxembourg, dont il avait autorisé la nomination à la Cour de justice européenne, et qui fut à la manœuvre pour rallier un à un ses nouveaux collègues au fameux « putsch » ?

L'histoire retiendra en tout cas la riposte officielle de la France gaullienne aux ambitions et offensives supranationales de la Commission et de la Cour de justice. Elle ne fut pas de nature judiciaire ou juridique, mais évidemment politique, et pour cause. La crise de la chaise vide en 1965 fut le point d'orgue de cette confrontation existentielle non pas seulement entre deux personnalités et caractères en tous points opposés, deux parcours de guerre antagonistes, deux visions absolument inconciliables de la construction de l'Europe et son rapport aux États-Unis d'Amérique. Ce fut un affrontement idéologique et politique, ni le premier ni le dernier, entre d'une part un ordre supranational qui tentait de naître à partir des traités et dans le cadre atlantique, sur le pari de la fin des souverainetés nationales européennes et la résorption du politique dans l'économique et le juridique, et d'autre part l'ordre international, lui-même en pleine croissance après-guerre, c'est-à-dire le *concert* de ces mêmes nations et ces mêmes démocraties européennes, lesquelles souhaitaient organiser leur coopération, mais n'avaient nullement, pour la plupart, l'intention de se fondre et disparaître dans une « purée de

marrons ». Le conflit déboucha sur le départ anticipé de Walter Hallstein et l'inscription en 1966, dans la déclaration des chefs d'État et de gouvernement, du droit de veto de chaque État en cas d'atteinte à ses « intérêts très importants ». Ce compromis de Luxembourg n'a jamais été aboli et il se trouve que l'ancien adjoint de Jean Monnet, Georges Berthoin lui-même, plaide⁹⁶ pour la consécration du droit de veto dans le texte des traités européens et sa démocratisation⁹⁷.

L'intégration européenne ainsi conçue n'a pas eu pour effet, ni sans doute pour objet, de créer un nouveau « vouloir politique » à l'échelle continentale, mais bien de neutraliser ces grands producteurs de politique que sont les États-nations. Le pouvoir d'agir – détenu par les États – se trouve dissocié de l'autorité pour édicter la règle – détenue par l'Union. Cette dissociation provoque une rupture entre le droit et la politique. Le peuple et ses représentants se sont effectivement dépris de l'essentiel du pouvoir législatif, jusqu'alors exercé à travers les institutions de l'État souverain. Cette déprise du souverain a pour effet historiquement inédit de voir le droit privé de sa formulation politique. Le lien entre la volonté

96. G. Berthoin, « *Today's Europe Can't See the Forest for the Trees* », International Herald Tribune, 7 décembre 2000.

97. Pour une présentation et un élargissement de la proposition de G. Berthoin, voir C. Beaudouin : « Aujourd'hui tombé en désuétude, il [le veto] pourrait être reformulé de la façon suivante. Le pays qui invoquerait le veto au Conseil viendrait devant le Parlement européen expliquer en quoi ses intérêts vitaux sont menacés par une proposition de la Commission, et celle-ci expliquerait en quoi elle sert l'intérêt général européen. À tout moment, le texte pourrait être modifié ou retiré. Le débat se conclurait par un vote. Si le gouvernement opposant perd le vote, il resterait libre soit d'accepter finalement la proposition, soit de confirmer son refus au Conseil, après avoir consulté son parlement national, voire son peuple par référendum. Sa décision ne lierait pas les autres États membres qui resteraient libres de continuer. Le droit de veto ainsi conçu est un droit de non-participation. » (« *Le veto démocratique, une troisième voie pour l'Europe ?* », Le Figaro, 19 novembre 2019.

populaire majoritaire et la loi, jusqu'ici garanti, même de manière imparfaite, par les mécanismes de la démocratie représentative, est rompu. En conférant dans les années 60 la suprématie absolue et l'effet direct à un droit qui n'est pas formulé politiquement, la Cour de justice n'a pas seulement imposé l'eupéanisation par le droit, elle a invité à la table de son élaboration, d'autres acteurs, d'autres intérêts, d'autres objectifs, d'autres modes de gouvernance, de plus en plus détachés du Politique et donc du peuple souverain.

En 2001, la Commission publia un premier Livre blanc sur la *gouvernance*, définie sur son site internet comme « la forme postmoderne des organisations économiques et politiques » à travers laquelle il serait désormais possible de « gouverner sans gouvernement ». Toutes ces innovations constitutionnelles constitueront l'arsenal des fameuses « charges dynamiques à effet différé » bien nommées par le Président Lecourt⁹⁸, des bombes à fragmentation souterraine de l'ordre juridique ancien, celui des États-nations européens et finalement de l'ordre international issu de la paix de Westphalie. Le droit judiciaire européen réussit donc, par la jurisprudence téléologique offensive de la Cour, entérinée par les traités successifs, une véritable fédéralisation juridique, là où le fédéralisme politique restait incantatoire.

Fondée sur des traités programmatiques ratifiés par des États, sur un appareillage décisionnel et exécutif sophistiqué, l'automatisation d'une unification (« sans cesse plus étroite ») par le droit et la jurisprudence, ainsi que les idéaux de contrôle et de transparence, la gouvernance européenne s'inscrit, on l'a vu, dans la grande révolution cybernétique. Celle-ci a silencieusement transformé tous les pouvoirs et la culture, dans l'entreprise comme dans l'administration publique à tous les niveaux, par

98. *L'Europe des juges*, op.cit.

la Nouvelle gestion publique (*New public management*), ses nouvelles manières de dire le droit (émergence d'une myriade d'instruments para-juridiques et de *soft laws de facto* contraignants, d'acteurs nouveaux, publics et privés, aux côtés du législateur officiel). Le fondateur de la cybernétique – la science des systèmes autorégulés et du contrôle de l'information –, le mathématicien Norbert Wiener, était traumatisé par la folie collective des hommes et rêvait comme bien d'autres, d'un monde sans politique, rendu rationnel par le contrôle absolu et la gestion de l'information, monde sans frontières d'où auraient même disparu les barrières entre humain, animal et machine. Ce modèle informationnel de commandement, né dans les agences militaires américaines, prit son essor avec les réseaux informatiques, le génie génétique, l'intelligence artificielle, les sciences cognitives, mais aussi le renouveau des sciences sociales. Le dogme managérial et le modèle cybernétique vont se rencontrer dans le cybermanagement qui entend apporter une rationalité absolue dans les décisions. L'intégration européenne apparaît à cet égard comme le laboratoire régional de l'intégration globale, clef de voûte d'un réseau comprenant déjà plus de deux mille organisations supranationales (et plus de deux cents juridictions) qui produisent des normes à effet immédiat dans tous les domaines. L'Europe occidentale, berceau des grandes évolutions du monde, pourrait ici avoir inventé le premier régime cybernétique de l'histoire.

Unité et diversité : le Maroc, exemple pour les États africains ?

Par Christophe BOUTIN

Professeur de droit public à l'Université de Caen-Normandie

Comme tous les États modernes, les pays africains se posent la question du rapport entre centre et périphérie, rendu plus difficile encore sur ce continent par son histoire récente. La décolonisation entamée dans les années soixante a en effet imposé le principe onusien de l'intangibilité des frontières, quand ces dernières résultent de découpages traduisant les rapports de force entre colonisateurs rivaux et non une quelconque cohérence ethnoculturelle des territoires ainsi délimités. Ce brassage de populations eut comme conséquence d'interdire, au moment clef de l'accession à l'indépendance, de revenir à des formes étatiques ou paraétatiques précoloniales, expressions d'un seul groupe ethnique – et parfois devenu minoritaire dans cette nouvelle dimension. De plus, les colonisateurs avaient mis en place une organisation administrative reposant sur un découpage du territoire proche de celui de leurs métropoles, et formé des cadres locaux qui allaient être au premier rang des nouvelles élites. Tous ces éléments contribuèrent à maintenir dans ces pays des modèles d'administration importés, parfois complétés, au moins dans les dernières décennies du XX^e siècle, par un régime de parti unique qui devait renforcer la cohésion nationale et éviter l'éclatement des États.

Soixante ans après les indépendances, les fragilités récurrentes de certains États africains conduisent à se poser la question de ce que peut être l'État national sur le continent noir, tant cette volonté de fusionner la diversité dans un ensemble national homogène semble avoir trouvé ses limites. Repenser le rapport entre centre et périphérie, se poser la question de la manière dont l'organisation territoriale pourrait, sinon résoudre, au moins atténuer nombre de tensions, est devenu un élément central pour toute réflexion sur la résolution des crises africaines, tant il est vrai que les seules opérations de sécurisation trouvent rapidement leurs limites. On pourrait proposer à nouveau des solutions occidentales : pour prendre le seul cas français – et le doyen Armel Pécheul, auquel cet ouvrage est dédié, le sait mieux que personne, pour en avoir été un théoricien comme un acteur –, le législateur comme le juge français ont su adapter la fameuse « unité française » à une réalité diverse, par des transferts de compétence différenciés, des expérimentations dans le temps ou l'espace, ou les « décentralisations poussées » de notre outre-mer. Mais il nous semble pertinent d'examiner ici la manière dont un État africain, le Maroc, a entrepris une telle démarche, y compris, et c'est ce qui nous semble le plus important, pour tenter d'en terminer avec un mouvement insurrectionnel sécessionniste armé se revendiquant d'une appartenance ethnique spécifique.

C'est toute la question des instruments utilisés ou proposés par le royaume chérifien pour la gestion de son Sahara, c'est-à-dire du cadre géographique correspondant à l'ancien Sahara espagnol. La zone, toujours mise par l'ONU sur la liste des territoires non autonomes sous le nom de Sahara occidental, est passée en grande partie sous contrôle marocain après la Marche verte pacifique lancée en 1975 par le roi Hassan II, mais les tensions entre le mouvement du Front Polisario, implanté en Algérie, et le Maroc ont conduit à mettre en place une force onusienne spécifique, la Minurso, destinée à faire respecter l'accord de cessez-le-feu conclu entre

les deux. Nombreux sont ceux qui souhaitent un règlement définitif de ce conflit, pour lequel la prise en compte des spécificités locales serait un indispensable préalable, et la démarche marocaine est ici particulièrement riche en ce qu'elle se situe à trois niveaux complémentaires. Le premier, constitutionnel, consiste pour le royaume à se poser la question de ce qui le définit comme nation, et de la place qu'y occupent les différentes cultures qui peuvent se rencontrer sur son sol. Le deuxième, qui relève cette fois d'une démarche plus administrative, concerne la répartition des compétences entre État et collectivités décentralisées sur l'ensemble du territoire marocain, y compris au Sahara. Le troisième enfin, concernant cette fois uniquement les provinces du Sud, résulte de l'Initiative présentée par le Maroc à l'ONU en 2007 : solution de règlement post-conflit, elle propose un statut d'autonomie de la Région du Sahara, dans le cadre de l'État chérifien.

I. Les éléments classiques d'organisation de l'État

A – La constitutionnalisation des différences

Comme celles de la place de la monarchie, ou de la religion musulmane, la question de l'intégrité territoriale est centrale au Maroc. C'est d'ailleurs ce que rappelle le Préambule de la Constitution de 2011, où le royaume est présenté comme un « État musulman souverain, attaché à son identité nationale *et à son intégrité territoriale* ». Et comme tout État-nation, à plus forte raison lorsqu'ils ont l'ancienneté du royaume chérifien, le Maroc aspire à une continuité dans son être évoquée dans le même Préambule : « Le royaume du Maroc entend préserver, dans sa plénitude et sa diversité, son identité nationale une et indivisible ». Coexistent donc dans l'approche marocaine de la nation l'identité « une et indivisible » et la « diversité », mais le même texte résout ce qui pourrait paraître comme une contradiction en évoquant « son unité, forgée par la convergence de

ses composantes arabo-islamique, amazighe et saharo-hassanie, s'est nourrie et enrichie de ses affluents africain, andalou, hébraïque et méditerranéen ».

Cet ancrage dans une histoire collective longue est une spécificité au sein du continent africain : le royaume remonte en tant qu'État à 789, aux débuts de la dynastie Idrisside. Quant à ses rapports avec le Sahara, ce dernier n'a pas été une marge, ou le seul passage par lequel les populations du Maghreb commerçaient avec celles de l'Afrique subsaharienne, mais le berceau de deux dynasties marocaines, celles des Almoravides aux XI^e et XII^e siècles (1040-1147) et des Almohades aux XII^e et XIII^e siècles (1121-1269). On comprend le regard particulier que portent les Marocains sur cet espace et ses populations, et sur cette composante qui concerne les provinces sahariennes, la culture *saharo-hassanie*. Si le premier terme renvoie à un espace géographique, le second fait référence, d'abord, à une langue qui fait partie des dialectes arabo-nomades, cet arabe des Bédouins des tribus des Banu Hassan qui se sont installés dans le Sahara de l'Ouest, où il va se mêler d'un peu de *zenaga*, la langue berbère qui lui préexistait. Ce *hassani* donc, parlé avec des variantes locales au sud du Maroc et de l'Algérie, en Mauritanie, dans le nord du Sénégal et du Mali et à l'ouest du Niger, traduit l'existence d'un groupe culturel lui-même subdivisé en de nombreux sous-groupes sous des formes tribales. Et si seules l'arabe¹ et l'amazighe² sont langues officielles au Maroc, le Conseil national des langues et de la culture marocaine, évoqué à l'article 5 de la constitution, est « chargé notamment de la protection et du développement des langues arabe et amazighe *et des diverses expressions culturelles marocaines*, qui constituent un patrimoine authentique et une source d'inspiration

1. Art. 5 Const. : « L'arabe demeure la langue officielle de l'État ».

2. Art. 5 Const. : « De même, l'amazighe constitue une langue officielle de l'État, en tant que patrimoine commun à tous les Marocains sans exception ».

contemporaine » – la « composante saharo-hassanie » faisant donc partie de ces dernières. Voilà pour le premier niveau.

B – Une décentralisation : la « régionalisation avancée »

Le roi Mohammed VI a lancé en 2010 le chantier d'une décentralisation constitutionnalisée en 2011 à l'article premier : « *L'organisation territoriale du Royaume est décentralisée, fondée sur une régionalisation avancée* ». Au Sahara marocain correspondent deux des douze régions mises en place par la réforme de 2015, celles de Laâyoune-Sakia El Hamra au nord³, et de Dakhla-Oued Ed-Dahab au sud⁴.

Le rapport entre centre et périphérie se traduit ici par le lien entre l'une des chambres du Parlement marocain, la Chambre des Conseillers, et les collectivités territoriales, puisque « les régions et les autres collectivités territoriales participent à la mise en œuvre de la politique générale de l'État et à l'élaboration des politiques territoriales à travers leurs représentants à la Chambre des Conseillers »⁵. Pour cela, « trois cinquièmes des membres » de cette chambre représentent les collectivités, un effectif « réparti entre les régions du Royaume en proportion de leurs populations respectives et en observant l'équité entre les territoires », un tiers étant « élu au niveau de chaque région par le Conseil régional parmi ses membres », les deux tiers restants « par un collège électoral constitué au niveau de la région par les membres des conseils communaux, provinciaux et préfectoraux »⁶.

3. 140 000 km² pour 340 000 habitants.

4. 131 000 km² pour 114 000 habitants. Plus encore dans ce second cas, nous retrouvons des disparités démographiques avec les régions les plus peuplées du royaume, comparables à celles qui existent dans certains États sahéliens.

5. Art. 137 Const.

Mais c'est bien évidemment dans le Titre IX de la Constitution marocaine de 2011, « Des régions et des collectivités territoriales », que l'on trouve les éléments qui permettent de définir cette décentralisation à la marocaine. Selon son article 136 en effet : « L'organisation territoriale du Royaume repose sur les principes de libre administration, de coopération et de solidarité. Elle assure la participation des populations concernées à la gestion de leurs affaires et favorise leur contribution au développement humain intégré et durable. »

La participation évoquée ne se limite pas à l'exercice du seul droit de vote, la monarchie marocaine favorisant une « démocratie participative ». C'est ainsi que « des mécanismes participatifs de dialogue et de concertation sont mis en place par les Conseils des régions et les Conseils des autres collectivités territoriales pour favoriser l'implication des citoyennes et des citoyens, et des associations dans l'élaboration et le suivi des programmes de développement »⁷. Par ailleurs, l'institution monarchique marocaine ayant toujours fait une place particulière à cet instrument de démocratie directe qu'est la pétition, « les citoyennes et les citoyens et les associations peuvent exercer le droit de pétition en vue de demander l'inscription à l'ordre du jour du Conseil, d'une question relevant de sa compétence »⁸.

Quant à la répartition des compétences entre État central et collectivité locale, elle repose sur le principe de subsidiarité qui conduit, comme le détaille l'article 140 de la constitution, à distinguer entre les *compétences propres*, confiées aux collectivités ou réservées à l'État, et les *compétences*

6. Art. 63 Const. La région de Laâyoune-Sakia El Hamra comporte 4 provinces et préfectures et 20 communes, celle de Dakhla-Oued Ed-Dahab 2 provinces et préfectures et 13 communes.

7. Art. 139 Const.

8. *Idem*.

partagées entre collectivités et État – avec la possibilité de transferts nouveaux de l'État vers les collectivités⁹. Pour les exercer, régions et collectivités disposent d'un pouvoir réglementaire¹⁰, qui s'exerce sous contrôle juridictionnel, et bénéficient de transferts de ressources¹¹. Pour équilibrer enfin les rapports entre les différentes collectivités, une péréquation est organisée sous le contrôle de l'État central¹², une recherche d'équilibre qui peut aussi prendre la forme d'une collaboration entre collectivités pour mutualiser « des moyens et des programmes »¹³.

Cette décentralisation – qui s'accompagne de l'indispensable complément de la déconcentration – est ainsi une réponse administrative adaptée à des situations particulières, permettant aux citoyens de gérer les affaires qui les concernent par leur proximité, et le Sahara marocain en bénéficie comme les autres régions. Mais pour tenter de mettre fin au conflit qui

9. Art. 140 Const. : « Sur la base du principe de subsidiarité, les collectivités territoriales ont des compétences propres, des compétences partagées avec l'État et celles qui leur sont transférables par ce dernier ».

10. Art. 140 : « Les régions et les autres collectivités territoriales disposent, dans leurs domaines de compétence respectifs et dans leur ressort territorial, d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs attributions. »

11. Art. 141 : « Les régions et les autres collectivités territoriales disposent de ressources financières propres et de ressources financières affectées par l'État. Tout transfert de compétences de l'État vers les collectivités territoriales doit s'accompagner d'un transfert des ressources correspondantes. »

12. Art. 142 : « Il est créé, pour une période déterminée, au profit des régions, un fonds de mise à niveau sociale destiné à la résorption des déficits en matière de développement humain, d'infrastructures et d'équipements. Il est créé, en outre, un fonds de solidarité interrégionale visant une répartition équitable des ressources, en vue de réduire les disparités entre les régions. »

13. Art. 144 : « Les collectivités territoriales peuvent constituer des groupements en vue de la mutualisation des moyens et des programmes ».

concerne ce territoire spécifique, le Maroc a aussi proposé une forme plus poussée d'autonomie.

II. L'Initiative pour le Statut d'autonomie de la Région du Sahara

Depuis 2004, le Conseil de sécurité onusien appelle de manière très régulière « les parties et les États de la région » à coopérer avec l'ONU pour trouver une solution politique au problème du Sahara marocain. C'est dans cette idée que le Maroc présenta, le 11 avril 2007, son « Initiative pour la négociation d'un statut d'autonomie de la région du Sahara », qui « tend à créer les conditions d'un processus de dialogue et de négociation débouchant sur une solution politique mutuellement acceptable »¹⁴. Le royaume s'affirma prêt « à négocier, de bonne foi, dans un esprit constructif d'ouverture et de sincérité, afin de parvenir à une solution politique définitive et mutuellement acceptable à ce différend »¹⁵, et « disposé à coopérer pleinement avec le Secrétaire général de l'ONU et son Envoyé personnel »¹⁶. Depuis, le Conseil de sécurité a plusieurs fois souligné les « efforts sérieux et crédibles » faits par le Maroc, conduisant ces dernières années à un round de négociations à Genève où participaient, sous l'égide de l'ONU, le Maroc, la Mauritanie, l'Algérie et le Front Polisario.

14. Point 7 du document. « À l'instar des membres de la Communauté internationale – ajoute le point 33 –, le Royaume du Maroc est persuadé, aujourd'hui, que la solution du différend sur le Sahara ne peut être que le fruit d'une négociation. »

15. Point 34. Il affirme aussi nourrir « l'espoir que les autres parties mesureront la signification et la portée de cette initiative, l'apprécieront à sa juste valeur et y apporteront une contribution positive et constructive » (point 35). Il « lance un appel aux autres parties pour qu'elles saisissent cette occasion d'écrire une nouvelle page dans l'histoire de la région. Il est prêt à s'engager dans une négociation sérieuse et constructive sur la base de l'esprit de cette initiative, ainsi qu'à apporter sa contribution à la création d'un climat de confiance. » (Point 9).

16. Point 10.

Comment considérer cette Initiative ? Rappelons d'abord que le droit international permet des solutions qui relèvent de l'autonomie territoriale ou de la dévolution de pouvoirs pour résoudre un conflit de manière à la fois pacifique et durable. Le statut particulier du territoire du Groenland par rapport au Danemark, celui des îles d'Aaland par rapport à la Finlande, a permis de trouver de telles solutions. L'Initiative marocaine relève d'une telle démarche : elle prévoit que le statut d'autonomie proposé fera l'objet de négociations d'abord, d'un référendum ensuite¹⁷ et inscrit l'ensemble « dans le cadre de l'édification d'une société démocratique et moderne, fondée sur l'État de droit, les libertés individuelles et collectives et le développement économique et social »¹⁸, autant de termes qui, en 2021, renvoient à des modalités de mise en œuvre juridique clairement identifiées.

Le Haut-commissaire pour les minorités nationales de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) avait réuni en 1998 un groupe d'experts indépendants pour tenter de définir les éventuels « standards internationaux » de crédibilité d'un tel statut d'autonomie, touchant notamment au respect des critères démocratiques. Le résultat, les Recommandations de Lund, fixent une série de critères à l'aune desquels on pourra apprécier le Statut proposé par le Maroc en 2007¹⁹

17. Point 8 : « Le statut d'autonomie, résultat des négociations, sera soumis à une consultation référendaire des populations concernées, conformément au principe de l'autodétermination et des dispositions de la Charte des Nations Unies. » ; Point 27 : « Le statut d'autonomie de la Région fera l'objet de négociations et sera soumis à une libre consultation référendaire des populations concernées. Ce référendum constitue, conformément à la légalité internationale, à la Charte des Nations Unies et aux résolutions de l'Assemblée Générale et du Conseil de Sécurité, le libre exercice, par ces populations, de leur droit à l'autodétermination. »

18. Point 3.

19. Ce à quoi s'emploie Abdelhamid El Ouali, « Le projet d'autonomie au Sahara marocain au regard des standards internationaux », in *sd.* Charles Saint-Prot, Jean-Yves

autour de trois axes : les organes qui sont créés ; les compétences qui sont attribuées ; enfin, le rapport à l'État central.

A – Les organes

Dans la perspective d'une solution post-confliktuelle, l'Initiative vise à garantir « à tous les Sahraouis, à l'extérieur comme à l'intérieur, toute leur place et tout leur rôle, sans discrimination ni exclusive, dans les instances et institutions de la région »²⁰. Le Royaume s'engage ainsi à « assurer aux personnes qui seront rapatriées²¹ une réinsertion complète au sein de la collectivité nationale, dans des conditions garantissant leur dignité, leur sécurité et la protection de leurs biens »²², et, à cette fin, « adoptera notamment une amnistie générale excluant toutes poursuites, arrestation, détention, emprisonnement ou intimidation de quelque nature que ce soit, fondées sur des faits objet de l'amnistie »²³.

Quant aux modalités d'organisation administrative, « les populations de la Région autonome du Sahara sont représentées au sein du Parlement et des autres institutions nationales » et « participent à toutes les consulta-

de Cara et Christophe Boutin, *Sahara marocain. Le dossier d'un conflit artificiel*, Paris, éditions du Cerf, 2016, p.157-170. Du même auteur, on lira aussi *Autonomie au Sahara. Prélude au Maghreb des régions*, Londres, Stacey international, 2008.

20. Point 4.

21. Il s'agit principalement des Sahraouis présents dans les camps de réfugiés de Tindouf en Algérie et actuellement sous contrôle de Front Polisario, à rebours des obligations du HCR.

22. Point 30.

23. Point 31. Pour y aider, un Conseil transitoire, composé de représentants des populations « apportera son concours au rapatriement, aux opérations de désarmement, démobilisation et réinsertion des éléments armés se trouvant à l'extérieur du territoire ainsi qu'à tout autre action visant l'approbation et la mise en œuvre du statut, y compris les opérations électorales » (Point 32).

tions électorales nationales »²⁴ – et l'on retrouve ici les éléments de décentralisation évoqués, mais avec un plus large transfert de compétences. Selon l'Initiative en effet, « les populations du Sahara géreront elles-mêmes et démocratiquement leurs affaires à travers des organes législatif, exécutif et judiciaire dotés de compétences exclusives »²⁵. Les Recommandations de Lund rappellent la place centrale de la séparation des pouvoirs entre un pouvoir législatif confié à une assemblée locale, à laquelle sont confiées de véritables compétences, un pouvoir exécutif qui découle d'élections libres, enfin un pouvoir judiciaire local indépendant.

Parmi les organes prévus par l'Initiative, le pouvoir législatif résulte d'un mixte entre le système de pouvoir traditionnel, celui des tribus, et les règles démocratiques modernes, puisque le Parlement de la Région autonome « sera composé de membres élus par les différentes tribus sahraouies, et de membres élus au suffrage universel direct par l'ensemble de la population de la Région »²⁶. On tient compte ici d'une structure sociale précoloniale qui a perduré, évitant certains effets pervers d'un universalisme démocratique importé. « Il est bien connu – écrit ainsi Abdelhamid El Ouali – que très souvent les minorités nationales ont, dans nombre de pays du tiers-monde, souffert au lendemain de l'indépendance non seulement de la position du système de partis uniques, mais aussi du vote majoritaire qui permet aux majorités ethniques d'exercer une sorte de tyrannie démocratique sur les minorités nationales »²⁷. C'est à ce risque

24. Point 18.

25. Point 5. « Elles disposeront des ressources financières nécessaires au développement de la région dans tous les domaines et participeront, de manière active, à la vie économique, sociale et culturelle du Royaume » (*Idem*).

26. Point 19 : « La composition du Parlement de la Région Autonome du Sahara devra comprendre une représentation féminine appropriée », ajoute le texte.

27. Abdelhamid El Ouali, « *Le projet d'autonomie au Sahara marocain au regard des standards internationaux* », in sd. Charles Saint-Prot, Jean-Yves de Cara et Christophe

que répond cette structuration du législatif. « Il peut être étonnant de constater – ajoute El Ouali - que l'Initiative marocaine cherche permettre une représentation de toutes les composantes de la société tribale sahraouie. Mais elle le fait aussi conforme aux exigences de la démocratie qui requiert d'assurer une telle représentation lorsque la société est faite d'une mosaïque humaine très différenciée sous forme de minorités nationales ou de groupements tribaux ayant un sens aigu de leurs propre identité et particularités locales comme cela est le cas au Sahara marocain. »²⁸. Les Recommandations de Lund ne prévoient-elles pas en effet que les États doivent adopter « le système de gouvernement le plus représentatif dans leur situation spécifique »²⁹.

Ce Parlement élit un Chef de gouvernement, « investi par le Roi », à la fois exécutif local et « représentant de l'État dans la région »³⁰ – à ne pas confondre avec le Délégué du Gouvernement, chargé, dans le cadre de la déconcentration, d'exercer « les compétences de l'État dans la Région autonome »³¹. Signalons encore l'existence d'un Conseil économique et social « composé de représentants des secteurs économiques, sociaux, professionnels et associatifs, ainsi que de personnalités hautement qualifiées. »³². Dans le domaine judiciaire enfin, le Parlement régional peut

Boutin, *Sahara marocain. Le dossier d'un conflit artificiel*, Paris, éditions du Cerf, 2016, p.157-170, p. 163.

28. Abdelhamid El Ouali, « Le projet d'autonomie au Sahara marocain au regard des standards internationaux », in sd. Charles Saint-Prot, Jean-Yves de Cara et Christophe Boutin, *Sahara marocain. Le dossier d'un conflit artificiel*, Paris, éditions du Cerf, 2016, p.157-170, p. 163.

29. Note explicative relative aux Recommandations de Lund sur la participation effective des minorités nationales à la vie politique, B 8.

30. Point 20. Ce Chef du Gouvernement, politiquement responsable devant le Parlement, « nomme les administrateurs » (Point 21).

31. Point 16.

32. Point 26.

créer des juridictions chargées de « statuer sur les litiges nés de l'application des normes édictées par les organes compétents de la Région autonome », qui rendront leurs décisions « en toute indépendance, au nom du Roi »³³. Un Tribunal Régional Supérieur, « plus haute juridiction dans la Région autonome » statuera « en dernier ressort, sur l'interprétation de la loi de la région », mais, ajoute l'Initiative, « sans préjudice des compétences de la Cour suprême et du Conseil constitutionnel du Royaume »³⁴.

B – Les compétences de la collectivité

Les compétences de la Région autonome concerneraient les domaines : de l'administration locale (y compris la police et les juridictions locales) ; économique (développement, planification, industrie, tourisme, et agriculture) ; budgétaire et fiscal ; des infrastructures (eau, électricité, transport) ; du social (habitat, éducation, santé, emploi, sport, protection sociale) ; le domaine culturel encore, avec la promotion du patrimoine hasani ; enfin de la protection d'un environnement, très sensible en zone désertique³⁵. Comme le relève Abdelhamid El Ouali, de telles compétences « sont beaucoup plus larges que celles prévues par les recommandations de Lund »³⁶. En effet, ces dernières envisagent bien des transferts dans les domaines de l'éducation, la culture, l'utilisation d'une langue minoritaire, l'environnement, l'aménagement du territoire, l'usage des ressources naturelles, le développement économique, le maintien de l'ordre, le logement,

33. Point 22.

34. Point 23. Sur le rôle des cours nationales, *cf. infra*. On trouve de tels tribunaux locaux aussi bien dans le statut des îles d'Aaland que pour les îles Féroé, avec dans ce dernier cas une compétence pour connaître des questions civiles et pénales mineures, puis une procédure d'appel auprès de tribunaux relevant cette fois du gouvernement danois, et une décision en dernier ressort de la Cour suprême danoise.

35. Point 12.

36. Abdelhamid El Ouali, « *Le projet d'autonomie au Sahara marocain au regard des standards internationaux* », *op. cit.*, p. 159.

la santé et les autres services sociaux³⁷, mais pas ceux concernant le tourisme, les transports ou la fiscalité, bien présents dans le statut marocain.

Pour l'exercice de ces compétences, la Région autonome disposerait de ressources fiscales ou parafiscales, d'une péréquation des ressources de l'État³⁸, mais pourrait aussi bénéficier de « la partie des revenus des ressources naturelles situées dans la Région et perçus par l'État »³⁹, ce qui porte a priori sur ceux tirés de l'exploitation minière des phosphates, éventuellement des productions énergétiques, mais aussi, sans doute, des droits de pêche accordés par l'État le long du littoral de la Région. Ce dernier point des ressources est particulièrement important. Dans nombre d'États africains, les tensions locales qui débouchent sur des conflits armés naissent souvent de l'impression qu'ont les populations de ces zones de voir leurs richesses naturelles profiter, au mieux, à l'État central, au pire à des dirigeants corrompus et à des États étrangers, mais guère à leur région. Restera la question de la péréquation nécessaire entre une région qui, au vu de sa densité de population, comme de l'ampleur des travaux effectués par l'État marocain depuis 1975 pour remettre à niveau, et ce dans tous les domaines (infrastructures, santé, éducation...), un territoire que la colonisation espagnole avait ignoré, serait sans doute aujourd'hui excédentaire.

C – Le rapport à l'État

Il s'agit bien enfin d'une autonomie qui s'inscrit dans le cadre d'un État, et le royaume marocain conserve compétence exclusive sur : « les attributs de souveraineté »⁴⁰ ; ceux « liés aux compétences constitutionnelles et religieuses du Roi, Commandeur des croyants et Garant de la liberté du

37. Recommandations de Lund n° 20.

38. Point 13.

39. Point 13.

40. « Notamment le drapeau, l'hymne national et la monnaie ».

culte et des libertés individuelles et collectives⁴¹ ; la sécurité nationale, la défense extérieure et de l'intégrité territoriale ; les relations extérieures et l'ordre juridictionnel du Royaume »⁴². Mais compétence exclusive ne veut pas dire exclusion. C'est ainsi que « la responsabilité de l'État dans le domaine des relations extérieures sera exercée en consultation avec la Région autonome du Sahara concernant les questions qui se rapportent directement aux attributions de cette Région. »⁴³ On notera d'ailleurs que l'Initiative envisage favorablement la coopération transfrontalière puisque « la Région Autonome du Sahara peut, en concertation avec le Gouvernement, établir des liens de coopération avec des Régions étrangères en vue de développer le dialogue et la coopération interrégionale. »

Cette place de l'État est celle des Recommandations de Lund : domaines de la défense, des affaires étrangères, de l'immigration ou des douanes, mais aussi dans domaines monétaire ou de définition de la politique économique⁴⁴ – c'est par exemple le cas de l'État finlandais pour les îles d'Aaland. Quant à l'ordre juridictionnel suprême (Cour constitutionnelle, Cour des comptes...) de l'État central, les populations sahariennes « bénéficieront de toutes les garanties qu'apporte la Constitution marocaine en matière de droits de l'Homme tels qu'ils sont universellement reconnus »⁴⁵. Et en termes de hiérarchie des normes, le contrôle se fera au regard du Statut d'autonomie, mais aussi bien sûr de la Constitution du Royaume⁴⁶, dans laquelle d'ailleurs le statut « sera incorporé comme gage

41. Le Point 6 rappelle le nécessaire respect des « attributions constitutionnelles et religieuses de Sa Majesté le Roi ».

42. Point 14.

43. Point 15.

44. Recommandations de Lund n° 15.

45. Point 25.

46. Point 24.

de sa stabilité et de sa place particulière dans l'ordonnement juridique national »⁴⁷.

Le schéma marocain pourrait-il servir d'exemple aux indispensables réorganisations nécessaires à la gestion des sorties de crises telles que les connaît l'Afrique ? On peut bien sûr émettre deux réserves. La première est que l'Initiative marocaine est toujours à l'état de projet, et que l'on ne peut juger de ses résultats pratiques – même si l'on peut répondre que ce statut s'intégrerait dans une démarche de décentralisation et de respect des diversités qui, elle, est déjà mise en application. Seconde réserve, si une large autonomie semble viable au sein du royaume chérifien, c'est parce que trois éléments fédérateurs existent : une histoire commune sur une longue durée ; la place de l'islam malékite ; celle enfin de l'institution monarchique – qui d'ailleurs les résume, l'histoire dans sa lignée, la religion dans sa fonction de Commandeur des croyants, l'État dans son incarnation⁴⁸.

Reste que les trois éléments-clefs du statut que sont la mise en place d'institutions librement élues – tenant compte ici des systèmes de pouvoir locaux – et dotées de compétences réelles, l'accès des habitants aux revenus tirés des ressources naturelles locales, enfin la reconnaissance d'une identité spécifique, seraient à même de désamorcer ou d'apaiser bien des conflits qui ensanglantent le continent noir. On peut donc espérer que se bâtissent sur de telles bases des consciences nationales en évitant les dérives du parti unique ou de la dictature du nombre. Il n'est

47. Point 29.

48. Pour reprendre l'article premier de la constitution de 2011, la nation marocaine « s'appuie dans sa vie collective sur des constantes fédératrices, en l'occurrence la religion musulmane modérée, l'unité nationale aux affluents multiples, la monarchie constitutionnelle et le choix démocratique ».

d'ailleurs pas certain qu'un tel statut d'autonomie ne fasse pas rêver, pour la région dans laquelle il est enraciné, le chouan auquel cet ouvrage est dédié.

De la prétendue souveraineté européenne

Par Olivier GOHIN
Professeur émérite de droit public
de l'Université Paris – Panthéon-Assas

Au centre du droit public, il y a l'État et, à la base du droit public, il y a la souveraineté de l'État, en tant qu'élément nécessaire et décisif de sa définition constitutionnelle. Lorsque, comme en France, la nation se confond avec le peuple, peu importe que cette souveraineté appartienne à la nation ou au peuple : la controverse artificiellement développée par la doctrine publiciste entre souveraineté nationale de 1789 et souveraineté populaire de 1793¹, sur fond d'opposition entre électorat-fonction et électorat-droit, c'est-à-dire entre suffrage censitaire et suffrage universel², est surmontée, sans difficulté aucune, par le défaut de référence à la souveraineté nationale ou populaire dans les bases constitutionnelles du Directoire et du Consulat, prolongé par l'Empire. Tel est encore le cas de la

1. Comp. Déclaration 1789, art. 3 ; Const. de 1791, titre III, art. 1^{er} et Déclaration de 1793, art. 25 ; Acte const. de 1793, art. 2 et art. 7. Toutefois, la Constitution de 1791 se réfère par neuf fois au « *peuple* ». Et, l'art. 23 de la Déclaration de 1793 mentionne aussi « *la souveraineté nationale* » ; *adde*, l'art. 29 de cette Déclaration sur la représentation nationale.

2. La Constitution de 1795, celle du Directoire, rétablit le suffrage censitaire et la Constitution de 1799, celle du Consulat, le suffrage universel, et ce jusqu'à la révision opérée par le sénatus-consulte du 4 août 1802 en faveur du suffrage censitaire, à nouveau.

Constitution républicaine de 1848 qui reprend la formulation neutre de la Déclaration de 1795 : « *la souveraineté réside dans l'universalité des citoyens français* »³ pour établir un suffrage, non plus censitaire, mais universel, bien qu'il fût seulement masculin. Ainsi, au-delà du silence sur la souveraineté des lois constitutionnelles de 1875⁴ et avec le rétablissement des institutions républicaines après la Libération, il n'y a rien de surprenant à cette formulation syncrétique : « *la souveraineté nationale appartient au peuple français* »⁵, dispositif de la Constitution de 1946, repris dans le cadre du régime politique actuel, même en termes différents : l'autodétermination des peuples des territoires d'outre-mer conduit, en effet, à occulter la qualification de ce peuple dans la Constitution de 1958⁶ et la souveraineté est promise à un exercice qui peut être direct sans précision explicite aucune, donc en matière constitutionnelle ou législative, tout aussi bien⁷.

La volonté du général de Gaulle revenu au pouvoir et des rédacteurs des nouvelles institutions à sa suite, à commencer par Michel Debré, est de traiter, d'abord, « *De la souveraineté* » – l'intitulé exact du titre premier de la nouvelle Constitution de la République – alors même qu'il s'agit de

3. Comp. Décl. de 1795, art. 17 et Const. de 1948, art. 1^{er}, 1^{re} phrase.

4. Toutefois, au titre de dispositions constitutionnelles provisoires, la résolution du 17 février 1871 mentionne que l'Assemblée nationale est « *dépositaire de l'autorité souveraine* ». Et, c'est à cette souveraineté seulement parlementaire que la loi Rivet du 31 août 1871 fait référence, par deux fois.

5. Const. 1946, art. 3, al. 1^{er}.

6. Loi const. 3 juin 1958, art. unique, al. 2-5^o et Const. init., Préambule, al. 2, art. 3, al. 1^{er} 76, al. 2 et 91, al. 1^{er}. Bien entendu, il s'agit toujours du peuple français, ce qui résulte de l'al. 4 de l'art. 3 qui se réfère aux « *nationaux français* » et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : en ce sens, par ex., CC, 9 mai 1991, *Collectivité territoriale de Corse*, déc. n° 91-290 DC, Rec. 50 ; GDCC, Dalloz, 18^e éd., 2018, n° 11 et les réf.

7. Comp. Const., art. 3, al. 3 et Const. de 1958, art. 11 et 89.

réaffirmer la place et le rôle de la France dans une construction européenne qui serait celle de la coopération du droit et de l'économie et dans un contexte international qui parviendrait à sortir du *condominium* américano-soviétique du moment.

En conséquence, le texte de la Constitution de 1958 qualifie bien la souveraineté de « *nationale* » exclusivement : c'est affirmé à son article 3, alinéa 1^{er} et, en tant qu'elle est reconstitutionnalisée depuis 1973⁸, à l'article 3 de la Déclaration de 1789 : après tout, la souveraineté est à l'État ce que la liberté est à l'homme⁹. De plus, de façon innovante, son article 4 relatif aux « *partis et groupements politiques* » prescrit qu'ils ont, notamment, à respecter le principe de la souveraineté « *nationale* »¹⁰. Et, dès lors qu'il est logique de passer de la souveraineté à l'indépendance, en tant que, pour un État, ces termes sont synonymes, on vérifie sans difficulté que, comme la souveraineté, l'indépendance est elle-même « *nationale* », sa garantie étant bien au cœur de la mission du président de la République, dans le temps normal comme dans le temps de crise¹¹.

Dès lors, il est d'autant plus choquant d'entendre le président Emmanuel Macron mentionner explicitement, avec constance, la souveraineté « *euro-péenne* », non sans le soutien arrogant de la classe politico-médiatique,

8. CC, 27 déc. 1973, *Taxation d'office*, déc. 73-51 DC, Rec. 25 ; GDCC n° 45 et les réf.

9. Il résulte, du reste, de l'art. 88-1 de la Constitution révisée que c'est « *librement* » que des États, dont la France, ont choisi d'exercer en commun leurs compétences dans le cadre de l'Union européenne. L'adverbe équivaut à « *souverainement* ».

10. La formule est dirigée contre l'internationalisme du Parti communiste français (PCF), ce qui est souvent dit, mais aussi contre le supranationalisme du Mouvement républicain populaire (MRP), ce qui rarement soutenu ; à ce sujet, Olivier Gohin, « *Construction européenne et Constitution française : les apports de Michel Debré* », RFDC.2002, n° 51, p. 503-513.

11. Const., art. 5, al. et 16, al. 1^{er}.

avec ses forts relais intellectuels, y compris dans le monde universitaire¹², durablement éloignée du peuple français depuis la campagne référendaire de 2005 sur « *le traité établissant une Constitution pour l'Europe* »¹³. Reprenons les termes de son discours fondateur, prononcé en Sorbonne, le 26 septembre 2017 : « *La seule voie qui assure notre avenir (...) c'est la refondation d'une Europe souveraine, unie et démocratique. (...) L'Europe seule peut nous donner une capacité d'action dans le monde, face aux grands défis contemporains. (...) L'Europe seule peut, en un mot, assurer une souveraineté réelle, c'est-à-dire notre capacité à exister dans le monde actuel pour y défendre nos valeurs et nos intérêts. Il y a une souveraineté européenne à construire, et il y a la nécessité de la construire. Pourquoi ? Parce que ce qui constitue, ce qui forge notre identité profonde, cet équilibre de valeur, ce rapport à la liberté, aux droits de l'homme, à la justice est inédit sur la planète* ». Et, par exemple, le traité d'Aix-la-Chapelle du 22 janvier 2019 sur la

12. On évoque ici non pas les échanges Erasmus, mais les chaires Jean-Monnet qui, sur fonds européens, sont en charge de promouvoir, auprès des étudiants en droit et science politique, la construction juridico-politique d'une Europe intégrée. On peut aussi citer la préface des professeurs Denis Alland et Stéphane Rials au *Que sais-je ?* n° 3689, *La Constitution de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2003 qui reproduit le texte du projet de traité : « *L'aurore qui s'annonce (...) sera, à peu près inéluctablement, celle d'une pensée constitutionnelle réaliste (...) obligée (...) de rompre avec le discours à certains égards sommaire et philosophiquement daté de la souveraineté (...)* » (p. 5). On se rapportera utilement au « *post conclusif* » du professeur Vlad Constantinesco, au terme du colloque organisé, en mai 2018, sur la souveraineté européenne et publié à l'occasion du 2^e anniversaire du blogdroiteuropeen.com

13. À ce sujet, Olivier Gohin et Armel Pécheul (dir.), *La nouvelle Union européenne – Approches critiques de la Constitution européenne*, coll. Combats pour la liberté de l'esprit, Paris, F.-X de Guibert éd., 2005. L'ouvrage est préfacé par le professeur Jean Foyer, de l'Institut. Il était ministre de la Justice, le 15 mai 1962, lorsqu'il assista à la conférence de presse au cours de laquelle le général de Gaulle déclara qu'« *il ne peut y avoir d'autre Europe possible que celle des États* ».

coopération et l'intégration franco-allemandes mentionne, dans son préambule, une Union européenne qui est « *souveraine* ».

En tant que la souveraineté caractérise l'État, il s'agit donc d'un projet d'État européen. Et, en tant que le droit de tout État est basé sur une Constitution, il s'agit, en conséquence, de la relance d'une Constitution européenne, c'est-à-dire d'un projet qui, à travers la consécration de la jurisprudence de la Cour de justice, est la résultante d'un long processus en faveur de l'intégration fédérale de l'Europe, celui que, précisément, une dizaine d'années plus tôt, cette classe politico-médiatique aura âprement défendu, une nouvelle fois, mais que le peuple français aura massivement rejeté, pour une fois, à l'occasion du dernier référendum national en date¹⁴. Sans doute, le président de la République peut-il aussi se souvenir qu'il est, en tant que tel, chef d'un État construit sur la souveraineté

14. Au référendum du 29 mai 2005, le « non » l'emporte avec 55 % des suffrages exprimés, le taux d'abstention étant de 31 % des inscrits. Mais il est possible de soutenir que l'adoption de la Constitution, le 28 septembre 1958, avait déjà été l'occasion pour le peuple français de réaffirmer la souveraineté nationale exercée par lui contre une construction européenne dérivant, dès son origine, vers le fédéralisme européen, sous l'influence de Jean Monnet, en particulier. En effet, ce sont des traités contraires à la Constitution de 1946 qui sont successivement élaborés et signés, ce qui aura conduit au rejet par l'Assemblée nationale, en 1954, de l'autorisation de ratification du traité de 1952 sur la Communauté européenne de défense, sans interdire, auparavant, l'autorisation parlementaire de ratification du traité de 1951 sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier. Il est méconnu que la question de l'inconstitutionnalité des traités sur l'Euratom et sur la Communauté économique européenne a été également posée, en 1957, notamment par le sénateur de l'Indre-et-Loire Michel Debré devant le Conseil de la République. Devenu, en 1958, garde des Sceaux du gouvernement de Gaulle, le dernier de la IV^e République, il a veillé, en conséquence, à rendre possible, par deux dispositifs nouveaux la vérification par le Conseil constitutionnel de la non-contrariété de l'engagement international à la Constitution, entre sa signature et l'autorisation de sa ratification ou de son approbation (art. 54), et l'autorisation de la ratification d'un traité par la voie référendaire (art. 11).

« nationale » et tenter de concilier les deux souverainetés « nationale », celle qui s'impose à lui, et « européenne », celle qu'il entend promouvoir. Ainsi, au début du traitement tardif et chaotique de la crise sanitaire en France, liée à la pandémie mondiale provoquée par le virus Covid-19 et ses variants, en une matière : la santé publique, qui n'entre pas dans les compétences de l'Union européenne et que, cependant, la France a entendu européaniser autant que possible, le président Macron promet, dans une usine de production de biens essentiels qui font alors défaut dans les hôpitaux : masques ou respirateurs notamment, que « *le jour d'après ne ressemblera pas aux jours d'avant. Nous devons rebâtir notre souveraineté nationale et européenne* »¹⁵.

On retrouve ici le schéma déjà avancé d'une souveraineté qui serait, parmi quelques qualifications d'aménagement, diffuse ou divisée ou exercée en commun ou fragmentée ou limitée ou partagée ou proportionnée ou subordonnée ou encore transférée, en méconnaissance, en tout cas, de ce que le droit constitutionnel enseigne de façon constante, en tous lieux et en tout temps, pas seulement pour la France du début du XXI^e siècle. Dans le prolongement des « *marques de souveraineté* » de Jean Bodin, Raymond Carré de Malberg disait, en ce sens, que « *la souveraineté est entière ou elle cesse de se concevoir* ». Du reste, il est si fréquent que l'impossibilité de dire la souveraineté nationale conduise à plaider en faveur d'un repli sur l'autonomie en Europe, sur fond d'un renoncement à la grandeur de la France, de la place et du rôle de grande puissance qui, malgré les artisans ou prophètes de malheur, sont encore et toujours les siens dans l'histoire, la géographie, la culture, l'économie et la science du monde. Dès lors, on établira que la prétendue souveraineté

15. Discours sur le site de la PME Kolmi-Hopen, à Saint-Barthélemy-d'Anjou, le 31 mars 2020.

« européenne » est un oxymore juridique (I) comme elle est aussi une aberration politique (II).

I. La souveraineté européenne, un oxymore juridique

Même en droit, surtout en droit, on ne saurait dire quelque chose et son contraire et ainsi, associer, en un oxymore, deux mots de sens opposés. Car, dire la souveraineté européenne, c'est dire le transfert à l'Union européenne des compétences de souveraineté détenues par ses vingt-sept États membres ainsi que l'attribution à l'Union de la souveraineté de compétences de l'Union à l'égard de ces mêmes États. Or, la souveraineté européenne est improbable sans le transfert complet des compétences de souveraineté (A) comme elle est impossible sans l'exercice de la souveraineté de compétences (B).

A – La souveraineté européenne improbable sans le transfert complet des compétences de souveraineté

Que la construction européenne repose sur des transferts de compétences, voilà qui n'est pas niable. Il en est ainsi de l'actuelle Union européenne comme de toutes les organisations internationales¹⁶ qui ont pour objet et pour effet l'exercice en commun, dans les conditions du traité fondateur, adopté ou modifié à l'unanimité des États parties, de telle ou telle compétence que ces États qui ont créé l'organisation internationale ou qui la rejoignent, lui transfèrent volontairement. Le droit constitutionnel français le dit, en termes qui sont particulièrement maladroits puisque limita-

16. Selon le Conseil constitutionnel, l'Union européenne est « une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres » (CC, 9 avr. 1992, Maastricht I, Rec. 55, consid. 1 ; égal., CC, 20 déc. 2007, Traité de Lisbonne, déc. n° 2007-560 DC, Rec. 459 ; consid. 8 ; JCP A 2008. 18, note Gohin).

tion de compétences et « *limitation de souveraineté* » sont fâcheusement confondues, à l'alinéa 15 du Préambule de la Constitution de 1946, au moment de consolider la participation privilégiée de la France à la nouvelle Organisation des Nations Unies (ONU) et donc, à ce titre, « à l'*organisation et à la défense de la paix* »¹⁷. Parmi ces compétences, il y a celles qui sont essentielles pour l'existence de l'État central ou déconcentré et celles qui ne le sont pas¹⁸, les premières correspondant aux missions ou prérogatives ou encore compétences de « *puissance publique* », on dit aussi « *régaliennes* » ou bien de « *souveraineté* »¹⁹, car « *des compétences inhérentes à l'exercice de la souveraineté nationale* »²⁰ : elles sont exercées par l'État, unitaire ou fédéral, et ne peuvent l'être que par lui, ce qui n'interdit pas qu'avec le consentement et sous le contrôle de l'État, telle ou telle compétence de souveraineté soit exercée en commun, de façon partielle et réversible, avec un autre État ou d'autres États, dans le cadre ou non d'une orga-

17. Égal., sur l'ONU implicitement, Const. de 1946, art. 27 : « *les traités relatifs à l'organisation internationale* ».

18. Cette hypothèse envisagée, à bon droit, par le Cour de Karlsruhe dans le cadre de « *l'unification de l'Europe sur la base d'une union conventionnelle d'États souverains* » dans son arrêt du 30 juin 2009 sur la constitutionnalité du traité de Lisbonne (considérations générales, pt 3 et § 249) vaudrait aussi, hors compétences de souveraineté, si l'Union européenne était devenue, en 2005, un État fédéral ou si elle le devenait un jour.

19. Selon le Conseil constitutionnel, « *la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle* » (Cons. const., 26 juin 1986, Privatisations, déc. n° 86-207 DC, Rec. 61 ; GDCC n° 18 et les réf.) de sorte qu'il existe des « *services publics constitutionnels* », insusceptibles de privatisation sans révision préalable de la Constitution. Cette notion doctrinale de services publics constitutionnels, nécessairement administratifs, recoupe celle de compétences de souveraineté.

20. CC, 19 nov. 2004, *Constitution européenne*, déc. n° 2004-505 DC, Rec. 173 ; JCP A 2004. 1847, note Gohin.

nisation multilatérale, occasionnelle ou permanente : la vie internationale est celle de ces diverses coopérations interétatiques en tous domaines.

Au nombre des compétences de souveraineté, il y a certainement la défense « nationale »²¹. Ainsi, l'État est seul en charge des « *intérêts vitaux de la Nation* » dont la préservation renvoie à la stratégie de dissuasion qui, elle-même, ne saurait être autre que nationale²², aucunement partagée avec l'Allemagne ou tout autre État membre de l'Union européenne, aucunement étendue à l'Allemagne ou à tout autre État de l'Union européenne, ce qui porterait inévitablement atteinte à la crédibilité de cette stratégie. On compte aussi la diplomatie ou la justice sans qu'il soit aisé de lister exactement, parmi ces compétences de souveraineté, celles réservées exclusivement aux États membres, à défaut d'être attribuées à l'Union européenne pour donner lieu à des politiques communes, telles que la politique commune de l'agriculture et de la pêche²³. Car il résulte du principe d'attribution, si souvent occulté²⁴, que l'Union exerce les seules compétences que les États membres lui ont explicitement attribuées²⁵. Cette difficulté vaut, en particulier, pour les compétences de souveraineté, déduites *a contrario* des compétences qui, essentielles pour

21. Const., art. 15, 21, al. 1^{er} et 34, al. 2.

22. En cas d'échec de la dissuasion nationale, c'est au président de la République et à lui seul, en tant que chef des armées (Const., art. 15) qu'il appartiendrait de donner l'ordre d'engagement des forces nucléaires (C. déf., art. R.1411-5, issu du décret en Conseil des ministres du 12 juin 1996 portant détermination des responsabilités en matière nucléaire, art. 5).

23. TUE, art. 38 et suiv.

24. Armel Pécheul écrit que « *le principe d'attribution – principe fédéral par excellence – régit la délimitation des compétences de l'Union* », in *Le traité de Lisbonne (13 décembre 2007) – La Constitution malgré nous ?*, Paris, Cujas, 2008, p. 53.

25. TUE, art. 4 § 1 et art. 5 § 1 et 2. Dans le cadre du droit de l'Union, cette attribution peut être totale : c'est le cas pour les États membres dont la monnaie est l'euro, et elle est nullement réversible, sauf sortie de tel ou tel État de l'Union (TUE, art. 50).

les États membres, ne peuvent pas, par définition, être attribuées à l'Union européenne, en tout ou en partie, sans heurter la Constitution des États membres concernés.

Or, il est un moyen simple et rapide d'identifier ces compétences de souveraineté qui sont – disons – « *européisées* », pour autant que le Conseil constitutionnel a bien été saisi d'un traité européen²⁶ et que ce traité est venu attribuer à l'Union européenne telle ou telle de ces compétences de souveraineté nationale, pour une raison logique : dans la décision rendue par le juge constitutionnel entre signature et autorisation de ratification du traité, il sera systématiquement dit, à leur sujet, selon une formule qui n'est pas dépassée, l'atteinte portée, non à la souveraineté nationale, réputée intangible, mais aux « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* »²⁷ que seule une révision constitutionnelle ultérieure sera alors en mesure de surmonter : cela vaut, devant le juge constitutionnel français, des transferts de compétences de souveraineté²⁸ inclus dans ces trois traités d'abord inconstitutionnels, puis constitutionnalisés :

- en 1992, avec le traité de Maastricht, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et européennes, accordé aux citoyens non français de l'Union résidant en France ; l'établissement

26. La saisine du Conseil constitutionnel n'est pas systématique, avant l'autorisation d'un traité relatif à la construction européenne : ni l'acte unique européen de 1986 ni le traité de Nice de 2001 ne l'ont été.

27. Formulation qui remonte à la décision CC, 22 mai 1985, *Protocole 6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme concernant l'abolition de la peine de mort*, déc. 85-188 DC, Rec. 15 et reprise, dans le droit de l'Union européenne depuis le contrôle de constitutionnalité du traité de Maastricht par la décision CC, 9 avr. 1992 préc.

28. Dans les termes de l'arrêt préc. de la Cour de Karlsruhe en date du 30 juin 2009, il s'agit ici de « *droits de souveraineté transférés* » (§ 261) par les États membres à l'Union européenne.

de l'union économique et monétaire européenne, centrée sur la création d'une monnaie unique : l'euro²⁹, et donc la mise en œuvre, dans la zone euro dont la France fait partie, d'une politique des changes uniques et d'une politique monétaire commune³⁰ qui, comme toute politique commune, implique la suppression du recours à l'unanimité dans la prise de décision ; la création d'une politique commune en matière de visas à l'égard des pays tiers ;

– en 1997, avec le traité d'Amsterdam, la gestion, sans recours à l'unanimité, de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne et des domaines qui lui sont liés dans le franchissement des frontières intérieures et extérieures des États membres : non seulement les conditions de délivrance des visas de court séjour et les règles applicables en matière de visa uniforme, mais aussi la politique commune de l'asile, des réfugiés et déplacés et de l'immigration, notamment les conditions d'entrée et de séjour sur le territoire de l'Union et la lutte contre l'immigration clandestine ;

– en 2007, avec le traité de Lisbonne, la gestion, sans recours à l'unanimité, de la plupart des compétences de la nouvelle Union

29. Il y a là un facteur puissant d'intégration politique des États qui ont fait ce choix, de façon irrémédiable tant qu'ils sont membres de l'Union – du moins, dans le respect du traité de Lisbonne de 2007 (TUE, art. 50 préc.) et à droit conventionnel constant.

30. Le Conseil constitutionnel a eu aussi à connaître du traité de Bruxelles du 2 mars 2012 sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire. Mais, dans sa décision n° 12-653 DC du 9 août 2012, il retient que ce traité s'inscrit dans le prolongement du traité de Maastricht de 1992 et se contente de renforcer les engagements antérieurs de discipline budgétaire pris par ce traité, sans procéder à de nouveaux transferts de compétences en matière de politique monétaire. Dès lors, le traité budgétaire européen qui ne comporte pas, en 2012, de clause contraire à la Constitution déjà révisée en 1992, ne porte pas atteinte, quant à lui, aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

européenne, une quarantaine de plus, notamment en ce qui concerne, au fond, l'espace de liberté, de sécurité et de justice : lutte contre le terrorisme et les activités connexes, contrôle aux frontières, lutte contre la traite des êtres humains ; coopération judiciaire en matière civile et en matière pénale et institution d'un Parquet européen en matière financière.

C'est que l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale n'est pas seulement matérielle, dans le champ de quelques compétences de souveraineté transférées des États membres à l'Union : la monnaie unique pour ceux d'entre eux qui l'ont ainsi voulu – dont la France – ou des questions touchant à l'entrée et au séjour des étrangers et au droit d'asile, et donc à la sécurité dans l'Union, pour tous. Elle est aussi formelle : en effet, selon le Conseil constitutionnel, si, par eux-mêmes, « *les engagements internationaux souscrits par les autorités de la République française ne sauraient affecter l'exercice par l'État de compétences qui relèvent des conditions essentielles de sa souveraineté* », il en est autrement en cas d'« *abandon de la règle de l'unanimité* »³¹ pour celle de la majorité, même qualifiée, qui peut imposer une décision à laquelle la France serait opposée³².

Encore faut-il prendre en compte le compromis de Luxembourg du 29 janvier 1966 qui, au sortir de la crise dite « *de la chaise vide* » (juill. 1965-janv. 1966), provoquée en réaction au fédéralisme européen en

31. CC, 9 avr. 1992, *Maastricht I*, préc., consid. 49.

32. Selon une note de la Fondation Robert Schuman, « *Le concept de souveraineté européenne ne signifie pas seulement* » (et donc signifie aussi) « *que l'Union revêt, au moins pour les compétences qui lui sont confiées, les formes d'un État fédéral* » (Maxime Lefebvre, « *Europe puissance, souveraineté européenne, autonomie stratégique : un débat qui avance pour une Europe qui s'affirme* », Question d'Europe n° 582, 1^{er} févr. 2021, p. 7.

expansion³³, aura permis à la France d'obtenir le retour à la règle de l'unanimité chaque fois qu'elle estime que, dans telle ou telle politique commune, ses « *intérêts très importants* » sont en jeu, c'est-à-dire des intérêts essentiels, selon une formulation proche de la défense des intérêts vitaux de la France par la dissuasion nucléaire, en une compétence intransférable, car de souveraineté, exercée exclusivement par la France. Dans son discours de Strasbourg du 2 juillet 2007, le président Nicolas Sarkozy s'est encore référé, de façon expresse, à cette possibilité d'exercice du droit de veto par la France³⁴ qui, si nécessaire³⁵, fait revenir le droit de l'Union de l'intégration supranationale à la coopération intergouvernementale. Or, il est remarquable que ce dispositif, regardé par les services de la Commission européenne comme une déclaration politique, insusceptible de bloquer le processus décisionnel à la majorité qualifiée, revienne à donner une dimension constitutionnelle au refus de la France d'appliquer la décision prise sans elle, voire contre elle.

Dans les quelques compétences précitées de souveraineté qui lui sont explicitement et régulièrement attribuées, le droit de l'Union européenne fonctionne comme le droit de tout État fédéral dont le modèle n'est ni si divers ni si variable qu'on veut bien le dire puisqu'il repose sur la prévalence du droit fédéral. La clause de suprématie en est l'expression la plus connue : la Constitution américaine de 1787 est ainsi, avec les lois du Congrès et les traités, faits sous l'autorité fédérale, « *la loi suprême du*

33. Le général de Gaulle estimait, dans sa conférence de presse du 28 oct. 1966, qu'« *un grave abandon de souveraineté* » était demandé à la France, au printemps 1965, dans le cadre de la politique agricole commune.

34. Le président Nicolas Sarkozy déclarait que « *le compromis du Luxembourg reste en vigueur. C'est essentiel. C'est le signe qu'au-delà de toutes les délégations qu'une nation peut consentir, chacune garde la maîtrise ultime de son destin* ».

35. Et si possible, ce qui n'est pas le cas de l'euro, géré par la Banque centrale européenne (BCE) indépendante des États membres.

pays » de même qu'en Allemagne, « *le droit fédéral casse (bricht) le droit fédéré* »³⁶. Parce que l'État fédéral est un État et, du reste, le seul État dans ses frontières, et donc le seul souverain de compétences à ce titre, son droit est intégré à partir des ordres juridiques en présence : celui formé des normes fédérales et ceux formés des normes fédérées, avec la Constitution fédérale comme norme suprême de ce droit intégré, sous la garantie d'une juridiction qui vient garantir cette suprématie fédérale. Pour cette raison même, cette juridiction est matériellement constitutionnelle quand bien même, comme la Cour suprême des États-Unis, au sommet du pouvoir judiciaire fédéral, elle ne le serait pas formellement. L'intégration du droit de l'État fédéral à travers et, au besoin, à l'encontre du droit des composantes politiques d'un État fédéral, qu'ils soient dénommés ou non États – sans l'être, quant à eux, pour avoir perdu leur souveraineté de compétences – est donc assuré par un système juridictionnel unifié et hiérarchisé qui impose la Constitution fédérale, non seulement aux juridictions fédérales, mais aussi aux juridictions fédérées³⁷.

Rapportée la construction européenne, on a bien le fédéral dans le droit sans l'avoir dans l'Union. Il est acquis, en effet, que la Cour de justice a construit, depuis 1964, une jurisprudence notoirement fédéralisante qui repose, avec constance, sur la suprématie du droit communautaire, devenu, au 1^{er} décembre 2009, droit de l'Union, imposé par cette Cour, solution que les États membres auraient acceptée, en toute hypothèse, au titre d'« *une coopération loyale* »³⁸ avec, cependant, l'éventualité d'un point de friction juridico-politique dans ces deux cas limite, à issue incertaine :

36. Const. américaine de 1787, art. 6 § 2 ; voir égal., Loi fondamentale allemande de 1949, art. 31 : « *Le droit fédéral prime le droit fédéré* ».

37. Voir les arrêts de principe rendus par la Cour suprême des États-Unis, le 24 févr. 1803, *Marbury vs Madison* et, le 20 mars 1816, *Martin vs Hunter's Lessee*.

38. TUE, art. 4 § 3 et art. 13 §2.

- lorsque le droit constitutionnel de l'État membre, susceptible de contredire la jurisprudence de la Cour de justice, est appliqué par une juridiction nationale contre cette jurisprudence³⁹ ;
- lorsqu'une loi de l'État membre, contraire à une décision postérieure, voire antérieure de la Cour de justice, est maintenue, voire prise par le pouvoir national, malgré cette décision.

Sans doute, dans les annexes du traité déconstitutionnalisé de Lisbonne de 2007 qui régit le droit positif de l'Union européenne, figure la Déclaration 17 relative à la primauté, sans être partie intégrante du traité⁴⁰. Mais, il ne s'agit que d'un simple rappel de la jurisprudence constante de la Cour de justice selon laquelle le droit originaire et dérivé de l'Union prime le droit des États membres dans les conditions définies par la jurisprudence explicitée par le service juridique du Conseil dans son avis du 22 juin 2007 : celle construite sur la solution retenue par la Cour de justice depuis sa décision 6/64 *Costa c/ Enel* précitée⁴¹. Rien de nouveau, d'obligatoire ou de contraignant pour les États membres : en définitive, ils

39. Par ex., le Conseil constitutionnel français se réserve ainsi la possibilité de retenir l'inconstitutionnalité d'une loi de transposition d'une directive européenne qui serait contraire à une disposition expresse de la Constitution (CC, 10 juin 2004, *Économie numérique*, déc. n° 2004-496 DC, Rec.101, consid. 7) ou même qui irait « à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti » (CC, 27 juil. 2006, *Droit d'auteur et droits voisins*, déc. n° 2006-540 DC, Rec. 88, consid. 19). Il en serait de même du Conseil d'État, en cas de transposition réglementaire de la directive : si le moyen de l'inconstitutionnalité est soulevé devant lui, il lui appartient, « à défaut de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué », d'examiner directement cette constitutionnalité (CE Ass., 8 févr. 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, Rec. 55, concl. Guyomar ; GAJA, 22^e éd., Parois, Dalloz, 2019, n° 105 et les réf.).

40. TUE, art. 51 *a contrario*.

font et feront bien comme ils l'entendent, étant toujours susceptibles, même rarement, d'enrayer un processus d'intégration qui, pour être juridiquement solide, est politiquement fragile face à tel ou tel État opposant, membre de l'Union sans doute, indépendant de tous, tout de même.

C'est plus vrai lorsque la Cour de justice s'aventure dans et par sa jurisprudence en dehors des compétences de souveraineté qui sont textuellement attribuées à l'Union. Quel sera, par exemple, l'avenir, en France, de l'application de principe aux militaires de la directive européenne n° 2003/88 du 4 novembre 2003, sur le temps de travail, telle qu'exigée par l'arrêt récent de la Cour de justice dans une alors que cette directive contredit la codification législative du statut général des militaires, ainsi rapproché du droit commun de la fonction publique, en une matière : la sécurité nationale qui, au surplus, « *reste de la seule responsabilité de chaque État membre* » (TUE, art. 4 § 2)⁴². Voilà où l'on en est.

Il est vrai que, pourtant, l'Union européenne s'est dotée d'instruments juridictionnels ou politiques envers les États récalcitrants, quand bien même elle méconnaîtrait leur souveraineté⁴³. Mais, construit-elle sans risque un tel droit punitif, d'ailleurs privé de toute voie d'exécution, qui,

41. Voir CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77 et 11 janv. 2000, *Tanja Kreil*, aff. C-285/98.

42. CJUE, 15 juil. 2021, *B. K c/ Slovénie*, aff. C-742/19.

43. On mentionne le recours juridictionnel en manquement (TFUE, art. 258 à 260) avec paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte ainsi que le retrait politique du droit de vote (TUE, art. 7 et TFUE, art. 354). Dans le premier cas, la Cour de justice prend la décision ; dans le second cas, l'unanimité, déduction faite de l'État membre en cause. On ajoute que, sans texte, la sanction financière peut être aussi une sanction budgétaire, ce qui est un détournement de procédure.

au surplus, peut heurter de front les compétences de souveraineté de tel ou tel État membre ? Car, à l'initiative de son pouvoir légal, légitimé par l'appel éventuel à la démocratie directe, cette maîtrise par l'État membre de son destin est susceptible d'être manifestée, à tout moment, contre les institutions de l'Union ou, le cas échéant, contre tel ou tel des autres États membres, au soutien d'une loi contestée ou à l'encontre d'une sanction financière ou politique. Que dire du contentieux en cours dirigé contre la loi hongroise qui vise à interdire l'exposition des mineurs à la représentation et à la promotion de l'homosexualité et du transsexualisme, au motif qu'elle contreviendrait aux valeurs de l'Union européenne et lesquelles ? La protection des droits de l'enfant⁴⁴ ? Faut-il agiter à nouveau, après le Brexit du 1^{er} janvier 2021, la perspective de la sortie de l'Union européenne de l'État membre ainsi poursuivi ? Il pourrait préférer, après tout, pour que sa souveraineté soit respectée, la grande Europe ouverte de l'économie et de la politique, celle du libre-échange et de la coopération intergouvernementale, à une Europe de la dispute et de la division, claquemurée dans sa volonté d'alignement par la menace et la contrainte.

B – La souveraineté européenne impossible sans l'exercice de la souveraineté de compétences

Mais, la souveraineté ne renvoie pas seulement, en première approche, à l'exercice des compétences régaliennes de l'État, susceptibles de variations dans l'espace ou dans le temps. En arrière-plan, elle signifie également la détermination des compétences par l'État lui-même, au titre d'un absolu constitutionnel, sauf à ce que cet État n'en soit plus un. Autrement dit, pour la France, la souveraineté nationale implique, non seulement la possibilité pour l'État de détenir les compétences qui manifestent et garantissent l'essentiel de son pouvoir, mais aussi la nécessité pour l'État de définir ses propres compétences et, dans l'État, les compétences des

44. TUE, art. 3 § 5.

institutions décentralisées qu'il crée ou modifie, comme, en dehors de l'État, des organisations internationales qu'il établit ou rejoint : au titre de sa souveraineté interne ou externe de compétences, il est de l'essence de l'État de réserver à lui la compétence de déterminer ses compétences essentielles : celles qu'il peut ou doit se refuser à décentraliser ou à internationaliser. Ainsi, à la différence des compétences de souveraineté qu'un traité peut transférer à une organisation internationale, sans porter atteinte à la souveraineté de l'État du transfert⁴⁵, la souveraineté de compétences doit relever d'une Constitution, en tant que la souveraineté définit l'État et que la Constitution est le statut de cet État.

Dès lors, dans sa volonté dissimulée de consacrer le fédéralisme de la construction jurisprudentielle de l'Europe, depuis l'arrêt de principe *Costa c/ Enel* de 1964⁴⁶, sous couvert de concurrence libre et non faussée, à l'origine, l'objet principal du traité de Rome établissant une Constitution pour l'Europe de 2004 était le suivant : les compétences, même de principe, de chacun des États membres – dont la France – seraient déterminées, désormais, non plus par sa propre Constitution, mais par ce

45. Ce transfert de compétences est, au contraire, une manifestation de cette souveraineté, comme le dit la Cour permanente de justice internationale dans son arrêt du 17 août 1923 relatif à l'affaire du *Vapeur Wimbledon* : elle précise que la faculté de conclure un traité, loin d'être un abandon de souveraineté, est, au contraire, un attribut de la souveraineté.

46. Selon l'arrêt de principe CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64, « issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la communauté elle-même ; que le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté ».

traité constitutionnel à considérer pour ce qu'il était, c'est-à-dire une véritable Constitution européenne, au sens matériel, aux articles I-11 à I-18, selon le schéma d'attribution que connaît le fédéralisme allemand : des compétences exclusives au profit de l'Union (projet de Const. européenne, art. I-13) ou partagées entre l'Union et les États membres (*ibid.*, art. I-14) avec, du reste, la possibilité pour ces compétences partagées de devenir des compétences exclusives de l'Union par le seul usage que l'Union pouvait en faire (*ibid.*, art. I-12 § 2)⁴⁷.

Cette initiative des États membres en faveur du transfert de la souveraineté de leurs compétences à l'Union européenne, dans le prolongement de la jurisprudence intégrationniste de la Cour de Luxembourg, reposait donc sur le pari fou de l'accord unanime de leurs peuples, au terme des procédures constitutionnelles d'autorisation de ratification du traité de Rome par les voies des assemblées parlementaires ou, le cas échéant, de référendums facultatifs ou obligatoires et, s'ils étaient facultatifs, pour consultation ou pour décision. Or, ce pari aura été perdu pour s'être rapidement heurté à la résistance farouche des peuples français et néerlandais, pour commencer et pour finir par eux, ainsi en mesure, l'un comme l'autre, de tuer dans l'œuf la dérive activée par les seuls exécutifs de ces États membres, signataires de ce traité constitutionnel, s'accordant soudainement, à leur tour, pour transformer une organisation internationale en un État supranational. Il a été justement écrit que « *le "non" majoritaire est une réponse cinglante au rêve implicite d'État européen que sous-tend l'idée de Constitution européenne* »⁴⁸.

47. Consignation de la jurisprudence CJCE, 31 mars 1971, *Accord européen sur les transports routiers* (AETR), aff. 22-70. En faveur de l'expansion par l'Union européenne de ses propres compétences, en droit positif, les clauses passerelles dont deux générales (TUE, art. 48 § 7 et TFUE, art. 352) et les autres spécifiques.

48. Bertrand Vayssière, « *Europe et souveraineté – La notion d'État, des penseurs classiques aux réalités actuelles* », Vingtième siècle – Revue d'histoire, n°95, juil. sept.

II. La souveraineté européenne, une aberration politique

Réclamer, à cor et à cri, la souveraineté européenne qui n'est pas compatible avec la souveraineté nationale des États membres – dont la France –, c'est vouloir, sans originalité aucune, revenir à l'histoire des Pères fondateurs des États-Unis d'Amérique qui seront parvenus, sans difficulté majeure, à transformer, après dix ans d'existence seulement, la Confédération qui réunit des États dont chacun tout juste issus des treize colonies d'origine, homogènes par leur histoire, leur langue ou leur religion, en une Fédération intraétatique, par leur seule volonté politique d'« *une union plus parfaite* »⁴⁹.

Or, cette référence à l'origine des États-Unis, archétype du fédéralisme par association, n'est pas ici fortuite, car la souveraineté européenne est illusoire à défaut d'un projet fédéral (A) et illégitime en l'absence de peuple européen (B).

A – La souveraineté européenne illusoire sans projet fédéral

Le projet fédéral est le plus souvent celui de former, par association d'États antérieurs qui vont cesser de l'être, un nouvel État qui se substitue à eux en tant qu'il est seul détenteur, après suppression des frontières intérieures entre les composantes fédérées et dans le cadre de ses propres frontières extérieures :

- de la souveraineté de compétences inscrite formellement dans la Constitution fédérale pour venir prévoir comment les compétences se distribueront entre l'État fédéral et ses composantes politiques ;

2007, p. 166.

49. Const. du 17 sept. 1787, Préambule.

– des compétences de souveraineté, réservées à l'État fédéral et fixées matériellement par la même Constitution initiale et ensuite élargies sous le double effet des révisions opérées de ce texte et des décisions prises par la juridiction compétente ou par la plus élevée des juridictions compétentes, sous couvert d'interprétation constitutionnelle.

À la vérité, le projet de construction d'une Europe unie a toujours été un projet politique même si, au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, il cesse de s'élaborer avec ou autour d'une grande puissance et se donne un vocabulaire simple, un objectif limité et une démarche prudente. L'Europe du projet de Jean Monnet, c'est initialement l'Europe de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) de 1951. Or, ce projet est explicitement partisan du fédéral, et donc fédéraliste, et la déclaration Schuman du 9 mai 1950 est en ce sens et même à cet effet : « *la mise en commun des productions de charbon et d'acier assurera immédiatement l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la Fédération européenne (...) cette proposition réalisera les premières assises concrètes d'une Fédération européenne indispensable à la préservation de la paix* ». ⁵⁰

Du reste, il ne faudra pas longtemps pour que cette construction à vocation fédérale soit réactivée et ne dérape, aussitôt, sur le projet d'une armée européenne, intégrée jusqu'au niveau du bataillon, pour éviter la reformation d'une nouvelle armée allemande, avant que l'échec de cette Communauté européenne de défense (CED) de 1952 ne conduise la petite

50. À ce sujet, Olivier Gohin, « *Fédération européenne* », in Olivier Dard, Christophe Boutin et Frédéric Rouvillois (dir.), *Le dictionnaire des populismes*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2019, p. 442-446. Comment ne pas voir, à l'art. 1^{er} § 2 TUE, le mimétisme de la référence à « *une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe* » ?

Europe à reprendre, de façon plus modeste et plus discrète, la voie de l'intégration économique, sur la base de l'énergie atomique et par la voie du marché commun, celle ouverte en 1957 et achevée en 1986. Et, c'est ce succès incontestable de la libre-circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes, dans un espace protégé de l'extérieur, qui va permettre à la construction européenne de passer à nouveau de l'économie au politique, dans le contexte de la chute des régimes autoritaires ou dictatoriaux de l'Europe méridionale, puis de l'Europe centrale et orientale.

C'est, après l'accord de Schengen de 1985, le traité de Maastricht précité qui aura permis, en 1992, cette relance consolidée, progressive et approfondie d'une Europe politique, jusqu'au nouvel emballement du projet de Constitution européenne. Son échec retentissant, quoique probable⁵¹, dans une Union européenne dont l'élargissement trop rapide et mal mesuré aura produit un ensemble hétérogène et fracturé, aura eu cette conséquence immédiate : interrompre, de façon soudaine et brutale, le projet fédéral initié en 1950, mis en échec en 1954 et relancé en 1992, même dissimulé par la référence, dans le traité de Rome de 2004, au « *mode communautaire d'exercice des compétences* »⁵². Si, dans les États membres, les exécutifs et la plupart des parlementaires s'y étaient volontiers ralliés, en feignant de ne pas savoir la finalité politique d'un tel projet, présenté comme une simple mise en ordre du droit positif pour

51. Il est facilement oublié qu'auparavant, le traité de Maastricht n'est autorisé à la ratification par le peuple français, le 20 septembre 1992, qu'à la majorité de 51 % des suffrages exprimés, le taux d'abstentions étant de 30 % des inscrits. Ce traité est rejeté, une première fois, par le peuple danois comme les traités de Nice de 2001 et de Lisbonne de 2007 ont commencé par l'être par le peuple irlandais.

52. Projet de Const. européenne, art. I-1 § 1. La première mouture du projet mentionnait expressément un « *mode fédéral* ». Le procédé est ancien dans la construction européenne, depuis 1950 ; qu'importe le mot pourvu qu'on ait la chose.

une gouvernance plus efficace, les peuples, pour leur part, n'en furent toujours pas convaincus et n'auront pas été dupés. Il est vrai que c'est à eux, en définitive, que la souveraineté appartient et qui ont à l'exercer et que c'est leur bien qu'ils ont ainsi défendu.

La question qui peut alors être posée est sans doute de savoir si, à l'occasion, des référendums de rejet de 2005, il a été mis définitivement fin à ce projet fédéral. Et, il est vrai que le traité de Lisbonne, pour être de même contenu que le traité de Rome de 2004⁵³, est déconstitutionnalisé. Mais, on ne saurait dire que, depuis 2005, tout un chacun, en Europe, y a, pour autant, définitivement renoncé, à commencer par le président Emmanuel Macron⁵⁴, même pris à contre-pied, depuis mars 2020, par la

53. Valéry Giscard d'Estaing, « *La boîte à outils du traité de Lisbonne* », *Le Monde*, 26 oct. 2007 : « *Si l'on en vient maintenant au contenu, le résultat est que les propositions institutionnelles du traité constitutionnel – les seules qui comptaient pour les conventionnels – se retrouvent intégralement dans le traité de Lisbonne, mais dans un ordre différent, et insérés dans les traités antérieurs* ». C'est faire peu de cas de la consignation, dans la « Constitution » européenne de 2004, à la différence du traité de Lisbonne de 2007, de la primauté du droit de l'Union européenne. Du reste, pour les professeurs Denis Alland et Stéphane Rials, « *en consacrant la primauté du droit communautaire (...) le texte (...) légitime l'action ultérieure d'une Cour de justice européenne qui assumera assez inévitablement dans la durée, de façon croissante, la fonction d'une haute juridiction "fédérale"* » (op. cit., p. 4).

54. Les institutions européennes le disent ouvertement : pour la Cour de justice, le traité fondateur est, avant comme après 2005, un texte constitutionnel : le traité CE est la « *Charte constitutionnelle de base* » (CJCE, 23 avr. 1986, *Les Verts c/ Parlement*, aff. 294/83, pt 23) et comporte des « *principes constitutionnels* » (CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat c/ Conseil et Commission*, aff. jointes C. 402/05 P et C. 415/05 P § 285). De même, il existe au Parlement européen une commission des Affaires constitutionnelles (AFCO) qui, selon le site Internet de cette institution, « *traite des questions ayant trait aux aspects institutionnels du processus d'intégration européenne* ». Le fédéralisme est un discours lancinant dans la construction européenne, au cœur même du système, sans que les États membres ne réagissent, ou si peu ou si tard. On rappelle ici

pandémie du virus Covid-19 et de ses variants : c'est que l'époque n'est plus exactement à la fin de l'histoire, au village planétaire ou à la mondialisation heureuse. Le retour à la simplicité, à la proximité ou à l'identité est patent et le format de l'État-nation est celui que redécouvrent ses anciens, mais nombreux détracteurs. Mais, seuls les intelligents changent toujours, il est vrai⁵⁵.

B – La souveraineté européenne illégitime sans peuple européen

Revenons à la Constitution américaine de 1787. Est-ce un hasard vraiment que US soit, en anglais, les initiales des États-Unis (United States) et, en même temps, la déclinaison du pronom « *Nous* » (us) quand le Préambule de la Constitution commence en ces termes : « *Nous, le peuple des États-Unis* » ? Si, en effet, qu'il n'y a pas d'État sans souveraineté et si seul l'État est souverain, un État est aussi une communauté humaine qui forme un peuple, sur son territoire, avec ses institutions. Sans doute, il existe des citoyens de l'Union européenne⁵⁶. Mais, ils ne forment pas un

que c'est l'Assemblée parlementaire européenne qui s'est auto-dénommée Parlement européen jusqu'à ce qu'en 1986, les États membres acceptent le fait accompli. L'art. 88-1 de la Constitution de 1958 n'est pas dépourvu d'ambiguïté, à cet égard : l'Union européenne est explicitement « *constituée* » d'États dont, néanmoins, le même dispositif rappelle implicitement la liberté d'attribution des compétences et donc la souveraineté de compétences.

55. Dans un entretien publié dans *Le Grand Continent*, le 16 nov. 2020, le chef de l'État vient dire ceci, avec désinvolture : « *Peut-on aller jusqu'à parler de souveraineté européenne, comme je l'ai fait moi-même ? C'est un terme qui est un peu excessif, je le concède, parce que s'il y avait une souveraineté européenne, il y aurait un pouvoir politique européen pleinement installé. Nous n'y sommes pas encore* ». Or, dans le gouvernement Borne, remanié le 4 juil. 2022, on trouve des ministres chargés de la « *souveraineté industrielle et numérique* » ou de la « *souveraineté alimentaire* » alors même que, dans ce dernier cas, la politique agricole est commune et donc intégrée. De quelle souveraineté le président de la République parle-t-il exactement ?

56. TUE, art. 9 et 10 § 2 ; TFUE, art. 20, notamment.

peuple européen⁵⁷ : ils sont les citoyens des États membres de l'Union européenne afin de permettre, par distorsion entre nationalité et citoyenneté, qu'en France, par exemple, des ressortissants d'États membres autres que la France soient électeurs aux élections municipales et européennes, aux mêmes conditions que les nationaux français, et également éligibles à ces mêmes élections, mais à des conditions différentes des nationaux français.

Faut-il préciser, à cet égard, que l'élection du Parlement européen au suffrage universel s'il soit indirect ou direct, depuis 1979, n'y change rien ? Elle ne saurait suffire à faire des eurodéputés les représentants d'un peuple européen inconsistant. Ainsi, dans son arrêt précité du 30 juin 2009, la Cour de Karlsruhe rappelle, à bon droit, que « *le Parlement européen n'est pas (...) l'organe de représentation d'un peuple européen souverain* » (§ 280). Et ceux de ces eurodéputés qui sont élus en France ne sont pas même les représentants du peuple français. En effet, selon le Conseil constitutionnel⁵⁸, « *la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale et que seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus*

57. Le 5 avril 2018, le Centre de droit public comparé de l'Université de Paris II a organisé un colloque sur le thème : « *L'idée fédérale européenne : passé et avenir, à la lumière du droit comparé* ». La première table ronde est organisée sur le « *peuple européen* », à partir des questions suivantes : « *La quête d'un peuple européen est-elle une condition préalable et indispensable au développement d'une Union fédérale ou bien peut-on s'en passer ? Pourquoi l'expression "We the People" au frontispice de la Constitution américaine semble toujours autant manquer à l'Union ? Ce manque est-il indépassable ?* »

58. CC, 30 déc. 1976, *Élection de l'Assemblée au suffrage universel direct*, déc. N° 76-71 DC, Rec. 15 consid. 6.

dans le cadre des institutions de la République »⁵⁹, de sorte que les membres du Parlement européen en France sont « *des représentants des citoyens de l'Union européenne résidant en France* », et non des nationaux français⁶⁰.

Or, c'est le peuple qui, dans une démocratie politique, est précisément le détenteur de la souveraineté, c'est-à-dire que c'est à lui et à lui seul qu'il appartient, de façon directe par référendum ou indirecte par ses représentants élus, de faire exister l'État ou d'y mettre fin, comme c'est à lui aussi d'exercer le pouvoir constituant ou, selon la Constitution initiale ou révisée, le pouvoir législatif. On a bien lu ceci : « *Aussi longtemps qu'un peuple constituant européen n'aura pas apparu et ne l'aura pas solennellement décidé, il n'y aura pas de Constitution européenne* »⁶¹. Comment, alors, l'Union européenne s'y est-elle prise, en 2004, quand elle a tenté de se transformer, sans le dire, tout en le disant, en un État fédéral et ainsi de réaliser enfin son projet initial de 1950. Face à l'impossibilité d'exercer le pouvoir constituant originaire par un peuple européen inexistant, c'est bien un traité établissant une Constitution pour l'Europe qui a été élaboré, le processus d'autorisation de ratification attribuant alors au peuple de chaque État membre, consulté par la voie référendaire ou

59. CC, 3 avr. 2003, *Élection des représentants au Parlement européen*, déc. N° 03-468 DC, Rec. 325, consid. 37.

60. Du reste, dans la perspective des élections européennes de mai 2019, le président Emmanuel Macron, avec beaucoup de suite dans les idées, avait proposé, dans un appel pour une Renaissance européenne, tribune traduite en vingt-deux langues et publiée dans tous les États-membres de l'Union européenne, la création de « *listes transnationales, c'est-à-dire l'émergence d'un véritable demos européen qui puisse se structurer, non dans chaque pays et dans chaque famille politique en son sein, mais de manière plus transversale* » (entretien au Grand Continent préc.).

61. Armel Pécheul et Christophe Beaudouin, *Droit de la gouvernance de l'Union européenne – Institutions et ordre juridique*, Marseille, Libres d'écrire – IS Édition, 2018, n° 63, p. 86, C'est la dernière phrase du chapitre consacré à « *Souveraineté politique ou gouvernance technocratique* », p. 59-86.

parlementaire, en un peuple constituant qui avait à décider de mettre fin à son propre État (par exemple, la France) pour créer un nouvel État (l'Union européenne). Mais, ce n'est pas la somme des peuples des États membres qui permet de réaliser un peuple européen – à supposer que ce soit là une question de droit –, et il y avait donc, d'un point de vue formel, un hiatus insurmontable entre l'absence de tout peuple constituant dans l'Union européenne et l'existence d'une Constitution pour cette Union.

Et, à défaut de peuple européen dans une Union européenne qui ne parvient pas à s'étatiser, il n'y a pas non plus de pouvoir législatif, celui que le Parlement européen exercerait. En l'absence d'un tel pouvoir d'État, les actes juridiques de l'Union ne sont donc pas des lois, même s'il existe déjà, pour donner le change, une procédure dite « législative », soit ordinaire, soit spéciale, de coproduction de la plupart des actes juridiques, ceux adoptés par la procédure législative constituant des « *actes législatifs* »⁶², selon une apparence terminologique qui vise à se rapprocher du projet fédéral, sinon à le préparer.

En conclusion, on soulignera la contradiction qu'il y a entre texte et jurisprudence dans le droit positif de l'Union européenne. Comment cette Union peut-elle être textuellement une organisation internationale de coopération privilégiée entre États souverains et jurisprudentiellement une construction fédéralisante qui énonce la primauté du droit de l'Union et qui l'impose jusqu'au droit constitutionnel des États membres ? On voit bien combien, dans les contentieux en cours contre la Hongrie, mais aussi la Pologne, la construction européenne prend de la gîte en permettant à quelques juges désignés de mettre ainsi en échec le pouvoir des peuples ou de leurs représentants.

62. TFUE, art. 288, al. 1^{er} et art. 289 § 1 à 3.

La voie est ainsi ouverte, à tel ou tel État qui est décidé à exercer sa souveraineté, non pas de claquer la porte de l'Union, mais d'organiser la contestation de l'intérieur de ses institutions, comme la France l'aura fait efficacement, par le passé. En définitive, comme souvent en sciences sociales, la question ne saurait être abordée ou traitée ou même tranchée sous l'angle de la légalité, seulement. C'est bien un problème de légitimité qui se pose et il est grand temps que l'Union, dépourvue de toute souveraineté, se rende compte que son avenir est bien dans la concertation bienveillante avec tous les États souverains qui en sont membres, et non dans le bras de fer avec tel ou tel d'entre eux. Elle pourrait le perdre et s'y perdre au moment où le retour de la guerre en Europe pour la défense de la souveraineté nationale signifie, non pas plus de subordination intégrée, mais plus de coordination coopérative.

Requiem pour l'Europe

*Par Édouard HUSSON
Professeur des Universités
Ancien vice-chancelier des Universités de Paris*

L'Europe est morte. Et l'on ne peut même pas ajouter « Vive l'Europe ! », car elle ne renaîtra pas de sitôt. En fait, l'Europe a existé entre les traités de Westphalie et la fin du XX^e siècle. Et la Russie a été un élément majeur de sa construction. Car l'Europe n'était pas une construction naturelle : elle était née de la volonté des peuples européens de construire une façon de coexister, de créer, de produire, de rêver à un monde meilleur, après que les guerres de religion avaient fait éclater la chrétienté médiévale. L'Europe est née avec les traités de Westphalie, elle avait été engloutie apparemment par les deux guerres mondiales, mais elle semblait renaître de ses cendres en 1990. Elle s'est finalement brisée sur quatre écueils : sa soumission au modèle américain, le dogmatisme de l'Union européenne, les guerres de Yougoslavie et, pour finir, le rejet de la Russie. Requiem.

Il n'y a pas d'Europe sans la Russie

L'Europe est morte. Car il n'y a pas d'Europe sans la Russie. C'est ce que le vieux Henry Kissinger a voulu dire, entre autres choses, quand il a demandé, à Davos, que la diplomatie reprenne ses droits dans la guerre

d'Ukraine¹. Kissinger a créé avec Nixon la puissance américaine des cinquante dernières années, mais il n'oublie pas ce qu'il doit à l'Europe et à son équilibre des puissances². La Russie n'était pas signataire des traités (Münster, Osnabrück) qui ont mis fin à la guerre de Trente Ans, pas plus qu'à l'affrontement franco-espagnol (Paix des Pyrénées en 1660) et qui fondent une Europe des États. Mais elle rejoint le système au début du XVIII^e siècle. Et elle en est une pièce maîtresse : aussi bien pour mettre fin à la démesure napoléonienne que pour abattre la plus terrible menace que l'Europe ait suscitée en son propre sein : l'Allemagne nationale-socialiste. À tel point que, lorsque la Russie est absente, comme entre 1917 et 1922, entre la révolution de février et le traité de Rapallo, l'Europe se défait.

I. L'Europe, cette réalité née au XVII^e siècle

Entendons-nous, d'abord, sur ce qu'on appelle « Europe ». Ce n'est pas d'abord une entité géographique. Si de Gaule la place entre l'Atlantique et l'Oural, c'est d'abord parce qu'elle est une réalité historique et politique. Au commencement, il y eut l'Empire romain d'Occident et celui d'Orient. Puis il y eut la chrétienté et Byzance. Quelques décennies après la chute de Byzance, l'unité de l'Europe catholique se brise. Après un siècle et demi ou presque de guerres de religions (1517-1648), l'Europe naît de la volonté de séparer les querelles religieuses et les querelles politiques, d'appuyer l'appartenance collective des individus sur la souveraineté des États.

C'est le modèle d'organisation de la « post-chrétienté », sorti du cerveau génial du Cardinal de Richelieu et mis en œuvre par le cardinal Mazarin dans les traités de Münster, d'Osnabrück (1648) puis des Pyrénées (1660)³. À partir du milieu du XVII^e siècle, l'Europe, ce sont :

1. https://www.youtube.com/watch?v=kfzK_bPPax4&t=29s

2. Kissinger, Henry, *Diplomatie*, Fayard, Paris, 1995.

– Des congrès de paix, qui sont capables de mettre fin aux conflits : Nimègue (1679), Ryswick (1697), Utrecht (1713) sous Louis XIV ; Aix-La-Chapelle (1748) et Paris (1763) sous Louis XV ; le second traité de Paris par lequel Louis XVI met fin à la Guerre d'Amérique (1783) ; le congrès de Vienne qui met fin aux guerres napoléoniennes, etc.

– L'Europe, c'est aussi une culture avec la prolifération des cours royales et des villes qui cherchent à attirer les talents ; c'est un prodigieux développement scientifique, un véritable feu d'artifice qui dure au moins jusqu'en 1914 ; ce sont les deux premières révolutions industrielles (1770 et 1870).

– L'Europe, c'est le triomphe de la laïcité, fille de l'Évangile ; c'est la liberté de l'esprit, la tolérance, l'invention de la liberté politique moderne, le parlementarisme.

– L'Europe, c'est bien entendu aussi l'État moderne, avec sa rationalité exacerbée, c'est la modernisation constante de l'art de la guerre, au point de déboucher sur les deux guerres mondiales.

À toute cette aventure, la Russie a participé, par la volonté modernisatrice de la dynastie des Romanov. De la tournée en Europe occidentale de Pierre le Grand en 1717 à la révolution russe de 1917 ; la Russie a été un facteur de l'équilibre des puissances ; elle a participé à nombre de guerres ; elle a apporté sa contribution au débat d'idées, au développement des arts. Elle est devenue une puissance industrielle.

Rares sont les Français qui l'ont compris, mais dans ce groupe exclusif, on est en bonne compagnie, de François-René de Chateaubriand au

3. Wollenberg (Jörg), *Les Trois Richelieu. Servir Dieu, le Roi et la Raison*, François-Xavier de Guibert, Paris, 1995.

Général de Gaulle, ainsi que le restitue merveilleusement Nicolas Bonnal⁴ :

« Chateaubriand était un ami de la Russie comme le tsar Alexandre 1^{er} fut un ami de la France, même celle de Napoléon, et rédigea une émouvante lettre au peuple de Paris (il y en avait encore un) avant d'occuper la ville. Il produit alors ce discours magique et généreux, écrit dans un français d'exception :

“Les Français sont mes amis, et je veux leur prouver que je viens leur rendre le bien pour le mal. Napoléon est mon seul ennemi. Je promets ma protection spéciale à la ville de Paris ; je protégerai, je conserverai tous les établissements publics ; je n'y ferai séjourner que des troupes d'élite ; je conserverai votre garde nationale, qui est composée de l'élite de vos citoyens. C'est à vous d'assurer votre bonheur à venir ; il faut vous donner un gouvernement qui vous procure le repos et qui le procure à l'Europe. C'est à vous à émettre votre vœu : vous me trouverez toujours prêt à seconder vos efforts.”

Paris est donc occupée. Concernant l'occupation de Paris par les troupes russes en 1814, après l'abdication de Napoléon, voici ce qu'écrit Chateaubriand :

“Toutefois cette première invasion des alliés est demeurée sans exemple dans les annales du monde : l'ordre, la paix et la modération régnèrent partout ; les boutiques se rouvrirent ; des soldats russes de la garde, hauts de six pieds, étaient pilotés à travers les rues par de petits polissons français qui se moquaient d'eux,

4. <https://www.les4verites.com/international/francois-rene-de-chateaubriand-et-lorigine-de-lamitie-franco-russe>

comme des pantins et des masques du carnaval. Les vaincus pouvaient être pris pour les vainqueurs ; ceux-ci, tremblant de leurs succès, avaient l'air d'en demander excuse.” (Mémoires d'outre-tombe, Tome2, Livre 22, chapitre 13).

Alors, Chateaubriand se prend à rêver de l'Alliance franco-russe qui sera réalisée au début des années 1890 entre le cabinet français et le tsar Alexandre III, le parrain de Sacha Guitry. Il en trouve tout de suite les causes si naturelles et culturelles, à la fois donc littéraires, historiques et géographiques :

“Il y a sympathie entre la Russie et la France ; la dernière a presque civilisé la première dans les classes élevées de la société ; elle lui a donné sa langue et ses mœurs. Placées aux deux extrémités de l'Europe, la France et la Russie ne se touchent point par leurs frontières, elles n'ont point de champ de bataille où elles puissent se rencontrer ; elles n'ont aucune rivalité de commerce, et les ennemis naturels de la Russie (les Anglais et les Autrichiens) sont aussi les ennemis naturels de la France.”

Il voit tout de suite que la France et la Russie peuvent contrôler l'Europe, comme Napoléon l'avait compris à Tilsitt en 1807, lorsqu'il rêvait d'un “partage du monde” franco-russe :

“En temps de paix, que le cabinet des Tuileries reste l'allié du cabinet de Saint-Pétersbourg, et rien ne peut bouger en Europe. En temps de guerre, l'union des deux cabinets dictera des lois au monde”. »

De ce point de vue, le Général de Gaulle était l'héritier de la pensée diplomatique de Chateaubriand. Et il n'a cessé de s'adresser à la Russie, au-delà du régime soviétique.

De fait, même après la révolution bolchevique, la Russie devenue soviétique n'a eu de cesse de rentrer dans le dialogue européen. D'abord parce que le marxisme était sorti du cerveau (fumeux) d'un philosophe allemand ; mais surtout parce qu'elle voulait participer à l'aventure européenne. On notera que c'est la Russie de Staline et les peuples de l'Union soviétique avec elle qui écrasent cette négation absolue de l'esprit européen qu'était le nazisme (avec son rejet de l'héritage judéo-chrétien et de l'humanisme et sa fascination à la fois pour une ère pré-civilisationnelle et pour le gigantisme américain moderne)⁵.

Cette éphémère renaissance de l'esprit européen qui a mis fin à la Guerre froide

Après 1945, ce sont des forces européennes qui ont mis fin à la Guerre froide. Face aux États-Unis pour qui les frontières des autres doivent s'abolir pour faire place à leurs idées et leurs marchandises, Charles de Gaulle, Willy Brandt, Margaret Thatcher, Jean-Paul II, Mikhaïl Gorbatchev ont réinventé l'Europe. Ils ont trouvé les moyens de mettre fin à la Guerre froide⁶.

Ils ont réappris à distinguer entre les querelles idéologiques et les intérêts politiques ; ils se sont souvenus que, si l'Europe rejetait toute théocratie, elle faisait toute sa place au christianisme ; ils ont réappris la culture de la négociation diplomatique qui avait fait le concert des nations.

5. Husson (Édouard), *Reinhard Heydrich et la solution finale*, Perrin, coll. Tempus, Paris, 2012. Heinsohn (Gunnar), *Warum Auschwitz ? Hitlers Plan und die Ratlosigkeit der Nachwelt*, Rohwolt, Hambourg, 1995.

6. Husson (Édouard), *Une autre Allemagne*, Gallimard, Paris, 2005.

Il semblait, en 1990, que malgré les deux guerres mondiales, l'Europe renaissait. L'Europe avait su faire passer la politique avant l'idéologie ; elle avait retrouvé le sens de la paix, elle avait reconstruit son économie, le sens du tragique d'un Soljenitsyne ou des écrivains d'Europe centrale pouvait la ramener à l'inspiration littéraire et artistique. Mais l'illusion d'une renaissance européenne s'est très vite dissipée. Il est apparu que la fin de la Guerre froide avait été le chant du cygne d'une civilisation qui avait duré un peu moins de quatre siècles.

II. Le naufrage définitif de l'Europe

Nos milieux dirigeants se sont prosternés devant le modèle américain. Or, par leur messianisme politique, par leur manque de profondeur historique, par leur absence de sens du compromis, les États-Unis sont étrangers à l'Europe. Michel Albert l'avait montré dans un livre célèbre⁷, le capitalisme européen contrariait son génie en se financiarisant à l'américaine. Surtout, l'Amérique nous a entraînés dans des guerres sans fin, en particulier au Proche-Orient, et nous a exposés à leur effet en boomerang, à commencer par les vagues migratoires.

Comme si un dogmatisme ne suffisait pas, les Européens en ont ajouté un second, celui du fédéralisme européen. L'esprit de réconciliation des années 1950 avait créé des institutions pour la coopération. Ce qui se passe à partir de 1990, c'est cependant une profonde idéologisation du projet : depuis 30 ans, l'Union européenne se construit comme une immense machine bureaucratique, pour qui la production de normes devient une fin en soi. L'économie européenne est bien moins performante que ce qu'elle pourrait être ; elle a raté le tournant de la troisième révolution industrielle (même si Klaus Schwab, dans un anglais

7. Albert (Michel), *Capitalisme contre capitalisme*, Seuil, Paris, 1991.

digne de Blofeld, le méchant de James Bond, prétend qu'il en est lui à la « quatrième »). Et, surtout, l'UE est impuissante à imposer les intérêts de ses membres dans les relations internationales.

Dès le début des années 1990, les guerres de Yougoslavie ont montré la disparition de la volonté européenne. S'il y avait eu une véritable renaissance de l'esprit européen, ces petits conflits étaient faciles à empêcher avec une force d'interposition et une conférence diplomatique. Mais nos intellectuels, nos médias et, finalement, nos politiques sont si américanisés qu'ils ont transformé l'éclatement de la Yougoslavie en un affrontement entre les méchants Serbes et les gentils autres. Aucune notion, dans les chancelleries des années 1990, de ce que l'Europe est ce lieu capable de surmonter les différends entre catholiques et orthodoxes hérités de la vieille chrétienté ; aucune reconnaissance envers la Serbie, ce grain de sable dans la machinerie guerrière hitlérienne au printemps 1941. Non, rien que la énième pitrerie du cancre Cohn-Bendit déclarant que la guerre du Kosovo était la « *guerre d'unification de l'Europe* ». Alors qu'elle était le signe que son agonie avait commencé⁸.

Au moment où se déroulaient les guerres de Yougoslavie, la Russie sortait trop affaiblie du communisme pour pouvoir participer à un règlement du conflit. À partir de l'arrivée de Vladimir Poutine au pouvoir, en 1999, la Russie a refait ses forces. Toute l'Europe aurait dû s'en réjouir. En particulier parce qu'un nouveau rayonnement russe permettait de contrebalancer l'influence américaine. Mais ce qui l'a emporté, c'est une russophobie de plus en plus affirmée, qui culmine avec l'attitude de nos pays dans la guerre d'Ukraine. Rien ne montre de façon plus terrible la mort de l'esprit européen.

8. Husson, *Une autre Allemagne*, op.cit., 1^{re} partie.

Cette visite de réconciliation qu'Helmut Kohl n'a pas faite à Saint Saint-Pétersbourg pour honorer les victimes du siège de Leningrad

L'Allemagne avait marqué, par la visite d'Adenauer à Reims, sa volonté de retrouver une vision « carolingienne » – composante indéniable de l'identité européenne. Lorsque Willy Brandt s'est agenouillé au ghetto de Varsovie, il a approfondi la réconciliation de l'Allemagne avec son héritage européen : les Juifs n'ont-ils pas joué un rôle essentiel dans l'essor de l'Europe à partir du XVIII^e siècle ? Et, plus profondément, notre civilisation européenne n'est-elle pas la recherche permanente d'un point d'équilibre entre les héritages de Jérusalem, d'Athènes et de Rome ? Quelques années avant Brandt, les évêques catholiques allemands avaient demandé pardon à leurs frères polonais pour les crimes allemands en Pologne⁹.

Après ces gestes magnifiques, il en restait un à accomplir. Il n'est jamais venu.

Imaginez ce qu'aurait signifié une visite commune d'Helmut Kohl et Mikhaïl Gorbatchev à Saint Saint-Pétersbourg, pour honorer la mémoire des victimes soviétiques – russes, en l'occurrence – du siège de Leningrad – l'un des épisodes les plus atroces de la guerre d'extermination déclenchée par l'Allemagne nazie contre la Russie et les autres peuples d'URSS¹⁰. Après un tel geste, « la Maison Commune européenne » aurait été définitivement refondée.

9. Husson (Édouard), Paris-Berlin. *La survie de l'Europe*, Gallimard, Paris, 2019.

10. Giordano (Ralph), *Wenn Hitler den Krieg gewonnen hätte*, Rasch und Röhring, Hambourg, 1999.

Au récit simpliste d'une victoire américaine dans la Guerre froide se serait substitué celui d'une renaissance de l'Europe.

Helmut Kohl n'avait pas assez d'imagination pour un tel geste. Et sa société ne l'y a pas poussé. Et pourtant tout aurait dû y amener les Allemands, de l'admiration réciproque des deux cultures l'une pour l'autre à la vieille sagesse diplomatique de Bismarck, Stresemann et Brandt, qui savaient que tant que l'Allemagne et la Russie s'entendent, échangent leurs ingénieurs, coopèrent dans la vie de l'esprit, l'Europe est en paix. Voilà un vrai point de convergence entre la France et l'Allemagne. Nos deux pays ont intérêt à la paix avec la Russie. Depuis De Gaulle et Brandt, nous l'avons oublié. Et pourtant, Brandt a consacré l'un des plus beaux passages de ses Mémoires au Général ; il l'intitule « *Charles le Grand et la petite Europe* »¹¹.

Il n'y a pas d'Europe sans la Russie. Or, l'Union européenne actuelle s'évertue à couper tous les liens avec la Russie. Nos médias, nos dirigeants se lancent dans des rondes puérides et endiablées en hurlant des slogans russophobes tandis que nos industriels déplorent la destruction consécutive de notre prospérité, mais sans avoir le courage de s'y opposer. Le comble du grotesque est atteint quand on met une étiquette « ukrainien » sur un concert de Tchaïkovski ou quand on veut débaptiser un lycée Soljenitsyne. La Russie se tourne de plus en plus vers l'Asie et l'Afrique. Voulons-nous la sanctionner encore et encore ? Elle ira jusqu'au bout, mettra fin à ce qui la liait encore à nous en termes de dépendance technologique, d'échanges académiques, de liens culturels. Et notre Europe-croupion, qui ne sera bientôt plus qu'un beau musée régulièrement tagué par des hordes de racailles, notre Europe sans

11. Brandt (Willy), *Erinnerungen*, Siedler, Berlin, 1989.

influence sur le présent et l'avenir du monde, vivra comme un zombie, sans savoir ce qu'elle a perdu. L'Europe est morte. On ne peut que la pleurer en évoquant tant de grandeurs et d'obstacles surmontés. Requiem pour une civilisation défunte.

Les « sanctions » unilatérales dans les relations internationales, armes du droit ou de la puissance ?

Par Alina MIRON

Professeure de droit international public, Université d'Angers¹

Les contraires s'accordent-ils ? Mes rencontres avec Armel Pécheul le prouvent à souhait, car rien ne prédestinait nos chemins et nos verbes à se croiser. Nous n'avons que brièvement été collègues à l'Université d'Angers, car il a dû prendre sa retraite un an après mon arrivée ; il est un observateur critique de l'Union européenne et un contempteur de la machinerie bruxelloise, alors que je suis une partisane convaincue du projet européen, malgré ses frustrantes lourdeurs, et – *summa divisio* dans les milieux universitaires – nos sensibilités politiques vont à des pôles opposés. Mais ces différences ne font que rendre nos échanges plus riches et plus vifs. Et au-delà, on partage une forme d'hyperactivité, qui se traduit par une infatigable envie de monter des projets, au sein ou en marge de l'université.

Les lignes qui suivent ne vont pas porter sur notre projet d'institut de la mer – cette page-là reste à écrire –, mais recèlent quelques interrogations sur les instruments de pouvoir dans le droit, car comme Armel, je pense que le juriste doit tenter de comprendre les forces à l'œuvre dans la sécré-

1. Dernière publication : *Atlas des espaces maritimes de la France*, Pedone, 2022.

tion des règles. Je m'interroge en particulier sur les « mesures coercitives unilatérales » dans les rapports entre les États, plus communément appelées « sanctions », sans que cette facilité terminologique dénote une forme de centralisation du « droit de punir » dans l'ordre juridique international.

Le terme « sanctions » désigne, dans le langage courant, des mesures coercitives n'impliquant pas l'usage de la force armée, adoptées par un État ou une organisation internationale soit à l'égard d'un État tiers, dans le but de l'amener à changer une certaine politique, soit à l'encontre de personnes privées, en conséquence de certaines violations du droit international. Contrairement aux « sanctions » répressives des systèmes internes, les « sanctions » internationales ne sont nullement prononcées par des juges, mais par des organes exécutifs et échappent en grande partie au contrôle juridictionnel. Certains, comme le Conseil de sécurité des Nations Unies, sont expressément investis d'un tel pouvoir (dans son cas, par l'article 41 du chapitre VII de la Charte), mais le plus souvent elles sont infligées par des États à d'autres États, sans que les premiers ne revêtent pas un titre exprès à agir et sans qu'ils agissent forcément en réaction à une violation du droit.

Certes, la coercition n'est pas apparue ces dernières années ou même décennies, mais d'isolées, les mesures coercitives sont devenues des instruments majeurs de la politique étrangère de certains États – on peut même dire l'instrument par excellence en cas d'échec des négociations. Plusieurs dizaines d'États et plusieurs milliers de personnes se voient soumises à ces types de mesures – nous sommes passées d'une pratique éparse à une politique systématique guère encadrée juridiquement. L'Union européenne y a également recours sur délégation de ses États membres. Cela étant, elle ne se voit pas attribuer de compétence expresse en ce sens par l'ordre juridique international – et c'est bien celui-ci qui est pertinent lorsque les mesures de l'UE sont dirigées non pas à l'encontre de

ses membres, dans le cadre de son pouvoir de sanction interne, mais à l'encontre des États tiers.

Du point de vue du droit international, il existe toutefois une distinction fondamentale entre les sanctions adoptées par le Conseil de sécurité à l'encontre des membres des Nations Unies et les « sanctions » adoptées unilatéralement par des États à l'encontre d'autres États. Les premières apparaissent comme un outil « intelligent » (dans le jargon onusien, on parle de « *smart sanctions* ») mobilisé pour le rétablissement ou le maintien de la paix et de la sécurité internationales, tandis que les mesures adoptées unilatéralement par les États ou les organisations régionales comme l'Union européenne oscillent entre des outils de défense du droit international et de purs instruments de projection du pouvoir.

Les réactions ayant suivi l'agression de l'Ukraine par la Russie – la paralysie instantanée du Conseil de sécurité, qui a laissé la place à l'adoption de plusieurs résolutions non contraignantes par l'Assemblée générale², les sanctions unilatérales tout aussi immédiates des États-Unis et de leurs alliés, ainsi que de l'Union européenne, et les mesures de rétorsion adoptées en échange par la Russie, y compris la suspension de la livraison de gaz et de pétrole à certains États européens – sont un exemple à grande échelle de la configuration des relations internationales lorsque le multilatéralisme est en berne, remplacé par un unilatéralisme débridé.

Certes, l'ampleur de l'agression et ses raisons sous-jacentes – dont la plus alarmante est la volonté d'annexer des territoires par la force armée, qui nous ramène à une époque du droit international qu'on pensait avoir enterrée au début du 20^e siècle, avec le Pacte Briand-Kellogg – ne

2. Rés. ES-11/1 du 2 mars 2022, intitulée « *Agression contre l'Ukraine* » ; Rés. ES-11/2 du 24 mars 2022, « *Conséquences humanitaires de l'agression contre l'Ukraine* ».

pouvaient que déboucher sur de l'unilatéralisme à grande échelle. On assiste sans doute à un tournant dans les relations internationales, qui va au-delà du chamboulement de la relative entente consécutive à la chute de l'URSS, puisque c'est l'ordre international instauré avec la Charte des Nations Unies après la Seconde Guerre mondiale qui est durablement ébranlé.

Nul ne saurait prédire à quoi ressemblera l'ordre juridique postérieur à l'invasion commencée le 24 février 2022. Mais on peut s'interroger sur l'impact de l'accélération des sanctions unilatérales sur les mécanismes de coercition multilatéraux (I.), ainsi que sur l'encadrement juridique possible d'un outil qui par la force des choses n'est réservé qu'aux États les plus puissants et qui, étant une carte blanche pour déroger aux règles communes, revêt un fort potentiel de déstabilisation (II.).

I. Défense de la légalité internationale ou substitution au multilatéralisme ?

L'ordre juridique international est un ordre juridique décentralisé. À la différence des ordres juridiques nationaux, il ne bénéficie pas d'organes centraux pour créer le droit, pour résoudre les différends juridiques ou pour appliquer ou faire appliquer le droit. Cette structure classique peut être décrite comme *horizontale* (tous les États jouissent d'une égalité souveraine), *décentralisée* (les États n'ont pas d'autorité supérieure au-dessus d'eux) et essentiellement *auto-appréciative* (les États sont ceux qui déterminent en premier lieu leur position juridique et leurs relations respectives et ce n'est qu'accessoirement qu'un organe judiciaire international évaluerait la légalité de leurs positions unilatérales).

En cas de violation de ses règles, le système juridique international est en effet notoirement « primitif », en ce sens que les victimes de violations

sont également les principaux défenseurs de leurs droits violés. Selon Vera Gowlland-Debbas, « les réactions aux violations (...) ont traditionnellement (...) pris la forme d'une justice privée. Les États faisaient valoir leurs propres droits et, en invoquant la responsabilité, déterminaient librement les conséquences juridiques qu'ils attribuaient à la violation de leurs droits par d'autres États, en ayant recours à des mesures coercitives si nécessaire. En bref, les réactions décentralisées et imprévisibles aux violations du droit international ont été et sont encore, dans une large mesure, la règle dans la société internationale »³.

Dans la terminologie internationaliste, les mesures adoptées unilatéralement par un État (ou une organisation internationale) en réaction à la violation de ses droits par un autre État ou organisation internationale sont appelées des « contre-mesures »⁴. Leur objectif n'est pas de punir, mais de faire cesser la violation et d'obtenir la réparation du dommage causé par la violation.

La Charte des Nations Unies a privé les États de la possibilité de recourir unilatéralement à la force armée, mais pas de la faculté d'adopter des mesures pacifiques de réparation. Le Conseil de sécurité, malgré sa très large compétence dans le domaine du recours à la force, et plus généralement du maintien et du rétablissement de la paix, n'a pas été conçu comme un pouvoir exécutif. Il n'est pas un gardien de l'ordre juridique international en général, mais un gardien de la paix et de la sécurité internationales. Cela reste largement vrai de nos jours, bien qu'une large partie des sanctions adoptées par lui, en particulier dans la

3. Vera Gowlland-Debbas, « *Security Council Change : The pressure of emerging international public policy* » *International Journal*, vol. 65 (2009-10), p. 119 (notre traduction).

4. James Crawford, *State Responsibility : The General Part*, CUP (2013), p. 685.

période postérieure à 1990, l'ont été en réaction à des violations du droit international, que les résolutions identifient avec plus ou moins de précision.

Compte tenu du pouvoir coercitif accordé au Conseil de sécurité par le Chapitre VII de la Charte, les réactions à l'illégalité sont donc désormais collectives (« centralisées »), mais les conditions dans lesquelles elles interviennent sont plus limitées et au demeurant soumises à l'appréciation discrétionnaire du Conseil et aux aléas du droit de veto dont jouissent les membres permanents. Elles ne se substituent donc pas pour autant aux mesures décentralisées unilatérales, qui restent la norme.

Par conséquent, les mesures restrictives sont unilatérales si elles ne représentent pas des mesures de mise en œuvre de sanctions adoptées par le Conseil de sécurité⁵. Ces mesures adoptées unilatéralement par les États compliquent davantage le paysage de la coercition. Elles sont définies dans divers rapports de l'ONU comme des « mesures économiques, commerciales ou autres prises par un État, un groupe d'États ou des organisations internationales agissant de façon autonome pour contraindre un autre État à modifier sa politique ou faire pression sur des particuliers, des groupes ou des entités dans les États visés pour influencer une ligne de conduite sans l'autorisation du Conseil de sécurité »⁶.

5. Voir Devika Hovell, « *Unfinished Business of International Law : The Questionable Legality of Autonomous Sanctions* », *American Journal of International Law Unbound*, vol. 113 (2019), p. 141 ; Daniel H Joyner, « *International Legal Limits on the Ability of States to Lawfully Impose International Economic/Financial Sanctions* », in Ali Z. Marrossi et Marissa R. Bassett (eds), *Economic Sanctions under International Law*, TMC Asser Press (2015), p. 84.

6. Conseil des droits de l'homme, *Rapport intérimaire comportant des recommandations relatives aux mécanismes visant à évaluer les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l'exercice des droits de l'homme et à promouvoir le principe de responsa-*

La différence entre les contre-mesures et les « sanctions » unilatérales consiste principalement dans le fait que ces dernières sont indifférentes à l'existence d'une violation préalable du droit international qui justifierait l'adoption de mesures en réaction. Du point de vue du droit international, l'existence d'un fait illicite préalable est cependant essentielle, car elle détermine la qualification de « contre-mesures » et donc de son potentiel à effacer l'illicéité de la réaction.

Les mesures coercitives unilatérales sont-elles le signe de l'incapacité du Conseil à répondre à sa mission en vertu de la Charte ou bien mettent-elles à l'épreuve le système de sécurité collective ? Les deux, sont doute. On peut voir dans la multiplication des mesures unilatérales un reproche pour l'échec du Conseil. Dans certaines situations, les États préféreraient sans doute passer par le Conseil – non seulement pour s'octroyer un gage de légitimité, mais aussi pour gagner en efficacité du fait de l'universalité d'application de ses résolutions. La voie unilatérale serait entreprise à contrecœur lorsque le Conseil serait bloqué par un veto. C'est typiquement le cas du train de mesures sans précédent adoptées à l'encontre de la Russie après l'invasion de l'Ukraine. On est alors en présence d'un unilatéralisme de substitution. Et c'est à cette vocation que font référence les Lignes directrices de l'Union européenne sur les sanctions, lorsqu'elles précisent, dans leur préambule : « Lorsqu'il n'est pas possible d'adopter des mesures restrictives dans le cadre des Nations unies, l'UE devrait inciter la communauté internationale à apporter un soutien plus large à ses mesures autonomes »⁷.

bilité, doc. A/HRC/28/74 (2015) § 9.

7. Secrétariat Général du Conseil de l'Union européenne, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre et l'évaluation de mesures restrictives (sanctions) dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune de l'UE*, document 5664/18, 4 mai 2018, § 3.

Mais certaines de ces « sanctions » unilatérales ont été adoptées pour faire échec au processus onusien. Ainsi, les « sanctions » des États-Unis à l'encontre de l'Iran relèvent de cette catégorie de l'unilatéralisme de contournement ou de sabotage. Les États-Unis se sont ainsi érigés en gardiens parallèles de la sécurité internationale, en faisant une appréciation unilatérale de l'existence d'une menace, le plus souvent d'ailleurs à l'aune de leur politique intérieure et extérieure. De surcroît, grâce à une application extraterritoriale agressive de leur régime de sanction⁸, les États-Unis peuvent atteindre une universalité pratique équivalente à celle d'une résolution du Conseil de sécurité. Grâce à l'extraterritorialité, un régime unilatéral acquiert une applicabilité universelle. C'est ainsi qu'est façonnée non seulement la politique extérieure de l'État à l'origine, mais *de facto* également celle des autres États. C'est à raison qu'on parle d'un outil d'obéissance mondialisée.

La pratique coercitive européenne se distingue de celle des États-Unis à plusieurs égards. Du point de vue des finalités d'abord, les mesures restrictives imposées par l'UE visent « à susciter un changement de politique ou d'activité de la part (de l'entité ciblée) (...) et n'ont pas de motivation économique »⁹. Un changement de politique, oui, de régime non. Cela étant, et bien qu'elles soient généralement adoptées en réaction à des violations du droit international, leur fondement juridique immédiat est puisé dans le Traité UE et les décisions PESC du Conseil¹⁰. Leur encrage juridique dans l'ordre international, s'il y en a, n'est donc pas immédiatement perceptible.

8. Voir *infra*, Section II.

9. *Ibid.*, § 4-5.

10. *Ibid.*, § 7. Telles sont d'ailleurs les normes de référence par rapport auxquelles la CJUE exerce éventuellement son contrôle (v. CJUE (Grande Chambre), 28 mars 2017, *PJSC Rosneft Oil Company v. HMT*, aff. C72/15, spéc. § 113-117).

II. Les « sanctions » unilatérales, réfractaires par nature à l'encadrement juridique ?

Certaines « sanctions » unilatérales ne violent en réalité aucune obligation internationale incombant à l'État qui les adopte. Elles sont juridiquement qualifiées de simples mesures de rétorsion. Il s'agit certes d'actes inamicaux et de moyens de pression sur l'État visé. Mais étant parfaitement licites, elles n'ont pas besoin d'être justifiées, et on ne peut rien y faire d'autre que de prendre des mesures équivalentes, comme le recours à la contre-rétorsion. L'expulsion des diplomates, ou la rupture des relations diplomatiques avec un autre État sont des exemples typiques de telles mesures de rétorsion et de contre-rétorsion. La cessation de l'aide volontaire peut être un autre exemple, à condition qu'elle ne viole pas des obligations conventionnelles auxquelles l'aide serait intégrée.

Toutefois, les « sanctions » unilatérales peuvent être contraires aux règles du droit international, soit à des règles universelles d'origine coutumière ou à des règles conventionnelles particulières (les accords commerciaux de l'OMC, les accords d'association conclus par l'Union européenne etc.). Si tel est le cas, elles constituent des faits internationalement illicites qui engagent la responsabilité de l'État qui y a recours, à moins qu'elles ne puissent être justifiées en tant que contre-mesures.

Elles doivent en particulier être lues à la lumière du principe de non-intervention dans les affaires intérieures et extérieures (ou de non-ingérence). Selon la formule de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, ce principe :

« [...] interdit à tout État ou groupe d'États d'intervenir directement ou indirectement dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État. L'intervention interdite doit donc *porter sur des*

matières à propos desquelles le principe de souveraineté des États permet à chacun d'entre eux de se décider librement. Il en est ainsi du choix du système politique, économique, social et culturel et de la formulation des relations extérieures. L'intervention est illicite lorsque à propos de ces choix, qui doivent demeurer libres, elle utilise des moyens de contrainte.»¹¹

Par conséquent, lorsque les « sanctions » unilatérales coercitives sont utilisées dans l'objectif de changer un gouvernement, elles tombent sous le coup de cette interdiction. Logiquement, la finalité affichée par les mesures restrictives imposées par l'UE est celle de « susciter un changement de politique ou d'activité de la part (de l'entité ciblée) (...) et n'ont pas de motivation économique »¹². Un changement de politique, oui, de régime non...

La finalité des mesures restrictives unilatérales joue donc un rôle évident dans l'appréciation de leur licéité internationale. Cependant, la preuve d'une telle intention subjective n'est pas facile à apporter et repose, la plupart du temps, sur les déclarations publiques des plus hauts responsables. Pour difficile qu'elle soit à établir, on ne peut se dispenser de cette recherche, d'autant que parfois (souvent ?) l'objectif affiché de protection de la sécurité nationale ou des valeurs communes peut cacher un objectif illicite (changement de régime) ou du moins illégitime (éviction ou affaiblissement des entreprises étrangères concurrentes des

11. CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 27 juin 1986, Rec. 1986, § 202 et 205.

12. Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre et l'évaluation de mesures restrictives (sanctions) dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune de l'UE*, document 5664/18, 4 mai 2018, § 4-5.

entreprises nationales, ce qui est également contestable au regard des règles de l'OMC, de certains traités bilatéraux d'investissement ou d'amitié et de commerce).

Si ces « sanctions » unilatérales violent les obligations internationales de l'État qui y a recours, elles constitueront, en premier lieu, un fait internationalement illicite, qui engagera sa responsabilité internationale, à moins que cet État ne les justifie comme des contre-mesures à un acte illicite préalable de l'État visé. Il existe deux types de contre-mesures : celles qui sont adoptées par l'État victime de la violation initiale (Article 22 des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État)¹³ et les mesures dans l'intérêt collectif, adoptées par des tiers en réaction à de violations de normes impératives du droit international, envisagées à l'Article 54 des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État. Celui-ci prévoit : « Le présent chapitre est sans préjudice du droit de tout État (...) de prendre des mesures licites à l'encontre de ce dernier afin d'assurer la cessation de la violation » de normes impératives.

En 2001, lorsque les Articles de la CDI ont été adoptés, cette forme de coercition unilatérale relevait largement du développement progressif, ce qui explique la formulation delphique de l'Article 54¹⁴. Mais les choses ont énormément évolué depuis et il est probablement désormais établi dans la pratique des États que le recours aux contre-mesures « dans l'intérêt général » est possible en droit international. La formule delphique de

13. CDI, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la CDI*, 2001, vol. 2, n° 2, p. 80.

14. J. Crawford, *State Responsibility : The General Part*, 2013, *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, p. 705-706 ; A. Miron, « *Countermeasures and Sanctions* », *Collected Courses of the International and Comparative Law Research Center*, vol. 1, 2020, spéc. § 67-74.

2001 sur ce point semble être compensée par une pratique considérable, qui en tant que telle n'a rencontré que peu d'opposition.

L'UE, comme les États-Unis ont eu recours à de telles contre-mesures dans l'intérêt général à plusieurs reprises, en fournissant une quantité importante de cette pratique internationale. Cela étant, les mesures restrictives unilatérales des États-Unis et de l'UE diffèrent à plusieurs égards. Tout d'abord, les États-Unis ne font pas de distinction entre les mesures adoptées pour mettre en œuvre les sanctions adoptées par le Conseil de sécurité et leurs propres mesures restrictives unilatérales. Du point de vue du droit international, les deux régimes sont cependant totalement différents. Deuxièmement, si l'UE préfère les mesures restrictives ciblées, les mesures restrictives américaines ont généralement une portée plus large et tendent à être plus complètes que celles de l'UE. Cela peut être un facteur d'appréciation de la proportionnalité des mesures adoptées, si elles devaient être qualifiées de contre-mesures.

En outre, les actes législatifs de l'UE détaillent les raisons et les objectifs des mesures restrictives. Leur préambule fait souvent référence aux règles du droit international que l'UE considère comme ayant été violées. De tels éléments de motivation sont généralement absents de la pratique américaine, qui justifie les mesures adoptées par une déclaration de politique générale. En outre, les mesures restrictives de l'UE sont ou sont censées être temporaires et réversibles. Elles sont adoptées pour une période de temps limitée (en général, 12 mois), mais elles sont renouvelables. Elles indiquent également les objectifs des mesures restrictives et les mesures que l'État visé doit prendre pour que les mesures restrictives de l'UE soient levées.

Enfin et surtout, les mesures restrictives de l'UE s'appliquent dans la sphère de compétence de l'UE et de ses États membres. Elles « concernent

le territoire de l'UE, des aéronefs ou des navires des États membres, des ressortissants des États membres, des sociétés ou d'autres entités établies ou constituées selon la législation des États membres ou toute opération commerciale réalisée intégralement ou en partie dans l'UE »¹⁵.

Par contraste, les mesures restrictives américaines ont souvent un effet extraterritorial et s'appliquent à toutes les entités que les États-Unis considèrent comme ayant un lien avec leur sphère de compétence. L'Union européenne condamne, encore que *sotto voce*, « l'application extraterritoriale de la législation d'un pays tiers imposant des mesures restrictives visant à réglementer les activités des personnes physiques ou morales relevant de la juridiction des États membres de l'UE, car elle constituait une violation du droit international »¹⁶. Mais d'autres États ont contesté le caractère extraterritorial de ces mesures, notamment la Chine, la Russie et l'Inde. Leur licéité est également mise en doute par l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁷ et par le Conseil des droits de l'homme¹⁸.

Pour le moment, dans le séisme géopolitique consécutif à l'invasion russe contre l'Ukraine, on a constaté un accroissement considérable des « sanctions » unilatérales, avec de nouveaux États comme le Japon et Singapour s'inscrivant dans cette démarche, alors qu'ils étaient auparavant restés à l'écart de la coercition unilatérale. Il n'y a pourtant pas eu

15. Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre et l'évaluation de mesures restrictives (sanctions) dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune de l'UE*, document 5664/18, 4 mai 2018, § 51.

16. *Ibid.*, § 52.

17. Rés. 51/22 (6 déc. 1996) ; Rés 53/10 (3 nov. 1998) ; Rés 57/5 (1^{er} nov. 2002) ; Rés. 61/170 (7 févr. 2007).

18. Rés. 36/10, doc. A/HRC/RES/36/10 (9 oct. 2017).

d'alignement et de nombreuses grandes ou moyennes puissances – Chine, Inde, Turquie, pour ne nommer que quelques-unes – sont restées à l'écart des contre-mesures dans la défense de l'ordre juridique international, mis à mal par l'agression russe. On note aussi que, pour l'instant, les sanctions adoptées n'ont pas d'effet extraterritorial prononcé et que l'UE reste fidèle aux principes qu'elle s'était fixés.

La diplomatie coercitive semble s'être durablement installée et les doutes sur la licéité de l'outil (contraignant et parfois extraterritorial) sont désormais de moins en moins audibles. Il n'en reste pas moins que si elle doit se substituer durablement aux mécanismes de sécurité collective, il est nécessaire d'en accepter un certain encadrement juridique – et celui du droit des contre-mesures est tout à fait adapté – au risque autrement de revenir un siècle en arrière, à une époque où de l'intermède des forces, il n'y en avait guère.

Démocratie chrétienne et intégration européenne : l'hétérogénéité des fins

Par Christophe RÉVEILLARD

Docteur en histoire et diplômé en droit international public

*Responsable de recherche à l'UMR 8596 - Centre Roland-Mousnier
(Sorbonne Université-CNRS) – professeur module européen Jean-Monnet*

Pour les catholiques de la tendance démocrate-chrétienne, l'Europe, selon l'expression de Jean-Marie Mayeur, « joua le rôle d'une idéologie de substitution »¹. Cette contribution a pour objectif d'étudier combien les Catholiques modérés ont pu assimiler l'idéal d'intégration à un messianisme adapté au siècle. Mais autant pour les hommes (les « pionniers », les « pères ») que pour les idées chrétiennes-démocrates (le réformisme et les « valeurs »), cette confrontation avec les structures déshumanisantes issues du fonctionnalisme a tourné à l'avantage de la modernité et de la sécularisation. Il y a bien hétérogénéité des fins poursuivies par les Catholiques modérés dans le cas de la dynamique d'intégration amorcée pratiquement dans la deuxième moitié du XX^e siècle.

Mais le constat ne s'arrête pas là : en effet, participant au premier chef au processus, les Catholiques modérés en deviennent les premiers propagateurs auprès des populations catholiques dont la conscience de participer

1. In *Des partis catholiques à la démocratie-chrétienne XIX^e-XIX^e siècle*, Paris, Armand Colin, 1980, p. 227.

à une œuvre messianique laïcisée a été « éveillée » par ses plus hautes figures emblématiques. À cet égard, la « construction européenne » est un formidable catalyseur : l'hétérogenèse des fins, évidente, va pousser les responsables démocrates-chrétiens à privilégier la posture nécessaire pour agréger pendant un temps des populations chrétiennes surtout attachées au maintien de l'apparence de l'ordre social ; la fiction de la légitimité des techniciens et des fonctionnalistes produit dans la communauté la dépolitisation recherchée par et pour le système ; la recherche, jusqu'à son institutionnalisation dans les procédures, du consensus comme système décisionnel portant à la « gouvernance » et non au pouvoir, etc. Tout cela reflète l'évolution de catholiques modérés portés par nature à transiger et finalement devenir des vecteurs des contre-valeurs chrétiennes produites et véhiculées par l'institution européenne. Cette inversion des fins comme conséquence de la déviation d'origine de leur pensée par rapport au modèle dont ils pensent s'inspirer, se révèle dans leur incapacité à saisir la mécanique propre de structures qui leur échappent.

I. La fusion de la pensée démocrate-chrétienne et de l'idéologie fonctionnaliste

Selon Jean-Louis Clément², la démocratie chrétienne a adopté tous les schémas de pensée de l'Europe fonctionnaliste développés par un Jean Monnet. En 1980, Jean-Marie Mayeur écrivant « l'Europe joua le rôle d'une idéologie de substitution » pour les démocraties chrétiennes, suggérait que cette incantation du nom d'Europe devait cacher en fait l'absence d'une architecture démocrate-chrétienne dans cette édification

2. Cf. « *Europe fonctionnaliste et démocratie chrétienne : histoire d'une ambiguïté fondamentale* », in Gérard Cholvy, dir., *L'Europe, ses dimensions religieuses*, V^e Université d'Histoire religieuse, juillet 1997, p. 137-147.

justement parce que l'Europe fonctionnaliste se fondait sur des principes inassimilables à une conception chrétienne de l'homme et de l'économie.

La principale caractéristique du cadre européen est d'être défini au fur et à mesure de sa construction. La progressivité de la construction européenne surtout dans le cadre d'une collaboration puis une intégration économique est visible dès la déclaration Schuman du 9 mai 50³, mais également dans le traité de Rome du 25 mars 1957, jusqu'à ses derniers développements. Selon Corinne Gobin⁴ en effet, l'évolution du « discours programmatique de l'Union européenne (...) affaibli(t) la conception de l'intervention et de la planification politiques de la production économique (...) au profit de la mise en place d'un nouveau régime où le pouvoir des experts et des normes techniques mine les possibilités d'expression du conflit socio-politique sans lesquelles un système démocratique est vidé de son sens (...). Le poids du nouvel imaginaire économique européen pèse de plus en plus sur la façon de concevoir le social et le politique esquiss(ant) peu à peu les traits d'une "nouvelle société unique". Les discours institutionnels produits par l'Union européenne tendent à former un ensemble cohérent de représentations idéologiques, où les éléments convergent pour formuler un nouveau système global de société (...). Le travail de production d'un vocabulaire neuf s'inscrit dans une volonté politique de "déclasser" d'anciens systèmes de représentation dans la conception de ce qu'est l'économie, des rapports qu'entretiennent le politique et l'économique et, in fine, dans la perception de ce qu'est un pouvoir politique et le sens d'une société (...). L'autonomie

3. Cf. notamment Christophe Réveillard, *Les premières tentatives de construction d'une Europe fédérale. Des projets de la résistance au traité de CED (1940-1954)*, Paris, F-X de Guibert, 2001.

4. « *Le discours programmatique de l'Union européenne* » dans *La légitimation du discours économique*, Sciences de la société, n° 55, février 2002, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, Université de Toulouse.

du politique se réduit, celle de l'économique s'hypertrophie. Le primat de la relation marchande et l'organisation de tous les rapports sociaux comme éléments au service de cette primauté sont au centre du projet européen actuel ».

L'intégration est en fait un principe issu notamment des doctrines utopiques du XIX^e siècle que J. J. Chevallier a regroupé sous le nom de « pensée réorganisatrice »⁵. Les intellectuels du début du XX^e siècle sont nombreux à reprendre et à enseigner l'industrialisme de Saint-Simon et notamment dans le cadre de l'Institut scientifique de Recherches économiques et sociales fondé en 1933 qui essaima dans le jeune patronat des années trente. À ce moment on vulgarise le productivisme et est remis au goût du jour le lieu commun qui minore le politique par rapport à l'économique. Les intelligences, notamment françaises, s'imprégnaient lentement, mais sûrement, des préjugés des utopies du XIX^e siècle après l'assimilation des théories de Pierre-Joseph Proudhon, l'anarchiste qui avait prédit que « l'atelier remplacera l'État » et que vulgariseront Georges Valois, mais également Georges Sorel dans ses réflexions sur la violence. Cette imprégnation se fit également dans des groupes iconoclastes où prévaut l'idéologie technicienne : X-crise, *Ordre Nouveau*, *Les Nouveaux Cahiers*, *Plans*, *l'Europe nouvelle*, le Centre d'Étude des Problèmes Humains, la Commission pour l'organisation rationnelle de l'économie, l'Institut scientifique de recherches économiques et sociales (London School of Economics et fondation Rockefeller). À cette époque, on trouve une convergence entre les projets fédéralistes et les conceptions fonctionnelles et planistes des non-conformistes, des cercles techniciens. Ce milieu regroupe à la fois les personnalistes autour d'Emmanuel Mounier et la revue « Esprit », mais également des personnalités comme

5. Cf. son *Histoire de la pensée politique*, Paris, Payot, 1993.

Robert Aron, Alexandre Marc, Denis de Rougemont ou encore l'économiste François Perroux. Jean Monnet les fréquentera également.

Ils s'investissent d'une démarche idéologique, donc non basée sur le réel, pour trouver une économie politique, une organisation scientifique du travail, une conception de la modernité tout entière tournée vers la recherche de la satisfaction des besoins humains décrits en perpétuelle expansion reposant notamment sur l'innovation susceptible d'accroître la productivité. Tout cela alors même que ce projet sans quête de légitimité ni d'adhésion populaire relevait d'une vision tout à fait technicienne, sans absolu ni référence transcendante, ni même horizon qui dépasse le simple bien-être matériel. Tandis que la nation apparaissait de plus en plus comme un obstacle à la prospérité et un frein au progrès, la réalisation d'une union européenne répondait selon eux aux impératifs de productivité et d'efficacité qui constituent les grandes valeurs de l'époque, tel un messianisme économique, notamment importé des États-Unis⁶. Le climat à la sortie de la guerre est également très favorable à l'idéologie fédéraliste. La faillite politique et économique est patente. Incapable d'avoir réagi aux agressions allemandes et d'avoir apporté une prospérité durable, le monde politique sort discrédité. Il faut donc rompre avec l'« ancien régime » et rebâtir. Il faut instaurer un nouveau système, renouveler les équipes dirigeantes et revoir la manière de faire la politique. La prospérité devient la valeur centrale : c'est à son aune que l'on juge les gouvernements. C'est de cette époque que l'on peut dater le basculement, aidé notamment dans le camp démocrate-chrétien par l'interprétation de

6. Cf. Dominique Barjot et Christophe Réveillard, dir., *L'américanisation de l'Europe occidentale*, Paris, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, 2002.

certains des écrits d'un Jacques Maritain⁷, dans le matérialisme et la révolution technicienne sous couvert d'une sorte de messianisme profane.

L'une des thèses était qu'en raison de l'altérité profonde des psychologies collectives des peuples, il était illusoire de chercher des points communs. Il fallait donc à partir de ce présupposé poser le principe d'une construction européenne qui éviterait les voies politiques (qui se fondent sur l'idée d'homme) au profit d'une voie matérielle ou fonctionnaliste (qui rapprocherait les intérêts et éviterait les conflits). Jean Monnet, sollicitant par préférence les avis autorisés des banquiers ou des industriels, avait développé une logique saint-simonienne préférant « la gestion des choses à l'administration des hommes ». J. Monnet jugeait de peu d'importance les moyens politiques d'une construction européenne, comme il le dit, il recherche « la voie concrète ». Or, cette conception du monde est étrangère à une métaphysique et à une philosophie fondée sur les Évangiles. Une économie politique chrétienne fondée notamment sur les encycliques sociales doit demeurer étrangère aux conceptions fonctionnalistes⁸.

7. Cf. notamment *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, 1943 ; *De la justice politique. Notes sur la présente guerre*, Paris, Plon, coll. « Présences », 1940 ; discours « *Quatorze juillet 1943* », France Forever, Hunter Collège, 14 juillet 1943, New-York, Free French Press, Biblio, Comité FL 37 ; *Messages 1941-1944*, éditions de la Maison française, New York, 1944 ; *Lettres aux Anglais, septembre 1941*, éditions Atlantica, 3^e éd., Rio de Janeiro, 1943.

8. Cf. Jean-Louis Clément, op. cit., cite Francesco Vito : « *L'économie ne s'élève pas au niveau d'une valeur, elle n'est pas une catégorie indépendante mais une catégorie instrumentale par rapport à l'éthique* », précisant encore « *L'objet de l'activité économique, c'est le service de la vie au-delà de l'argent* », et enfin « *L'économie ne fonctionne pas selon des lois mécaniques. L'économie n'a pas une essence propre au sens d'un automatisme inanimé, mais elle s'appuie sur les personnes et ce sont elles qui lui donnent sa forme* ».

L'économie politique démocrate-chrétienne tend maintenant à se confondre avec les orientations actuelles du néo-libéralisme. Les économistes démocrates-chrétiens ont en effet sacrifié au mythe du productivisme dans une économie néo-libérale régulée par l'action de l'État. Les démocrates-chrétiens ont adhéré à la notion de modernité avec d'autant plus d'aisance qu'ils fondaient leur engagement politique à partir de la méthode d'immanence. Par sa distinction de l'action proprement dite et de la théorie de l'action, Maurice Blondel dégagait une sphère d'autonomie de la politique et de l'économie par rapport aux préceptes de la religion⁹. Le milieu catholique, à la suite de Maritain, s'est donc mis à idéaliser le fédéralisme. On est en pleine acculturation catholique. Les mouvements démocrates-chrétiens sont les grands champions de l'Europe fédérale, dès les années 1948-49 on appellera le MRP « le parti de l'Europe », or, en adhérant aux valeurs de la construction européenne, ils adoptent par osmose les valeurs du néopositivisme contemporain. Le fédéralisme constitue en effet un idéal téléologique, c'est-à-dire qui ne tient que par l'affirmation de sa propre finalité d'intégration à base de la recherche systématique d'efficacité.

Cette fusion de la pensée démocrate-chrétienne et de l'idéologie fonctionnaliste a été hâtée par l'évolution interne des partis démocrates-chrétiens après 1978¹⁰. Papini constate en effet que « la démocratie chrétienne, comme les autres partis de type européens, vit la transition menant du parti de force idéologique qui est porteur d'une certaine idée de l'homme et de l'histoire et donc détenteur d'un projet potentiel au parti non idéologique qui cherche à faire la synthèse des intérêts particuliers et n'agit pas en fonction d'un idéal régulateur, d'une inspiration morale » ; d'où la réflexion de Jean-Marie Mayeur : « l'Europe joua le rôle d'une

9. Cf. J.-L. Clément, op. cit.

10. *Ibid.*

idéologie de substitution » pour les démocraties chrétiennes avec l'incantation du nom même d'Europe comme argument téléologique¹¹. Celui-ci a pris la science économique comme référence messianique pour l'édification d'une société dont la personne humaine est de fait exclue ; l'on passe insensiblement de la nécessaire reconnaissance de règles économiques à un économisme qui tient lieu de doctrine sociale et philosophique.

II. La quête démocrate-chrétienne du compromis comme système décisionnel

Quand le *processus* fut engagé, par facilité intellectuelle autant que par méconnaissance des enjeux, des catholiques ont cru pouvoir appliquer une grille réformiste (c'était le conservatisme), un prisme réactionnaire ou conservateur à la construction européenne, ce qui les a finalement entraînés sur le terrain même des tenants du système communautaire. Vouloir dans un premier temps, comme la démocratie-chrétienne, réformer le système issu de la construction européenne pour en imprégner le processus de ses « valeurs » chrétiennes et de sa doctrine, lui imposer une « vision chrétienne de l'histoire », signifiait la volonté de ne considérer que seules les conséquences ou l'évolution du système communautaire avaient provoqué sa déficience morale. La nécessité aurait alors été essentiellement réformiste et il est remarquable d'observer qu'elle

11. Dont on peut rappeler qu'il s'est substitué à celui de chrétienté, Cf. notamment Paul Hazard, *La crise de la conscience européenne (1680-1715)*, Paris, Ancienne Librairie Furne, Boivin & Cie, 1935 ; Georges-Henri Soutou et Jean Béranger (dir.), *L'ordre européen du XVI^e au XX^e siècle*, Paris, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, coll. « Mondes contemporains », 1998 ; Georges-Henri Soutou, « L'identité de l'Europe du point de vue de l'historien » in *Outre-Terre*, n°7, Ogre/Erès, 2004 ; François Crouzet et François Furet (dir.), *L'Europe dans son histoire. La vision d'Alphonse Dupront*, Paris, PUF, coll. « Histoires », 1998, etc.

abuse encore très efficacement un milieu il est vrai largement préparé à l'adaptation moderne permanente pourvu qu'y soit appliqué le baume consolant des valeurs et de l'éthique, ou plus simplement de l'ordre social. Or, se fondant sur la conception de l'autonomie blondélienne, correctement interprétée ou non, et en substituant le volontarisme à l'action, les démocrates-chrétiens allaient se perdre dans la complexité indéfiniment produite par les structures pour se perpétuer et s'étendre.

D'où vient cette tendance presque mécanique vers le compromis, la fuite du conflit, la recherche systématique du consensus que l'on retrouvera par conséquent dans nombre de procédures de décisions des institutions communautaires ? On peut certes constater que dans la démocratie chrétienne d'après-guerre, le libéralisme catholique connaît un épanchement phénoménal et exalte la liberté comme valeur première avec les conséquences que cela entraîne pour les principes qui régissent la vie sociale, politique et religieuse, Les catholiques sont rendus sensibles aux idées modernes de tolérance, de réduction de l'Église au droit commun, de la liberté primant la vérité, de relativisation des dogmes et finalement d'un certain nombre de ses fondements. La démocratie chrétienne assume la responsabilité fondamentale d'avoir fait avaliser consciemment ou non par une partie importante de catholiques que le *processus* de construction européenne poursuivait l'objectif de rétablissement de l'unité spirituelle perdue, voire d'une « Europe vaticane »¹². Comme l'Europe était présentée comme synonyme de progrès, il fallait être pour l'Europe, car il ne fallait surtout pas apparaître comme nationaliste haineux ou rétrograde, c'était l'impératif réformiste.

Si aujourd'hui encore, un grand nombre de catholiques incités et relayés par des médias revendiquant leur étiquette chrétienne, défendent avec

12. Cf. P. Chenu, *Une Europe Vaticane ?*, Bruxelles, éditions Ciaco, 1990.

enthousiasme « l'opportunité historique » offerte par l'Union européenne, c'est qu'ils sont persuadés de la pertinence de l'idée démocrate-chrétienne comme solution pour une Europe organisée, une idée proposant « une interprétation du réel tenant compte des considérables changements intervenus à la fin du XX^e siècle (pour) imaginer une nouvelle démocratie, une doctrine revivifiée, une idéologie adaptée au monde entier (et utilisant) le volontarisme (qui) loin d'apparaître comme un réflexe naïf, correspond à un sursaut de l'âme »¹³. Volontarisme, bons sentiments et ce qui apparaît comme une méconnaissance tant doctrinale que des techniques de contrôle des structures alimentent les termes de la contradiction conservatrice et même réactionnaire qui à l'origine possède malgré tout une matrice culturelle commune avec la révolution qu'elle prétend combattre essentiellement par une réaction morale. La dialectique moderne accepte comme catégorie politique la notion de conservation, mais impose le respect de sa prémisse rationaliste. Les solutions terriblement humaines et le « volontarisme » proposés s'opposent à la tradition, « notion métaphysico-théologique d'un ordre objectif de l'être et des valeurs », pour proposer un ordre et des valeurs eux-mêmes transformables ou dont les conditions peuvent être transformées par l'homme tel un historicisme relativiste.

L'une des principales pertes de repères stables qui vont favoriser le basculement démocrate-chrétien aura été l'ambiguïté de la remise en question par les chrétiens libéraux de la nature des rapports de l'Église à l'égard du monde. Dans l'Église au XX^e siècle, le courant de pensée immédiatement préconciliaire, puis postconciliaire, en affirmant la légitimité naturelle de la démocratie moderne, puis en justifiant le bien-fondé de l'État laïc, en remettant en cause les privilèges de l'Église et de

13. Charles Delamare dans *L'Europe, incarnation de la démocratie chrétienne, un dialogue*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 242.

l'État chrétien, permet et justifie, valide en quelque sorte, la projection démocrate-chrétienne vers l'idéal d'intégration. Maritain avait ouvert la voie et « l'ouverture de l'Église au monde » fut un formidable passeport doctrinal des nouvelles orientations démocrates-chrétiennes sur le plan politique. L'obsession de la question sociale entraînant la vacuité croissante sur le plan spirituel justifie les craintes comme celle de Cortès, selon lequel « le pire serait que le catholicisme doutant de lui-même et cessant d'apercevoir au-delà de la question sociale les perturbations qui lui ont donné naissance, en arrivât à confondre ce qui est réalisable dans le temps et ce qui ne l'est que sur le plan de l'être et de l'éternité, qu'il consentît à altérer sa doctrine, seule vraiment explicative et efficace, en concédant à l'adversaire la possibilité de créer cette organisation parfaite qui ne saurait être qu'une caricature et un mensonge »¹⁴. Et en effet, on peut penser que les démocrates-chrétiens se crurent investis du changement radical de perspective des institutions traditionnelles de l'Église à l'égard de l'ordre politique comme de la société internationale : sa tâche spécifique devint d'accompagner les systèmes politiques pour tenter de leur insuffler l'idée de « création de vie sociale dans lesquelles les citoyens peuvent s'épanouir sur le plan humain et faire personnellement leurs options religieuses ». L'« européanisation » des démocrates-chrétiens est donc tout autant la prise en compte par l'Église de l'État moderne « neutre » en matière religieuse¹⁵.

Actuellement l'observation de la situation de l'Europe institutionnalisée semble faire apparaître l'hégémonie de l'économique et la subordination

14. Cf. J. Chaix-Ruy, *Donoso Cortès, Théologien de l'histoire et prophète*, Paris, Beauchesne, 1956, p. 155.

15. Cf. Alfred Dufour, « *Europe sans chrétienté ou chrétienté sans Europe. Réflexions sur le déracinement culturel et spirituel de l'Europe à la veille du III^e millénaire* » in *Faculté de droit de Genève, L'histoire du droit entre philosophie et histoires des idées*, recueil d'études, Bruxelles/Schulthess, Bruylant, 2003, p. 389 et suiv.

du social, une uniformisation européenne au rebours de l'unité chrétienne de l'Europe dont les démocrates-chrétiens sur une base qui leur était spécifique, certes, s'étaient fait les hérauts. Le matérialisme de l'Union européenne se caractérise par un idéal de consommateur, centré sur l'homme hors de toute transcendance et dont la liberté individuelle prime tout autre impératif. La concentration des pouvoirs au niveau européen se poursuit, mais la cohésion communautaire reste tout autant un vœu pieux. Ce qui ne marche pas au niveau européen est fondamentalement dû à l'inexistence d'un pacte social, à l'incapacité de le fonder sur une définition du bien commun.

Le discours européen est adapté aux exigences d'une société éclatée, l'amenuisement de la démocratie ayant été facilité par « l'inlassable travail d'explication, tendant à l'anesthésie collective, des dirigeants et de leurs communicateurs » et, selon Éric Werner, la politique européenne a atteint le paroxysme de deux évolutions ultimes du *processus* :

- la légitimation ultime de « l'expertise », la « gouvernance technique » comme l'indice d'efficacité absolue et d'investissement exclusif de l'intérêt général, ce qui augure l'avènement du postnational, exclue la participation de la société et malmène depuis le début la définition et la pratique d'une vraie subsidiarité ;
- la promotion de l'homme nouveau issu de l'utopie révolutionnaire égalitariste et produit par la complémentarité entre le messianisme juridique et des droits de l'homme à l'échelle mondiale (dont l'europhisme pourrait être une étape) et le communautarisme, le particularisme, l'individualisme idéalisés.

On peut observer dans ce que fut la campagne médiatique pour l'inscription dans le traité constitutionnel de la notion d'héritage religieux de l'Europe, une tentative d'entraînement des opinions publiques

catholiques par les partisans démocrates-chrétiens de l'intégration. Déjà ancré dans une interprétation moderniste de l'œcuménisme, ce rappel ponctuel, s'il avait été concédé, aurait induit ces mêmes catholiques à considérer positivement un ensemble européen d'intégration fonctionnel et techniciste assez éloigné de l'enseignement évangélique. Ainsi, touchés par des symboles accidentels, ils auraient agréé l'essentiel assez détaché de la foi catholique, notamment dans son enseignement social et moral.

Dans le cadre de concurrence de la structure étatique classique, la centralisation supra-étatique vers les institutions européennes, la contestation de la primauté de l'État national, une réalité de pouvoir multcentrée, une structuration des réseaux, la présence d'acteurs non étatiques, de nouveaux modes de communication, etc., induisent un dépassement notamment du territoire au service d'un système-Europe avant d'être un système-monde intégrant principalement des relations économiques, mais recomposant également l'espace social organisé. L'espace et la mobilité pour eux-mêmes sont promus comme valeurs intrinsèques de l'Europe et trouvent alors leur traduction déterritorialisée dans la transversalité, le métissage et la pluriculturalité, la mixité, l'hybridation. Dans ce cadre, la « citoyenneté européenne » assume et achève de recouvrir la représentation idéalisée du mythe européen de l'intégration. Nous approchons donc de la fin de l'idéal consensuel démocrate-chrétien, d'une économie sans politique, de l'Europe comme espace de gouvernance (bien analysé par Andy Smith¹⁶, Paul Magnette¹⁷ et approché par Jean-Marc Ferry¹⁸), mais sans société européenne, bref,

16. In Maison des Sciences de l'homme – Réseau européen droit et société, *Le gouvernement de l'Union européenne. Une sociologie politique*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société – Recherches et Travaux », série politique n° 11, 2004.

17. In *Le régime politique de l'Union européenne*, Paris, Presses de Science-po, coll. « Références inédites ».

18. In *La question de l'État européen*, Paris, Gallimard, coll. NRF-Essais, 2000.

d'une dépolitisation comme mode de gouvernement dominant sur des citoyens européens dont les racines seraient dévitalisées et l'identité ramenée à celle de consommateur.

PARTIE III

Droit des libertés fondamentales :
regards pratiques illustrés

L'étranger irrégulièrement en France

Par Michel DEGOFFE

Professeur de droit public à l'Université de Paris-Cité

Directeur du Centre Maurice-Hauriou

Selon un rapport parlementaire, en 2018, 110 691 contrôles d'étrangers en situation irrégulière ont été effectués. 103 852 obligations de quitter le territoire français (OTQF) ont été prises¹. Selon le même rapport parlementaire, il y a 1 561 places en centre de rétention administrative. En 2018, 12 884 OTQF avaient été exécutées. Rapportées aux 103 852, cela donne un pourcentage de 12,40 %. Les résultats sont donc médiocres avec de fortes disparités selon le pays d'origine (10 % d'obligations de quitter le territoire exécutées pour l'Algérie par exemple, contre 65 % avec la Roumanie). Le passage par le centre de rétention n'implique pas forcément l'éloignement. Certes, selon le même rapport parlementaire, 62 % des personnes éloignées étaient passées par un centre de rétention. Mais, près de 40 % donc ne sont pas éloignés, le plus souvent parce que l'identité de l'étranger n'est pas connue. Le coût moyen d'un éloignement forcé est de 13 974 euros. Ces chiffres sont mauvais par rapport à nos voisins. Dans un rapport parlementaire, Marielle de Sarnez donnait les

1. Rapport n°1990 fait au nom de la Commission des finances sur le projet de loi de règlement du budget et d'approbation des comptes de l'année 2018 par Joël Giraud, 5 juin 2019.

chiffres de « 1 % en Suède, 89 % en Allemagne et au Royaume-Uni »². On peut donc partir de ce constat simple : ces chiffres illustrent l'échec d'une politique publique. L'évaluation des politiques publiques s'est développée ces dernières années. En l'occurrence, on pourra en faire l'économie, les chiffres parlent d'eux-mêmes. Cet échec est régulièrement rappelé puisque des faits divers atroces en donnent une illustration des conséquences pratiques ; ainsi, en dernier lieu l'assassinat du père Olivier Maire par un ressortissant rwandais illégalement installé en France depuis près de dix ans, ayant fait déjà l'objet de plusieurs OTQF et déjà connu pour être suspecté d'avoir incendié la cathédrale de Nantes.

Après ce constat, il faut rappeler une évidence : la France fixe des conditions pour l'entrée et le séjour sur son territoire. Celui qui ne respecte pas ces règles est en situation irrégulière. Il doit donc quitter le territoire, reconduit à la frontière, éloigné comme le disent les textes aujourd'hui. Le Code de l'entrée et du séjour et du droit d'asile (CESEDA) pose le problème en ces termes. Le discours politique ou associatif l'obscurcit en utilisant des termes inappropriés au gré des époques (sans papier, migrant, etc.).

La survenance de faits divers gravissimes ou l'élection présidentielle sont souvent l'occasion pour les hommes politiques de tenir des discours martiaux. Il faut immédiatement les tempérer, car, en ce domaine, l'État doit se conformer à des règles européennes. Sans parler de la Convention européenne des droits de l'Homme et de son article 8 qui rend difficile l'éloignement de l'étranger dès lors qu'il a créé des liens familiaux en France, « l'Union (européenne) développe une politique commune de

2. Assemblée nationale, commission des affaires étrangères, avis n° 821 sur le projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif, M^{me} Marielle de Sarnez, p. 54 (mars 2018).

l'immigration » (art. 79 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne)³. À ce titre, et selon le même article, elle adopte des mesures dans les domaines notamment de l'immigration clandestine et du séjour irrégulier y compris l'éloignement et le rapatriement des personnes en séjour irrégulier. Sur le fondement de cet article, l'Union européenne a adopté des directives, notamment une directive de 2008, la directive « retour », qui réduisent fortement la marge de manœuvre des États. Cette disposition doit donc calmer les ardeurs réformatrices des candidats.

La période récente a révélé la fréquence de faits divers dans lesquels un étranger, en situation irrégulière ou non, commet des infractions graves. Le 19 février 2020, un migrant soudanais, arrivé sur le territoire français en 2015, tue de sept coups de couteau le directeur d'un centre d'accueil de demandeurs d'asile à Pau. Plus récemment, un photographe du journal *L'Union* était violemment frappé par un Algérien entré irrégulièrement en France et déjà condamné huit fois. En 2017, deux jeunes femmes sont tuées gare Saint-Charles à Marseille par un ressortissant tunisien, en situation irrégulière en France et auteur de plusieurs délits. On ne peut pas empêcher l'opinion publique d'interpréter ces faits comme la manifestation d'un délitement de l'État. Si l'État régalien avait accompli sa mission, l'infraction n'aurait pas eu lieu. Les faits divers que nous rappelions obligent à distinguer deux situations : celle de l'étranger entré ou séjournant irrégulièrement en France et celle de l'étranger entré ou séjournant régulièrement ou irrégulièrement en France et qui a révélé depuis qu'il a été accueilli, sa dangerosité.

3. F. Jault-Seseke, S. Corneloup et S. Barbou des Places, *Droit de la nationalité et des étrangers*, PUF Thémis, 2015, p. 271 : « En 1999, l'acquis de Schengen est intégré dans le droit de l'Union européenne par le biais d'un protocole annexé au traité d'Amsterdam ».

On pourrait songer à introduire une action en responsabilité contre l'État puisque, après tout, la première mission de l'État est d'assurer la sécurité de sa population. C'est ce qu'a fait le père des deux sœurs sauvagement tuées gare Saint-Charles par un Tunisien séjournant irrégulièrement en France et auteur la veille d'un vol à l'étalage. La démarche est légitime. On salue parfois l'action du GISTI qui, à l'occasion d'actions contentieuses régulières, a su faire progresser le droit des étrangers⁴. On ne connaît pas d'associations équivalentes ayant pour objet de protéger la société d'étrangers séjournant irrégulièrement sur le territoire français ou même d'étrangers séjournant régulièrement, mais qui ont démontré leur dangerosité. Après avoir pourtant recensé divers dysfonctionnements, le tribunal administratif de Lyon a rejeté cette action⁵. Ce rejet peut surprendre. Par une évolution récente, le Conseil d'État a fait, semble-t-il, disparaître l'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'État pour dysfonctionnement de la police administrative⁶. Le jugement du tribunal administratif ne parle pas de faute lourde. Mais, après avoir recensé les carences des services compétents, il conclut que l'absence d'adoption d'une mesure d'éloignement assortie d'un placement en rétention administrative le 30 septembre 2017 ne constitue pas, dans les circonstances de l'espèce, une faute de nature à engager la responsabilité de l'État. Pour en arriver à cette conclusion, le tribunal administratif se fonde sur le fait qu'à toutes les étapes devant permettre de renvoyer chez lui l'étranger en situation irrégulière, les services de l'État bénéficient d'une grande marge d'appréciation : puisque les services de l'État n'étaient pas tenus de prendre la mesure coercitive que la loi met à leur disposition, on ne peut

4. *Défendre la cause des étrangers en justice* (sous l'égide du GISTI), Dalloz, Thèmes commentaires, 2009.

5. TA Lyon 22 janvier 2020, n° 1900854.

6. CE ass. 6 juillet 2016, n° 398234, AJDA 2016, p. 1635, chron. L. Dutheillet de La-mothe et G. Odinet.

pas leur imputer les conséquences dommageables de cette inaction. Les victimes ne trouveront donc pas du côté de la responsabilité, une satisfaction, qui serait de toute façon bien légère.

On est arrivé à la situation présente par un désarmement légal. Le Code pénal sanctionnait autrefois l'entrée illégale sur le territoire et le séjour illégal. Ces sanctions ont été considérablement atténuées ces dernières années. L'impression se dégage (et les chiffres cités plus haut démontrent qu'il ne s'agit pas que d'une impression) que la loi fixe des règles d'entrée et de séjour, mais pose de multiples chausse-trapes pour empêcher qu'elles soient respectées.

Les règles en la matière ont été profondément amendées par les textes européens et notamment par la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (« directive retour »). La directive concrétisait des recommandations du Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004. Le Conseil souhaitait, à la fois, la mise en place d'une politique efficace d'éloignement des étrangers entrés irrégulièrement, mais que ceux-ci soient rapatriés d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux. Dans ce but, il faut privilégier le retour volontaire au retour forcé : l'État doit laisser un délai à l'étranger pour quitter de son plein gré le territoire. Ce n'est que si le retour volontaire échoue que l'État peut prendre des mesures coercitives qui commencent par un placement en rétention. La France a transposé cette directive par la loi du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées. Il résulte de cette transposition que l'entrée irrégulière demeure pénalement sanctionnée, mais il y a de multiples obstacles aux poursuites (I). Le séjour

irrégulier ne sera pénalement sanctionnable que lorsque l'étranger aura marqué son intention de ne pas librement quitter le territoire (II).

I. L'entrée irrégulière

L'entrée illégale demeure pénalement sanctionnée : un an de prison et 3 750 euros d'amende pour celui qui pénètre sur le territoire sans remplir les conditions légales (art. L621-2 du CESEDA)⁷. Mais, le même article ajoute que l'action publique ne peut être mise en mouvement que « lorsque les faits ont été constatés dans les circonstances prévues à l'article 53 du Code de procédure pénale ». Le renvoi à l'article 53 signifie que les faits doivent avoir été constatés en état de flagrance. Cette précision résulte d'un amendement du sénateur Gaëtan Gorce lors de la discussion de la loi de 2012 pour répondre au dilemme suivant : la loi en cause souhaitait réduire la pénalisation du séjour irrégulier. Mais un délit se prescrivant par trois ans (six ans désormais), une personne arrêtée dans ce délai aurait pu ne plus être poursuivie pour séjour irrégulier, mais automatiquement poursuivie pour entrée irrégulière. C'est ce que le sénateur Gorce a voulu éviter. Pour être pénalement sanctionnée, l'entrée irrégulière devra donc se commettre actuellement ou venir de se commettre. Cet assouplissement des contraintes découle de l'application des règles européennes. Mais l'effet émoullent des normes européennes ne s'arrête pas là. La Cour de justice de l'Union européenne a jugé que la directive de 2008 s'oppose à une réglementation d'un État membre permettant, du seul fait de l'entrée irrégulière par une frontière intérieure conduisant au séjour irrégulier, l'emprisonnement d'un ressortissant d'un

7. L'étude d'impact de la loi de 2012 retrace l'évolution de la répression de l'entrée irrégulière. Elle était pénalement sanctionnée par le décret-loi du 2 mai 1938. Mais, c'est la loi Bonnet du 10 janvier 1980 qui a fait de l'entrée irrégulière une cause « d'expulsion » prononcée par l'autorité administrative. Elle est devenue la reconduite à la frontière par la loi Pasqua du 12 septembre 1986.

pays tiers pour lequel la procédure de retour établie par cette directive n'a pas encore été menée à son terme⁸. La conjonction de l'application de l'article 53 et de cette jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a pour effet de rendre pratiquement impossible l'emprisonnement ou toute mesure coercitive à l'encontre d'un étranger entré irrégulièrement : le séjour irrégulier n'est pas pénalement sanctionné. Le départ volontaire de l'étranger séjournant irrégulièrement doit être privilégié. S'il ne part pas volontairement, la coercition est possible. Mais, tant qu'on n'en est pas là, il n'est pas possible de pénalement réprimer l'entrée irrégulière. Compte tenu de ces principes, dans un arrêt de 2019, la Cour de cassation juge que le préfet ne pouvait pas mettre un Marocain en garde à vue puis ordonner son placement en rétention administrative. L'intéressé avait été identifié lors d'un contrôle en 2016, alors qu'il était dans un autocar provenant d'Espagne. Il avait déjà dû quitter la France en 2013 à la suite d'une mesure d'éloignement ce qui, soit dit en passant, montre son grand attachement au pays des droits de l'Homme. Se fondant sur l'interprétation de la directive de 2008 donnée par la Cour de justice, la Cour de cassation juge que le préfet ne pouvait pas placer le Marocain en garde à vue et le placer en rétention dès lors que la procédure de retour n'avait pas été menée à son terme⁹. Dans ces affaires, il est question d'étrangers ayant franchi irrégulièrement les frontières intérieures, c'est-à-dire les frontières séparant deux États de l'Union européenne. Cette situation est différente de celle de l'étranger « qui arrive en France par la voie ferroviaire, maritime ou aérienne »¹⁰, de façon irrégulière. Il peut alors être placé en zone d'attente. Quand l'étranger franchit une frontière extérieure à l'espace Schengen, la France est autorisée à effectuer un contrôle systématique et s'il n'a pas un titre pour entrer sur le territoire français, à le placer en zone d'attente. En

8. CJUE 7 juin 2016, Affum, C-47/15, AJ Pénal, 2016, p. 387, note Claire Saas.

9. Cass. Civ. 1, 13 juin 2019, n° 16-22.548.

10. Vincent Tchen, *Droit des étrangers*, LexisNexis 2020, p. 432

revanche, les accords de Schengen excluent que la France puisse faire un contrôle systématique aux frontières intérieures, ce qui favorise donc l'entrée d'étrangers en situation irrégulière. Dans une telle situation, l'État est assez démuni comme le révèlent les affaires commentées. Il faudrait, d'ailleurs, faire une étude des conséquences de la générosité d'accueil de certains États membres de l'Union, l'Allemagne en particulier, sur l'entrée ensuite de certains de ces étrangers dans les États voisins.

II. Le séjour irrégulier

Depuis la loi de 2012, séjourner irrégulièrement en France n'est plus pénalement répréhensible. Le séjour irrégulier ne devient pénalement sanctionnable que lorsque l'étranger séjournant illégalement en France n'a pas obtempéré aux invitations à quitter le territoire. « Tout étranger qui, faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière, d'une obligation de quitter le territoire français, d'une interdiction administrative du territoire ou d'une interdiction judiciaire du territoire, se sera maintenu irrégulièrement sur le territoire français sans motif légitime, après avoir fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention ou d'assignation à résidence ayant pris fin sans qu'il ait pu être procédé à son éloignement, sera puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende » (art. L624-1 du CESEDA). La directive « retour » du 16 décembre 2008 ne s'oppose « pas à ce que le droit d'un État membre qualifie le séjour irrégulier de délit et prévoit des sanctions pénales pour dissuader et réprimer la commission d'une telle infraction aux règles nationales en matière de séjour »¹¹. Pourtant, c'est en se fondant sur cette même directive retour et sur un autre arrêt de la Cour

11. CJUE 6 déc. 2011 C-329/11 *Achughabian c/Préfet du Val-de-Marne*, Dr. Adm. 2012 comm. 17, V. Tchen.

de justice de l'Union européenne¹² que le législateur a souhaité en 2012 que la sanction pénale soit retenue de façon ultime¹³. La directive fixe un « ordre de déroulement » des différentes étapes avant qu'un étranger ne fasse l'objet d'une peine de prison : il doit être, tout d'abord, destinataire d'une décision d'éloignement (à compter de cette décision, l'étranger a un délai pour quitter le territoire). Ce n'est que si cette décision n'est pas respectée et s'il y a des risques qu'elle ne le soit pas, que la prison est possible. Dans son arrêt, la Cour de justice juge que « les États membres doivent procéder à l'éloignement au moyen des mesures les moins coercitives possible. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour sous forme d'éloignement risque, au regard d'une appréciation de chaque situation spécifique, d'être compromise par le comportement de l'intéressé que ces États peuvent procéder à la privation de liberté de ce dernier au moyen d'une rétention » (§39). Elle poursuit en indiquant que « les États membres ne sauraient prévoir, en vue de remédier à l'échec des mesures coercitives adoptées pour procéder à l'éloignement forcé conformément à l'article 8 [de la directive] une peine privative de liberté [...] pour le seul motif qu'un ressortissant d'un pays tiers continue, après qu'un ordre de quitter le territoire national lui a été notifié et que le délai imparti dans cet ordre a expiré, de se trouver présent de manière irrégulière sur le territoire d'un État membre, mais ils doivent poursuivre leurs efforts en vue de l'exécution de la décision de retour qui continue à produire ses effets » (*point 58*).

« En effet, une telle peine, en raison notamment de ses conditions et modalités d'application, risque de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par ladite directive, à savoir l'instauration d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement des ressortissants de pays tiers

12. CJUE 28 avril 2011, *Hassen El Dridi*.

13. Loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012.

en séjour irrégulier. [...] » (*point 59*). En d'autres termes, il faut utiliser la persuasion pour être efficace.

« Cela n'exclut pas la faculté pour les États membres d'adopter, dans le respect des principes de la directive [*“retour”*] et de son objectif, des dispositions réglant la situation dans laquelle les mesures coercitives n'ont pas permis de parvenir à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui séjourne sur leur territoire de façon irrégulière » (*point 60*). En d'autres termes, il faut éviter les mesures coercitives, car cela nuit à l'éloignement. Intuitivement, l'idée ne va pas de soi.

Le séjour irrégulier n'étant plus en tant que tel pénalement répréhensible, il n'est plus possible d'ordonner la garde à vue d'un étranger au seul motif qu'il est en situation irrégulière. La Cour de cassation en a jugé ainsi dans un arrêt du 5 juillet 2012¹⁴. Dans cet arrêt, la Cour de cassation rappelle qu'un officier de police judiciaire ne peut ordonner une garde à vue qu'à l'encontre d'une personne vis-à-vis de « laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement » (art. 62-2 du code de procédure pénale). Or, citant les deux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne que nous avons évoqués, la Cour de cassation en déduit que la directive de 2008 s'oppose à ce que le séjour irrégulier soit en lui-même pénalement sanctionné, tant que l'étranger n'a pas fait l'objet de mesure d'éloignement ou de placement en centre de rétention. De ce fait, les autorités de police se trouvaient démunies. Selon les travaux parlementaires relatifs à la loi de 2012, en 2011, 59 629 gardes à vue d'étrangers avaient eu lieu pour opérer des vérifications d'identité et étaient en partie à l'origine des 20 000 reconduites aux frontières décidées cette année-là. Pour pallier les effets

14. Arrêt n°965 du 5 juillet 2012 (11-30.530) – Cour de cassation – Première chambre civile.

de cette disparition, la loi de 2012 a créé une possibilité de retenue d'un étranger afin de vérifier sa situation administrative si, à l'occasion d'un contrôle d'identité, il a été incapable de prouver la régularité de son séjour sur le territoire (art. L611-1-1 du CESEDA, aujourd'hui article L813-3). La retenue ne peut pas durer plus de vingt-quatre heures. Le procureur de la République doit en être informé et peut y mettre fin à tout moment (art. L813-4).

Le préfet n'a pas l'obligation d'ordonner à un étranger en situation irrégulière en France de quitter le territoire¹⁵. Cela ressort de l'article L511-1 du CESEDA qui dispose que le préfet « peut » obliger à quitter le territoire un étranger non ressortissant de l'Union européenne, notamment s'il est entré irrégulièrement sur le territoire ou s'il s'y est maintenu irrégulièrement, liste huit hypothèses de présence irrégulière sur le territoire qui permettent au préfet de prendre sa décision¹⁶. L'étranger a un délai de trente jours qui peut être prorogé pour volontairement quitter le territoire français. Il est difficile de connaître l'efficacité de ce dispositif même si les affaires contentieuses permettent de se faire une idée. Ainsi, dans une affaire jugée par la cour administrative d'appel de Nancy, le préfet prend, en 2020, une obligation de quitter le territoire visant une Arménienne. La cour relève que l'intéressée avait déjà fait l'objet d'une mesure identique en 2017¹⁷.

15. Vincent Tchen, *Droit des étrangers*, LexisNexis, p. 936.

16. L'assassinat du père Olivier Maire, en août 2021, nous a appris que cette liste n'est pas exhaustive. Le Rwandais, en situation irrégulière en France depuis près de dix ans, ne pouvait pas être éloigné, car suspecté d'avoir provoqué un incendie à la cathédrale de Nantes, il était soumis à un contrôle judiciaire lui interdisant de quitter le territoire (C. Prats, « *Prêtre assassiné : remettre de la cohérence dans le traitement pénal des clandestins* », Le Figaro, 11 août 2021. Et les propositions d'un collectif de juristes pour mettre un terme à cette aberration (Le Figaro, 13 août 2021).

17. CAA Nancy, 8 décembre 2020, n° 20NT00579.

On peut être surpris, toutefois, que la décision du tribunal administratif de Lyon du 22 janvier 2020 que nous citons plus haut se fonde sur le pouvoir discrétionnaire accordé au préfet pour exclure la responsabilité de l'État. Dans son jugement, le tribunal relève les nombreux dysfonctionnements commis par la préfecture du Rhône (agent absent, faible ouverture du service, etc.) qui ont abouti à ce qu'un Tunisien en situation irrégulière en France, arrêté pour vol ne soit pas placé en centre de rétention administrative pour être renvoyé chez lui. Selon le tribunal, ces dysfonctionnements ne peuvent pas entraîner la responsabilité de l'État dès lors que, de toute façon, le préfet détient un très large pouvoir discrétionnaire que le tribunal rappelle avec insistance : il « peut » (les guillemets sont dans le jugement) obliger l'étranger à quitter le territoire (art. L511-1 du CESEDA), il « peut » décider que cette obligation doit être exécutée sans délai. Enfin, l'étranger « peut » être placé dans un centre de rétention. Par conséquent, même si l'étranger en situation irrégulière, arrêté pour avoir commis un délit, a ensuite sauvagement abattu deux jeunes femmes, nulle faute ne peut être reprochée à l'État puisque le préfet peut prendre des mesures coercitives, mais n'est pas obligé de les prendre. Le Tribunal observe cependant qu'il n'est pas possible de reprocher au préfet de n'avoir rien fait car le Tunisien n'avait pas révélé sa dangerosité : son casier judiciaire était vierge. Il n'était pas fiché comme radicalisé et même si celui qui vole un œuf vole un bœuf, l'infraction pour laquelle il avait été interpellé (le vol) ne révélait pas une dangerosité particulière. Le tribunal relève pourtant également qu'il avait fait l'objet d'une mesure d'éloignement en 2005 (douze ans plus tôt donc) et que ses empreintes digitales avaient été relevées plusieurs fois sous des identités différentes. On pourra suggérer que le préfet n'utilise pas plus fréquemment son large pouvoir d'appréciation car il craint le contrôle tatillon du juge. Or, rien n'est moins sûr. Quand on lit la centaine d'arrêts dans lesquels le juge administratif a dû appliquer l'article L511-1, il apparaît que le juge n'est pas particulièrement clément à l'égard de l'étranger en situation irrégulière. À titre liminaire, notons que le cadre contentieux est toujours

le même : c'est l'étranger qui conteste l'obligation qui lui est faite de quitter le territoire. Nulle trace ici d'association qui se ferait le garant de l'ordre public et qui contesterait le refus du préfet d'obliger un étranger en situation irrégulière en France à quitter le territoire. Cette précision étant faite, le juge rejette le plus souvent le recours de l'étranger qui peut invoquer sa santé ou invoquer l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui garantit le droit au respect de sa vie privée et familiale¹⁸.

Une fois que le préfet a pris la décision invitant l'étranger à quitter le territoire, décision susceptible de recours devant le juge administratif (art. L614-1), il faut que cette décision soit exécutée alors que, conformément aux prescriptions de la directive « retour », on a vu qu'elle repose dans un premier temps sur la bonne volonté du contrevenant. L'étranger a un délai de trente jours à compter de la notification de quitter le territoire pour l'exécuter (art. L511-1 du CESEDA, aujourd'hui article L251-3). Ce délai peut être abrégé en cas d'urgence et allongé « à titre exceptionnel ». Une première source de difficulté réside dans la mention du pays à destination duquel l'étranger doit être renvoyé. L'étranger peut dissimuler sa nationalité et certains États répugnent à reprendre leurs ressortissants.

Si on peut penser que l'étranger va se soustraire à l'application de la mesure d'éloignement, le préfet peut l'assigner à résidence (art. L731-1), solution privilégiée à la rétention et qui peut avoir une durée de six mois renouvelables une fois.

Afin de faciliter l'exécution de l'arrêté d'éloignement, le préfet peut ordonner le placement de l'étranger en rétention administrative (art. L263-1), placement qui peut être contesté devant le juge des libertés et de

18. CAA Nancy, 8 décembre 2020, n°20NT00579.

la détention (art. L741-10). L'étranger mineur ne peut pas faire l'objet d'une telle mesure (art. L741-5). L'article L741-5 donne la liste des hypothèses qui permettent de placer un étranger en rétention. Cela vise notamment l'hypothèse où l'étranger, à l'occasion de la mise en œuvre de la décision d'éloignement a pris la fuite ou opposé un refus. L'administration a un court délai pour exécuter la mesure puisque la rétention a une durée de quarante-huit heures, le juge des libertés et de la détention pouvant autoriser une prorogation (art. L742-1) dans la limite de quatre-vingt-dix jours (art. L742-3).

Compte tenu de cette législation semée d'embûches, on ne s'étonnera pas de la médiocrité des résultats obtenus. Dès lors que cette législation est essentiellement la transposition de règles européennes, on doutera de la capacité de tout candidat à la présidentielle à faire adopter des règles plus efficaces.

Dans les méandres du contentieux de la Sécurité sociale : le citoyen face à la déloyauté administrative

*Par Camille-Frédéric PRADEL,
Perle PRADEL-BOUREUX et Virgile PRADEL
Docteurs en droit
Avocats au barreau de Paris*

« Tous solidaires, tous bénéficiaires ». Élaboré en 1945, le slogan est resté dans les mémoires et résume encore les belles visées du service public de Sécurité sociale : universalité, générosité, partage. Désintéressement.

Il y a de quoi être déçu quand la réalité ne correspond pas à cet idéal. Nous avons pu en faire l'expérience, comme praticiens de la branche « accidents du travail – maladies professionnelles » de la Sécurité sociale. Les recours contentieux formés dans ce cadre sont obligatoirement précédés d'un recours amiable préalable obligatoire¹. Saisies de ce recours amiable, certaines commissions accusent réception du recours. Or, les termes des accusés de réception ont parfois pour dessein manifeste de tromper l'usager, par une manœuvre qui rappelle les pires ruses du monde marchand. La Commission invite le requérant à attendre une notification ultérieure qui n'arrivera jamais, tandis que court un délai de forclusion, mentionné en tout petits caractères, en bas de page. Dans un contentieux

1. CSS, art. L142-4.

récurrent, nombre de requérants fragilisés par la vie patienteront sans méfiance, pour se voir opposer une fin de non-recevoir, faute d'avoir accompli à temps la formalité requise. L'intérêt des Caisses à résoudre rapidement une grande quantité de litiges prime sur le devoir de loyauté de l'administration.

« La vertu est un état de guerre », dit le philosophe. Ici, il y a un petit combat à mener contre l'administration pour la ramener à de bonnes dispositions. Nous savons que le Recteur Armel Pécheul excelle dans cet art, quand il défend des administrés. Nous ne nous lassons jamais d'admirer ses mémoires si clairs. Et quelle victoire pour l'administration quand le contrôle juridictionnel la fait revenir avec bon sens au respect de la règle ! Nous voulons aujourd'hui rendre hommage à notre Professeur avec ce développement qui pourrait alimenter un juste contentieux.

Former un recours amiable préalable obligatoire (RAPO) contre une décision de la Sécurité sociale peut être risqué : le droit applicable est complexe et manié par des administrés non professionnels (I). Consciente de ce contexte, la CPAM produit un accusé de réception obscur, aux fins évidentes de tromper l'administré (II). Cette pratique est contraire au devoir de loyauté de l'administration (III).

I. Risque du RAPO en matière de Sécurité sociale

Pour contester une décision administrative d'un organisme de Sécurité sociale, il faut d'abord se tourner vers la Commission de recours amiable (CRA) prévue par l'article R.142-1 du Code de la sécurité sociale. Le délai de recours contentieux est alors de deux mois à compter de la notification de la décision contestée². Lorsque la décision de la commission n'a pas été

2. CSS, art. R.142-1 A, III.

portée à la connaissance du requérant dans le délai de deux mois, l'intéressé peut considérer sa demande comme rejetée.

Le législateur n'a pas accompli d'immenses efforts pour l'accessibilité de ces RAPO, car l'administré doit parfois saisir d'autres Commissions, en plus de la CRA. Par exemple, pour les litiges donnant lieu à des « difficultés d'ordre médical », il sera au 1^{er} janvier 2022 de la responsabilité de l'administré non-employeur de saisir également la commission médicale de recours amiable³, à peine de forclusion de sa demande⁴. Nous voilà bien loin du « guichet unique » parfois mis en œuvre dans des domaines aussi variés que le droit des données personnelles⁵ ou le droit des étrangers⁶.

Cette complexité est d'autant plus préoccupante qu'elle concerne des administrés qui ne sont souvent pas accompagnés d'un avocat. Dans ce contentieux, « les parties peuvent se défendre elles-mêmes » ou être assistées et représentées par leur conjoint, leur ascendant, etc⁷. Cette dispense de faire appel à un professionnel du droit est justifiée par les faibles montants en litige (pensions de réversion, indemnités maternité, etc.) et pour réduire les coûts de justice.

3. CSS, Art. L141-1 et suiv.

4. CSS, art. R.142-1-A.

5. Guichet unique de la CNIL : article 4.23 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, dit « RGPD ».

6. Guichet unique des demandeurs d'asile : circulaire du 1^{er} décembre 2015 relative aux modalités d'ouverture des droits à l'allocation pour demandeur d'asile, à son versement et à sa gestion.

7. CSS, art. L142-9.

II. Illisibilité de l'accusé de réception remis au requérant

Saisie du RAPO d'un administré, la CPAM devrait déployer des trésors de pédagogie pour lui exposer la marche à suivre. Elle fait malheureusement tout l'inverse.

L'administré reçoit un courrier accusant réception du recours en ces termes : *« votre demande a bien été enregistrée (...) Un délai nous est nécessaire pour étudier votre demande et présenter votre dossier à la Commission de Recours Amiable. Vous recevrez ensuite une notification de la décision donnée par les Conseillers »*. Ce texte est écrit en police Arial, taille 11, avec un interligne 1,5 entre les paragraphes. Puis, sous la signature du Responsable contentieux, en bas de la feuille, en police Arial, taille 7,5, sans interligne entre les paragraphes, on déchiffre non sans peine : *« Conformément aux dispositions de l'article R. 142-6 du Code de la Sécurité sociale, si la décision de la Commission de Recours Amiable n'a pas été portée à votre connaissance dans le délai de deux mois, vous pouvez considérer votre demande comme rejetée et saisir le tribunal judiciaire (...). Dans ce cas, votre saisine devra intervenir sous peine de forclusion et conformément à l'article R. 142-1A-III du Code de la Sécurité sociale dans les deux mois à compter de l'expiration du délai de deux mois précité »*.

Que feront les administrés après réception de ce pli ? S'ils sont limités dans leur acuité visuelle ou leur entendement juridique, il y a fort à parier qu'ils attendront. Une grande part d'entre eux se réveillera trop tard : la forclusion sera acquise, au profit de l'organisme de Sécurité sociale. Les services contentieux des Caisses qui produisent ces accusés de réception n'auraient pas opéré différemment s'ils avaient voulu berner le plus grand nombre.

III. Nécessaire retour au devoir de loyauté de l'administration

Le procédé décrit nous renvoie à l'époque des Trente glorieuses, quand le consommateur était régulièrement dupé par des entreprises sans scrupules : ventes ruineuses « à la boule de neige », contrats d'assurance fabuleux avec exclusions de garantie écrites en tout petit au verso, promesses intenables de bons de réduction. Depuis, heureusement, le Code de la consommation est venu y mettre bon ordre.

Par exemple, « l'article L211-1 du Code de la Consommation fixe une obligation de présentation et de rédaction claire et compréhensible des clauses du contrat, laquelle s'étend à la police de caractère »⁸. Celle-ci ne doit pas rendre « soit impossible, soit malaisée sans dispositif d'agrandissement la lecture sur support papier, des lignes rassemblées en paragraphes compacts et priver ainsi le consommateur d'une connaissance effective des conditions contractuelles au moment de la conclusion du contrat ». Sont jugées ainsi illicites des conditions générales écrites avec une « typographie de taille inférieure au corps 8 ». La Cour d'appel de Paris aurait sanctionné la CPAM et sa typographie de corps 7,5 – si l'organisme de sécurité sociale avait été soumis aux mêmes normes qu'un opérateur de téléphonie mobile.

L'Assurance maladie a une vocation autrement plus haute que la quête du profit. Il est donc naturel qu'elle suive une règle plus contraignante que celle imposée aux entreprises : la loyauté de l'administration, véritable « devoir de droiture »⁹. Éclairé par cette nouvelle exigence morale, un simple examen de conscience devrait suffire au responsable contentieux pour retrouver le droit chemin. Sinon, gare... le Recteur veille !

8. CA Paris, 30 mars 2018, n° 16/16694.

9. Elsa Déléage, « *La loyauté de l'administration* », Revue générale du droit, Études et réflexions 2015, numéro 1.

Quelle objection de conscience à la vaccination anti-Covid ?

Par Grégor PUPPINCK
Docteur en droit¹

Dans notre société divisée, que l'on dit minée par l'individualisme, le virus nous a fait redécouvrir l'existence tangible d'un bien commun : la santé publique, et la nécessité pour chaque membre de la société d'y contribuer, ce qui implique une part de sacrifice. L'abandon du service militaire nous avait fait oublier ce devoir de contribuer au bien commun ; seul restait encore perceptible, pour une partie des Français, celui de contribuer au paiement de l'impôt.

Est-ce donc par excès d'individualisme et d'égoïsme que certains prétendent échapper à leur devoir envers la santé publique en refusant le vaccin anti-Covid, comme d'autres refusaient le service militaire tout en profitant de la protection et du sacrifice de leurs conscrits ? N'est-il pas injuste de prétendre être dispensé de ce devoir ? Et qui sommes-nous pour juger, pour mettre en cause la parole des experts pharmaceutiques et des gouvernants sur un sujet qui dépasse de loin la compétence de la plupart des Français ?

1. Il est notamment l'auteur de « *Objection de conscience et droits de l'homme* », (Téqui, Paris, 2020)

Alors que des milliers de personnes invoquent la liberté de conscience pour refuser la vaccination contre le Covid, notamment devant la Cour européenne des droits de l'homme, il est opportun de faire le point sur la jurisprudence de cette juridiction européenne en la matière.

I. L'objection de conscience à la vaccination est respectée en principe par l'absence de vaccination forcée

En principe, la vaccination n'est pas imposée de force dans les pays respectant le principe du respect de consentement des patients à tout acte médical. Par respect pour l'autonomie des patients, de nombreux pays excluent toute obligation vaccinale, tandis que d'autres prévoient explicitement un droit à l'objection de conscience. D'autres enfin, estiment devoir sanctionner les personnes refusant de se soumettre à la vaccination.

A – Le principe du respect de consentement libre et éclairé

Avant tout, il faut rappeler que la vaccination est en soi une exception, une atteinte aux principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain reconnus en droit international et français². Lorsqu'elle est obligatoire, elle porte aussi atteinte au principe du respect du consentement libre et éclairé des personnes, préalable à toute intervention médicale. Ainsi, en principe, le refus de recevoir un soin médical – y compris la vaccination – est un droit de tout patient, garanti d'ailleurs explicitement par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Cette loi a inséré à l'article L1111-4 du Code de santé publique le principe suivant lequel « *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ».

2. Articles 16-1 et 16-3 du Code civil.

Un tel refus de se voir appliquer un acte médical ou un traitement ne se distingue pas d'une objection de conscience, car celle-ci consiste précisément dans le refus d'accomplir une prescription qui déroge à un principe supérieur auquel l'objecteur a la conviction de devoir obéir. L'objection de conscience est un refus de déroger à un principe supérieur à l'ordre contraire reçu d'une autorité légitime. En l'espèce, le principe supérieur auquel la vaccination déroge est le droit au respect de l'intégrité physique. Ainsi, il existe déjà en droit français de la santé un véritable droit des patients à l'objection de conscience à l'égard de toute intervention médicale les concernant. C'est la raison pour laquelle la vaccination n'est pas imposée de force, à la différence, autrefois, de la conscription. En cela, l'objection de conscience à la vaccination est respectée dans son principe. C'est un premier point important à souligner.

B – Une diversité de régimes

Par respect pour les principes généraux du respect de l'intégrité physique et morale des personnes, de nombreux gouvernements refusent d'ailleurs toute obligation vaccinale et se limitent à la recommander. C'est le cas notamment, en Europe, pour l'Allemagne, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, l'Irlande, la Lituanie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, ou encore la Suède. Ces pays obtiennent de très bons résultats en termes de couverture vaccinale, équivalents aux pays qui imposent la vaccination. Ce point est lui aussi essentiel, car il relativise l'utilité des politiques de vaccination obligatoire.

Animés d'un esprit libéral, et par respect pour l'intégrité physique et morale des personnes, de nombreux États fédérés américains reconnaissent en outre aux individus le droit à l'objection de conscience à l'encontre de tout vaccin, même de ceux dont l'utilité et l'innocuité sont certaines. C'est aussi le cas de la Bulgarie et de la République tchèque, sous

conditions. Au Royaume-Uni, dès 1898, le Parlement britannique a reconnu aux parents le droit de soustraire leurs enfants à la vaccination s'ils l'estiment inutile ou dangereuse³. Il semble bien que ce soit la première reconnaissance légale d'un droit à l'objection de conscience, avant même celle portant sur le service militaire⁴.

D'autres pays, comme la France, ont fait le choix de sanctionner les personnes qui refusent les vaccins rendus obligatoires par la loi, sans toutefois vacciner ces personnes de force. Ces sanctions sont soit de nature administrative (telles que des interdictions d'accès à certains lieux ou professions), soit de nature pénale (telles que des amendes), le but de ces sanctions étant à la fois de limiter les risques de transmission et de pousser les personnes à se faire vacciner.

C'est à l'encontre de ces contraintes et sanctions que se pose, une seconde fois, la question de l'objection de conscience : une personne qui refuse la vaccination peut-elle invoquer le respect de sa liberté de conscience pour échapper aux sanctions ? Face à une obligation ordinaire, il est évident que nul ne peut invoquer sa liberté de conscience pour échapper à l'application de la loi. Mais la vaccination n'est pas une obligation ordinaire : elle porte atteinte à l'intégrité physique, voire morale, des personnes. Elle est un mal pour un bien : un mal qui peut être parfaitement justifié, certes, mais un mal tout de même, au plan juridique, en ce qu'il y a atteinte au principe du respect de l'intégrité physique.

3. A. Bertrand et D. Torn. *Libertés individuelles et santé collective. Une étude socio-historique de l'obligation vaccinale*. Cermes – Rapport au Conseil supérieur d'hygiène publique de France, novembre 2004, 108 pages.

4. Haut-Commissariat aux droits de l'homme, « *L'objection de conscience au service militaire* », HR/PUB/12/1, Nations unies, 2012, p. 4.

II. L'objection de conscience et la sanction du refus de vaccination obligatoire

La Cour européenne des droits de l'homme a, elle aussi, entériné la possibilité d'une objection de conscience à la vaccination dans la fameuse affaire *Vavříčka et autres c/République tchèque* (n° 47621/13) rendue le 8 avril 2021 par la Grande chambre de cette Cour. De façon exceptionnelle, le gouvernement français est intervenu dans cette affaire pour tenter de convaincre la Cour de dénier toute liberté de conscience en matière vaccinale au motif que l'obligation vaccinale s'impose à tous, indépendamment des convictions des personnes, s'appuyant en cela sur l'ancienne décision *Boffa et autres c/Saint-Marin* de 1998⁵. Ce motif constituait un bel exemple de raisonnement circulaire : la vaccination doit s'imposer à tous, car elle s'impose à tous. La Grande chambre de la CEDH a donné tort au Gouvernement français sur ce point central (et raison à l'ECLJ lui aussi intervenant) en appliquant à la vaccination sa jurisprudence reconnaissant le droit à l'objection en matière de service militaire (*Bayatyan c/Arménie*, 2011). Il en résulte que le refus de la vaccination peut se prévaloir non seulement du droit au respect de la vie privée – ce qui était établi depuis l'affaire *Salveti c/Italie* de 2002⁶, mais aussi de la protection de la liberté de conscience garantie à l'article 9 de la Convention européenne.

Il convient alors d'appliquer à la vaccination les critères développés par la Cour pour apprécier l'existence d'une véritable objection de conscience au service militaire.

5. Com. EDH, *Boffa et autres c/Saint-Marin*, déc. n° 26536/95, 15 janvier 1998.

6. CEDH, *Salveti c/Italie*, n° 42197/98, 9 juillet 2002.

A – Critères relatifs à la conviction

L'objection de conscience à la vaccination doit alors reposer sur de véritables convictions, sur des « *convictions sincères* »⁷ selon le Comité des droits de l'homme, ou encore sur des « *convictions sincères et profondes, de nature religieuse ou autre* »⁸ selon la Cour de Strasbourg. Il peut s'agir d'une conviction « *éthique* »⁹ c'est-à-dire morale, ou « *religieuse* »¹⁰. La CEDH a précisé opportunément que « *(l)le mot “convictions”, pris isolément, n'est pas synonyme des termes “opinion” et “idées”. Il s'applique à des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance* »¹¹.

Il en résulte que l'objection ne doit pas être motivée « *par intérêt personnel ou par convenance personnelle, mais en raison de convictions religieuses sincères* »¹². Ce critère de désintéressement personnel est éclairant, il indique que le véritable objecteur n'agit pas dans un esprit anarchique, mais au contraire par obéissance à ses convictions morales et/ou religieuses lorsque la loi s'en écarte. Il est arrivé à la CEDH de refuser le bénéfice du droit à l'objection de conscience au service militaire à un objecteur dont la sincérité des convictions pacifistes était douteuse¹³.

7. Cf. notamment CDH, *Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi c/République de Corée*, précitée, § 8.3.

8. CEDH, *Bayatyan c/Arménie*, § 110.

9. CEDH, *Chassagnou c/France* § 114, et *Schneider c/Luxembourg*, § 80, précités.

10. CEDH, *Eweida et autres c/RU*, § 108.

11. CEDH, *Folgero et autres c/Norvège*, GC, n° 15472/02, 29 juin 2007, § 84. Voir aussi CEDH, *Valsamis c/Grèce*, n° 21787/93, 18 décembre 1996, § 25 et 27, et CEDH, *Campbell et Cosans c/Royaume-Uni*, n° 7511/76, 7743/76, 25 février 1982, § 36-37.

12. CEDH, *Bayatyan c/Arménie*, § 124.

13. CEDH, *Dyagilev c/Russie*, n° 49972/16, 10 mars 2020.

B – Critères relatifs à l'objection

L'existence d'une véritable conviction ne suffit pas. Encore faut-il que celle-ci provoque un « *conflit grave et insurmontable* »¹⁴ entre « *une obligation (...) et la conscience d'une personne ou ses convictions* »¹⁵. Dans ce cas, c'est l'objection de conscience qui, à son tour, « *constitue une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance pour entraîner l'application des garanties de l'article 9* »¹⁶.

Ainsi, le conflit doit satisfaire à deux critères, d'abord celui de la gravité, ensuite, celui du caractère insurmontable. S'agissant du premier de ces critères (la gravité), il doit être compris comme exigeant que la matière en cause ne soit pas mineure et ait une incidence sur le plan de la conscience. Tel n'est pas le cas par exemple en Europe¹⁷ de l'obligation générale de payer des impôts¹⁸. Quant au second de ces critères (le caractère insurmontable), il signifie que l'objection doit constituer le seul choix possible à la personne : celle-ci doit être acculée au refus, dépourvue de toute échappatoire. La question se pose pour les employés soumis à une obligation hiérarchique contraire à leurs convictions. Depuis l'affaire *Ladele*¹⁹, la Cour européenne estime qu'un conflit de conscience dans le cadre professionnel bénéficie de la protection de l'article 9 alors même que l'employé concerné a choisi librement son emploi et qu'il a la faculté de démissionner, considérant qu'« *il vaut mieux apprécier cette possibilité* [de

14. *Bayatyan c/Arménie*, § 110.

15. *Idem*.

16. *Bayatyan*, § 110.

17. Il en va différemment aux États-Unis qui, par respect des consciences, interdisent le financement contraint de l'avortement et de la contraception par l'impôt ou les cotisations d'assurance maladie.

18. Com. eur. DH, C. *c/Royaume-Uni*, n° 10358/83, déc., 15 décembre 1983, DR 37, p. 148.

19. CEDH, *Eweida et autres c/Royaume-Uni*.

démissionner] *parmi toutes les circonstances mises en balance lorsqu'est examiné le caractère proportionné de la restriction* »²⁰. Ainsi, la faculté dont dispose un employé de démissionner ne retire pas à l'objection son caractère insurmontable. Heiner Bielefeldt souligne en ce sens que « *les employés ne renoncent pas à leur liberté de pensée, conscience, religion ou croyance en signant un contrat de travail* »²¹. De même, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a appelé les États « *à défendre la liberté de conscience sur le lieu de travail* »²².

Le refus de la vaccination peut donc se prévaloir, à ces conditions, de la protection de la liberté de conscience, y compris dans le cadre professionnel. Dans l'affaire *Vavříčka*, la Cour avait finalement refusé cette protection au requérant considérant qu'il « *n'a pas précisé ou étayé plus avant son grief fondé sur l'article 9* », et que par suite « *l'avis critique de l'intéressé sur la vaccination n'est pas de nature à constituer une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance pour entraîner l'application des garanties de l'article 9* » (§ 335).

Face aux mesures sanctionnant un refus de vaccination, l'objection de conscience peut donc être invoquée, mais elle n'est pas reconnue automatiquement. Encore faut-il prouver que le refus repose sur des convictions sincères et profondes. Il peut s'agir de convictions de nature religieuse ou morale. Il convient alors de distinguer selon la nature de la conviction motivant l'objection.

20. CEDH, *Eweida et autres c/Royaume-Uni*, § 83.

21. Heiner Bielefeldt, in *Freedom of Religion and Belief: An International Law Commentary*, by Heiner Bielefeldt, Nazila Ghanea, and Michael Wiener, 2017, OUP, Oxford, p. 301.

22. APCE, Résolution 2036 (2015), *Combattre l'intolérance et la discrimination en Europe, notamment lorsqu'elles visent des chrétiens*, § 6.2.2.

C – En cas d'objection fondée sur une conviction religieuse

En cas d'objection de conscience fondée sur une conviction religieuse, « le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de sa part quant à la légitimité des convictions religieuses ou à la manière dont elles sont exprimées »²³. Ainsi, alors que le juge peut constater qu'une conviction à l'origine d'une objection fait bien partie des préceptes culturels d'une religion donnée, il ne peut en principe porter de jugement sur son bien-fondé. Il en est ainsi de la conviction religieuse à l'origine du refus de la transfusion sanguine. Il ne peut la réduire au rang de simple opinion au motif que ce refus lui paraît « irrationnel, malavisé ou imprudent aux yeux des autres »²⁴. Le respect de la liberté religieuse impose alors de chercher à accommoder l'objection, à concilier les droits et obligations.

D – En cas d'objection morale à une obligation vaccinale

En cas d'objection morale à une obligation vaccinale, en revanche, les autorités publiques ne sont pas incompétentes pour porter une appréciation sur les convictions en cause, car ces convictions pour être véritablement morales ou éthiques doivent être rationnelles. Il faut donc argumenter que le refus est motivé par telle ou telle conviction, par exemple, qu'il est moralement inacceptable de se faire inoculer un vaccin conçu au moyen de cellules de fœtus avortés. La reconnaissance de l'objection morale à une obligation vaccinale particulière dépendra alors des caractéristiques de l'injection en cause. C'est ce que la CEDH a précisé dans l'affaire *Vavříčka*, en déclarant d'emblée que son jugement porte sur « la vaccination usuelle et de routine des enfants contre des maladies qui

23. CEDH, *Manoussakis et autres c/Grèce*, n° 18748/91, 26 septembre 1996, § 47 ; *Hasan et Tchaouch c/Bulgarie*, GC, n° 30985/96, 26 octobre 2000, § 78.

24. CEDH, *Les témoins de Jéhovah de Moscou c/Russie*, n° 302/02, 10 juin 2010, § 131-144.

sont bien connues de la médecine » (§ 158), estimée « *sûre et efficace par la communauté scientifique* » (§ 291) et garantissant une protection collective contre la transmission de maladies graves. La Cour a aussi déclaré essentielle l'existence d'un régime d'indemnisation sans faute des effets secondaires et a tenu compte de la transparence du processus d'élaboration de la politique vaccinale (§ 302). Un vaccin n'offrant pas ces garanties ou qui ne viserait pas une maladie grave pourrait – et même devrait – faire l'objet d'une sérieuse objection.

Outre les caractéristiques du vaccin et de la maladie, la reconnaissance de l'objection morale peut aussi dépendre de la sévérité des contraintes et sanctions imposées aux objecteurs. Dans l'affaire *Vavříčka*, la Cour les a estimées proportionnées à l'objectif de prévention de transmission des maladies en cause, car limitées à une amende faible (100 euros) et à l'impossibilité d'inscrire des enfants à la garderie. De façon pertinente, la Cour a aussi précisé qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre obligation et recommandation vaccinale : dès lors qu'il y a contrainte ou sanction, il y a obligation. Il en résulte que le fait d'infliger des contraintes et sanctions disproportionnées, incohérentes ou discriminatoires doit conduire à la reconnaissance d'une violation des droits des objecteurs, même si l'État dispose d'une certaine marge d'appréciation à cet égard.

Dès lors, au regard de chaque critère posé par la Cour européenne, il est évident que le régime français de la vaccination anti-covid soulève de sérieuses difficultés ; et l'on comprend la décision de plusieurs gouvernements voisins d'alléger leur propre régime.

Il est bon que dans notre système européen de protection des droits de l'homme, il soit possible d'opposer la conscience à une loi, lorsque celle-ci paraît manifestement injuste ; car la conscience personnelle est l'ultime garante de la justice et de la liberté. Cette voie de l'objection de conscience

est plus difficile à saisir dans la pensée contemporaine que celle, beaucoup plus fréquentée, invoquant le respect de la vie privée. Mais elle a l'avantage de relier, par la conscience, la loi à la justice, et de réordonner à celle-ci les attitudes parfois confuses de contestation et de refus.

Droit des libertés fondamentales et droit de l'archéologie : quelques observations sur une rencontre difficile

Par Thierry RAMBAUD

Diplômé en archéologie

Professeur de droit public à l'Université de Paris-Cité

Avocat au barreau de Paris

S'il est bien une évolution emblématique de notre droit français, mais ce n'est pas la seule bien entendu, c'est la place croissante tenue par la garantie des libertés fondamentales dans l'ensemble des disciplines juridiques. Cette évolution, qui concerne tant le droit privé que le droit public, a pris un tournant décisif avec l'entrée en vigueur de la Question prioritaire de constitutionnalité au 1er mars 2010 et le développement du droit européen des libertés, tant dans le cadre de l'Union européenne que de celui du Conseil de l'Europe. Si une large majorité de juristes se félicite de cette avancée d'un droit public de plus en plus fondé sur des critères issus de la protection de l'État de droit, de la démocratie et des droits de l'Homme, d'autres voix, de plus en plus nombreuses, soulignent les risques que fait courir sur la cohésion de nos sociétés contemporaines ce mouvement continu en faveur de la reconnaissance de « droits subjectifs à ». C'est le triomphe de l'« ère de l'individu »¹ qui se réalise au détriment de la

1. Gilles Lipovetsky, *L'ère du vide. Essais sur l'individualisme contemporain*, Gallimard, 1989.

prise en considération du « nous » comme groupe social majoritaire nécessitant une dynamique unitaire qui subsiste dans le temps long. Les enseignements de l'histoire sont ici à méditer.

C'est en considération de cette observation préliminaire que nous avons souhaité rendre hommage à cet esprit à la fois libre et engagé qu'est Armel Pécheul. Peut-être, ce dernier se souvient-il de notre premier échange qui se produisit rue de Grenelle au cabinet du ministre de l'Éducation nationale un soir de l'automne 2007. Nous avons échangé sur un certain nombre de sujets communs, politiques et autres. Je n'oublie pas non plus les responsabilités qu'a prises Armel Pécheul au sein du RPR. Pour avoir été secrétaire national de l'UMP, avant de prendre la responsabilité de délégué de la 3^e circonscription « Les Républicains », dans le Béarn, je suis heureux de partager ces quelques lignes avec un « Cher compagnon » selon la terminologie généralement en cours chez les gaullistes. C'est toutefois sur un autre terrain que je souhaite rendre hommage à Armel Pécheul, celui de la difficile rencontre entre le droit des Libertés fondamentales et le droit de l'archéologie qui se comprend si l'on admet la nécessité de ne pas négliger les outils issus de l'analyse des politiques publiques dans le droit des libertés. Après avoir rappelé que l'exercice des libertés fondamentales rencontre des difficultés à se faire sa place dans le droit de l'archéologie (I), nous tenterons d'expliquer cet état du droit et d'en proposer une explication qui s'efforcera d'ouvrir une discussion sur la nécessité de se doter des bons instruments d'analyse pour comprendre la réglementation juridique des libertés dans l'ordre juridique français (II).

I. Une prééminence de l'intérêt général qui justifie des restrictions aux libertés fondamentales

Nous voici en effet confrontés à une interrogation qui rejoint les remarques que l'on formulait en introduction de cette petite contribution : quelle est peut-être la place des libertés fondamentales dans le droit de

l'archéologie, droit dominé par la prééminence de l'intérêt général qui s'attache à la protection du patrimoine national archéologique ? Toute l'évolution de la législation en matière archéologique traduit, selon des étapes et des périodes qu'il convient d'affiner, un renforcement de la mainmise, de la propriété et des contrôles de l'État sur l'objet archéologique immobilier comme mobilier découvert. Comme le souligne Alexandre Dumont-Castells, dans une remarquable thèse récente soutenue en Archéologie à l'Université d'Aix-Marseille, le modèle français de droit de l'archéologie s'apparente à un « modèle restrictif » et non à un « modèle coopératif... »². Au regard des principes fondamentaux du droit de l'archéologie, est-il possible de caractériser la place tenue par le citoyen dans ce droit ?

Qu'entend-on, en premier lieu, par la discipline « droit de l'archéologie » ? On définira cette dernière comme l'ensemble des dispositions juridiques qui s'appliquent aux fouilles et aux objets, mobiliers comme immobiliers issus de ces dernières, ainsi qu'à la protection et à la conservation de ces derniers. Le droit de l'archéologie entretient ainsi un lien étroit avec le droit de l'art ou celui des musées. Il s'en différencie toutefois par le fait que son champ d'application ne concerne pas exclusivement des objets qui

2. Le propos de l'auteur concerne ici le détectorisme. Il distingue entre deux grands ensembles de pays : « *Il y a ceux qui ont des systèmes restrictifs (ex. : France, Italie), prohibitifs (ex. : Tunisie, Grèce, Arizona, Texas, Caroline du Nord aux États-Unis), et il y a ceux qui ont des systèmes ou des modèles de conciliations ou coopératifs (Angleterre, Pays de Galles, Belgique, Danemark, Finlande, Pays-Bas). Cependant, dans l'un ou l'autre de ces groupes, les systèmes sont aussi à des degrés divers permissifs, l'autorisation administrative est préalable à l'usage du détecteur de métaux en fonction de la nature* », Alexandre Dumont-Castells, *Le pillage du patrimoine archéologique terrestre en France métropolitaine*, Volume 1, thèse en Archéologie, soutenue sous la direction du professeur Dominique Garcia le 18 juin 2021, Université d'Aix-Marseille. La qualification de « système restrictif » vaut, comme on va l'expliquer, également pour le régime juridique applicable au droit de propriété en matière archéologique.

présentent un intérêt certain du point de vue de l'histoire de l'art. Pour l'essentiel, les dispositions législatives relatives au droit de l'archéologie figurent dans le livre V du Code du patrimoine qui se structure en trois titres : « *Définition du patrimoine archéologique* », « *Archéologie préventive* », « *Fouilles archéologiques programmées et découvertes fortuites* ».

Il existe également des règles de droit international et de droit européen qui encadrent le droit français de l'archéologie. À cet ensemble s'ajoutent des dispositions de nature administrative, réglementaires ou non. La constitution d'une discipline « droit de l'archéologie » se heurte à un certain nombre de questionnements méthodologiques et épistémologiques que Noé Wagener a parfaitement mis en évidence. Sa formule fait mouche : « *le principal enjeu du droit de l'archéologie : (sic) comment éviter le décalage entre ce qui est scientifiquement archéologique (l'objet de l'archéologie) et ce qui est juridiquement archéologique (l'objet du droit de l'archéologie)*³ ». Nous souscrivons volontiers à la seconde proposition de l'auteur : « *l'objet du droit de l'archéologie est l'objet de l'archéologie tel que l'État l'interprète* »⁴. En effet, un objet, qui peut être qualifié comme présentant un intérêt archéologique par la communauté des archéologues, ne sera pas toujours considéré comme tel selon les catégories en vigueur en droit français de l'archéologie. Mais, c'est là un autre sujet.

Le droit de l'Archéologie constitue, et c'est paradoxal au regard de son objet même, un droit relativement récent. La première loi d'importance en droit de l'archéologie remonte à 1941 et au régime de Vichy. Ce dernier adopta deux lois en date du 27 septembre 1941 sur les fouilles

3. N. Wagener, « *Qualifier juridiquement le patrimoine archéologique* », in V. Négri, *Le patrimoine archéologique et son droit : questions juridiques, éthiques et culturelles*, Bruylant, 2015, p 201.

4. *Ibid*, p 202.

archéologiques et du 21 janvier 1942 sur le service archéologique dont la responsabilité échoit au CNRS. Seule la première loi fut validée à la Libération par l'ordonnance du 13 septembre 1945 et continua à s'appliquer sous la IV^e République. Il s'agit d'une loi encore assez protectrice du droit de propriété privée qui respecte les dispositions de l'article 552 du Code civil dont l'alinéa 1er dispose : « *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* ». Évidemment, le droit des fouilles archéologiques constitue une *lex specialis* pouvant justifier un régime d'autorisation préalable.

En revanche, cette loi n'énonce pas de statut particulier pour les objets issus des fouilles à l'exception de celles exécutées par l'État. Elle pose un principe cardinal du droit de l'archéologie : celui de la nécessité d'une autorisation préalable pour procéder à des fouilles archéologiques. Cette exigence d'une autorisation préalable, incompatible, on le sait par principe, avec l'identification d'une liberté fondamentale, est encore actuellement au fondement du droit français de l'archéologie.

Cette loi doit beaucoup à Jérôme Carcopino (1881-1970) qui fut ministre de l'Éducation (1941-1942) dans le gouvernement Darlan⁵. La thèse de Stéphanie Corcy-Debray, *Jérôme Carcopino, un historien à Vichy*, apporte de précieuses informations sur les raisons qui ont présidé à l'adoption de cette loi⁶. Carcopino, historien et archéologue, était convaincu, notamment avec ses collègues Eugène Albertini et Albert Grenier, qui sera le premier directeur de la revue « Gallia », que la France

5. Il est également célèbre pour avoir fondé la revue d'archéologie « Gallia » et avoir défini les circonscriptions archéologiques nationales (préhistoriques et historiques). Il démissionne du gouvernement en 1942 et est emprisonné à la libération. Il sera « réhabilité » en 1947, *Jérôme Carcopino, Les chercheurs du passé (1798/1945), Aux sources de l'archéologie*, préface de Jean Leclant, CNRS Éditions, p 670.

6. S. Corcy-Debray, *Jérôme Carcopino, un historien à Vichy*, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2001, p 361-363.

avait un important retard à combler dans la mise en place d'une politique de protection du patrimoine national. Ils avaient déjà réfléchi aux principales orientations de la loi à la fin de la III^e République. Cependant, les circonstances politiques n'allaient pas rendre possible l'adoption de cette réforme nécessaire. La nécessité de l'adoption d'une réforme d'ampleur restait une véritable nécessité lorsque la République sombra devant les avancées victorieuses de l'armée allemande en 1940. Pour remédier cet état de fait, la loi instaure un régime d'autorisation préalable obligatoire pour toute personne ou structure désireuse d'entreprendre une fouille, autorisation qui était délivrée par le Secrétaire d'État à l'Éducation nationale et à la jeunesse après délivrance d'un avis de la commission des monuments historiques. Le dispositif légal réserve la compétence de l'État au nom de l'intérêt national. Comme le relève Stéphanie Corty-Debray, « *il (le secrétaire d'État) a bien sûr le droit de revendiquer les pièces trouvées au nom de l'État pour les collections publiques* »⁷. Cette loi ne résolvait cependant pas toutes les difficultés liées à la sauvegarde et à la conservation du patrimoine archéologique français. En outre, les moyens manquaient largement. Une série de rapports commandés par les pouvoirs publics ont évoqué des pistes de réforme⁸. Le plus célèbre d'entre eux est assurément dû à l'ethnologue et ancien ministre du Général de Gaulle, Jacques Soustelle. Il rendit son rapport en 1975 au Premier

7. S. Corcy-Debray, *Jérôme Carcopino, un historien à Vichy*, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2001, p. 362.

8. M-O Baruch, « *Fabrique de l'archéologie ou fabrique de rapports sur l'archéologie ? Du rapport Soustelle au rapport Demoule-Pêcheur-Poignant* », in J-P Demoule (dir), *La fabrique de l'archéologie en France*, Paris, La Découverte, « Hors collection Sciences Humaines », 2009, p. 239-250,

<https://www.cairn.info/la-fabrique-de-l-archeologie-en-france--9782707158826-page-239.htm>, consulté le 29 juillet 2021. Cette contribution d'importance met bien l'accent sur le rôle des différents rapports rédigés par des personnalités diverses ayant une compétence ou une expérience dans le domaine de l'archéologie dans la période courant de la libération jusqu'à l'adoption de la loi de 2001 sur l'archéologie préventive.

ministre de l'époque, Jacques Chirac dont l'intérêt pour l'archéologie est aujourd'hui bien connu. Ces rapports ont inspiré à des degrés divers des réformes de la loi.

Ces évolutions postérieures de la législation s'inscrivent autour d'un axe qui est celui de la prise en considération de l'intérêt général et du renforcement des contrôles de l'État, bien que cette histoire de la politique publique de la protection du patrimoine archéologique et historique est loin d'être linéaire comme l'a montré l'historien Marc-Olivier Baruch⁹.

À ce stade de nos développements, retenons l'idée principale qui soutient l'organisation générale du droit de l'archéologie : la prééminence du critère d'intérêt général qui s'attache à la protection du patrimoine archéologique national. Ce point a été souligné par le Conseil constitutionnel dans une décision en date du 31 juillet 2003¹⁰. Au sujet de la création de la taxe de redevance archéologique, le Conseil constitutionnel avait relevé que celle-ci répondait à un motif d'intérêt général, celui « *de la protection du patrimoine archéologique* ». Une telle décision revenait à reconnaître une dimension constitutionnelle à la protection par la France de son « patrimoine archéologique »¹¹. L'objectif

9. M-O Baruch, « *Fabrique de l'archéologie ou fabrique de rapports sur l'archéologie ? Du rapport Soustelle au rapport Demoule-Pêcheur-Poignant* », in J-P Demoule (dir), *La fabrique de l'archéologie en France*, Paris, La Découverte, « Hors collection Sciences Humaines », 2009, p. 239-250,

<https://www.cairn.info/la-fabrique-de-l-archeologie-en-france--9782707158826-page-239.htm>, consulté le 29 juillet 2021.

10. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003480DC.htm>

11. Voir le considérant 6 de la décision : « *Considérant qu'en raison de leur durée, de leur objet et des possibilités d'intervention de l'État postérieurement à leur échéance, les délais prévus par la loi déferée, qui, pour la plupart d'entre eux, figuraient déjà dans la réglementation prise en application de la législation antérieure, ne portent pas atteinte à*

d'intérêt général attaché à la protection du patrimoine archéologique (et « *historique et artistique* ») a été repris par un arrêt du Conseil d'État en date du 6 août 2021, dans lequel ce dernier juge qu'il n'est pas nécessaire de « *renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des articles L531-1, L541-4, L541-5, L542-1, L544-1 et L544-4-1 du Code du patrimoine* »¹².

la continuité des missions d'archéologie préventive ; qu'au demeurant, ils tendent à concilier l'intérêt général qui s'attache à la préservation du patrimoine archéologique avec des principes constitutionnels tels que le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, ainsi qu'avec d'autres objectifs d'intérêt général tels que le développement économique et l'aménagement du territoire. »

12. Nous reproduisons ici le point 4 de l'arrêt du Conseil d'État, CE, 6^e chambre, 06/08/2021, 446688, inédit au recueil Lebon : « 4. Ces dispositions mettent en place deux régimes d'autorisations préalables, l'un pour l'utilisation de dispositifs de détection de métaux, l'autre pour la réalisation de fouilles et de sondages, dès lors qu'il s'agit de recherches de monuments ou d'objets "pouvant intéresser la préhistoire, l'histoire, l'art ou l'archéologie". Elles prévoient en outre la propriété de l'État sur les biens archéologiques mobiliers mis au jour à la suite d'opérations de fouilles archéologiques ou de découvertes fortuites. D'une part, ces dispositions poursuivent l'intérêt général de préservation du patrimoine archéologique, historique et artistique. D'autre part, ce régime se borne, dans les hypothèses précitées, à subordonner l'utilisation d'un détecteur de métaux par son propriétaire à la délivrance d'une autorisation par l'administration, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir. En outre, contrairement à ce que soutient l'association requérante, les termes de "fouilles" ou de "sondages" utilisés par la loi pour imposer une autorisation et en sanctionner pénalement le défaut correspondent à des termes usuels qui ne suscitent pas de difficulté d'interprétation. Il en va de même de la notion de "biens archéologiques mobiliers mis au jour à la suite d'opérations de fouilles archéologiques et de découvertes fortuites" sur certains terrains, qui renvoie sans ambiguïté aux objets découverts pouvant intéresser la préhistoire, l'histoire, l'art ou l'archéologie, c'est-à-dire aux objets produits ou transformés par l'activité humaine, mais aussi aux divers prélèvements de matériaux naturels et de nature biologique relatifs au règne humain, animal et végétal, et dont l'attribution de la propriété à l'État par les dispositions contes-

Au nom de cette exigence de valeur constitutionnelle, le législateur a été conduit à amoindrir la portée du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre dans le champ du droit de l'archéologie. S'agissant du droit de propriété, par exemple, nous avons eu l'occasion de nous interroger sur le nouveau régime juridique du patrimoine archéologique immobilier et mobilier issu des réformes réalisées par la loi n° 2016-725 du 7 juillet 2016, le décret n° 2017-925 du 9 mai 2017 et l'ordonnance n° 2017-1117 du 29 juin 2017 relative aux règles de conservation, de sélection et d'étude du patrimoine archéologique mobilier. La nouvelle rédaction des articles L541-4 et suivants du Code du patrimoine relativement aux biens mobiliers dispose : « *Les articles 552 et 716 du Code civil ne sont pas applicables aux biens archéologiques mobiliers mis au jour à la suite d'opérations de fouilles archéologiques ou de découvertes fortuites réalisées sur des terrains dont la propriété a été acquise après la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine. Ces biens archéologiques mobiliers sont présumés appartenir à l'État dès leur mise au jour au cours d'une opération archéologique et, en cas de découverte fortuite, à compter*

tées, prononcée après l'avis de la commission mentionnée à l'article L541-4 qui a pour but d'éclairer la décision de l'autorité administrative quant à l'intérêt scientifique des biens en cause, répond à l'objectif d'intérêt général précité. Il résulte de ce qui précède que les moyens tirés de ce que les restrictions apportées par les dispositions législatives en cause à l'usage, par les propriétaires de détecteurs de métaux, de ces appareils porteraient atteinte à leur droit de propriété, de l'atteinte portée au droit de propriété des propriétaires des terrains sur lesquels sont découverts des biens archéologiques mobiliers et de ce qu'elles remettraient en cause le principe de légalité des délits et des peines ne présentent pas de caractère sérieux. Il en va de même du grief tiré de ce que ces dispositions porteraient une atteinte injustifiée aux dispositions de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, selon lesquelles la Nation "garantit à tous (...) les loisirs" ». L'argument « intérêt général » apparaît ici comme un argument d'autorité qui ne fait pas réellement l'objet d'une discussion juridique approfondie.

de la reconnaissance de l'intérêt scientifique justifiant leur conservation »¹³. Des solutions moins radicalement attentatoires au droit de propriété auraient pu être envisagées par le législateur : servitudes grevant le droit de propriété, caractère inaliénable du bien, exigence d'une autorisation pour le déplacement du bien... En vain. C'est une autre conception de l'intérêt général qui l'a emporté, plus rousseauiste, plus totalisante. De la même manière, l'exigence d'une autorisation préalable en matière de fouilles limite l'exercice de la liberté d'entreprendre. Il est possible d'affirmer qu'il n'existe aucune liberté fondamentale de recherche et de détection en matière archéologique comme en atteste également l'existence d'une autorisation préalable en matière de détention de détecteurs de métaux.

II. Mise en perspectives et discussion de cette prééminence de l'intérêt général

Ce constat posé, quels enseignements peut-on en tirer pour l'étude de l'articulation entre le droit des libertés fondamentales et le droit de l'archéologie ? L'idée que nous soutenons ici est, qu'à rebours des discours majoritaires sur la « *fondamentalité des droits* » au sens de la supériorité des droits et des libertés à caractère fondamental sur les autres règles de droit interne (lois, actes administratifs unilatéraux...), l'exemple du droit de l'archéologie illustre qu'en réalité la protection des droits et des libertés constitue davantage un paramètre, parmi d'autres, qui est pris en considération par les pouvoirs publics lors de la confection et de la mise en œuvre d'une politique publique dans un secteur déterminé. C'est en invoquant la nécessité d'œuvrer à la réalisation de l'intérêt national qui s'attache à la protection du patrimoine archéologique que le législateur

13. T. Rambaud, « *Petite contribution archéologique à l'approche française de l'intérêt général* », Recueil Dalloz, 11 janvier 2018, n° 1, p. 22-23.

définir un cadre juridique pour les activités et les objets à dimension archéologique en posant des limites à l'exercice d'une liberté fondamentale : le droit de propriété, la liberté d'entreprendre¹⁴... La raison peut en être saisie par un recours aux outils de l'analyse des politiques publiques et, notamment, par l'étude des facteurs qui permettent de saisir comment un « problème » devient un « problème politique » qui s'impose à l'agenda politique. Ce sont en l'espèce les mécanismes de « *la mobilisation interne* », par opposition aux modèles de la « mobilisation externe » ou de « l'anticipation » qui doivent être privilégiés¹⁵. Les professionnels du secteur, archéologues professionnels, conservateurs du patrimoine, professeurs des Universités, ont suffisamment de ressources institutionnelles et politiques pour accéder au cœur même du système politico-administratif et de la « machine gouvernementale », et peser sur l'élaboration de la loi¹⁶ et, par voie de conséquence, inscrire un sujet à l'ordre du jour de l'« agenda politique ». Ce n'est pas un hasard si, comme le relève Stéphanie Corcy-Debray dans sa thèse précitée, « *la loi (du 27 septembre 1941) est d'ailleurs adoptée selon les propositions du CNRS* »¹⁶. Ce sont les hauts fonctionnaires du ministère de la Culture, les « professionnels de l'archéologie » qui disposent des leviers d'influence

14. Un tempérament doit être apporté à cette affirmation. En effet, l'exécution des fouilles, dans le cadre des opérations d'archéologie préventive, « *peut être confiée soit à l'INRAP, soit à des opérateurs publics ou privés dont la compétence scientifique est garantie par un agrément délivré par l'État* », comme le rappelle l'Autorité de la concurrence dans une décision n° 17-D-09 du 1^{er} juin 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par l'INRAP dans le secteur de l'archéologie préventive. Les opérateurs privés réalisant des fouilles doivent être agréés par l'État qui dispose d'un monopole en la matière.

15. Sur ces notions, voir le remarquable manuel de J. de Maillard et de D. Kübler, *Analyser les politiques publiques*, PUG, 2^e édition, 2015. Voir également l'entrée « Agenda/émergence », *Dictionnaire des politiques publiques*, sous la direction de Laurie Boussaguet, Sophie Jacquot, Pauline Ravinet, Science Po, Les presses, 2014.

16. *Ibid*, p. 363.

permettant l'adoption de lois favorables à la protection du patrimoine archéologique. À certains égards, il convient de s'en féliciter. On dira ainsi que l'affaire se situe dans de bonnes mains et que le régime juridique envisagé a été adopté en conformité avec les recommandations des « sachants » du domaine archéologique. Il n'en existe pas moins une limite à ce modèle « exclusif » qui tient au risque d'écarter les citoyens de la politique de protection du patrimoine archéologique. Or, la conservation de ce dernier est l'affaire de toute la nation et non pas seulement celle des fonctionnaires ou des universitaires spécialisés. Ces derniers vont défendre une conception de la protection du patrimoine national caractérisé par une aspiration à la reconnaissance d'un monopole ou d'un « quasi-monopole » public. Encore convient-il que l'État dispose des moyens de sa politique patrimoniale qui a un coût financier certain. Les citoyens sont en droit de demander des comptes de cette gestion. D'autres États ont privilégié un autre modèle davantage centré sur la coopération entre les citoyens et les autorités publiques culturelles. La thèse récente d'Alexandre Dumont-Castells apporte un éclairage très informé à ce sujet¹⁷. Le document recueille des informations tout à fait remarquables et donne les matériaux pour réfléchir à la question centrale suivante : quel est le meilleur modèle juridique permettant d'assurer une protection maximale à la protection du patrimoine national ? Ce sont ici des outils issus du droit positif, de la sociologie juridique ou encore de l'analyse économique du droit qui sont à mobiliser pour tenter d'apporter une réponse qui colle au plus près à la complexité du problème soulevé de la destruction du patrimoine archéologique.

Si l'on reste dans un schéma français de type « restrictif » ou « exclusif », il importe de rappeler que la responsabilité qui échoit à l'État a, ou doit avoir, pour contrepartie un droit symétrique pour les citoyens à la

17. *Ibid*, p. 271 et suiv.

protection du patrimoine archéologique. C'est dans le cas présent le sujet de l'articulation d'une politique publique et du « droit subjectif à » qui est posé. En général, les termes de sujet sont inversés. De la proclamation d'un « droit fondamental à », ou d'un « droit-créance », découle la mise en œuvre d'une politique publique. Il suffit de songer à la mise en œuvre des droits sociaux. À titre d'exemple, le « droit à l'éducation » énoncé dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 induit la mise en œuvre d'une politique de l'Éducation nationale qui passe, notamment, par une obligation à la charge de l'État de pourvoir à la création d'établissements éducatifs et de formation des maîtres. Notre sujet est un peu différent. Quelles sont les conséquences qui découlent pour un citoyen de la reconnaissance du caractère d'intérêt général à valeur constitutionnelle de la protection du patrimoine archéologique ? Un droit fondamental est-il susceptible d'en découler ? La question reste ouverte tant en droit international qu'en droit français. Nous avons évoqué ce sujet dans une note récente publiée en 2020 sur le site internet de l'*European center for Law and justice*¹⁸ et avons apporté une réponse nuancée sur laquelle le cadre imparti à la présente contribution ne permet pas de revenir dans les détails. Il ressort toutefois de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qu'il n'existe pas, en dehors de la garantie au profit des minorités du droit à la protection de leur patrimoine culturel, un véritable droit fondamental à la protection du patrimoine archéologique pour un citoyen d'un État membre du Conseil de l'Europe.

C'est donc sur un paradoxe que l'on souhaiterait conclure ces quelques lignes. Dans la théorie classique du droit des libertés fondamentales, le principe est que l'État se soumet à la règle de droit et aux libertés

18. T. Rambaud, « *Réflexions sur l'arrêt Anhubay et autres contre Turquie* », en date du 21 février 2019, <https://eclj.org/geopolitics/echr/la-protection-du-droit-a-lheritage-culturel-en-europe-doit-elle-etre-reservee-aux-minorites-->.

fondamentales. C'est le principe même de l'État de droit. Or, en notre matière, mais l'enseignement est évidemment généralisable, on peut relever qu'en réalité c'est le législateur qui détermine les principes fondamentaux d'une politique publique et définit le régime juridique des libertés fondamentales en la matière. Conséquence d'une mise à l'agenda politique qui s'opère par une « mobilisation interne », c'est un choix volontaire de la part des pouvoirs publics et, en particulier, du ministère de la Culture, de faire primer les prérogatives de puissance publique sur le régime de propriété des personnes privées et de liberté d'entreprendre dans le domaine de l'archéologie. Un tel choix est de nature à faire relativiser le caractère « fondamental » des libertés constitutionnellement garanties qui s'inscrivent dans le contexte de mise en œuvre d'une politique publique, nonobstant leur proclamation dans un texte qui revêt une valeur supra-législative. On l'aura compris, le juriste qui s'intéresse au droit des libertés fondamentales a tout intérêt à ne pas négliger les enseignements issus de l'analyse des politiques publiques et de la décision publique.

La liberté d'expression des représentants du personnel en entreprise et ses limites

*Par Clément DES ROBERT
Diplômé de l'ESSEC,
Vice-Président du groupe Valeo*

« La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi. »

Le texte est limpide, indiscutable. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 fixe dans son article 11 une des libertés les plus élémentaires, car parmi les plus revendiquées pour les Français, celle de pouvoir penser et s'exprimer librement. Culturellement, légalement, presque de manière innée, chaque citoyen de notre nation éprouve le besoin de pouvoir s'exprimer, manifester, acquiescer, revendiquer. Cette *parrhèsia* a été également développée au sein de la culture anglo-saxonne, à l'origine par pragmatisme (!) dans le *Bill of Rights* de 1689 dont l'objectif restait d'éloigner les princes papistes du gouvernement du royaume protestant. Elle a été reprise dans le premier amendement du 25 septembre 1789, de la constitution américaine « *Le Congrès ne fera aucune loi qui [...] restreigne la liberté de la parole ou de la presse* ».

Le *speaker's corner* que l'on retrouve à Hyde Park (mais aussi dans de nombreux pays de culture anglo-saxonne comme Trinidad et Tobago ou Singapour) en est sans doute l'une des expressions les plus réjouissantes. Évidemment, nous pouvons trouver dans certains cadres législatifs des limitations plus ou moins vastes et parfois surprenantes au droit de libre expression. C'est ainsi que plusieurs textes législatifs du Canada interdisent toute manifestation sur l'objet de ce qui a été défendu dans les professions de foi pré-électorales par les partis élus, ou bien en tenant compte de la localisation de ces expressions sur des lieux stratégiques comme des pipelines ou des voies de chemin de fer.

En République tchèque, les articles 154.2 et l'article 156.3 du Code pénal restreignent la liberté d'expression par une disposition pénale sur « l'honneur des organes de l'État ». Plus sérieusement, les limitations que l'on peut trouver à ces droits sont normalement liées à la diffamation ou à la calomnie, au trouble à la sécurité ou l'ordre public, ou au risque séditionnel, à l'atteinte aux bonnes mœurs ou l'incitation à la violence, à la diffusion d'informations classées ou secrètes, au non-respect de la propriété privée.

I. Lien de subordination et liberté d'expression du salarié

Mais alors, qu'en est-il des personnes qui par contrat s'obligent en devenant salariés, subordonnés ? Dans notre monde « d'après », où l'autoentrepreneuriat et l'ubérisation commencent à être battus en brèche comme un pseudo-modèle qui ne protège pas assez, on s'attache à identifier par exemple le lien de subordination entre le coursier à vélo et la plateforme internet de service de livraison. Il faut bien protéger ce *faible* contre un plus *fort* insaisissable, en particulier fiscalement. Ce lien de subordination est mis en avant lorsque les contrats unissant lesdits autoentrepreneurs avec leurs mandants incluent des clauses qui

retournent naturellement de l'exécution des contrats de bonne foi. Comme le fait de ne pas dénigrer son mandant, de se mettre à ses couleurs en utilisant les contenants de transport *Deliveroo* ou *Uber*, en respectant des horaires de disponibilité, etc.

« *Des centaines de procédures sont en cours devant les Prud'hommes où se succèdent des livreurs réclamant la requalification de leur "contrat de prestation de travail" en véritable contrat de travail* », détaille Jérôme Pimot, fondateur du Collectif des livreurs autonomes de Paris (CLAP) auprès du journal *Marianne* le 09/11/2020. L'arrêt de la Cour de cassation¹ a notamment appuyé sur la notion de contrôle et de comportement : « *La société a la faculté de déconnecter temporairement le chauffeur de son application [...] et [...] le chauffeur peut perdre l'accès à son compte en cas de [...] "comportements problématiques", et déduit de l'ensemble de ces éléments l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de [...] sanctionner les manquements [...], dès lors, le statut de travailleur indépendant du chauffeur était fictif* ». Le lien de travail inclut de manière consubstantielle un lien de subordination. Très traditionnellement, ce lien est défini comme l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. Selon le positionnement du salarié, la jurisprudence a pu accepter un degré de liberté plus ou moins large selon le positionnement du salarié concerné. Ainsi, un ancien président-directeur général salarié jouit d'une très large liberté d'action et de parole².

À quoi s'obligent donc les salariés au sein de l'entreprise en termes de limites à leur droit d'expression ? L'article L1121-1 dispose que « *le salarié*

1. Arrêt n°374 du 4 mars 2020 (19-13.316).

2. Cass. soc., 29 janv. 1981, n°79-14.701.

jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, d'une liberté d'expression à laquelle il ne peut être apporté que des restrictions justifiées par la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.

L'exercice de la liberté d'expression ne peut donc constituer une faute qu'à la condition d'avoir dégénéré en abus ».

De manière assez directe, dans un arrêt du 26 novembre 2014³, la Cour de cassation exprime que *« sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression et il ne peut être apporté à celle-ci que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ».*

« Mais attendu qu'ayant constaté le dénigrement systématique, fait par le salarié, de l'équipe d'exploitation de la centrale géothermique qu'il dirigeait ainsi que de l'employeur, auprès de sociétés et d'organismes susceptibles de concourir au développement de la centrale, [...] le salarié avait porté atteinte à la réputation et à la crédibilité de l'employeur, ce qui caractérisait une faute grave rendant impossible le maintien de l'intéressé dans l'entreprise ; que le moyen n'est pas fondé. »

La généralité et la publicité de propos mettant en cause l'organisation de l'employeur et l'impact de ces propos sont retenus dans cet arrêt comme étant déterminants.

Cela est confirmé par un second arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2014⁴ dans lequel l'envoi par une salariée d'un *« courriel consistait en un envoi isolé adressé au seul président de la société actionnaire majoritaire de l'employeur sans aucune forme de publicité et*

3. N° 13-15.468.

4. N° 13-19.659.

[...] les propos [...] ne faisaient qu'exprimer un désaccord sur certaines orientations et des pratiques qu'elle estimait irrégulières, [ils] n'étaient ni injurieux ni diffamatoires ou excessifs, la Cour d'appel a pu décider que la salariée n'avait commis aucun abus dans sa liberté d'expression ».

Par déduction, des propos injurieux, diffamatoires, excessifs ou envoyés plus largement pourraient faire l'objet de sanctions disciplinaires. Le Code du travail dispose en son article L2281-1 que :

« Les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail.

L'accès de chacun au droit d'expression collective peut être assuré par le recours aux outils numériques sans que l'exercice de ce droit ne puisse méconnaître les droits et obligations des salariés dans l'entreprise. »

Il y a donc en France, un principe de libre expression reconnu aux salariés qui, lorsqu'ils signent un contrat de travail, ne s'engagent pas pour autant à perdre toute liberté de s'exprimer ou de critiquer. Les situations abusives seront observées au cas par cas selon leur généralité, leur véracité, leur répétition, leur publicité, leur ton et la qualité de leur auteur.

II. La liberté d'expression spécifique accordée aux salariés dits « protégés »

Pourquoi protéger particulièrement la parole des représentants du personnel ? Doit-il y avoir des propos plus protégés que d'autres en fonction de la personne qui les aurait tenus ? Ou bien en fonction du lieu dans lequel ils auraient été tenus ? Les articles L228-1-1 et L2281-3 du Code du travail disposent spécifiquement que :

« Les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et d'organisation de leur travail. »

« Les opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement. »

Le cadre est donc large et inclut l'ensemble des salariés ou préposés d'une entreprise. On connaît assez bien la liste des salariés qui bénéficient en France d'une protection particulière contre le licenciement. En plus des femmes enceintes et des salariés victimes d'accident de travail ou de maladies professionnelles, ils sont listés dans l'article L.2411-1 du Code du travail : il s'agit des membres du CSE ou des CCSE, des candidats aux élections, des représentants syndicaux, des conseillers prud'homaux, des médecins du travail...

À cette liste est venu s'ajouter le fameux statut du lanceur d'alerte depuis la loi Sapin II n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, statut par ailleurs encore en cours d'évolution actuellement.

« Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. »

La protection spécifique dont font l'objet les lanceurs d'alerte est limitée à une protection empêchant toutes représailles suite à la dénonciation de bonne foi d'un acte répréhensible, un crime ou un délit dont il aurait personnellement eu connaissance. Les salariés listés au sein de l'article L2411-1 du Code du travail sont couramment et simplement appelés « les salariés protégés » au sein de l'entreprise. Mais protégés contre quoi ? Le sentiment du déséquilibre lié à la dépendance économique, à la puissance économique ou au poids du lien de subordination a fait que le législateur a souhaité protéger contre le licenciement les salariés qui font acte de

représentation de leurs collègues. L'objectif est de leur permettre de pouvoir, au-delà de leur expression classique, librement prendre position dans l'accompagnement de leurs collègues face à l'employeur, analyser et critiquer les décisions d'organisation du travail ou les orientations économiques de l'entreprise sans risquer de procédure incidente, de revanche.

Cette protection requiert l'autorisation préalable et formelle de l'Inspection du Travail pour procéder à un licenciement, une rupture conventionnelle ou un transfert de contrat au sein d'une autre entreprise. Elle n'est pas absolue car l'employeur conserve un certain pouvoir disciplinaire direct sur ces salariés, pour ce qui revêt de sanctions non définitives et ne touchant pas aux conditions propres du travail du salarié. Par exemple pour un avertissement, voire une mise à pied ou une mutation sanction, dès lors que cela ne correspond pas à une stratégie pour faire tomber le mandat ou la protection du salarié et que la sanction mesurée est proposée au salarié.

Le risque éventuel pour l'employeur de mettre en œuvre ce type de sanction de niveau inférieur sera une procédure longue pour un enjeu finalement limité puisque n'aboutissant pas au départ de l'entreprise d'un salarié protégé fautif. L'enjeu est également moindre pour le salarié sanctionné. Pour illustrer, suite à un accident de la route ayant gravement endommagé un véhicule, un employeur décline un salarié chauffeur routier à un poste de qualification inférieure, à titre de sanction disciplinaire. Le salarié la refuse. L'entreprise demande alors à l'inspecteur du travail l'autorisation de le licencier. Cette autorisation lui est accordée car, en refusant de se soumettre à une sanction qui était justifiée, le salarié a commis une faute d'une gravité suffisante pour fonder une décision de

licenciement⁵. Si le salarié refuse une rétrogradation ou une mutation disciplinaire, l'employeur peut prononcer une sanction de substitution. Il peut notamment demander à l'inspecteur du travail de l'autoriser à prononcer un licenciement disciplinaire à l'encontre du salarié, fondé sur les faits à l'origine de la rétrogradation si ceux-ci le justifient⁶.

La pratique nous fait constater que chercher à faire preuve de clémence sur une sanction de cet ordre sera mieux perçu dans le cadre de la demande d'autorisation d'un licenciement éventuel, tant par l'inspection du travail, mais surtout par les services ministériels en cas de recours hiérarchique. Si la majorité des salariés protégés exercent leur mandat avec le souci de l'intérêt général et la mesure nécessaire au fonctionnement serein des instances de représentation du personnel, il n'en va pas toujours ainsi. Le sentiment d'impunité de certains de nos 5 à 600 000 salariés protégés français, au vu du caractère imprévisible et subjectif de l'autorisation préalable donnée par l'inspection du travail, rend les relations sociales du quotidien parfois complexes au sein de l'entreprise.

À titre d'exemple personnel, le licenciement d'un salarié protégé qui s'était rendu coupable de différents faits d'agression sexuelle sur de jeunes intérimaires au sein d'un magasin interne à l'une des usines dont j'ai eu à m'occuper a nécessité 2 ans de procédure, dont 2 recours hiérarchiques ministériels, pour faire annuler 2 décisions d'inspectrices du travail ayant refusé ledit licenciement du salarié, l'inspectrice du travail nous interrogeant notamment sur la manière dont étaient habillées les victimes (*sic !*)... Certains diront que les pierres font partie du chemin...

5. CE, 6 mai 1996, n° 147250.

6. CE, 3 juillet 2013, n° 348099.

La jurisprudence de la Cour de cassation en ce domaine n'aide pas vraiment à la pacification des relations de travail. Et ce positionnement se retrouve dans les publications de la Direction générale du travail⁷ qui explique très directement que :

« L'expression "salariés protégés" [...] ne saurait occulter le fait que l'exercice des fonctions représentatives dans l'intérêt de l'ensemble de la collectivité expose ces salariés à un risque accru de discrimination ou d'éviction abusive de l'entreprise. Or leur action, tant pour l'application de la réglementation du travail que pour l'expression et la prise en compte des intérêts des salariés à tous les niveaux, notamment par la consultation et la négociation, est une condition essentielle de la démocratie sociale et, comme l'affirme la déclaration du centenaire de l'OIT pour l'avenir du travail, adoptée le 21 juin 2019, un instrument essentiel pour parvenir à une croissance inclusive et durable. »

Sans doute, selon Churchill, car *« on considère le chef d'entreprise comme un homme à abattre, ou une vache à traire. Peu voient en lui le cheval qui tire le char »*. Il pèse donc un soupçon ancien de lutte des classes sur des employeurs dont le souci est pourtant désormais surtout de protéger une activité dans un contexte mondialisé plus incertain.

On peut par exemple revenir sur l'arrêt de la Cour de cassation du 11 décembre 2019⁸ dans lequel un salarié représentant du personnel avait tenu des *« propos critiques à l'encontre d'une décision de l'employeur [...] lors d'une réunion commerciale devant des clients de la société »*. La Cour a annulé l'avertissement dont avait fait l'objet le salarié au motif qu'il

7. *Guide relatifs aux relations administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés*, 2019,

https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/guide_-_decisions_administratives_en_matiere_de_licenciement_des_salaries_proteges_v2019.09.20_.pdf

8. N° 18-16713.

s'exprimait en tant que représentant du personnel pour contester une décision relative à une autre collègue et que « *sauf abus, le représentant du personnel ne peut être sanctionné en raison de l'exercice de son mandat pendant son temps de travail* ».

III. Les limites à la liberté d'expression d'un représentant du personnel

Quelles sont les limites acceptables de la parole protégée d'un représentant ? Doit-il s'agir d'une liberté proportionnée au but recherché ? « Vous êtes un tr** du c**, vous ! », « Avec cela, je vais le n**uer, je vais lui faire son c** ! ». Dans son arrêt du 27 février 2013⁹, la Cour de cassation, heureusement tenue par l'autorisation administrative de licenciement délivrée par l'inspection du travail soumise au seul contrôle éventuel du juge administratif, n'a pas reconnu le caractère de faute grave pour le licenciement d'un représentant qui avait insulté son DRH de cette manière. « *Le salarié, qui comptait vingt ans d'ancienneté dans l'entreprise, avait tenu, au cours de la réunion du comité d'entreprise [...], les propos qui lui étaient reprochés dans un contexte de vive tension opposant les représentants du personnel et la direction ; [...] ce comportement ne rendait pas impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, et ne constituait pas une faute grave.* »

On voit bien que c'est en opportunité que les abus seront ou non caractérisés. L'arrêt Patarin¹⁰ concernant des faits relatifs à l'exercice de fonctions représentatives par la trésorière d'un comité d'entreprise, a établi une distinction entre les agissements rattachables à l'exécution du contrat de travail et les comportements liés à l'exercice du mandat, et donc

9. N° 11-27.474.

10. CE, 4 juil. 2005, n° 272.193.

étrangers aux obligations contractuelles du salarié. Mais au sein de l'entreprise, et comme tous les autres salariés, les salariés protégés sont soumis à une obligation de loyauté dans l'exécution de leur contrat. Cela est clairement établi par le Conseil d'État de manière très générale, notamment dans un arrêt du 10 juillet 2019¹¹.

« Le fait pour un salarié [protégé] d'utiliser les outils informatiques mis à sa disposition par l'employeur pour s'introduire dans la messagerie professionnelle d'un autre salarié sans l'accord de celui-ci et y détourner de la correspondance ayant explicitement un caractère personnel doit être regardé comme une méconnaissance de l'obligation de loyauté découlant du contrat de travail, alors même que ces faits seraient commis, en dehors des heures de travail, alors que le salarié n'est pas sur son lieu de travail. »

On devrait pouvoir en déduire que le salarié protégé qui utilise les réseaux sociaux pour inciter ses collègues à ne pas venir travailler en période de Covid, ou bien qui suggère des stratégies d'évitement de type « Je suis cas contact » pour ne pas se rendre sur son lieu de travail, ne respecte pas son obligation de loyauté. Toute ressemblance avec des faits réels serait absolument fortuite.

Le Conseil d'État a également reconnu que des violences commises sur un autre salarié pendant une séance du Comité d'entreprise violent l'obligation de sécurité et relèvent du pouvoir disciplinaire de l'employeur¹². Il est heureux que la pacification des relations soit érigée en limite à ne pas franchir. Par extension, on peut et doit considérer que tout ce qui constituerait de la violence verbale ou psychologique devrait induire les mêmes conséquences. Le salarié protégé peut, dans l'exercice de son mandat, par des propos blessants par exemple, être à « l'origine »

11. CE n°408644.

12. CE, 27 mars 2015, n°368855.

d'une lésion d'origine professionnelle – comme un stress professionnel ou constituer un véritable harcèlement. La chambre criminelle de la Cour de cassation a dans ce cadre reconnu dans un arrêt du 17 mars 2015¹³ que « *des comportements, irrespectueux de la personne humaine, répétés, systématiques et inadaptés par rapport à l'exercice normal et loyal de l'action syndicale dans l'intérêt des salariés, étaient à l'évidence volontaires avec pour but d'intimider, déstabiliser et atteindre la personne même des cadres constituant la direction de l'établissement et, par là même, leur porter un préjudice personnel ce qui caractérisait un harcèlement moral* ». Durant les conflits sociaux, l'intéressé allait jusqu'à revêtir un masque de mouton et faisait usage d'une corne de brume...

En synthèse, pour les salariés protégés, comme pour tout autre salarié, les agissements étrangers à la vie professionnelle ne peuvent justifier un licenciement disciplinaire.

Ils peuvent en revanche justifier un licenciement si un trouble caractérisé en a résulté, tenant notamment à la finalité de l'activité et aux fonctions du salarié et ayant eu des répercussions sur la bonne marche de l'entreprise¹⁴. Et le double contrôle administratif et judiciaire sur les procédures disciplinaires relatives aux représentants du personnel crée une protection procédurale plus forte, parfois subjective. Le bon sens pourra triompher en cas de dommage irréparable, de volonté de nuire, et lorsqu'un trouble objectif résultant de l'agissement commis par le salarié mis en cause rend impossible le maintien du contrat de travail. L'autre échappatoire sera *intuitu pecuniae*... autour du prix à payer pour organiser le départ d'un fauteur de trouble à la marche générale de l'entreprise via une rupture conventionnelle ou négociée.

13. N° 13-87037.

14. Cass. soc., 9 juil. 2002, n° 00-45.068.

En matière de liberté d'expression, tant la preuve que l'effectivité d'un dommage définitif, irréparable, d'un trouble empêchant absolument le maintien du contrat de travail seront l'enjeu de toute tentative de démonstration.

PARTIE IV

Grand chambardement des territoires :
varia autour des libertés locales

Les piliers juridiques des libertés locales à l'épreuve de la pratique

Par Pauline MORTIER
Docteur en droit
Avocat au barreau des Sables d'Olonne

Les lois Defferre¹ promettaient aux collectivités territoriales autonomie, capacité d'adaptation locale et rôle accru des conseils élus. Ainsi l'édifice juridique pour garantir l'autonomie des collectivités, dans les limites souhaitées par le législateur, repose sur le principe de libre administration, consacré à l'article 72 de la Constitution².

Près de quarante ans plus tard, au fil des évolutions du droit et de la pratique, que reste-t-il des libertés locales ainsi rêvées ?

Le renforcement constitutionnel du principe de libre administration soutient juridiquement quatre piliers de la liberté locale : compétences propres, autonomie financière, conseils élus et expérimentation. Toutefois, ces quatre piliers montrent un visage plus nuancé si on place le prisme non plus sous le seul angle juridique, mais sous celui de l'élu et du praticien.

1. Loi du 2 mars 1982, loi du 7 janvier 1983 et loi du 22 juillet 1983.

2. L'alinéa 3 rappelle : « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leur compétence* ».

I. Une liberté encadrée et fragilisée par la complexité des compétences des collectivités locales

Les alinéas 2 et 3 de l'article 72 de la Constitution disposent que « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon. Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leur compétence ». C'est sur ce fondement que, dans le cadre fixé par le législateur, les élus locaux peuvent prendre librement les décisions relevant de leur champ de compétences.

Pourtant, d'emblée, une approche strictement juridique des compétences met en lumière une limitation du champ de la liberté locale, en raison du caractère encadré et peu lisible de la définition législative des compétences. Ainsi, deux fondements distincts ont été appliqués en droit français pour délimiter les périmètres des compétences locales : celui de l'attribution de compétence par le législateur et celui de la clause générale de compétence, ce qui a conduit la doctrine à s'interroger fréquemment sur le degré de liberté permis par ces deux fondements³.

S'agissant de l'attribution de compétences, la logique de bloc de compétences pourtant érigée comme un principe cardinal dans la loi du 7 janvier 1983 est finalement soumise à de si nombreuses dérogations que les blocs définis par le législateur sont peu lisibles. Ainsi, en prenant du recul sur les années de pratique de la décentralisation, il est aisé de

3. J.-B. Auby relevait notamment : « *L'incertitude dans laquelle le principe constitutionnel de libre administration nous laisse quant à la répartition des rôles de l'État et des collectivités locales, quant à la contribution respective que notre système prête à l'un et aux autres dans la définition et la mise en œuvre du bien public* ». J.-B. Auby, *La libre administration des collectivités locales, un principe à repenser ?* in *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales ?*, édition l'Aube, 1999, p. 99.

constater que le législateur a trop souvent transféré les compétences au coup par coup, en fonction des priorités qu'il entend assigner, ou donner aux collectivités, en se bornant le plus souvent à faire mention des compétences transférées, ou pour conserver un périmètre d'intervention de l'État⁴. La répartition des compétences est enfin fragilisée par des textes superposés dans le temps qui modifient de manière trop fréquente la répartition, lui faisant perdre toute lisibilité d'action dans la durée⁵.

S'agissant de la clause générale de compétence, elle est à la fois symbole d'une grande liberté d'action des échelons locaux, mais aussi d'une superposition d'actions publiques et de dépenses publiques néfastes à l'intérêt général. Pour cette raison, elle a été largement remise en cause et limitée désormais à l'échelon communal, qui conserve seul cette capacité⁶. Toutefois, cette liberté de se saisir de tous les sujets persiste de manière indirecte dès lors que toute collectivité peut utiliser la notion d'intérêt public local pour fonder son action⁷, au même titre que les établissements

4. Même dans les matières transférées, l'État peut conserver des compétences propres, en principe de manière exceptionnelle. Par exemple, les communes sont compétentes en matière d'autorisation d'urbanisme, mais en l'absence de plan local d'urbanisme, l'État reste compétent.

5. Depuis 1983, de nombreux textes sont intervenus pour modifier les répartitions des compétences. Le volume des compétences transférées est variable suivant l'ambition initiale de chaque texte, et du prisme choisi pour favoriser tel ou tel échelon de collectivités dans l'attribution des compétences.

6. Article L2121-29 du Code général des collectivités territoriales.

7. La collectivité ne peut certes pas tout faire, mais elle n'a aucun interdit clairement défini, puisqu'elle reste libre de définir elle-même l'intérêt public local. L'intérêt local doit toutefois être justifié : une délibération qui serait prise sans cette justification serait annulable par le juge en raison de son illégalité. Voir, par exemple, CE 16 juin 1997, Département de l'Oise, où le Conseil d'État a considéré qu'il n'existait pas d'intérêt départemental à attribuer une somme pour la restauration du village de Colombey-les-Deux-Églises, situé dans le Département de la Haute-Marne. Rec, p. 236 et

publics de coopération intercommunale peuvent également s'appuyer sur la notion d'intérêt communautaire pour mettre en œuvre de nouvelles compétences.

Par ailleurs, l'application du principe de subsidiarité, fréquente dans d'autres États européens, n'est que très résiduelle en droit français, alors même qu'il est désormais inscrit dans la Constitution, et intégré dans la charte européenne sur l'autonomie locale⁸. C'est ainsi que la pratique ne fait que renforcer ce cadre confus et conduit à un enchevêtrement important des champs de compétences, qui ne permet que trop rarement d'établir les attributions de chaque collectivité, ce qui contribue encore à diminuer les marges de manœuvre locales.

RFDA 1997, p. 948.

8. Charte européenne sur l'autonomie locale, adoptée par le conseil de l'Europe en 1985 et insérée dans notre système juridique par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Sur ce point, voir M. Verpeaux, *Le droit des collectivités locales*, PUF, 2008, p. 118 et suiv.

II. L'autonomie financière des collectivités locales, prévue à l'article 72-2 de la Constitution⁹, dépendante du législateur et fragilisée par les contraintes budgétaires

Le degré de liberté locale s'apprécie également à la capacité de disposer de ressources propres, stables et fiables, de nature à permettre une mise en œuvre réelle des compétences et des choix décisionnels effectués par les conseils élus. Le financement des collectivités territoriales est ainsi un facteur d'autonomie reposant sur le principe d'un budget propre pour chaque collectivité, indépendant de celui de l'État, et qui va être utilisé par des organes élus directement par les citoyens.

Par le passé, le Conseil constitutionnel a été conduit à affirmer que l'autonomie financière était un élément de la libre administration. Cette reconnaissance s'est effectuée en plusieurs étapes puisque, dans un premier temps¹⁰, le Conseil constitutionnel a retenu que cette libre administration se mesurait essentiellement aux capacités de la collectivité à dépenser librement dans le champ de sa compétence, peu importe l'origine des ressources. La provenance des recettes n'était un critère de libre administration que si l'État réduisait les recettes de manière telle que

9. Trois premiers alinéas de l'article issu de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, complétée par la loi organique du 29 juillet 2004, libellés comme suit : « *Les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi. Elles peuvent recevoir tout ou partie du produit des impositions de toutes natures. La loi peut les autoriser à en fixer l'assiette et le taux dans les limites qu'elle détermine. Les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources. La loi organique fixe les conditions dans lesquelles cette règle est mise en œuvre* ».

10. Décision du 24 juillet 1991, n°91-298 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, JO 26 juillet 1991, p. 9920. Décision du 29 décembre 1998, n°98-405 DC, *Loi de finances pour 1999*, JO 31 décembre 1998, p. 20138.

les collectivités ne puissent plus, à tout moment, conserver de crédits suffisants pour engager des dépenses.

Puis, dans un second temps, dans une décision du 12 juillet 2000, le Conseil constitutionnel a été plus loin, car en retenant que la suppression de la part régionale de la taxe d'habitation provoque une nouvelle réduction des recettes fiscales, il a indirectement affirmé que la nature des recettes était une composante de la libre administration¹¹. Cette position a d'ailleurs été confirmée par une décision du 28 décembre 2000 concernant la suppression des vignettes automobiles¹².

La jurisprudence récente est moins favorable à l'autonomie financière dans un contexte de restrictions budgétaires. Ainsi dans sa décision du 18 janvier 2018¹³, le conseil constitutionnel a estimé conforme à la constitution le mécanisme d'encadrement des dépenses de fonctionnement des collectivités territoriales, qui repose sur la conclusion par certaines collectivités de contrats avec l'État visant à consolider leur capacité d'autofinancement et à organiser leur contribution à la réduction des dépenses publiques et du déficit public, au cours de la période de 2018 à 2022.

En pratique, la protection constitutionnelle a renforcé l'autonomie financière des collectivités, tout en se révélant insuffisante puisqu'elle la soumet largement à la portée des revirements du législateur¹⁴. Ainsi, c'est

11. Décision du 12 juillet 2000, n° 2000-432 DC, JO 14 juillet 2000, p. 10821.

12. Décision du 28 décembre 2000, n° 2000-442 DC, *Loi de finances pour 2001*, JO 31 décembre 2000, p. 21194.

13. Décision n° 2017-760 DC du 18 janvier 2018, *Loi de programmation des finances publiques 2018-2022*.

14. Le principe de libre disposition des ressources s'effectue dans le respect de la loi (et notamment des contraintes de plus en plus fortes des lois de finances), et dans le respect des principes de l'impôt.

le législateur qui détermine les impôts attribués aux collectivités, ce qui implique de leur part une marge de manœuvre relativement limitée¹⁵. Les collectivités n'ont qu'une influence sur les taux d'imposition¹⁶, et cette influence ne permet pas de déterminer le montant exact qui sera reçu. Ainsi, l'État perçoit l'impôt, il est aussi chargé de le recouvrer. Cette complexité du système d'établissement, de calcul et de répartition de l'impôt favorise la subordination à l'État. Sur ce point, le constat d'emblée effectué par une partie de la doctrine en 2003 sur le lien mixte de dépendance et d'autonomie vis-à-vis de l'État¹⁷ est toujours d'actualité.

L'État fixe également les règles de péréquation qui seront applicables entre les collectivités et procède aux arbitrages qu'il estime nécessaires. Ainsi, si l'État doit trouver des compensations lorsqu'il supprime une recette, il reste maître de son attribution et d'évaluer ce qui constitue une « part déterminante » au sens de la loi. Ce constat fait naître un doute sur l'autonomie réelle des collectivités à l'égard de l'État, tant les règles régissant les recettes locales sont liées à ce dernier.

Enfin, même si les collectivités peuvent avoir recours à l'emprunt pour financer leur projet, et que ce choix est révélateur de la capacité des

15. Historiquement, les collectivités locales bénéficient de montant de taxes qui leur est attribué sur les impôts directs : taxe d'habitation, taxe sur le foncier bâti et non bâti, taxe professionnelle (voir M. Klopfer, *Gestion financière des collectivités locales*, coll. Le courrier des maires et des élus locaux, édition le Moniteur, 2006, p. 118). La réforme de la cotisation foncière des entreprises, puis la réforme récente de la taxe d'habitation, remettent largement en cause cet équilibre.

16. Cependant, si la collectivité a le choix de la fixation des taux depuis 1980, le calcul de l'impôt est tel qu'elle ne peut évaluer précisément quelles seront les recettes en numéraire. Les fréquentes modifications apportées par l'État sur les autres recettes liées à l'impôt entravent la collectivité dans sa capacité à prévoir ses ressources.

17. Voir R. Hertzog, *L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales*, AJDA 2003, p. 548.

collectivités à assumer de manière autonome les compétences qui leur sont confiées, cette autonomie est limitée par les capacités de remboursement.

En droit donc, l'autonomie réside dans le principe qui interdit au législateur de supprimer de manière totale les ressources fiscales de chaque collectivité, mais elle est souvent très perturbée par le fait que, dans un contexte de contrainte budgétaire, le législateur modifie les moyens financiers locaux plutôt au gré des besoins de l'État que de manière stabilisée pour soutenir les libertés locales.

En effet, au-delà des principes juridiques, c'est bien le réalisme des nécessités budgétaires, qui commande et limite l'autonomie financière des collectivités locales et donc leur liberté d'action.

La liberté continue de résider dans la capacité des conseils élus à effectuer des dépenses dans l'intérêt local, mais les contraintes budgétaires et celles de la comptabilité publique sont telles que la marge de manœuvre des collectivités est en réalité bien plus réduite qu'il n'y paraît. Ainsi, comme toutes les personnes publiques, les collectivités locales sont soumises aux règles strictes des finances publiques¹⁸. Ces contraintes sont également l'occasion pour les autorités déconcentrées de l'État d'exercer une contrainte par le biais de contrôle financier, que se constate de plus en

18. Les principes d'annualité, d'universalité et d'unité s'appliquent. Les collectivités sont également soumises à une obligation réelle d'équilibre, ce qui n'est pas le cas de l'État. Sur ces principes, voir M. Klopfer, *Gestion financière des collectivités locales*, coll. Le courrier des maires et des élus locaux, édition le Moniteur, 2006, p. 54. Les règles d'établissement du budget sont elles aussi très strictes avec des délais à respecter : le budget primitif doit être établi au plus tard le 31 mars, un débat général sur les orientations budgétaires doit avoir lieu. Le budget doit être adopté avant le 1^{er} octobre. Un compte administratif doit être présenté.

plus dans la pratique¹⁹. Ce réalisme budgétaire et cette tendance de l'État à faire peser l'exigence de réduction de dépenses publiques sur les collectivités locales peut être illustrée par des transferts de compétences, qui en droit doivent en principe s'accompagner d'un transfert équivalent de moyens financiers²⁰, mais qui, dans les faits, sont des transferts qui s'effectuent avec un gel définitif des recettes transférées.

La question des transferts de compétence sans compensation réelle contribue aujourd'hui à fragiliser l'autonomie financière des collectivités. L'État se décharge de certaines compétences au profit des collectivités, sans pour autant leur donner les moyens correspondants, et tout en continuant à s'immiscer dans la gestion de la compétence, notamment par des contrôles pas toujours bien perçus.

III. L'administration par des conseils élus choisissant librement leurs priorités : le volet le plus stable juridiquement, mais confronté à la défiance électorale

L'élection des conseils locaux est constitutionnellement garantie, et ne peut donc être abolie, mais simplement aménagée par le législateur. C'est ce principe qui permet aux collectivités d'avoir une existence spécifique

19. Les collectivités doivent fréquemment justifier de leurs dépenses lors des contrôles des chambres régionales des comptes, de la Cour des comptes, mais également au quotidien par les préfets.

20. Les deux derniers alinéas de l'article 72-2 disposent : « *Tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi. La loi prévoit les dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales.* »

avec à leur tête un organe décisionnel propre, symbole de libre administration et ce principe empêche le législateur de supprimer les élections locales. Il conserve toute sa permanence et a été réaffirmé dans le contexte sanitaire récent du covid-19, obligeant à des aménagements s'agissant des élections²¹.

Ce pilier de la liberté locale n'est paradoxalement pas contesté sur le plan juridique, mais est frappé par le constat, élections après élections, d'une fragilité de la légitimité démocratique des conseils élus, qui n'est pas sans conséquence sur les marges de manœuvre dans les choix opérés et leur mise en œuvre pratique. Des motifs très divers peuvent expliquer les causes de cette désaffectation des urnes : une fragilisation de la personnalisation du pouvoir local²², une volonté de participer plus directement à l'action locale par des outils participatifs non permanents, ou encore une volonté de consulter directement la population²³.

L'indépendance des conseils d'élus est aussi de plus en plus contestée en raison de l'enchevêtrement des échelons territoriaux sans rapport hiérarchique entre eux ; qui conduit parfois à des doublons très mal

21. Loi n° 2020-760 du 22 juin 2020 tendant à sécuriser l'organisation du second tour des élections municipales et communautaires de juin 2020 et à reporter les élections consulaires. Loi n° 2021-191 du 22 février 2021 portant report, de mars à juin 2021, du renouvellement général des conseils départementaux, des conseils régionaux et des assemblées de Corse, de Guyane et de Martinique.

22. Les élections locales et l'administration locale par des conseils élus participent à l'exigence de démocratie, mais les lois sur le non-cumul des mandats, et les jeux de pouvoir entre collectivités peuvent conduire à une perception négative du pouvoir local.

23. Même si l'outil du référendum local prévu par l'article 72-1 de la constitution et complété par la loi du 1^{er} août 2003, n° 2003-705, est finalement peu mobilisé dans la pratique.

perçus par les citoyens dans un contexte budgétaire tendu, et une exigence de meilleure utilisation des deniers publics.

IV. L'expérimentation législative, un outil trop rigide et peu mobilisé pour renforcer les spécificités des territoires

Depuis 2003, l'expérimentation législative²⁴ a été intégrée dans la constitution, conformément à la définition antérieure qu'avait pu en donner le conseil constitutionnel²⁵, elle permet aux collectivités de tester la pertinence d'une norme nouvelle sur son territoire, avant d'en envisager une éventuelle généralisation.

Cette expérimentation, codifiée aux articles LO 1113-1 à 1113-7 du Code général des collectivités territoriales, devait permettre de nombreux aménagements réglementaires pour s'adapter aux spécificités des territoires et permettre des innovations. Toutefois, et d'emblée, le périmètre de

24. L'alinéa 4 de l'article 72 de la constitution dispose : « *Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives et réglementaires qui régissent l'exercice de leur compétence* ». L'article est complété par la loi organique du 1^{er} août 2003, n° 2003-704.

25. C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel a estimé que l'expérimentation était « *une dérogation au droit commun, limitée dans le temps (et le cas échéant dans l'espace), en vue d'apprécier la pertinence d'une norme nouvelle, dans la perspective de sa généralisation, celle-ci ne pouvant être décidée qu'après avoir dûment évalué les résultats de l'expérience ainsi conduite* ». Décision n°93-322 du 28 juillet 1993, rec. p. 204.

l'expérimentation a été encadrée²⁶, notamment dans le temps²⁷, de sorte que la liberté locale n'a pas trouvé de terrain d'expression avec cet outil. Ainsi, la pratique a montré que le caractère restrictif des critères de mise en œuvre ainsi que les conditions procédurales très lourdes ont totalement neutralisé le dispositif ; de sorte que seules 3 expérimentations ont pu être mises en œuvre depuis 2003.

Au-delà de ces piliers, les libertés locales composent au quotidien avec des contrôles de l'État difficiles à anticiper.

Selon leur nature, les contrôles administratif et financier de l'État démontrent de manière implicite ou explicite que l'État n'entend pas laisser aux collectivités une marge de manœuvre telle qu'elles seraient en mesure de le concurrencer. La persistance des contrôles étatiques est là pour rappeler que l'État français n'est ni fédéral, ni même régionalisé.

L'avancée du contrôle de légalité, créé par les lois de décentralisation en lieu et place du contrôle de tutelle, et repris à l'alinéa 6 de l'article 72 de la constitution²⁸, promettait pourtant davantage d'autonomie et constituait juridiquement une concession majeure à la libre administration. Par ce changement de prisme, le préfet ne devait plus pour l'avenir exercer un

26. Dans sa décision n° 2003-478 DC (JO 2 août 2003, p. 13302), le Conseil constitutionnel a d'ailleurs considéré que le constituant était libre de créer des dispositions dans la Constitution dérogeant à d'autres dispositions constitutionnelles. En l'espèce, l'expérimentation reste dérogatoire aux dispositions de l'article 34 de la Constitution. Voir M. Verpeaux, *Les deux premières lois organiques : expérimentation par les collectivités territoriales et référendum local*, JCP 2003, p. 2017.

27. L'article LO 1113-1 prévoit que la loi d'habilitation préalable à une expérimentation doit fixer la durée de cette dernière pour une période initiale maximale de 5 ans.

28. L'alinéa 6 précise que « dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant chacun des membres du gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ».

contrôle d'opportunité, mais s'assurer uniquement de faire respecter la légalité. Par ailleurs, ce contrôle ne permet plus au préfet de revenir sur la décision prise par l'autorité locale, mais uniquement de la déférer au juge aux fins d'annulation.

La pratique respecte évidemment ce cadre, mais le contrôle de légalité y connaît un paradoxe qui conditionne l'exercice des libertés locales à des appréciations de la loi par les autorités préfectorales dont la cohérence peut être discutable, au plan de l'interprétation, et d'un territoire à un autre²⁹. Ce contrôle conduit à des risques contentieux que les collectivités les moins armées juridiquement ne souhaitent pas prendre, en choisissant plutôt de limiter leur liberté d'action, sans oser contester le positionnement préfectoral indirectement imposé.

Le contrôle de l'État n'est d'ailleurs pas dénué d'une certaine ambiguïté puisque les limites de la vérification ne sont pas toujours aisées à déterminer et qu'il utilise aussi le contrôle financier pour s'immiscer dans les décisions locales perturbant ainsi le principe de libre administration des collectivités.

Pour conclure, tous ces éléments conduisent à une nouvelle étape mise en œuvre dans la « différenciation, décentralisation, déconcentration et simplification », dite « loi 3DS ». Comme les nombreux textes qui l'ont précédée, cette Loi n°2022-217 du 21 février 2022 devrait encore faire bouger les lignes des compétences. L'avenir dira si elle conduira à renforcer les piliers des libertés locales au-delà des mots symboliquement évocateurs de son intitulé.

29. Au point que dans les faits, de nombreux élus jugent le contrôle de légalité à la fois défaillant et tatillon.

Visage et audaces du droit de l'urbanisme : de Bouchemaine aux Sables-d'Olonne

Par Bruno ODENT

Avocat honoraire au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Quarante ans. Une vie professionnelle. Une vie de professeur et une vie d'avocat. Tel est le laps de temps qui s'est écoulé entre l'arrêt de section du 23 mars 1979 aux conclusions du président Labetoulle¹ et une obscure décision de non-admission du pourvoi rendue le 6 février 2019 en formation de chambre jugeant seule².

Quel est donc le rapport entre un arrêt promis à une grande notoriété dans le petit monde des juristes spécialisés en droit de l'urbanisme et, 40 ans plus tard, une décision vouée à l'oubli ? Ce rapport, c'est Armel Pécheul, domicilié à Bouchemaine en 1979 et s'intéressant déjà à la vie locale, et domicilié aux Sables-d'Olonne en 2019 et continuant à s'intéresser, en tant que maire-adjoint, à la vie de sa commune. Et c'est à moi, auquel, sur la suggestion d'Armel Pécheul, la commune de Bouchemaine avait fait l'honneur de confier la défense de ses intérêts. Et c'est encore moi auquel l'adversaire de la commune des Sables-d'Olonne avait confié la défense de ses intérêts à réception de la notification d'un pourvoi formé par la commune.

1. Rec. p. 127.

2. Req. n° 422814.

Entretemps, une fructueuse collaboration s'était instituée entre nous, à peine interrompue le temps d'un mandat de recteur à Limoges. Cette collaboration s'est doublée d'une solide amitié qui justifie que quelques lignes soient consacrées à un thème qui nous est cher, à l'un et à l'autre.

C'est donc du droit de l'urbanisme et de ses particularités – voire de ses audaces – contentieuses qu'il sera ici question (I), replacés toutefois dans le cadre de réformes qui ont affecté le contentieux général (II). Et, puisqu'il faut bien conclure, ce sera un modeste bilan d'étape (III).

I. De certaines particularités du contentieux de l'urbanisme

Le contentieux de l'urbanisme a toujours été abondant. Pour s'en tenir au Conseil d'État, il représentait, en 1977-1978, 7 % des affaires jugées et était en volume des affaires traitées la quatrième matière après la fonction publique, les travaux publics et le contentieux fiscal³.

Le Rapport 2019 fait monter ce pourcentage à 8,5 %, et même à 11 % si l'on ne tient pas compte du contentieux des étrangers – qui n'était pas mentionné en 1978 et qui, lui, représente 20 % du volume du contentieux traité par le Conseil d'État.

Ces pourcentages s'appliquent au surplus à un nombre d'affaires qui a triplé en 40 ans.

C'est dire combien le contentieux de l'urbanisme constitue un volume d'affaires important pour la juridiction administrative. Cela peut expliquer l'intérêt que le Conseil d'État porte à son traitement, ce qui s'est

3. Études et Documents 1977/1978.

traduit par des réformes dont le rythme s'est accéléré au cours de la dernière décennie et qui vont pratiquement toutes dans le sens d'une meilleure gestion du flux des procédures, du moins du point de vue des juridictions.

L'objet de ces propos n'est pas de faire un catalogue des réformes, mais, plus modestement, de donner quelques exemples.

A – L'article R.600-1 du Code de l'urbanisme – la notification du recours

L'obligation faite à l'auteur d'un recours contentieux ou même simplement administratif dirigé contre les décisions valant autorisation d'occupation ou d'utilisation du sol de notifier ce recours à l'auteur de la décision et à son bénéficiaire répondait à une demande des professionnels. Elle a donc été accueillie avec satisfaction, la contrainte ainsi imposée au requérant n'étant pas excessive.

Ce texte, d'apparence simple, a cependant connu des avatars. Outre qu'il s'appliquait à l'origine également aux recours formés contre les documents d'urbanisme, ce qui n'est plus le cas, il a fait l'objet, de la part de la jurisprudence, d'une interprétation « constructive », pour ne pas dire *contra legem*, en excluant de son champ d'application les certificats d'urbanisme, qu'ils soient négatifs et même positifs.

Cette obligation ne garantit toutefois pas au bénéficiaire de l'autorisation que celle-ci, faute d'avoir été contestée dans le délai de recours, est définitive. L'obligation de notification ne couvre en effet pas le cas de la demande d'aide juridictionnelle qui interrompt, au profit du demandeur, le délai de recours. Il aurait fallu prévoir dans un tel cas non pas l'obligation de notifier un recours qui, par hypothèse, n'a pas été formé, mais au moins l'obligation de notifier l'existence de cette demande.

Une autre lacune de ce texte résulte du télescopage qui existe avec les règles d'instruction des pourvois en cassation (d'autant plus fâcheux que, comme on le verra plus loin, de nombreux permis de construire ne connaissent qu'un degré de juridiction).

L'auteur d'un recours contre une autorisation d'urbanisme qui forme un pourvoi en cassation contre la décision des juges du fond rejetant son recours est tenu, en application de l'article R600-1, de notifier son pourvoi à l'auteur et au bénéficiaire de ladite autorisation. Mais ces derniers ne sont pas autorisés à présenter des observations sur ce pourvoi tant que celui-ci n'a pas fait l'objet d'une décision d'admission. Ils ne sont même pas informés de l'argumentation présentée dans le mémoire complémentaire qui doit être produit à l'appui du pourvoi dans un délai de trois mois. On admettra que cette situation n'est pas satisfaisante. On la retrouvera un peu plus loin s'agissant du télescopage entre les pourvois et les QPC (II-A).

Des esprits mal intentionnés pourraient, plus fondamentalement, faire valoir la contradiction entre ce texte et le caractère inquisitoire de la procédure contentieuse administrative. Ce caractère permet au juge de diriger la procédure, laquelle échappe totalement aux parties – j'y reviendrai plus loin –, mais lui impose certaines contraintes. C'est lui qui détermine les mesures d'instruction à prendre et il lui appartient de faire procéder aux notifications des actes de procédure aux diverses parties intéressées. L'obligation de notifier imposée par l'article R.600-1 fait donc double emploi avec la notification par le greffe et la sanction de l'irrecevabilité de la requête en cas de non-respect de cette obligation ne paraît pas justifiée.

B – L'article R.811-1-1 du Code de justice administrative – la compétence des tribunaux administratifs en premier et dernier ressort

Conçue à titre expérimental jusqu'au 1^{er} décembre 2018 par un décret du 1^{er} octobre 2013, cette compétence a été attribuée aux tribunaux administratifs saisis de recours dirigés contre un permis de construire ou de démolir ou un permis d'aménager un lotissement lorsqu'il concerne un bâtiment à usage principal de logement situé dans une commune connaissant un déséquilibre entre l'offre et la demande de logements (identifiée par l'article 232 du Code général des impôts et son décret d'application, selon les termes de l'article R.811-1-1 du Code de justice administrative). Il faut croire que cette expérimentation a été jugée suffisamment satisfaisante pour qu'un décret du 17 juillet 2018 en repousse le terme au 31 décembre 2022, mais toutefois pas suffisamment satisfaisante pour la pérenniser.

Qu'est-ce qu'un bâtiment « à usage principal de logement » ? Le plus souvent simple à déterminer, la question peut être complexe en présence de bâtiments à usage mixte (résidence hôtelière, commerces, logements, résidence pour étudiants, par exemple). Il appartient à la jurisprudence de trancher la question au cas par cas, ce qui est de nature à retarder les procédures, à l'opposé de l'intention affichée de les accélérer.

Et que penser du recours formé contre un refus d'autorisation ? Le Conseil d'État a tranché : il n'entre pas dans le champ d'application de l'article R.811-1-1⁴. C'est une application littérale du texte, mais cela ne résout pas tout : quid si, après avoir annulé le refus d'autorisation, le tribunal a enjoint à l'autorité compétente de délivrer l'autorisation sollicitée, ce qui fait naître au profit du demandeur un droit à construire ? Hésitant sur ce point, la Cour administrative de Marseille a transmis au

4. 5 mai 2017, n° 391125.

Conseil d'État le recours en appel dont elle était saisie, le jugement « pouvant » être regardé comme rendu en premier ressort⁵.

Et comme décidément les règles générales sont faites pour comporter des exceptions, il n'y a pas de raison de ne pas faire des exceptions aux exceptions. La règle de la compétence en dernier ressort des tribunaux administratifs pour ce type de contentieux comporte donc une exception pour les permis « afférents aux opérations d'urbanisme et d'aménagement des Jeux olympiques et paralympiques de 2024 »⁶, lesquels relèvent de la compétence en premier ressort de la cour administrative d'appel de Paris⁷.

En bref, le contentieux des permis de construire relève, selon les cas, soit de la compétence en premier ressort des tribunaux administratifs, à charge d'appel devant une cour administrative d'appel, soit de la compétence en premier et dernier ressort des tribunaux administratifs, à charge de pourvoi en cassation devant le Conseil d'État, soit de la compétence en premier et dernier ressort d'une cour administrative d'appel à charge de pourvoi en cassation devant le Conseil d'État. S'agissant plus particulièrement de la cour administrative d'appel de Nantes, l'énumération des actes relevant de sa compétence de premier ressort mérite une lecture amusée de l'article R.311-4.

Tout cela n'est pas très simple.

J'ajouterai que, toujours dans le souci – louable – d'accélérer les procédures, les cours administratives d'appel, et singulièrement pour certains

5. N° 20MA00839

6. Dont à la date de rédaction de la présente contribution – mai 2020 –, on ignore quand ils auront lieu.

7. Article R.311-2 du Code de justice administrative.

contentieux la cour de Paris et celle de Nantes, se sont vu conférer une compétence de premier ressort pour certains contentieux au nombre desquels se trouve le contentieux des permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale.

C – Feu l'article L600-13 du Code de l'urbanisme – la caducité de la requête

La loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 avait inséré dans le Code de l'urbanisme un article L600-13 instituant la caducité de la requête lorsque le demandeur n'avait pas produit « les pièces nécessaires au jugement de l'affaire dans un délai de trois mois à compter du dépôt de la requête ou dans le délai qui lui a été imparti par le juge ». Cette règle, mentionnée dans le titre sixième du Code, avait vocation à s'appliquer dans tout le contentieux de l'urbanisme, c'est-à-dire non seulement à celui concernant les autorisations, mais également aux actes réglementaires tels les plans d'urbanisme pour lesquels les pièces nécessaires à l'appréciation de leur légalité peuvent être difficiles à rassembler, voire simplement à être identifiées.

Cette sanction particulièrement brutale portait une atteinte importante à l'accès à un juge et ne pouvait s'expliquer que par le désir des juridictions d'écarter sans examen des requêtes qui posent souvent des questions de fait et de droit délicates. Les juridictions disposaient pourtant de la possibilité de rejeter la requête au fond, ce qui constituait une réponse classique à la défaillance du requérant dans la charge de la preuve.

Elle n'a pas résisté au contrôle du Conseil constitutionnel qui, saisi d'une QPC transmise par le Conseil d'État, a estimé que les dispositions contestées portaient au droit à un recours juridictionnel effectif une

atteinte disproportionnée au regard de l'intérêt général poursuivi, lequel consistait à limiter les recours dilatoires⁸.

D – L'article L600-7 du Code de l'urbanisme – la condamnation à indemniser le bénéficiaire de l'autorisation

L'ordonnance n°2013-638 du 18 juillet 2013, en ce qu'elle prévoit que, dans des conditions qu'elle fixe, le bénéficiaire d'un permis dont la légalité est contestée peut, par un mémoire distinct, demander à la juridiction administrative de condamner l'auteur de la requête à lui verser des dommages-intérêts, répond à une préoccupation légitime.

C'était en effet, avant cette réforme, un véritable parcours du combattant puisqu'il fallait que la décision de rejet du recours soit définitive avant que le « bénéficiaire » puisse se retourner devant la juridiction judiciaire, laquelle était mal armée pour apprécier si, même rejeté, le recours était ou non légitime.

Il reste que c'est là une entorse évidente aux règles générales de répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions puisque la demande dont est saisie la juridiction administrative est susceptible de concerner un litige entre deux personnes privées. C'est une des particularités du contentieux de l'urbanisme qui, à travers la contestation d'un acte administratif, oppose souvent deux personnes privées.

E – L'article L600-1 du Code de l'urbanisme – l'illégalité invoquée par voie d'exception

Le chapitre VIII du titre septième du Code de justice administrative donne le la : le contentieux de l'urbanisme est régi non seulement par les

8. Décision 2019-777, QPC du 19 avril 2019.

dispositions générales du Code, mais surtout « par les dispositions du livre VI du Code de l'urbanisme ». Et le livre sixième, intitulé « Dispositions relatives au contentieux de l'urbanisme », commence par un article L600-1, modifié à de multiples reprises qui, en l'état de la rédaction de la présente contribution, énonce que « l'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un schéma de cohérence territoriale, d'un plan local d'urbanisme, d'une carte communale ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu ne peut être invoquée par voie d'exception après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet du document en cause ». Cette prohibition s'applique également aux actes prescrivant l'élaboration ou la révision d'un document d'urbanisme ou créant une zone d'aménagement concerté. Mais, immédiatement après, le texte précise que certains vices de forme peuvent néanmoins continuer à être contestés par voie d'exception nonobstant l'expiration de ce délai de six mois.

René Chapus avait déjà relevé ce qu'il appelait « un rétrécissement plus important de la place de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme »⁹. Tout en étant conscient de l'utilité d'une telle limitation, il estimait qu'elle était « regrettable, du fait de l'atteinte qu'elle porte à l'unité, et par suite à la clarté et à l'intelligibilité, du régime du contentieux ».

Ce sont précisément les griefs que l'on peut formuler à l'égard des différentes règles dérogatoires dont quelques exemples, que l'on pourrait multiplier, ont été donnés ci-dessus. Dans le cas particulier, il peut paraître anormal de pouvoir contester par la voie de l'exception la légalité d'un acte réglementaire, mais en ne pouvant assortir cette contestation que de certains moyens, sans parler de toutes les discussions qui pourront

9. Droit du contentieux administratif, 13^e édition, n° 768.

tourner autour de la notion de « méconnaissance substantielle des règles de l'enquête publique », laquelle échappe à cette irrecevabilité.

F – L'article L600-1-4 du Code de l'urbanisme – le cas particulier des permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale

Cette disposition, issue de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, limite la recevabilité des moyens présentés par certaines personnes – pour faire court, les professionnels concurrents – à ceux de ces moyens qui sont dirigés contre l'autorisation d'exploitation commerciale. Bien que le recours soit formé contre le permis de construire, « les moyens relatifs à la régularité de ce permis en tant qu'il vaut autorisation de construire sont irrecevables ».

Il s'agit là d'une nouvelle atteinte à l'unité et donc à la clarté et à l'intelligibilité du régime contentieux, d'autant que le voisin du projet autorisé peut, lui, contester le permis en tant qu'il vaut autorisation de construire, mais ne peut pas le contester en tant qu'il vaut autorisation d'exploitation commerciale¹⁰ !

En bref, certains requérants ne peuvent contester qu'une partie de l'arrêté accordant le permis de construire tandis que d'autres requérants ne peuvent contester qu'une autre partie de l'arrêté. Cette dichotomie a pour conséquence une multiplication des recours contre un même acte, un voisin pouvant servir de faux-nez au concurrent du bénéficiaire de l'autorisation.

10. Avis n° 425854 du 15 avril 2019, *Société Difradis*, Rec. p. 137.

Ces six exemples pourraient être multipliés. Ils suffisent à mettre en lumière les particularités du contentieux de l'urbanisme.

Il reste à les replacer dans le cadre de l'évolution des règles contentieuses générales.

II. Des réformes du contentieux général

Faire face à l'afflux du contentieux avec des effectifs de magistrats sensiblement identiques au Conseil d'État et réussir à ramener à une durée raisonnable les délais d'instruction des procédures ne pouvaient pas se faire exclusivement par le biais de réformes de structure des juridictions.

Des moyens accrus au bénéfice des juridictions du premier degré et la réforme issue de la loi du 31 décembre 1987 créant les cours administratives d'appel ont été des éléments déterminants. Ils ont permis d'augmenter considérablement l'offre de service. Mais le législateur et le pouvoir réglementaire, sur l'impulsion du Conseil d'État, ont entendu jouer également sur la demande en procédant, de manière quasi permanente, à des réformes de procédure tendant à restreindre l'accès au juge. Cela paraît d'ailleurs la quadrature du cercle puisque cette restriction est en contradiction avec tous les textes qui, depuis quelques décennies, tendent au contraire à ouvrir l'accès au juge : que l'on pense, par exemple, à l'accès aux documents administratifs, à la loi sur l'informatique et les libertés ou, pour ne citer que ces quatre exemples, à l'obligation de motivation des actes administratifs ou encore à la loi du 27 janvier 2014, dite « MAPTAM », créant la Commission du contentieux du stationnement payant¹¹. De son côté, la jurisprudence a aussi joué un rôle

11. Ce contentieux bouleverse les statistiques : la Commission est saisie d'environ 120 000 dossiers par an (à comparer aux environ 60 000 dossiers de la Cour nationale

dans l'ouverture du prétoire, par exemple en élargissant la recevabilité du recours pour excès de pouvoir aux actes dits « de droit souple »¹².

Les réformes successives de la procédure contentieuse ont pour limite le droit à l'accès au juge. Ces réformes ont-elles su répondre à ce défi ? Comme pour le contentieux de l'urbanisme, je me bornerai à émettre quelques réflexions sur trois réformes d'importance inégale, mais assez emblématiques.

A – Les articles R.822-1 et suivants du Code de justice administrative – la procédure d'admission des pourvois en cassation

J'ai évoqué plus haut (I-1), à propos de l'obligation de notifier les recours contre les autorisations d'urbanisme, les difficultés rencontrées du fait que les pourvois en cassation sont soumis à une procédure d'admission non contradictoire.

La difficulté est beaucoup plus grande s'agissant, depuis 2010, des questions prioritaires de constitutionnalité susceptibles d'être posées à l'appui de pourvois en cassation. En effet, l'article R.771-17 du Code précise que le Conseil d'État se prononce sur le renvoi de la question au Conseil constitutionnel « sans être tenu de statuer au préalable sur l'admission du pourvoi ». Mais il doit naturellement notifier à toutes les parties intéressées l'existence de cette QPC sur laquelle elles ont la possibilité de faire valoir leur point de vue. Or, au nombre des conditions que doit remplir la QPC pour être transmise il y a -c'est même la

du droit d'asile et aux quelque 230 000 dossiers de l'ensemble des tribunaux administratifs).

12. Ass. 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, Rec. p. 77 avec les concl. Mme von Coester et Ass. 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, Rec. p. 88 avec les concl. Daumas.

condition première- l'applicabilité au litige du texte dont la constitutionnalité est contestée. Comment assurer le respect du contradictoire en ne mettant pas les défendeurs au pourvoi en mesure d'apprécier si cette condition déterminante est remplie ? L'esprit de la procédure instituée lors de la création des QPC imposait, me semble-t-il, de ne transmettre une QPC au Conseil constitutionnel qu'une fois que toutes les parties ont pu débattre contradictoirement de sa pertinence. Il aurait donc fallu adopter une autre rédaction de l'article R.771-17 et préciser que le renvoi ne peut être décidé que dans le respect d'une procédure contradictoire. Au demeurant, si le renvoi est décidé c'est que la question méritait d'être posée et que la réponse qui lui sera apportée par le Conseil constitutionnel, quelle qu'elle soit, aura une incidence déterminante sur le sort du pourvoi en cassation dont est saisi le Conseil d'État. La décision de renvoi constitue la démonstration de ce qu'au moins un moyen invoqué à l'appui du pourvoi doit être réputé « sérieux » au sens de l'article L822-1 du Code de justice administrative ; elle ne devrait donc pas pouvoir être prononcée en l'absence d'admission préalable du pourvoi.

Ayant toujours milité, sans succès, pour une pause dans les réformes, j'hésite à proposer celle-ci, mais, à mon sens, elle serait heureuse.

B – L'article R.222-1 du Code de justice administrative – les ordonnances des magistrats des tribunaux et cours

Si l'on se fie au site de Légifrance, cet article a connu bien des avatars. Il semble aujourd'hui en être à sa dixième version, la dernière datant de 2019.

Il a pour objet de permettre à un nombre toujours plus important de magistrats de statuer par ordonnance, et ainsi sans instruction, sur des recours qui sont réputés ne présenter aucune difficulté, et donc de prendre

une décision, dont, pour eux, le sens ne faisait aucun doute, mettant fin à la procédure.

En soi cette faculté paraît logique, voire incontestable : il n'est pas nécessaire de mobiliser une formation de jugement de plusieurs membres avec un rapporteur et la présentation du recours par un rapporteur public, après avoir informé les parties de la date de l'audience de jugement, pour donner acte d'un désistement.

Le problème vient de ce que le désistement dont il est ainsi donné acte peut provenir non seulement d'une initiative positive du requérant, mais aussi d'une conséquence que le juge tire d'une abstention du requérant à la suite d'une demande formulée par la juridiction.

Les articles R.611-8-1 et R.612-5-1 du Code, issus respectivement des décrets n° 2012-164 du 22 février 2012 et n° 2016-1480 du 2 novembre 2016, permettent ainsi à la juridiction de prendre acte d'un désistement d'office : dans le premier cas, le désistement sanctionne le défaut de production par le demandeur, dans le délai imparti, du mémoire récapitulatif qui lui avait été demandé par la juridiction ; dans le second, il sanctionne le défaut de réponse du demandeur à la demande qui lui avait été adressée de confirmer expressément le maintien de ses conclusions sur l'intérêt desquels l'état du dossier permet, au rapporteur, de s'interroger.

Si l'on peut admettre sans difficulté que le donné acte d'un désistement pur et simple expressément déposé par un requérant puisse intervenir par une ordonnance, le donné acte d'un désistement d'office, qui suppose de la part de la juridiction l'interprétation de l'attitude du requérant, paraît justifier l'existence d'un délibéré entre magistrats après une audience, qui peut être fort brève, mais laisse la possibilité au requérant ou à son représentant de préciser ses intentions. Une abstention peut être

volontaire et manifester ainsi clairement une décision ; elle peut être involontaire et résulter d'une erreur, par exemple d'une erreur dans la prise en compte d'un envoi électronique adressé par la juridiction.

Le Conseil d'État fait une application sévère de ces dispositions puisqu'il juge que le magistrat qui signe l'ordonnance donnant acte du désistement n'a pas à motiver son ordonnance et que le juge de cassation n'exerce pas son contrôle sur le bien-fondé de l'ordonnance¹³. Il se réserve toutefois la possibilité de censurer une telle ordonnance « dans le cas où il juge, au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, qu'il a été fait un usage abusif de la faculté ouverte » par la disposition en cause¹⁴.

La multiplication des cas dans lesquels un désistement d'office peut être prononcé a rendu moins légitime l'application de l'article R.222-1.

Que dire alors des autres cas progressivement ajoutés, et notamment de la possibilité pour les cours administratives d'appel de rejeter par ordonnance, sur le fondement de ce texte, « les requêtes d'appel manifestement dépourvues de fondement » ?

On peut admettre que, le plus souvent, il est simple d'identifier les requêtes « manifestement irrecevables » (4° de l'article R.222-1)¹⁵ ; il est plus difficile de déterminer avec certitude ce que sont des moyens « qui ne sont assortis que de faits manifestement insusceptibles de venir à leur soutien ou ne sont manifestement pas assortis des précisions permettant

13. 25 juin 2018, *Société L'Immobilière Groupe Casino*, n° 416720, Rec. T. p. 839.

14. 24 juillet 2019, n° 423177 pour R.611-8-1 et n° 419770 pour R.612-5-1

15. Encore que... : un arrêt n° 420861, *M^{me} Tekour*, du 14 juin 2019 (Rec. p. 205) est révélateur des difficultés nées des obligations imposées par la transmission électronique des requêtes et des fichiers joints.

d'en apprécier le bien-fondé » (7° de l'article R.222-1) ; il est encore plus difficile d'admettre que, depuis le décret du 2 novembre 2016, ait été ajouté dans la liste du 7° le cas des requêtes d'appel manifestement dépourvues de fondement. Cela suppose en effet une appréciation nécessairement subjective qui ne correspond pas à cette sorte d'automaticité qui gouvernait jusque-là l'application de la procédure expéditive de l'article R.222-1. Supprimer l'instruction c'est faire fi du principe de la contradiction qui « occupe une place à part et prééminente par rapport » aux autres principes qui déterminent les caractères généraux de la procédure contentieuse administrative (caractère écrit et principe d'inquisitorialité)¹⁶.

Ce qui paraîtra à l'un manifestement dépourvu de fondement aurait pu apparaître à un autre comme méritant réflexion. Bien plus, l'appréciation peut évoluer au fil de l'instruction d'un dossier et l'impression première peut être démentie au vu des mémoires échangés par les parties.

En mettant ainsi un veto à toute discussion, l'application du couperet de l'article R.222-1 prive un requérant de toute possibilité de rectifier ce qui pouvait n'être qu'une maladresse dans la présentation de sa demande.

La multiplication des hypothèses dans lesquelles il peut être fait application de cette disposition est un coup de canif porté aux principes fondamentaux de la procédure contentieuse.

Il reste à espérer que, dans la pratique, les magistrats sauront, sous le contrôle -léger- du juge de cassation, ne pas faire un usage « abusif » de

16. René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13^e édition, n° 960.

l'adverbe « manifestement », alors même qu'ils ne sont pas tenus de motiver le recours à une ordonnance¹⁷.

C – L'article L521-2 du Code de justice administrative – Le référé-liberté.

Conçu à l'origine pour permettre à la juridiction administrative de reprendre la main dans des hypothèses où une voie de fait pouvait être identifiée, le référé-liberté a connu un grand succès -attisé par la crise sanitaire (Sébastien Hourson, « *Aux confins du confinement* », Dr. Administratif, mai 2020, focus 62) et a été progressivement modelé par la jurisprudence

Sur certains points, c'est une conception restrictive qui a prévalu : ainsi la notion d'urgence a été interprétée de manière beaucoup plus limitée que l'urgence du référé-suspension, ce qui se justifie parfaitement eu égard au délai de 48 heures imparti au juge pour se prononcer.

Mais, dans l'ensemble, c'est plutôt une conception extensive qui a été adoptée : ainsi, ont été considérés comme des libertés fondamentales la libre administration des collectivités territoriales, la possibilité d'exercer un recours effectif devant un juge ou le droit pour un locataire de disposer librement de ses biens pris à bail, pour ne prendre que ces exemples¹⁸.

Il appartenait également à la jurisprudence de préciser la notion d'atteinte « grave et manifestement illégale ». Le « manifestement », que l'on retrouve ici comme dans l'article R.222-1, fait évidemment penser à la notion d'erreur manifeste d'appréciation, ce qui doit conduire le juge du référé-

17. Section, 5 octobre 2018, SA *Finamurs*, 412560, Rec. p. 370.

18. Voir la note 16 sous l'article L521-2 du Code Dalloz 2020.

ré-liberté à adopter une attitude différente de celle du juge du référé-suspension : un simple « doute sérieux » doit conduire à prononcer la suspension ; la mesure pour mettre fin à l'illégalité dénoncée dans le cadre du référé-liberté ne peut, elle, être prononcée que si l'illégalité, outre son caractère de gravité, est manifeste, donc incontestable. En d'autres termes, dans le cas du référé-suspension le doute profite au requérant ; dans le cas du référé-liberté l'hésitation doit conduire à rejeter la demande. C'est la loi. Et cette restriction paraît d'autant plus nécessaire qu'en contradiction avec les termes de l'article L511-1, la mesure que peut ordonner le juge du référé-liberté peut ne pas être provisoire. Il n'est certes pas « saisi du principal », mais ce « principal » peut ne jamais exister. Les règles fondatrices de la procédure contentieuse administrative sont ainsi totalement mises de côté. Le référé-liberté est véritablement révolutionnaire.

Qu'en a fait la jurisprudence ? Son succès démontre qu'il répondait à une attente et que c'est une réussite qu'il faut porter au crédit de ses pères fondateurs. La crise sanitaire de 2020 a provoqué un nombre considérable de requêtes. Cependant, dans des situations très particulières, la procédure du référé-liberté a pu montrer une certaine inadaptation. Je me limiterai à deux exemples pris, pour le dernier, dans un passé très proche même si, à l'aune du second confinement, il paraît déjà loin.

« L'affaire Vincent Lambert »

Sans entrer dans les débats d'ordre éthique soulevés par cette douloureuse affaire il suffit, dans le cadre de la présente étude, de noter que, saisi d'un appel formé contre un jugement de référé-liberté en date du 16 janvier 2014 ayant suspendu l'exécution d'une décision du 11 janvier 2014 par laquelle il avait été mis fin à l'alimentation et à l'hydratation artificielles d'un patient en état pauci-relationnel depuis 2008, le Conseil d'État, dans sa formation d'Assemblée du contentieux, a, par décision du 14 février 2014, ordonné une expertise médicale confiée à trois experts de

renommée nationale et a demandé leur avis à trois institutions nationales ainsi qu'au parlementaire à l'origine de la loi applicable. Ces mesures d'instruction exécutées, par une seconde décision en date du 24 juin 2014, toujours dans la formation d'Assemblée du contentieux, le Conseil d'État a réformé le jugement du tribunal administratif et rejeté la demande de référé-liberté présentée contre la décision administrative¹⁹.

Cette chronologie se suffit à elle-même : ce n'est pas un référé-liberté qui a été tranché, mais un débat de fond, ô combien délicat. Si, à l'évidence, une liberté fondamentale était en cause et si la décision administrative litigieuse portait à cette liberté une atteinte grave pour ne pas dire irrémédiable, les mesures d'instruction ordonnées au résultat desquelles la décision du Conseil d'État a été prise démontrent, sans qu'il soit besoin de s'appesantir, que cette atteinte n'était pas « manifestement » illégale²⁰.

Il aurait fallu, pour les demandeurs de première instance, former un recours pour excès de pouvoir contre la décision du médecin et l'assortir d'un référé-suspension. Ils auraient bénéficié du doute mentionné ci-dessus.

La procédure de référé-liberté a été en l'espèce détournée de son objet. Une solution identique a été adoptée en formation de trois juges, par une décision du 5 janvier 2018²¹.

19. 14 février 2014, n° 375081, Rec. p. 31 et 24 juin 2014, Rec. p. 175, avec les conclusions Rémi Keller.

20. Le professeur Pierre Delvolvé a parlé d'une « dénaturation » de l'article L521-2 (RFDA 2014.706) ; cf. également Paul Cassia, AJDA 2014.1225.

21. N° 416689, Rec. p. 1.

« L'affaire des masques de Sceaux »

Moins tragique, et de loin, l'affaire ayant donné lieu à une ordonnance du 17 avril 2020²² sur appel d'une ordonnance du juge du référé-liberté de Cergy-Pontoise révèle aussi une certaine dérive dans l'utilisation de cette procédure.

Dans le cadre du confinement lié à l'épidémie de la Covid-19, le maire de Sceaux (Hauts-de-Seine) avait pris un arrêté imposant aux habitants âgés de plus de dix ans de se couvrir le visage hors de leur domicile. Cet arrêté avait été suspendu en première instance et le Conseil d'État, saisi en appel par la commune, a confirmé cette suspension.

Que la liberté d'aller et venir soit une liberté fondamentale n'est pas contestable ; que le maire de Sceaux ait été incompétent pour prendre une mesure aggravant les contraintes imposées par le gouvernement peut déjà plus prêter à discussion compte tenu des circonstances locales sur lesquelles il se fondait²³ et eu égard aux règles posées par le Code général des collectivités territoriales ; mais qu'il se soit agi en l'espèce d'une décision « manifestement » illégale paraît aller au-delà du texte de l'article L521-2 ; enfin que l'obligation de porter un masque constitue une atteinte grave à la liberté d'aller et venir passe l'entendement.

En réalité, comme dans l'affaire Lambert, la demanderesse (la Ligue des droits de l'Homme) s'est emparée du référé-liberté pour faire juger un litige qui relevait du recours pour excès de pouvoir classique et du référé-

22. N° 440057.

23. Et ce d'autant que le Premier ministre, en présentant le 28 avril 2020, à l'Assemblée nationale, le plan de sortie du confinement, a insisté sur le rôle des collectivités locales et sur la possibilité, en fonction des circonstances locales, d'aggraver les mesures prises au plan national.

suspension. Et si le juge des référés, dans ce cadre, avait suspendu la décision du maire au vu d'un moyen de nature à créer un doute sérieux quant à sa légalité (la compétence du maire), il n'y aurait rien eu à redire.

Le référé-liberté doit conserver son champ d'application, nécessairement réduit, qui en justifie le régime. L'explosion du nombre des requêtes en référé-liberté, liée au second confinement, fera certainement l'objet d'études approfondies quant à l'attitude du juge.

III. Bilan d'étape

Le Code de justice administrative est en permanence en chantier, et pas seulement lorsque est en cause le contentieux de l'urbanisme. Est-ce là une simple manifestation de l'application du principe général d'adaptation du service public ?

Le praticien est parfois désorienté et est contraint de remettre constamment en cause ses réflexes, sous peine d'engager sa responsabilité.

Il a aussi le sentiment qu'une fois déposé, le recours lui échappe et devient la chose de la juridiction. C'est la conséquence du caractère inquisitoire de la procédure, mais encore faudrait-il que la juridiction en tire toutes les conséquences, ce qui supposerait une modification de l'article R.611-1 pour faire obligation à la juridiction de communiquer tous les mémoires, même ceux qui ne contiennent pas « des éléments nouveaux », circonstance qui peut ne pas manquer d'intérêt pour les autres parties.

Plus fondamentalement, c'est le rôle même de la juridiction administrative qui fait débat²⁴.

L'instauration d'un état d'urgence sanitaire a relancé ce débat. Certains ont estimé, notamment au vu de l'ordonnance de référé-liberté du 22 mars 2020²⁵, que le juge sortait de son rôle et, en prononçant des injonctions, se substituait au gouvernement²⁶ ; d'autres, au vu d'ordonnances rejetant des demandes en référé, ont au contraire reproché au Conseil d'État de ne pas exercer sa mission de contrôle et d'être trop timoré.

Ces critiques contradictoires se neutralisent et conduisent à penser – que l'on soit ou non d'accord avec telle ou telle décision – que le Conseil d'État est resté dans son rôle²⁷. C'est en réalité la possibilité de prononcer des injonctions qui portait en germe le risque de transformer le juge en administrateur.

La seule question qui, elle, est intemporelle, a été posée par Juvénal : « *Sed quis custodiet ipsos custodes ?* ».

24. Que l'on songe à l'« intolérable usurpation » dont le Général de Gaulle a qualifié l'arrêt Canal du 19 octobre n° 21962 (*Mémoires d'Espoir, tome II*, « L'Effort », p.74 et suiv.).

25. Syndicat Jeunes Médecins, n° 439674.

26. Le Professeur Florian Poulet (Gaz. Pal. 28 avril 2020, p. 21) évoque même un « dévoiement de l'office du juge du référé-liberté ».

27. Cf. l'étude du Professeur Baptiste Bonnet, intitulée « *Quand le Conseil d'État porte l'État de droit sur ses épaules...* », JCP édition générale, 1^{er} juin 2020, n° 656, p. 995.

Du « free floating » au « barefooting » : la jurisprudence Benjamin revisitée

Par Hervé RIHAL

Professeur émérite de droit public de l'Université d'Angers

Avant d'être son assistant, qu'il préside mon jury de thèse, m'entraîne pour les leçons d'agrégation et que je devienne son *alter ego*, j'ai eu la chance de figurer parmi les premiers étudiants d'Armel Pécheul lorsqu'il fit ses premiers pas en 1974 ; il assurait alors, dans le bâtiment délabré visité par le lierre de la Faculté de droit d'Angers, les travaux dirigés de droit administratif et j'étais étudiant en deuxième année de droit. Il se passionnait pour la jurisprudence du Conseil d'État et, tout particulièrement, pour la police administrative et la responsabilité. Depuis lors, j'ai toujours manifesté un grand intérêt pour la jurisprudence et en particulier dans ces deux domaines ; j'ai choisi de lui rendre hommage en élaborant un panorama non exhaustif des nouvelles préoccupations des maires en matière de police administrative. Il m'a semblé que l'étude de la manière dont la police administrative est revisitée par la vie moderne et les nouvelles aspirations des citoyens paraissait appropriée.

Cette étude se limitera à la police municipale dont les principes fondateurs n'ont pas changé depuis la loi du 5 avril 1884. Son champ est aujourd'hui l'objet des articles L2211-1 et suivants du CGCT et tout particulièrement de son article L2212-2 et comporte trois domaines : le bon ordre, la sûreté et la salubrité que l'on traduit aujourd'hui par un

nouveau triptyque : tranquillité, sécurité, salubrité. Nous nous bornerons également à la police générale, laissant de côté la question très souvent traitée ces dernières années de la police spéciale et notamment du concours entre police générale et polices spéciales¹.

Au fil des ans, la police du maire a connu des terres d'élection qui ont évolué avec les préoccupations des citoyens. Qu'on en veuille pour preuve, après la loi du 9 décembre 1905, la foisonnante jurisprudence illustrant les relations orageuses entre les maires et les curés à propos notamment des processions². C'est dans l'arrêt Benjamin du 19 mai 1933 que le Conseil d'État a posé clairement les principes de son contrôle dit de proportionnalité ou du choix multiple, mettant en balance, d'un côté, la menace à l'ordre public, d'un autre côté, les atteintes aux libertés publiques que l'on appelle aujourd'hui plus communément libertés fondamentales³. Ainsi, les limitations aux libertés doivent-elles être les plus réduites possible et en tout cas être nécessitées par une menace portée à l'ordre public. Pour cela, trois données sont prises en compte : l'objet de la mesure, les circonstances de temps et les circonstances de lieu, l'interdiction ne devant pas en principe être générale et absolue.

Nous voudrions montrer ici le caractère « éternel » de ces principes face à de nouvelles pratiques de la vie sociale. L'intitulé, volontairement provoquant de cette contribution (surtout à l'époque du Brexit) montre combien la langue anglaise fait son entrée dans notre droit administratif,

1. Pour un point complet sur la question, voir le dossier de l'AJDA : « *Le concours des polices* », AJDA 2020, p. 1210. Plus récemment encore, le Conseil d'État a interdit à un maire de s'opposer à l'épandage des pesticides : CE 31 décembre 2020, commune d'Arcueil, AJDA 2021, p. 754, note C. Rouiller.

2. Pour une étude récente de la question voir Patrick Weil : « *De la Laïcité en France* », Bernard Grasset, 2021.

3. CE 19 mai 1933, GAJA.

jadis beaucoup plus irrigué par la langue de Cicéron. Le *barefooting* est l'habitude de marcher les pieds nus et cette pratique a curieusement donné lieu à un arrêt du Conseil d'État. Le *free floating* est une occupation de la voie publique par des engins, motorisés ou non, dits de déplacement personnel en accès libre ; c'est ici le Gouvernement et le législateur qui ont rappelé à l'ordre les maires qui ne réglementaient pas suffisamment ces pratiques. Mais les maires se sont aussi attaqués à de nouvelles postures liées à la religion musulmane comme le fait de se baigner en « burkini ». Au-delà de ces pratiques individuelles liées à l'environnement ou à l'exercice d'une religion, les maires renforcent de jour en jour leur lutte contre l'insécurité et s'en prennent à certaines cibles : les mendiants, les groupes minoritaires notamment les Roms ou encore les jeunes.

I. Le juge administratif face aux nouveaux usages de la voirie et du domaine public maritime

L'on sait que, depuis l'invasion des villes par l'automobile, il a bien fallu partager l'espace. Le juge administratif a alors admis que le stationnement ne relevait pas d'un usage libre de la voie publique et pouvait être réservé et/ou payant. Il a aussi admis les diverses limitations à la liberté de circulation comme les rues piétonnes. L'on va constater que, ces dernières années, automobiles et surtout piétons ont dû composer avec de nouveaux modes de transport en accès libre. D'une façon plus anecdotique, la mode a été lancée chez les femmes musulmanes du burkini et certains piétons avaient pris l'habitude de marcher pieds nus dans la ville.

A – Le « free floating »⁴

L'idée de « ville intelligente », encore appelée « smart city », trouve largement son origine dans le développement de la géolocalisation. C'est à partir de 2017 que le *free floating* s'est développé dans la plus grande anarchie. Il permet « la location à la course de véhicules en libre-service (vélos, trottinettes, scooters, voitures électriques) »⁵... Cependant, il pose de redoutables problèmes de partage de la voie publique notamment pour la sécurité des piétons en raison d'une part de la vitesse de certains véhicules, d'autre part de leur stationnement abusif sur les trottoirs. En effet, « après avoir téléchargé l'application idoine, l'usager localisé déverrouille en scannant un code-barre, puis verrouille lui-même l'engin convoité grâce à son smartphone (qui lui permet aussi de régler la facture) »⁶. Ces nouveaux véhicules, correspondant à une pratique individualiste de la voie publique, ont pour avantage d'offrir une grande liberté à leurs usagers. Ils présentent cependant de multiples inconvénients. Ils sont accidentogènes, plusieurs décès étant à déplorer du fait d'accidents entre piétons et trottinettes. Le ramassage des engins épars est plus ou moins régulier selon les opérateurs et leur localisation dans les lieux plus ou moins fréquentés de la ville. Bien des véhicules sont vandalisés, détériorés ou laissés dans des rivières et les pertes sont considérables. Leur impact écologique est discutable : certes, ils évitent la prolifération des voitures en ville, objectif dans la plupart des grandes villes, mais en même temps ils nécessitent souvent beaucoup d'entretien et surtout occupent les trottoirs au détriment tout particulièrement des personnes âgées, des enfants et des personnes handicapées qui sont mises

4. Les définitions sont empruntées à l'article de Ph. Yolka : « *Libres propos sur le free floating* », AJDA 2019, p. 742.

5. P. Yolka, Art. préc.

6. *Ibid.*

en danger. Comme l'écrit Jean-Marie Pontier, « l'agrément des uns fait le désagrément des autres, c'est-à-dire des piétons »⁷.

Face à ce déferlement très populaire notamment de trottinettes, c'est le gouvernement qui, à la demande de certains groupes de pression notamment les associations de personnes handicapées, a réglementé leur usage très laxiste par les grandes villes. Puis, c'est le législateur qui est intervenu et l'on attend à présent la jurisprudence. Ainsi, alors qu'en matière de police, c'est généralement le juge qui vient annuler des arrêtés municipaux trop liberticides, ce sont ici le règlement puis la loi qui ont limité les libertés municipales.

Prenant en compte ce que l'on appelle parfois les « mobilités douces », le décret du 23 octobre 2019 est venu encadrer les possibilités offertes aux maires dans ce domaine⁸. Il est notamment prévu qu'en agglomération, les engins de déplacement personnel doivent circuler sur les bandes et pistes cyclables⁹. En l'absence de bandes ou pistes cyclables, ils peuvent également circuler :

- sur les routes dont la vitesse autorisée est inférieure ou égale à 50 kilomètres-heure [...] ;
- sur les « aires piétonnes ». Toutefois, leur circulation est interdite hors agglomération, sauf sur les voies ouvertes et pistes cyclables. Mais le maire peut aussi interdire leur circulation sur certaines voies, notamment pour faciliter la fluidité et la commodité du passage. Il peut autoriser aussi leur circulation sur le trottoir « à

7. J. M. Pontier, « *Trottinettes et autres engins de déplacement personnel* », AJDA 2019, p. 1.

8. Décret n°2019-1082 du 23 octobre 2019 relatif à la réglementation des engins de déplacement personnel, JO du 25 octobre 2019, texte n° 19.

9. Art. R.412-43-1 du Code de la route.

condition qu'ils respectent l'allure du pas et n'occasionnent pas de gêne pour les piétons ». Il est précisé que, seulement pour les engins motorisés, le conducteur doit être âgé d'au moins douze ans¹⁰. Toute personne se promenant en ville ou en périphérie s'aperçoit que cette réglementation n'est pas du tout respectée et que l'allure du pas s'apparente généralement à la foulée du coureur de fond !

La loi d'orientation des mobilités du 24 décembre 2019 a encore encadré le *free floating*, cette fois sur le plan des relations avec les collectivités territoriales auxquelles les grandes sociétés spécialisées avaient généralement imposé leurs vues ¹¹. L'article L1231-7 du Code des transports prévoit la délivrance d'un titre individuel d'occupation domaniale octroyé aux opérateurs par l'autorité gestionnaire en contrepartie du paiement d'une redevance. Cet acte unilatéral pourra comporter des prescriptions limitativement fixées par la loi, portant notamment sur les informations statistiques, les conditions spatiales de déploiement des engins, les mesures que doit prendre l'opérateur « afin d'assurer le respect par lui-même ou ses préposés et par les utilisateurs des véhicules, cycles et engins de règles de circulation et de stationnement édictées par les autorités compétentes, notamment les règles assurant l'accessibilité de la voie publique aux personnes handicapées ou à mobilité réduite et garantissant la sécurité des piétons ». Ces prescriptions portent aussi sur les moyens utilisés par l'opérateur pour assurer le retrait des véhicules, cycles et engins lorsque ceux-ci sont hors d'usage ou en cas d'interruption ou d'arrêt définitif du service. Ou encore sur les mesures

10. Art. R.412-43-3 du Code de la route.

11. Loi n° 2019-1248 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, JO du 27 décembre 2019, texte n° 1.

nécessaires pour assurer la tranquillité du voisinage, notamment en encadrant l'émission de signaux sonores de nuit¹².

En observant de près les évolutions, l'on ne manque pas d'être surpris : il a fallu que le règlement intervienne pour restreindre la circulation des véhicules là où les maires auraient dû utiliser leur pouvoir de police. Il a fallu l'intervention du législateur pour que ces opérateurs se voient imposer un minimum de règles de bonne conduite. Dans ces conditions, l'on comprend que les maires mettent peu d'empressement à appliquer ces prescriptions, même si leur absence d'application constitue une source de friction avec les associations de piétons ou de personnes handicapées. Aujourd'hui encore, les maires songent plus à satisfaire un électorat avide de vitesse qu'à aider les personnes vulnérables.

En revanche, les maires ont été prompts à encadrer de nouvelles pratiques sociales individuelles, qu'elles soient dictées par des opinions religieuses ou par une conception particulière du bien-être. Tel est le cas du burkini, d'une part, du *barefooting* de l'autre.

B – L'encadrement de nouvelles pratiques sociales

Le burkini, apparu sur les plages, semble-t-il, en 2016, est une tenue de bain destinée à permettre aux femmes de confession musulmane de se baigner dans une tenue conforme à leurs croyances. Contrairement au célèbre petit bikini des années 1960 immortalisé par une chanson de Richard Anthony, le burkini n'est pas choquant sur le plan des bonnes mœurs, car il couvre largement le corps de la femme. Pourtant, de nombreux maires de communes situées sur la Côte d'Azur ont interdit cette pratique qui a beaucoup agité les médias durant l'été 2016. Bien sûr,

12. Pour un commentaire de ce texte, voir S. Rocko et A. Ramel : « *La loi d'orientation des mobilités, la révolution du déplacement* », AJDA 2020, p. 261.

cette question a abouti à un contentieux jugé rapidement grâce à la technique du référé-liberté¹³. Le juge des référés du Conseil d'État a notamment suspendu l'arrêté du maire de Villeneuve-Loubet comme constituant une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, au sens de l'article L521-2 du Code de justice administrative, les libertés visées étant la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle. Comme il se doit, le burkini n'était pas cité dans l'arrêté attaqué, mais il y était question d'interdiction d'accès à la baignade faite « à toute personne ne disposant pas d'une tenue correcte, respectueuse des bonnes mœurs, du principe de laïcité et respectant les règles d'hygiène et de sécurité des baignades adaptées au domaine public maritime ». De même, le port de ces vêtements était strictement interdit sur la plage. Pourtant, cette pratique ne troublait pas l'ordre public, ce qui n'aurait été le cas que si elle avait donné lieu à des manifestations. Il était aussi difficile d'y voir une atteinte à l'hygiène, car la mer n'est pas une piscine. De même, on ne voit pas pourquoi de telles pratiques seraient interdites sur les plages. Les bonnes mœurs ne sont bien évidemment pas atteintes par cette pratique ; en réalité, le point d'achoppement se situait autour de la laïcité, dans la mesure où le burkini attestait d'une appartenance à l'Islam.

Le Conseil d'État suspendit donc ces arrêtés dépourvus de base légale. Comme beaucoup de sujets estivaux exploités par les médias, l'on ne parle plus aujourd'hui du burkini, à l'exception parfois de son utilisation dans les piscines municipales, sans que l'on sache s'il est encore usité sur les plages de la Côte d'Azur.

L'objectif du *barefooting* – fait de marcher pieds nus – est de rechercher des bienfaits pour la santé au niveau des articulations et du dos. Le

13. Ord. CE 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, RFD. Adm. 2016, p. 1227, étude P. Bon ; AJDA 2016, p. 2122, note P. Gervier.

directeur de la régie autonome de la citadelle de Besançon – mais le maire aurait pu prendre la même décision quelques mois plus tard, puisque l'établissement public a été dissous – avait interdit cette pratique en considérant que certains passages sont dangereux, car empierrés et que le zoo expose les visiteurs qui s'y hasarderaient pieds nus à contracter des infections. Le tribunal administratif de Besançon, saisi par un administré mécontent, retient pour valider l'interdiction des motifs de sécurité publique et le risque de transmission de maladies ou d'infections des animaux aux visiteurs, d'autant que certains animaux peuvent être laissés en liberté dans les différentes zones du site¹⁴. Ainsi, cette disposition du règlement de la citadelle dont l'administré demandait l'abrogation répond bien à des motifs de sécurité et de salubrité et cette atteinte à la liberté d'aller et venir n'est pas disproportionnée.

Pour le Conseil d'État, saisi en cassation, s'agissant de la cour intérieure, du musée et du zoo, l'exigence d'une tenue correcte incluant des chaussures fermées ne porte pas une atteinte excessive aux libertés. En revanche, dans le parc abritant de vastes pelouses et des aires de pique-nique, l'interdiction générale et permanente de marcher pieds nus « impose aux visiteurs des sujétions excessives au regard des buts poursuivis »¹⁵.

L'on voit, dans une affaire qui peut apparaître futile, le plein exercice du contrôle de proportionnalité : là où il y a des risques pour la sécurité et/ou la salubrité, la mesure de police est proportionnée ; là où il y a place pour la promenade et les loisirs, aucune menace à l'ordre public ne justifie cette atteinte à une liberté, aussi minime soit-elle.

14. TA Besançon, 14 avril 2016, M. Lechantre, AJDA 2016, p. 1349, Concl. I. Marion.

15. CE 3 octobre 2018, n° 414535, AJDA 2018, p. 1929.

Mais au-delà de la vêtue et des nouvelles pratiques écologiques de déplacement, le maire a parfois profité de ses pouvoirs de police pour agir à l'encontre de catégories « mal vues » de sa commune, notamment les pauvres et les adolescents.

II. Les pauvres et les jeunes, nouvelles cibles des élus locaux

Vis-à-vis des pauvres, les maires ont d'abord agi contre la mendicité, mais le principe constitutionnel de fraternité risque de les empêcher de continuer en ce sens. Ils ont aussi interdit le chiffonnage et le juge administratif a validé cette interdiction, quand bien même elle pouvait paraître discriminatoire.

Vis-à-vis des jeunes, ce sont les arrêtés « couvre-feu » qui, après une éclipse, réapparaissent aujourd'hui.

A – Les pauvres, la mendicité et le chiffonnage

La jurisprudence sur les arrêtés anti-mendicité ne nécessite qu'un rappel sommaire, car elle est déjà assez ancienne¹⁶ ; c'est à partir de 1995 que les maires des communes touristiques, où avaient notamment lieu des festivals, commencèrent à prendre des arrêtés anti-mendicité. Il s'agissait généralement d'interdire « le maintien prolongé, en position allongée, de personnes ou d'animaux qui gênent le libre passage des piétons ou perturbent l'ordre public »¹⁷. On pouvait y voir une atteinte non à la liberté du commerce et de l'industrie, mais à la liberté individuelle. Mais

16. Voir I. Michalet : « *Le contentieux administratif des arrêtés interdisant la mendicité* », AJDA 2001, p. 320 et H. Rihal : « *Quand le droit pénal l'emporte sur le droit public, l'exemple de la mendicité agressive* », RDP 2003, p. 371.

17. TA Pau, 22 novembre 1995, Couveines et association « Sortir du Fond », RFD Adm. 2016, p. 376, Concl. J. Y. Madec, à propos d'un arrêté « euphémistique » du maire de Pau.

les usagers ainsi entravés dans leur cheminement par la présence de mendiants souvent accompagnés de chiens estimaient pouvoir circuler librement sur la voie publique sans être entravés dans leur marche. Très souvent, ces arrêtés furent annulés comme dans le jugement précité du tribunal administratif de Pau.

Ces dernières années, un nouvel élément juridique est venu au secours des mendiants. Il s'agit du principe de fraternité auquel le Conseil Constitutionnel a donné valeur constitutionnelle par sa décision du 6 juillet 2018, le principe de fraternité trouvant son fondement notamment dans la devise de la République contenue à l'article 2 de la Constitution. Il en découle la liberté fondamentale « d'aider autrui dans un but humanitaire »¹⁸. Ainsi, le principe de fraternité est bien analysé comme un droit fondamental. Le Conseil estime que l'exercice de cette liberté doit être concilié avec l'objectif de préservation de l'ordre public.

Quelques semaines seulement après cette décision, le tribunal administratif de Besançon voulut la mettre en pratique à propos d'un arrêté anti-mendicité. En l'espèce, le maire de Besançon avait interdit durant une longue période (tout l'été et pendant la période des fêtes de Noël) la consommation d'alcool, la mendicité accompagnée ou non d'animaux, le regroupement ainsi que la station allongée lorsqu'elle constitue une entrave à la circulation publique. Saisi en référé-liberté, le tribunal administratif de Besançon¹⁹ reprend les points 7 et 8 de la décision du Conseil constitutionnel. Le jugement indique que le requérant ne peut se prévaloir d'une quelconque liberté fondamentale de mendier, mais il admet que la liberté d'aider autrui ne prend parfois « spontanément corps qu'à la vue de personnes dans le besoin ». L'on est

18. Décision n°2018 717-718 QPC du 6 juillet 2018, JO 7 juillet 2018, texte n° 107.

19. Ord. TA Besançon, 28 août 2018, Guarado, AJDA 2018, p. 2509, note A. Korsakov.

proche d'une leçon de philosophie lorsque le tribunal ajoute que pour être effective, la liberté requiert « d'avoir conscience de l'opportunité d'en faire usage ». Ainsi, une interdiction générale et absolue de mendier eût-elle été sans nul doute disproportionnée. Mais une petite partie seulement du territoire était concernée et l'interdiction n'était valable que de 10 à 20 heures à certaines périodes de l'année où les touristes et les clients sont particulièrement présents dans le centre-ville.

De façon plus sournoise, certains maires ont interdit le « glanage » et le « chiffonnage » pour se « débarrasser » des Roms dont il s'agit souvent de l'une des activités principales, ce chiffonnage prenant aujourd'hui la forme de la fouille des poubelles. Bien sûr, le Conseil d'État a eu à juger de la légalité de cet arrêté, cette fois en cassation²⁰.

Comme l'écrit le rapporteur public, « ces pratiques que l'on constate en tout temps et en tous lieux étaient acceptées ou à tout le moins tolérées sans que le droit n'ait jusqu'ici à s'en mêler ». Le problème est que cette exhumation de déchets heurte aujourd'hui l'idée de transition écologique tant elle entraîne des nuisances pour l'hygiène et pour l'environnement. Il est en effet rare que celui qui fouille les poubelles remette ensuite soigneusement en place ce qu'il en a extrait et non conservé. Ces pratiques répondent à un instinct de survie, voire à l'état de nécessité, mais il n'existe tout de même pas une liberté de fouiller les poubelles. Le fait que certains détritiques soient hors des poubelles porte bien atteinte à la propreté, à la salubrité voire à la sécurité. Le Conseil d'État ne voit rien à redire à cette interdiction prononcée par le maire de La Madeleine alors même qu'elle était générale et absolue dans le temps et portait sur l'ensemble du territoire de la commune. De même, il ne retient pas la discrimination

20. CE 15 novembre 2017, Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen, AJDA 2018, p. 62, concl. L. Marion.

indirecte invoquée par l'association requérante. Le fait pourtant que le texte ait été traduit en roumain et en bulgare montre quelles étaient ses cibles et quel soin le maire avait mis à faire connaître sa décision à ses destinataires.

Ainsi, il n'existe ni liberté de mendier ni liberté de fouiller dans les poubelles, juste un devoir d'aider autrui dans un but humanitaire, devoir qui peut être suggéré par le fait que l'on rencontre des mendiants. Telle et la position des juges administratifs à l'égard des personnes les plus démunies.

Vis-à-vis des jeunes, le juge s'avère plus circonspect.

B – Les jeunes, cibles des arrêtés « couvre-feu »

Les jeunes sont également visés par l'action de police des maires. Il s'agit ici tant d'une action de prévention de la délinquance que de protection de ceux-ci contre l'exploitation par des délinquants plus chevronnés. Avant même que l'ensemble des citoyens ne prennent, en octobre 2020, l'habitude du couvre-feu pour des raisons sanitaires, celui-ci a eu à s'appliquer aux jeunes. Dès 1997, certains maires ont instauré un couvre-feu pour les mineurs de 12 ou 13 ans leur interdisant de sortir non accompagnés après 23 heures. Le juge administratif faisait alors usage du sursis de quarante-huit heures pour annuler la plupart de ces arrêtés²¹.

Depuis la loi du 30 juin 2000, le référé-liberté permet une intervention rapide du juge à condition que l'atteinte à une liberté fondamentale (en l'occurrence la liberté individuelle et la liberté de circulation) soit grave et

21. Voir notamment, Ord. CE 29 juillet 1997, préfet du Vaucluse, RFD Adm. 1998, p. 383, note P. L. Frier, à propos d'un arrêté du maire de Sorgue.

manifestement illégale. L'arrivée au pouvoir de maires appartenant au Rassemblement national, pratiquant une politique très sécuritaire, a ravivé l'usage du couvre-feu, comme en témoigne l'arrêt rendu en cassation par le Conseil d'État en 2018²². En effet, quelques semaines seulement après son élection en 2014, le maire de Béziers avait interdit la circulation de mineurs non accompagnés d'une personne adulte de 23 heures à 6 heures dans le centre-ville et dans la « zone spéciale de sécurité » toutes les nuits du vendredi au dimanche toute l'année et même en semaine du 15 juin au 15 septembre. Le Conseil d'État indique d'une part que les devoirs de garde et d'éducation des parents ne font pas obstacle à ce que le maire fasse usage de ses pouvoirs de police envers les mineurs en fonction de « circonstances locales particulières ». Il ajoute que « toutefois, la légalité de mesures restreignant à cette fin la liberté de circulation des mineurs est subordonnée à la condition qu'elle soit justifiée par l'existence de risques particuliers de troubles à l'ordre public auxquels ces mineurs seraient exposés ou dont ils seraient les auteurs ». Ceci s'apprécie par secteur. C'est pour absence de proportionnalité – caractère trop général et absolu dans le temps et dans l'espace – que, encore une fois, l'arrêté sera annulé. Cela montre que certains maires utilisent leurs pouvoirs de police sans discernement, sans les adapter à l'objectif pris en compte. Peut-être est-ce là un choix de leur part pour montrer qu'ils remédient à l'insécurité. Le Conseil d'État estime qu'il n'y a pas un niveau de délinquance particulièrement élevé chez les mineurs de 13 ans dans les secteurs concernés et que l'augmentation constatée de la délinquance ne s'est pas accompagnée d'une implication croissante de ces mineurs.

« Liberté », tel est le maître mot du présent ouvrage. Depuis le vieil arrêt Benjamin, bientôt nonagénaire, la jurisprudence administrative concilie

22. CE 6 juin 2018, *Ligue des droits de l'homme c/commune de Béziers*, Leb. T. ; AJDA 2018, p. 2155, note H. Avenir.

inlassablement atteinte aux libertés et notamment à la liberté individuelle et menace portée à l'ordre public. Chez les maires, l'idéologie sécuritaire a pris le dessus. En effet, à côté de la vidéoprotection et de l'existence de polices municipales, les arrêtés actuels sont le plus souvent anti-mendicité, anti-fouille des poubelles ou encore antijeunes. Toutefois, les préoccupations environnementales ont aussi davantage de place comme en témoignent les tentatives des maires de procéder à des interdictions d'implanter des antennes de téléphonie mobile, de disséminer des organismes génétiquement modifiés, d'installer des compteurs électriques intelligents ou de l'épandage de pesticides. Les exigences de la population impliquent aujourd'hui un recentrage des pouvoirs de police municipale autour de certaines activités. Il ne serait pas venu à l'idée de quiconque, à l'époque de l'arrêt Benjamin, de revendiquer de marcher pieds nus dans une citadelle. Qui plus est, les exigences concernant l'usage de la voirie étaient très limitées alors que la géolocalisation a permis l'usage d'engins que l'on prend et qu'on laisse ailleurs (vélos, trottinettes).

Ainsi, le juge administratif adapte-t-il des recettes très anciennes à des domaines nouveaux sans qu'une nécessité de les remettre en cause se fasse jour.

La clause générale de compétence dans les voiles du Vendée Globe

Par Michel VERPEAUX

Professeur émérite de droit public de l'Université Paris I - Panthéon-Sorbonne

Le titre ne doit pas tromper. Le texte qui suit n'est pas une contribution sur la course à la voile autour du globe en solitaire, organisée tous les quatre ans et au départ de laquelle, grâce au dédicataire de ces Mélanges, il m'a été donné d'assister en 2016, aux Sables-d'Olonne¹. Mais le Vendée Globe avait déjà servi pour étayer et illustrer le commentaire de la décision n°2016-565 QPC du 16 septembre 2016, Assemblée des départements de France, du Conseil constitutionnel, soit peu de temps avant le départ de la course, à propos de la question de la clause générale de compétence des collectivités territoriales². Alors que ce sujet semblait n'intéresser que des cercles académiques, il avait, en effet, suscité un débat intense depuis les travaux du Comité pour la réforme des collectivités locales, et pas seulement en doctrine³.

1. La crise de Covid-19 et le confinement qui l'a accompagnée ont empêché d'assister au départ de 2020, malgré l'invitation amicale d'Armel. Lui qui préfère les chevaux aux bateaux !

2. Michel Verpeaux, « *Suppression de la compétence générale des départements : la fin du Vendée-Globe ?* », La Semaine juridique-édition G., n° 43/44 du 24 octobre 2016.

3. Décret n° 2008-1078 du 22 octobre 2008 portant création du comité pour la réforme des collectivités locales, JO n° 0249 du 24 octobre 2008 et dont la présidence était

Reprenons les faits. Lors des travaux du Comité précité, cette question est apparue comme étant centrale dans la recherche d'une définition optimale des compétences des collectivités, ce qui était l'une des missions du Comité⁴. La surprise de l'auteur de ces lignes fut grande de découvrir que les élus, aussi bien nationaux que locaux, membres du Comité ou entendus par ce dernier, étaient extrêmement sensibilisés par l'intérêt « pratique » de cette question qui n'avait alors d'académique que le nom. C'est lors d'une des auditions réalisées par le Comité que le président, à l'époque, du conseil général de Vendée avait pris l'exemple, en 2008, de cette course à la voile autour du monde pour expliquer tout l'intérêt de cette notion, pour le Département de Vendée, afin de justifier son implication dans l'organisation de cette manifestation, alors qu'évidemment la compétence pour la voile d'un département, même aussi maritime que la Vendée, n'était pas inscrite dans les textes. Cette intervention avait produit une forte impression sur le Comité, mais, malheureusement, pas au point de convaincre la majorité de ses membres de ne pas supprimer cette fameuse clause du droit positif dans son rapport « Il est temps de décider »⁵. Cet avis avait néanmoins suscité de la part du signataire de ces lignes, et par ailleurs membre de ce Comité, une contribution personnelle pour défendre le maintien de la fameuse clause⁶.

La loi n°2010-1563 de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010 avait suivi en partie les conclusions du rapport Balladur et voulu supprimer, dans des termes assez ambigus, cette compétence

confiée à l'ancien Premier ministre Édouard Balladur.

4. Le Comité était chargé, notamment, de clarifier la répartition des compétences des collectivités territoriales. La lettre de mission faisait référence à des « compétences mieux définies ».

5. *Il est temps de décider* (dir E. Balladur), Fayard-La documentation française, 2009, notamment p. 207.

6. Observations personnelles de M. Michel Verpeaux, op. cit., p. 247.

générale au nom de la « Clarification des compétences des collectivités territoriales »⁷ : l'article 73 prévoyait en effet que les articles L3211-1 et L4221-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) devaient être complétés par les mots : « dans les domaines de compétence que la loi lui attribue » après avoir affirmé que « Le conseil départemental (régional) règle par ses délibérations les affaires du département (de la région) »⁸. L'ambiguïté résidait dans l'ajout d'un alinéa 2 à ces deux articles et ainsi rédigé : « Il peut en outre, par délibération spécialement motivée, se saisir de tout objet d'intérêt départemental pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre personne publique ». La compétence générale semblait revenir par la fenêtre après avoir été mise à la porte. L'affaire paraissait néanmoins entendue et la clause générale de compétence semblait devoir disparaître au 1^{er} janvier 2015, date de l'entrée en vigueur de cet article 73 selon son § VII.

En réalité, il n'en rien été. Plusieurs événements ont permis de relancer le débat et de lui conférer un intérêt toujours présent. Le premier a été le rétablissement de la clause générale par la loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, dite « loi MAPTAM »⁹ dans son chapitre 1^{er} intitulé de manière claire « Le rétablissement de la clause de compétence générale » au sein d'un Titre 1^{er} « Clarification des compétences des collectivités territoriales et coordination des acteurs ». Il est remarquable de constater que cette loi est la première à avoir utilisé de manière officielle cette notion jusque-là réservée aux débats doctrinaux. La suppression de la compétence générale avait été, en effet, fortement critiquée par l'opposition parlementaire de 2010 qui avait annoncé qu'une fois

7. Intitulé du Titre IV de la loi du 16 décembre 2010 comprenant les articles 73 à 78.

8. JO n°0292 du 17 décembre 2010.

9. JO n°0023 du 28 janvier 2014.

redevue majoritaire, elle s'empresse de la rétablir. Ce fut donc chose faite en 2014, l'opposition de 2010 étant devenue la majorité de 2014. Néanmoins, ce qui paraissait simple et admis en 2014 a été remis en cause dès l'année suivante, par la même majorité parlementaire, ce qui ne manque pas d'interroger sur la cohérence de la législation. En effet, la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République¹⁰, et qui n'a pas osé proclamer dans une subdivision « Nouvelle suppression de la clause générale de compétence », a néanmoins rétabli, pour les départements et les régions, la rédaction des articles L3211-1 et L4221-1 telle qu'elle figurait déjà dans la loi de 2010¹¹.

La saisine du Conseil constitutionnel par l'Assemblée des départements de France (A.D.F.) constitue le second événement, dans un contexte très tendu né de la promulgation de la loi NOTRe précitée qui envisageait de limiter suffisamment les compétences des départements pour qu'ils soient amenés à disparaître quasi naturellement. La QPC était dirigée contre la rédaction de l'article L3211-1 issue de la loi de 2015. Si le Conseil d'État a jugé, dans une décision n° 397366 du 20 juin 2016, que la question était suffisamment sérieuse pour être renvoyée au Conseil constitutionnel, sans autre motivation, le Conseil constitutionnel n'a pas jugé cette disposition législative contraire à la Constitution par sa décision n° 2016-565 QPC du 16 septembre 2016 précitée¹².

10. Dite « loi NOTRe », JO n° 0182 du 8 août 2015.

11. C'est à propos du renforcement des responsabilités régionales que l'article 1er de la loi complète l'alinéa 1er de l'article L4221-1 CGCT par les mots : « dans les domaines de compétences que la loi lui attribue », ce qui est compris par tous comme étant la fin de la compétence générale (cf. aussi, à propos des départements et selon le même procédé rédactionnel, art. 94 de la loi, mais dans un chapitre intitulé « Suppression de la clause de compétence générale des départements et définition de leurs capacités d'intervention pour les solidarités territoriales et humaines »).

Le troisième temps a été marqué par la permanence de l'offensive doctrinale contre l'existence de la clause générale, malgré sa seconde suppression par la loi de 2015. Ce sont ces dernières et récentes analyses qui motivent cette contribution destinée aux *Mélanges* offerts à Armel Pécheul. Sont en cause, en effet, dans deux textes différents, l'existence et les enjeux de cette définition des compétences des collectivités.

I. L'existence de la clause générale de compétence

Le premier texte a été signé de notre ami Jacques Ferstenbert et est paru à la Gazette des communes, des départements, des régions du 23 janvier 2017, sous la forme d'une tribune. Quelque temps après, lors des Journées d'études de l'Association française de droit des collectivités territoriales¹³, le professeur Gohin, par ailleurs ami et membre du Comité éditorial des présents *Mélanges* et dont nous devons respecter d'autant plus l'opinion, a souhaité revenir sur cette question. Ces deux auteurs méritent bien l'un et l'autre qu'il leur soit répondu.

S'agissant de l'existence de la clause de compétence générale, une première difficulté réside dans la dénomination de la notion : doit-on parler de clause de compétence générale ou de clause générale de

12. Cette décision trouve son fondement, ou peut-on dire son prétexte, dans le recours pour excès de pouvoir dirigé par cette association contre l'Instruction du gouvernement en date du 22 décembre 2015, signée par les ministres de l'Intérieur, de la Décentralisation et de la Fonction publique et du secrétaire d'État à la réforme territoriale auprès de la ministre de la décentralisation et de la fonction publique, et relative aux incidences de la suppression de la clause de compétence générale des départements et des régions sur l'exercice des compétences des collectivités territoriales.

13. Les travaux de ces journées d'étude des 14 et 15 novembre 2019 ont été publiés sous le titre « *Pour un droit constitutionnel des collectivités territoriales. Évolutions et débats* », sous la direction de Pauline Türk, L'Harmattan, 2020, p. 203.

compétence ? Outre que le terme de « clause » est de nature à fausser la réflexion, parler de *compétence générale* constitue la manière la plus adéquate pour désigner ce qui sert à qualifier les compétences des collectivités territoriales, car c'est bien d'une conception *généraliste* des compétences qu'il s'agit.

Reprenons alors les arguments des auteurs précités. Le titre du texte de Jacques Ferstenbert était évocateur : « Suppression de la clause générale de compétence : une réforme pour rien ». L'auteur estimait que la doctrine acceptait trop facilement cette notion sans exercer son rôle critique¹⁴. Il relevait que, quelle que soit la méthode d'appréhension matérielle des compétences, que ce soit celle de l'énumération limitative ou celle de l'énoncé de principe, les deux n'échappent pas à la nécessité de l'interprétation, soit du critère de détermination (quelles sont ainsi « les affaires de la commune » ?), soit des textes énumérant les compétences, qui peuvent être parfois imprécis ou incomplets. De prime abord cependant, la seconde méthode paraît d'une utilisation moins discutable, car elle repose sur l'affirmation selon laquelle il n'existe pas de compétences en dehors de ce qu'énumèrent la ou les lois. L'erreur de la doctrine, selon Jacques Ferstenbert, a consisté à transformer la « clause », qui ne serait qu'un simple procédé technique de dévolution des compétences, en notion juridique. Pour lui, seul le critère utilisé pour déterminer les affaires d'une catégorie donnée de collectivités constitue une notion juridique. On ne voit cependant pas ce qui interdit d'ériger un procédé en notion.

14. Pour renforcer son argumentation, il s'appuyait sur René Chapus, selon lequel cette « clause n'a guère de signification juridique » (*Droit administratif général*, tome 1, n° 416, Domat-Monchrestien).

La deuxième erreur, selon cet éminent auteur, qui a en outre été élu local pendant de très nombreuses années, était de confondre l'organe et la collectivité en prenant la partie pour le tout, c'est-à-dire ici le conseil municipal pour la collectivité, à partir de la rédaction de l'article 61 de la loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale qui proclamait que « Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune »¹⁵. Cette disposition est, à l'heure actuelle, inscrite à l'article L2121-29 CGCT, après l'avoir été dans les mêmes termes dans l'article L121-26 du code des communes. S'agissant des autres niveaux de collectivités territoriales, il a fallu attendre, néanmoins, un siècle pour que la loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions l'inscrive au profit des départements et des régions avec une rédaction similaire : « Le conseil général (régional) règle par ses délibérations les affaires du département (de la région) » (art. 23 al. 1 de la loi, et art. 59 al. 2 pour les régions). Ces articles sont devenus les articles précités L3211-1 et L4221-1 du CGCT.

Le même auteur reconnaît néanmoins que la loi du 7 janvier 1983 a bien envisagé les collectivités et non plus les organes délibérants en disposant que « Les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence »¹⁶. Du fait de cette rédaction, la critique adressée aux tenants de la compétence générale, accusés de confondre un critère organique et un critère substantiel, perd de sa pertinence. Ce texte est apparu, en outre, suffisamment essentiel pour être codifié à l'article L1111-2 CGCT. L'emploi du singulier (« leur compétence ») correspond ainsi à une conception abstraite d'une

15. La doctrine pratiquerait alors ce que le savant auteur qualifie de « synecdoque », soit la figure de rhétorique qui consiste à prendre le plus pour le moins, la partie pour le tout.

16. Article 1^{er} de la loi 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État.

compétence générale, alors que le pluriel (« les compétences ») aurait été plus susceptible de convenir à une énumération de compétences.

Pour résumer la position doctrinale, la compétence générale des collectivités territoriales n'existe pas, seule existe celle des organes délibérants, qui disposent ainsi d'une compétence de droit commun, par opposition aux organes exécutifs.

Dans sa contribution, le professeur Gohin entend lui aussi critiquer la « prétendue clause générale de compétence des CT », en utilisant, pour le détourner, le titre d'une célèbre contribution de Jean-Marie Pontier « *Semper manet* »¹⁷, le titre « *Semper abest* » qu'il développe de manière plus complète « *non semper manet quia semper abest* »¹⁸. Selon lui, en effet, « de clause générale de compétence, il n'y a pas et il n'y a jamais eu ». L'absence de compétence générale résulte de la souveraineté de l'État qui est maître des compétences des collectivités et qui les attribue librement, la décentralisation n'étant qu'une « modalité d'organisation administrative d'un État unitaire ». Il est alors nécessaire de considérer les compétences sous l'angle de notions plus juridiquement identifiables et mesurables, que ce soit les affaires locales ou l'intérêt public local ou le principe de libre administration. L'auteur va plus loin en affirmant que « la clause générale étant notoirement inconstitutionnelle, à supposer qu'elle soit normative, elle n'a pas sa place dans le droit des collectivités territoriales », et en concluant qu'envisager son existence, c'est « discourir... de rien, pour rien ». La condamnation est définitive et toute défense semble vaine. Il est

17. Jean-Marie Pontier, « *Semper manet. Sur une clause générale de compétence* », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tome 100, 90^e année, 1984, p. 1443-1472.

18. Troisième personne de l'indicatif présent du verbe « *absum* », qui signifie « qui manque », ou « qui est absent ».

néanmoins permis de persister, ne serait-ce qu'au nom des enjeux du maintien de la compétence générale.

II. Les enjeux de la compétence générale

Dans l'histoire et dans le droit des collectivités territoriales, ces dernières n'ont conquis une relative autonomie par rapport à l'État, en France, qu'en affirmant une forme de compétence de principe pour gérer des affaires locales, sans prétendre, pour autant, remettre en cause l'unité de l'État. Ce fut tout le sens de la décentralisation à la française. S'agissant des communes, par exemple, les dispositions législatives antérieures à la loi de 1884 enfermaient leurs compétences dans des bornes et limites étroites. Le texte de 1884 adoptait alors une autre conception des compétences des communes par sa rédaction très ouverte. Revenir sur cette définition des compétences constitue alors un retour en arrière. L'affirmation de la compétence générale s'est accompagnée de la consécration du suffrage universel, indirect pour les maires à partir de la loi du 28 mars 1882 tendant à attribuer aux conseils municipaux dans les chefs-lieux de département, d'arrondissement et de canton, la nomination des maires et des adjoints, ou suffrage universel direct pour l'élection des conseils régionaux dans la loi du 2 mars 1982. Il existe donc un lien certain entre le caractère politique au sens fort du mot- des élections locales et la compétence générale des collectivités.

Au-delà de cette dimension historique, l'un des premiers enjeux consiste à se demander si la compétence générale, lorsqu'on admet son existence, dispose d'une reconnaissance constitutionnelle. C'est par le seul truchement possible de la libre administration des collectivités territoriales, principe consacré à l'article 72 dont ni l'existence ni la valeur constitutionnelles ne peuvent plus être niées, que ce rattachement peut être opéré. Or, à cette question récurrente, le Conseil a répondu, dans la

décision précitée du 16 septembre 2016, que le principe de libre administration n'impliquait pas une telle reconnaissance.

Déjà, dans sa décision n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010 relative à la loi de réforme des collectivités territoriales précitée, le Conseil constitutionnel avait introduit une incertitude en considérant que devait « être écarté le grief tiré de ce que les dispositions critiquées seraient contraires au principe de libre administration des collectivités territoriales » (cons. 55). La raison en était que, si la loi avait entendu supprimer la compétence générale, elle avait également permis au conseil général et au conseil régional, par délibération spécialement motivée, de « se saisir de tout objet d'intérêt départemental pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre personne publique », ce qui faisait référence à l'alinéa 2 précité des articles à L3211-1 et L4221-1 introduits par la loi de 2010. Sous-entendue, la suppression affirmée de la compétence générale était compensée par cette possibilité d'intervention qui pouvait être assimilée à la définition de la compétence générale des collectivités, définie par « l'intérêt local » et par l'exclusivité de compétences reconnues à d'autres personnes publiques. Il n'y avait donc pas eu, pour le Conseil, de véritable suppression de la compétence générale.

Une partie de la doctrine avait alors estimé que, par ce constat, le Conseil constitutionnel n'avait pas entendu exclure le lien entre libre administration des collectivités, constitutionnellement garantie à l'article 72, et la compétence générale, notion reconnue dans des textes de valeur législative. Il était donc permis d'espérer, après la décision de 2010, que le Conseil n'avait pas préjugé de l'existence constitutionnelle ou non de la compétence générale, en tant que conséquence de la libre administration.

Cette incertitude sous-tendait l'argumentation de la QPC posée en 2016 par l'Assemblée des départements de France. L'association soutenait en effet qu'en supprimant la clause de compétence générale reconnue aux départements, le législateur avait méconnu le principe de libre administration des collectivités territoriales¹⁹. Selon elle, la décision précitée du 9 décembre 2010 en aurait même fait une condition du respect du principe de libre administration des collectivités territoriales²⁰.

Le Conseil n'a pas voulu s'engager dans cette voie et il a affirmé, après avoir cité les dispositions habituelles concernant la libre administration (art. 72 al. 3 et art. 34 al. 13), qu'il est loisible au législateur « d'énumérer limitativement les attributions des collectivités territoriales » (§ 4). Le seul article 72 alinéa 3, « n'implique pas, par lui-même, que les collectivités territoriales doivent pouvoir intervenir dans les domaines pour lesquels aucune autre personne publique ne dispose d'une compétence attribuée par la loi » (§. 5). Selon le Conseil constitutionnel, la compétence générale ne peut constituer un élément consubstantiel de la libre administration des collectivités territoriales. La motivation de la décision dans son paragraphe 4 est néanmoins plus affirmative que démonstrative. Dans sa contribution précitée, Olivier Gohin estime même que le Conseil a considéré, dans cette décision, « de manière implicite, mais nécessaire, que la clause générale de compétence n'est pas non plus pertinente dans le droit des communes ». Cette interprétation est pour le moins constructive, car ni les lois précitées de 2010 à 2015 ni la décision de 2016 n'ont envisagé la remise en cause de la compétence générale au profit des communes²¹.

19. § 2 de la décision n° 565 QPC.

20. *Ibidem*.

21. Dans le sens de l'absence de remise en cause pour les communes, cf. *Il est temps de décider*, op. cit, p. 207

Nul n'a cependant jamais douté que, dans un État unitaire comme la France, le législateur soit habilité à énumérer les compétences. Mais cette technique d'attribution de compétences au profit des collectivités exclut-elle la reconnaissance, en outre, de la compétence générale ? Nous ne le pensions pas en 2016, nous ne le pensons toujours pas, même s'il est nécessaire de prendre acte de l'interprétation contraire.

Une autre des conséquences de la compétence générale est de permettre de distinguer les collectivités territoriales et les établissements publics. Pour Jacques Ferstenbert encore, certains établissements publics sont en réalité définis par une « clause de compétence » identique à celle qui sert pour les collectivités territoriales. C'était le cas des communautés urbaines²², des anciens districts urbains²³ et des établissements publics régionaux de la loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 portant création et organisation des régions²⁴. Comment expliquer, néanmoins, *a contrario*, que la Métropole de Lyon bénéficie de la même définition de sa compétence²⁵, sinon par sa qualité de « collectivité territoriale », affirmée

22. L'article L165-24 du Code des communes précisait que « Le conseil de communauté règle par ses délibérations les affaires qui sont de la compétence de la communauté ». C'est oublier que l'article L165-7 dressait une liste de douze compétences transférées à la communauté urbaine.

23. Voir les articles L164-6 et L164-4 du même code avec une formulation identique mais avec une énumération beaucoup plus restreinte des compétences attribuées aux districts.

24. L'article 3 de la loi affirmait, par une formule qui avait peu à voir avec la compétence générale, que « Le conseil régional par ses délibérations, le CES par des avis, le préfet par l'instruction des affaires et l'exécution des délibérations, concourent à l'administration de la région ».

25. L'article L3642-1 dispose que « Le conseil de la métropole règle par ses délibérations les affaires de la métropole de Lyon ».

par l'article L3611-1, ce qui n'est pas le cas des autres métropoles qui restent des établissements publics²⁶.

Un autre enjeu de l'existence de la compétence générale réside dans le sens à donner à la notion de compétence générale. Celle habituellement retenue par la jurisprudence administrative et par la doctrine, a été rappelée dans la décision du Conseil d'État du 29 juin 2001, Commune de Mons-en-Barœul. Il y avait été jugé que, en application de l'article L2121-29 CGCT, le conseil municipal est habilité à « statuer sur toutes les questions d'intérêt public communal, sous réserve qu'elles ne soient pas dévolues par la loi à l'État ou à d'autres personnes publiques »²⁷. Cette justification exprimait de manière exacte ce que peut être une « compétence générale », qui consiste non pas à pouvoir tout faire, mais à intervenir lorsque *c'est possible*, ce qui revient à dire *pas interdit*. La compétence générale se présente ainsi comme un complément indéterminé de compétences lorsque celles-ci ne sont pas – ou pas encore – attribuées à un autre niveau territorial.

Comme l'écrit d'ailleurs Jacques Ferstenbert dans sa contribution, « la compétence générale existe à titre subsidiaire en l'absence d'un texte spécifique pouvant fonder une compétence qui posait problème ». À ce titre, le conseil général de Vendée pouvait organiser la course en solitaire, parce que la course au large répondait à un besoin d'intérêt public local, celui de l'attractivité de la collectivité départementale, même en dehors d'un texte attributif. La réussite du Vendée Globe et ses retombées médiatiques et économiques, y compris en période de pandémie, illustrent, mieux que

26. Sur cette distinction, voir l'excellente thèse de Cécile Regourd, « *Les métropoles au prisme du modèle territorial français* », Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, Dalloz 2020.

27. Req. n° 193716.

tout autre argument, la justesse de la reconnaissance de la compétence générale. Une telle conception s'oppose à ce que souhaitait le rapport du Comité Balladur dans le projet de loi qui accompagnait ses conclusions : les dispositions relatives aux compétences des départements et des régions auraient été insérées dans un chapitre intitulé « Spécialisation des compétences régionales et départementales »²⁸.

L'intérêt public local constitue alors un critère déterminant de reconnaissance de la possibilité d'intervention au titre de la compétence générale, en même temps que la condition de non-attribution de la compétence considérée au profit d'une autre personne publique. C'est parce que l'organisation du Vendée Globe ne relevait de la compétence d'aucune autre collectivité et qu'elle contribuait au rayonnement du département de Vendée, que ce dernier avait pu s'en saisir.

Cette appréciation de la compétence évite aussi de se livrer à une approche quantitative des compétences. Dans sa décision n° 565 QPC, le Conseil avait estimé qu'il n'y avait pas méconnaissance de la libre administration des collectivités départementales parce que, compte tenu de l'étendue des attributions dévolues aux départements par les dispositions législatives en vigueur, les dispositions contestées ne privaient pas les départements « d'attributions effectives » (§ 6 et 7). Ces dernières n'ont jamais été définies par le juge constitutionnel. Celles-ci doivent-elles être définies de manière quantitative (combien de compétences en moins ?) ou qualitative (quelles compétences en moins ?). Cette question revient à se demander s'il existe un seuil en dessous duquel les compétences seraient insuffisantes pour que la collectivité concernée ne puisse bénéficier de la libre administration.

28. *Il est temps de décider*, op. cit. p. 283.

Selon une approche quantitative, si une collectivité voit disparaître une à une ses compétences, elle est en quelque sorte privée de sa propre justification et donc de son existence, comme un corps vivant est privé petit à petit d'air. Plutôt que de dévitalisation, terme employé par le secrétaire d'État chargé de la réforme territoriale lors de la préparation de la loi NOTRe, c'est d'asphyxie qu'il faudrait parler. Cette analyse quantitative a l'inconvénient de ne présenter une catégorie donnée de collectivités – les départements dans la décision n° 565 QPC – que comme l'addition de compétences, celle-ci déterminant la collectivité elle-même.

Une approche plus qualitative perçoit cette catégorie de collectivités comme devant exercer des compétences qui sont celles qui lui correspondent et qui justifient son existence. Ce n'est plus alors le nombre de compétences conservées ou supprimées qui est pris en compte, mais la qualité ou la nature de ces compétences. Cette approche était celle de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 précitée prévoyant un domaine spécifique de compétences (art. 3), et elle est consacrée, dans une certaine mesure, par l'alinéa 2 de l'article 72, introduit par la révision du 28 mars 2003, qui affirme que « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». La privation de certaines compétences porterait alors atteinte à ce qui « caractérise » la collectivité concernée.

En définitive, à défaut d'une Constitution française bien peu bavarde sur cette question, le salut de la compétence générale peut venir d'en haut. La Charte européenne de l'autonomie locale du 15 octobre 1985, signée et ratifiée par la France, incite en effet à reconnaître l'existence d'une telle compétence²⁹. L'article 4 précise en effet que « Les collectivités locales ont,

29. Ratification effectuée le 7 janvier 2007 après autorisation par la loi n° 2006-823 du 10 juillet 2006.

dans le cadre de la loi, toute latitude pour exercer leur initiative pour toute question qui n'est pas exclue de leur compétence ou attribuée à une autre autorité ». Alors que la France a ratifié ce texte, il semble peu opportun de revenir en arrière, sauf à dénoncer ce traité.

L'enjeu est alors supranational, même si cette idée est de nature à heurter certains. Ce n'est pas sans malice que l'on peut conclure cette modeste contribution par un clin d'œil adressé au destinataire de ces *Mélanges*, en attendant l'édition 2024 du *Vendée Globe*.

TABLE DES MATIÈRES

Préambule.....	5
Avant-propos Par Christophe BEAUDOUIN.....	7
Présentation du dédicataire.....	19
Bibliographie des travaux d'Armel Pécheul.....	21

PARTIE I

Aux racines de la crise : regards philosophiques, historiques et prospectifs

De la loi au nouveau droit, un aspect de la crise contemporaine Par Miguel AYUSO TORRES.....	29
---	----

Bien commun et politique : l'héritage aristotélicien dans l'approche chrétienne du politique Par Pierre-Louis BOYER.....	47
Démocratie illibérale ou post-démocratie libérale ? : deux diagnostics de la crise politique contemporaine Par Zdzisław KRASNODEBSKI.....	69
Jan Patočka, philosophe mort pour les droits : jalons d'une théorie des droits fondamentaux à l'aune de son œuvre Par Adrien MONAT.....	93
Pour une approche renouvelée et une défense de l'histoire de la pensée économique : simples prolégomènes Par Serge SCHWEITZER.....	109

PARTIE II

Globalisation – déglobalisation : la souveraineté dans tous ses états

Supranationalité vs souveraineté : la guerre du droit aura bien lieu Par Christophe BEAUDOUIN.....	131
Unité et diversité : le Maroc, exemple pour les États africains ? Par Christophe BOUTIN.....	187
De la prétendue souveraineté européenne Par Olivier GOHIN.....	205

Requiem pour l'Europe
Par Édouard HUSSON.....233

**Les « sanctions » unilatérales dans les relations internationales, armes
du droit ou de la puissance ?**
Par Alina MIRON.....245

**Démocratie chrétienne et intégration européenne : l'hétérogénéité des
fins**
Par Christophe RÉVEILLARD.....259

PARTIE III
Droit des libertés fondamentales :
regards pratiques illustrés

L'étranger irrégulièrement en France
Par Michel DEGOFFE.....275

**Dans les méandres du contentieux de la Sécurité sociale : le citoyen face
à la déloyauté administrative**
**Par Camille-Frédéric PRADEL, Perle PRADEL-BOUREUX et Virgile
PRADEL.....289**

Quelle objection de conscience à la vaccination anti-Covid ?
Par Grégor PUPPINCK.....295

Droit des libertés fondamentales et droit de l'archéologie : quelques observations sur une rencontre difficile
Par Thierry RAMBAUD.....307

La liberté d'expression des représentants du personnel en entreprise et ses limites
Par Clément DES ROBERT.....321

PARTIE IV

Grand chambardement des territoires : varia autour des libertés locales

Les piliers juridiques des libertés locales à l'épreuve de la pratique
Par Pauline MORTIER.....337

Visage et audaces du droit de l'urbanisme : de Bouchemaine aux Sables-d'Olonne
Par Bruno ODENT.....351

Du « free floating » au « barefooting » : la jurisprudence Benjamin revisitée
Par Hervé RIHAL.....373

La clause générale de compétence dans les voiles du Vendée Globe
Par Michel VERPEAUX.....389

© Collectif d'auteurs – 2022

Tous droits réservés.

ISBN (livre) : 978-2-37692-355-8