Recherches sur la cohésion sociale

N° 2

2023

Sociétés, cultures et politiques

Les cahiers des débats de l'université

I. Guyane

1. Dossier : l'état d'urgence sanitaire en Guyane
2. L'Union européenne et la Guyane

II. Altérité

1.Handicap
2. Femmes
3. Autochtonie

III. *Varia*

Sociétés, cultures et politiques

Les cahiers des débats de l'université

Recherches sur la cohésion sociale

Illustration de couverture :
© Human Rights, Sarah Hartwig – Poster for tomorrow (détail)

ISSN : 2780-156X

Décembre 2023

Éditions
Recherches sur la cohésion sociale

Les éditions « Recherches sur la cohésion sociale » entendent éclairer tous les grands sujets des sociétés, des cultures, des politiques et du droit en expliquant qu'ils sont, depuis toujours, fondés sur la dialectique des antagonismes néfastes et des cohésions iréniques. Notre siècle issu des mouvements de décolonisation, d'une nouvelle force des phénomènes religieux, des émancipations de genre, de l'émergence du « *care* », c'est-à-dire de la sollicitude respectueuse portée aux autres, de toutes les solidarités y compris à l'égard des différentes situations de handicap, prétend garantir « les acquis sociaux » et les droits humains. Saura-t-il, entre inerties et dynamiques, relever les défis des pensées uniques et sectaires, de l'intolérance des combats sacralisés revisités ? Saura-t-il démasquer de nouvelles incohésions qui avancent sous l'apparence d'une cohésion en réalité imposée, d'une prétendue démocratie illibérale, de la conversion de la défense du peuple en populisme électoraliste ? Saura-t-il relativiser ? Les éditions Recherches sur la cohésion sociale présentent des publications politiques et juridiques ouvertes à toutes les sciences sociales et veulent contribuer à répondre à ces questions avec la conviction que c'est dans la recherche de la cohésion sociale que le volontarisme humain peut faire progresser le bonheur dans la Cité.

Ces éditions, en format papier et/ou numérique, comprennent des ouvrages, à auteur individuel (y compris des thèses remaniées pour grand public) ou auteurs collectifs (y compris des actes de colloques ou des « Mélanges ») ainsi qu'une revue : *Sociétés, cultures et politiques. Les cahiers des débats de l'Université*.

Charte

Sociétés, cultures et politiques.
Les cahiers des débats de l'université

Des cahiers :

Nous évoquons par ce terme les dossiers que nous choisissons d'instruire. Leur premier rôle est de faire savoir et de proposer les pistes parfois différentes du faire comprendre. Le terme de Cahiers évoque leur pluralité constituant un outil global de connaissance de notre domaine de recherches : Sociétés, cultures et politiques.

Des débats :

Il s'agit de traiter de sujets de manière plurielle et ainsi de confronter différents éclairages dans la tolérance réciproque. Nos débats restent toujours ouverts d'entrée de jeu et ils ne se considèrent jamais comme clos ; aussi prévoyons-nous de reprendre ultérieurement des sujets déjà abordés en fonction des évolutions accomplies, des développements des thèmes déjà explorés et des nouvelles questions posées.

De l'université :

Il nous appartient de contribuer à une mission originelle de l'Université et en renforcer le dynamisme : développer et diffuser les savoirs, les réflexions et les recherches pour tout un chacun. L'Université doit être le lieu de l'universalité et de toutes les paroles vécues et partagées.

Pour contacter l'éditeur

recherches.cohesion@yahoo.com

Avant-propos

Florence Faberon

Professeure de droit public à l'Université de Guyane, Laboratoire Migrations, interculturalité et éducation en Amazonie (UR 7485) et membre associé du Centre Michel de l'Hospital de l'Université Clermont Auvergne (CMH, UR 4232)

Cette revue est résolument marquée par une volonté d'ouverture, par l'affirmation d'une université lieu de savoir et de culture, d'une université qui travaille pour tous à faire savoir, faire comprendre et donner à découvrir et à pratiquer. L'Université est éminemment un lieu académique, un espace de vie intellectuelle. C'est aussi un espace de vie et de rencontres et la vie de campus doit y être cruciale. Nos établissements universitaires ont une responsabilité avec la diversité des partenaires académiques, institutionnels, économiques et sociaux de diffusion et d'animation scientifique, artistique et culturelle tant de leur propre communauté que des usagers de leurs territoires d'implantation. Aussi leur incombe-t-il de se saisir des sujets de société comme de la culture y compris scientifique et technique, et de les mettre en débat dans le but de donner des clés pour la compréhension, la formation, la constitution d'un esprit d'engagement et en somme l'épanouissement des êtres et la cohésion des institutions. C'est dans ce cadre et eu égard à cet objectif que s'inscrivent les programmes « Sociétés, cultures et politiques » porté par l'Université de Guyane et « Transmission, citoyenneté et engagement » porté par l'Université Clermont Auvergne.

Nos établissements ont cette mission incomparable de créer une alchimie entre sciences, art, culture et sport. L'université est un lieu de formation et un lieu scientifique, mais encore elle est un lieu artistique, un lieu de culture et de sport, un lieu de vie, et il lui appartient de promouvoir des ponts entre ses différentes dimensions. Elle doit se donner les moyens de permettre et de promouvoir des collaborations entre les étudiants, les chercheurs, les artistes, les sportifs… et plus encore de favoriser des conceptions artistiques et scientifiques collaboratives avec des approches inter et pluridisciplinaires.

Les programmes « Sociétés, cultures et politiques » et « Transmission, citoyenneté et engagement » s'inscrivent dans cette dynamique et en ont relevé le défi alors que nous avons été confrontés au confinement pour arrêter la pandémie de la Covid-19. Notre mission en tant qu'universitaire, toujours, est de résister et de préparer demain par le savoir, la formation, la recherche, l'animation de la vie de campus… Il faut aussi compter avec la conviction qui nous anime que l'université trouve tout son sens quand elle est ouverte sur la cité et qu'elle tisse des maillages, fédère les énergies, les forces à l'échelle d'un territoire, d'un pays et plus largement aussi à l'international.

Nous avons la responsabilité de continuer à transmettre des outils pour que se forgent nos pensées propres, de stimuler toujours le débat

intellectuel et de contribuer à l'engagement dans leurs enceintes classiques ou en-dehors selon les contextes. Toujours, elles nous montrent comme elles sont vivantes de toute part avec chacun des partenaires, que nous remercions. Nous sommes admiratifs du travail de nos étudiants, de leur engagement et des valeurs qu'ils portent. Ensemble nous continuons et nous faisons fi des frontières. Chacun par sa présence, étudiants et non-étudiants, et les échanges que nous sommes en capacité d'établir nous rend plus fort et nous projette vers l'avenir.

Le service public se mobilise avec chacun des partenaires pour que se poursuivent nos missions d'enseignement et de recherche mais aussi culturelles, sportives et d'engagement. Les conférences des programmes « Sociétés, cultures et politiques » et « Transmission, citoyenneté et engagement », dont vous trouverez dans ce numéro une sélection ainsi que du colloque sur l'état d'urgence sanitaire en Guyane coorganisé par le DFR Sciences juridiques et économiques de l'Université de Guyane et le tribunal administratif de la Guyane, et les actions conjointes (expositions, lectures, théâtre…) nous permettent de créer du lien et de dynamiser la recherche sur des questions de société et de santé publique sans oublier l'Outre-mer. Savoir et comprendre, décrypter… analyser les réalités juridiques, économiques et sociales, comprendre et proposer, telle est notre responsabilité.

Ces conférences, nous les avons voulues diverses et pluridisciplinaires. Elles nous donnent à comprendre et à débattre. Où que nous soyons, nous devons repérer, dénoncer et désarmer les stéréotypes et les préjugés ; et dans un même mouvement nous devons analyser les réalités juridiques, économiques et sociales. Partout où nous sommes, nous devons conserver tangible la valeur suprême de la liberté d'esprit et lutter contre les prêts à penser. Nous avons à l'université la responsabilité de nous armer intellectuellement. Aussi nous remercions chaque intervenant de ce programme : ce sont autant de participants volontaires à notre combat légitime. Merci de venir nous aider à nous armer pour notre bénéfice à tous, à commencer bien sûr par les usagers de l'université : les étudiants qui chaque jour travaillent d'arrache-pied dans des conditions parfois très difficiles pour s'aguerrir pour une vie.

Nous pouvons vous dire qu'en étant accueillie à l'Université de Guyane, nous avons observé à quel point les étudiants accordent une valeur haute à l'université et aux diplômes. Aussi, nous avons ce suprême devoir de savoir continuer en toutes circonstances de donner des outils pour interroger, « d'où venons-nous, que sommes-nous, où allons-nous », comme l'exprimait Paul Gauguin, dans quels environnements, pour aider à former les esprits ?

Nous y contribuons par nos échanges et nos débats ouverts sur la vie. Nous vous en remercions tous, intervenants, anciens et futurs auditeurs, lecteurs et partenaires. Nous remercions vivement les équipes de gouvernance des Universités de Guyane et Clermont Auvergne pour leur confiance constante et les services en interne qui permettent que vivent ces programmes sans oublier les composantes et départements à l'instar du DFR Sciences juridiques et économiques, l'INSPE ou encore le BUT Carrières sociales de l'Université de Guyane et évidemment le laboratoire de recherches Migations, interculturalité et éducation en Amazonie

(MINEA) dont nous avons la responsabilité de l'axe « Démocratie et populations ». Nous adressons aussi notre reconnaissance à l'Agence universitaire de la francophonie qui nous permet de tisser des liens forts entre partenaires de la francophonie universitaire et de bâtir l'avenir, l'Institut de formation et de recherche sur les organisations sanitaires et sociale de l'Université Lyon 3, l'UMR ADES d'Aix-Marseille Université, des établissements scolaires à l'instar du lycée Sidoine Apollinaire de Clermont-Ferrand, les associations Toukan Elokan, Caravansérail, les Layons de la recherche, outremers360, le Réseau de recherches sur la cohésion sociale, ainsi que le programme « Handicap et citoyenneté », ses universités coorganisatrices et ses différents partenaires (https://handicap-citoyennete.uca.fr/version-francaise/partenaires)... Des collectivités territoriales s'engagent et au premier chef la collectivité territoriale de Guyane, le conseil départemental du Puy-de-Dôme, la ville de Clermont-Ferrand et son label l'égalité c'est toute l'année, mais encore les communes de Cayenne, Rémire-Montjoly, Saint-Laurent du Maroni ont apporté leur soutien pour des manifestations des programmes. L'appui est aussi celui du comité du tourisme de Guyane et du CNFPT de Guyane. L'appui au titre spécifique du programme Handicap et citoyenneté est fortement celui de la région Auvergne Rhône-Alpes. L'État nous accompagne dont les ministères des Outre-mer et de la culture, la DAC de Guyane et la DRAC Auvergne-Rhône-Alpes.

Nos conférences doivent évidemment beaucoup aux collègues nationaux et internationaux ainsi qu'aux représentants du monde socio-économique qui se sont prêtés à l'exercice ainsi qu'aux institutions et structures qu'ils représentent. Ces conférences trouvent leur sens par la présence de tous et par votre confiance comme celle de nos établissements.

Écoutons François Villon nous appeler depuis le Moyen Âge : « Frères humains qui après nous vivez » : la Fraternité et l'Humanité traversent les temps et les lieux et s'affirment avec force alors que s'éprouvent les crises. Elles s'affirment comme des valeurs cardinales de nos établissements d'enseignement supérieur.

Il ne suffit pas de dire que rien de ce qui est humain ne doit nous être étranger. Encore faut-il que l'éthique soit aussi au cœur des valeurs que nous transmettons. Il nous faut également nous en remettre à des démarches proactives et ne s'interdire aucun débat. Nous avons le devoir chaque jour de déconfiner notre pensée en abordant une multiplicité de questions de société, soulignant une diversité d'enjeux. Ces débats ne sauraient évidemment faire l'impasse de la question de l'Outre-mer ou plutôt des outre-mers, question chargée de passé, d'histoire et de mémoires et si prometteuse d'avenir… C'est un domaine peu investi par le droit y compris parfois dans les universités ultramarines. Ce droit, à la fois français et différent, est capable d'innovations et de reproductions fécondes pour tous. L'Outre-mer souligne l'importance de développer sur des valeurs communes un droit différencié, un droit adapté aux besoins et aux populations. Notre patrimoine juridique s'y enrichit alors que s'affirment les qualités d'un droit pluraliste.

Sommaire

Avant-propos 3

Sommaire 7

I. Guyane

1. Dossier : l'état d'urgence sanitaire en Guyane 13

2. L'Union européenne et la Guyane 99

II. Altérité

1. Handicap 111

2. Femmes 149

3. Autochtonie 163

III. *Varia*

1. Vous avez dit unitaire ? Brève réflexion sur l'organisation des territoires ultramarins français 185

2. La décentralisation en France : retour sur un édifice inachevé 197

3. Entre territoires et acteurs : les complexités du social 217

4. La République en France 223

5. La laïcité : une histoire 253

6. La laïcité à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis sur la liberté religieuse 263

7. État de calamité naturelle exceptionnelle : un nouveau régime « d'exception » 279

8. Derrière la partie émergée de la carte, la discrétion d'un outil de communication 291

9. La cartographie sensible 309

10. La mise en œuvre de la responsabilité sociale des entreprises d'hôtellerie et son effet sur la fidélité des touristes – l'exemple de la province de Khanh Hoa, Vietnam 323

Table des auteurs 335

Table des matières 339

I. Guyane

1. Dossier : L’état d’urgence sanitaire en Guyane
2. L’Union europénne et la Guyane

1. Dossier : L’état d’urgence sanitaire en Guyane

Présentation du dossier[1]

Florence Faberon

Professeure de droit public à l'Université de Guyane, Laboratoire Migrations, interculturalité et éducation en Amazonie (UR 7485) et membre associé du Centre Michel de l'Hospital de l'Université Clermont Auvergne (CMH, UR 4232)

et

Carole Hassoun

Maîtresse de conférences de droit privé et sciences criminelles, Université de Guyane, Laboratoire Migrations, interculturalité et éducation en Amazonie (UR 7485)

L'urgence s'impose comme une rhétorique familière. Elle est partout dans une société qui serait comme « malade du temps »[2]. Urgence vient du latin *urgens*, qui est le participe présent de *urgere* comme le rappelait Florence Faberon dans son article sur « *L'urgence dans le droit de l'aide sociale ou le serpent qui se mord la queue par nécessité* »[3]. L'urgence renvoie donc à ce qui est pressé, à l'imminence, et répond à une nécessité. « L'urgence nous demande d'agir sans retard, tant qu'il n'est pas trop tard, et avec pertinence pour qu'il ne soit pas trop tard »[4]. L'urgence en matière de libertés fondamentales permet une légalité assouplie. Et l'on pense évidemment à l'état d'urgence et à l'état d'urgence sanitaire que nous avons connu l'un et l'autre de manière particulière depuis 2015, ce qui fait dire au président Laurent Martin que depuis cette date nous avons vécu à mi-temps en état d'urgence.

L'état d'urgence indépendamment de l'état d'urgence sanitaire est un état d'exception pour permettre à un État d'assurer sa propre sauvegarde comme a pu le souligner Bruno Lasserre et le rappeler Guylène Nicolas. La Cinquième République connaît dès ses débuts un état d'urgence qui n'est pas l'état d'urgence sanitaire et qui lui est même légèrement antérieur (loi du 3 avril 1955). L'idée est de renforcer les pouvoirs des autorités civiles et de permettre une restriction des libertés publiques au regard d'une situation exceptionnelle.

La loi sur l'état d'urgence sanitaire du 23 mars 2020 naît dans le contexte de la Covid-19 tout en trouvant des ancrages antérieurs. La loi

---

[1] Cette présentation fera également l'objet d'une publication dans l'ouvrage dirigé par Thierry Nicolas : Territoires, populations et Covid-19, Paris, Le Cavalier Bleu, 2024, à paraître. Ce dossier reprenant les actes du colloque « L'état d'urgence sanitaire en Guyane » dirigé par le DFR Sciences juridiques et économiques de l'Université de Guyane et le tribunal administratif de Guyane chacun représenté par leur directeur, Frédéric Bondil, et président, Laurent Martin, s'inscrit aussi dans le travail mené par l'Université sur la Covid-19 et les dynamiques du projet TEPCOV (Territoires, populations et Covid-19) du laboratoire de recherche Migrations, interculturalité et éducation en Amazonie (MINEA UR 7485).

[2] Nicole Aubert et Christophe Roux-Oufort, *Le culte de l'urgence, La société malade du temps*, Paris, Flammarion, Champs, 2004.

[3] *Revue du droit sanitaire et social*, Mai-juin 2007.

[4] *Ibid*.

de 2020, validée par le Conseil constitutionnel, met en place un régime juridique qui se veut d'exception et temporaire pour garantir la santé publique. Ce régime doit permettre de répondre à des situations de catastrophe sanitaire propre à mettre en péril la santé de la population sur tout ou partie du territoire. L'état d'urgence sanitaire a été initialement mis en place pour deux mois avant d'être prolongé jusqu'au 10 juillet 2020. Il a été de nouveau déclaré à partir du 17 octobre 2020 et prolongé en deux temps jusqu'au 31 juillet 2022. *In fine*, c'est par une loi du 30 juillet 2022 qu'il est mis fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la Covid-19.

Le DFR sciences juridiques et économique de l'Université de Guyane et le tribunal administratif de Cayenne, sous la houlette respectivement de Frédéric Bondil et de Laurent Martin ainsi que leurs équipes, ont conduit ensemble un travail de réflexion sur l'état d'urgence sanitaire en Guyane, en novembre 2022, qui fait écho au projet TEPCOV (Territoires, populations et Covid-19) dirigé par Thierry Nicolas, maître de conférences en géographie à l'Université de Guyane, et soutenu par la collectivité territoriale de Guyane et l'Union européenne. Ces travaux, dont nous faisons ici une présentation, permettent de mieux saisir la situation générale d'exception au regard du droit et plus encore d'en saisir les applications en Guyane.

L'intérêt du travail conduit grâce à Frédéric Bondil, directeur du DFR SJE, et Laurent Martin, président au moment du colloque du tribunal administratif, et aux équipes mises en place fut d'associer des professionnels aux universitaires afin de saisir la manière dont la crise a été vécue et dont il y a été répondu en Guyane. C'est bien cette dualité théorie/pratique qui a été le cœur des réflexions. Les travaux ont permis non seulement de poser le cadre de la relation entre état d'urgence sanitaire et droits fondamentaux, mais encore de donner la parole aux acteurs institutionnels, économiques et sociaux. Ont pu être mis en avant les équilibres subtils mis en place pour assurer parfois à marche forcée les conciliations nécessaires entre protection du droit de la santé et libertés.

I. Un territoire et des acteurs : entre contraintes et dialogues

Les outre-mers et plus encore la Guyane sont spécifiques et à cet égard nous demandent de les interroger spécifiquement dans le contexte sanitaire contraint que nous avons connu. L'état d'urgence a généré des mesures particulières dont certaines trouvent leur source, à l'instar du couvre-feu, en Guyane. La Guyane a dû faire face et innover et peut apparaître à bien des égards dans le contexte de la crise sanitaire comme un laboratoire. Elle nous montre également comme elle a su être un espace de dialogue constant sans toujours retirer les frustrations des uns ou des autres. Certes les décideurs publics ont pu être l'objet de moultes critiques et pourtant ils nous montrent le travail constant de mise en lien et d'explication pour gagner sur l'épidémie sans renoncer aux libertés tout en encadrant les libertés au nom de la sécurité et de la santé. La balance liberté-sécurité organise ainsi des équilibres nouveaux[5].

[5] Voir Conseil d'État, *État d'urgence : la démocratie sous contrainte*, Paris, La documentation française, 2021, 224 p.

A. Faire face et innover

La Guyane est un territoire spécifique qui oblige à penser des outils innovants au cœur de la crise afin de répondre à une nécessité impérieuse. Plus que jamais, il a fallu réagir face à l'urgence, s'adapter et trouver des équilibres entre un niveau d'exigence donné et le point focal d'un territoire. Celui guyanais ne rentre pas dans une ligne prédéfinie mais une ligne mouvante s'encastrant dans des réalités territoriales et sanitaires propres au territoire : une circulation active du virus, une faible couverture vaccinale, une fracture numérique, un mode de vie collectif, un territoire pluriculturel… La Guyane a dû faire face à un véritable défi : tenir compte des données acquises de la science au regard des spécificités du territoire et des populations. Ce défi s'est néanmoins rapidement présenté comme complexe notamment en raison de l'incertitude régnante des données de la science sur ce nouveau virus. Chacun a pu noter la qualité du travail mené en commun et les mobilisations fortes et efficaces dans le cadre de la crise, chacun avec son champ de compétence. On souligne notamment la continuité des soins et le recours aux nouvelles technologies en matière médicale afin de prévenir et limiter le risque de transmission mais aussi en vue de garantir la continuité des soins et l'accès à un professionnel de santé. Le déploiement des outils numériques a été déterminant dans le domaine de la santé ou en matière contentieuse avec le télérecours, sans oublier bien sûr leur importance dans le domaine de l'éducation. Si ces outils innovants ont été précieux dans la gestion de la crise sanitaire, ils ont également mis en exergue des difficultés majeures étroitement liées aux particularismes du territoire guyanais, à l'instar de la fracture numérique. Leur efficacité a pu, en outre, dépendre de leur acceptabilité au regard des droits et libertés des personnes concernés, et spécialement au regard du droit au respect à la vie privée.

Il a donc fallu gérer les complexités du territoire, les phénomènes d'accélérations et de décélérations de l'épidémie et des réponses pour rendre dans un contexte d'incertitude tolérable les dispositifs développés (Clara de Bort). Il faut gérer la mise en œuvre des mesures de police entre acceptation et critiques voire rejet. Il faut gérer des temporalités pouvant être en décalage avec celles de la France hexagonale. Il faut prendre en considération un ensemble de temporalités : le temps de l'analyse de la situation, des impacts des décisions, le temps de prendre la mesure des évolutions à l'œuvre, le temps de la décision, le temps de l'inédit, le temps de l'urgence, le temps des ajustements nécessaires dans un contexte fait de complexités et d'incertitudes… (Clara de Bort).

Aussi, la crise a contraint à innover : innover dans les règles, innover dans les conditions de travail comme pour le Conseil d'État (Florian Roussel)… et répondre aux besoins avec « souplesse et adaptation » y compris par des renforts sanitaires, par des évacuations des écarts du Haut Maroni en hélicoptère, par la mise en place de structures hôtelières ou encore d'une aide alimentaire (Thierry Quefelec), l'abaissement de l'âge pour la cible vaccinale, le couvre-feu, l'obligation d'une facture de restaurant pour obtenir une dérogation au couvre-feu. Il s'agissait alors et par cette décision de limiter l'économie informelle particulièrement importante en Guyane. Clara de Bort souligne : « Dans nul autre territoire cette nécessité de circonscrire l'activité informelle était aussi forte ».

En Guyane, les acteurs ont dû s'adapter : télétravail, respect des consignes sanitaires, confinement à l'échelle d'un village, aller au-devant des personnes, identifier des relais, mise en place d'un couvre-feu quand un confinement généralisé n'est plus juridiquement possible…, repenser l'organisation de l'activité et se coordonner. Tous les acteurs deviennent clés dont la société civile et le monde associatif comme le souligne Ines Moronta à travers le rôle de l'association franco-dominicaine de Guyane (aller à la rencontre des familles, informer et expliquer, distribuer des masques, sensibiliser y compris à la vaccination). La solidarité a été essentielle, notamment par un renfort humain et matériel. Les associations ont ainsi pu contribuer à réduire les inégalités sociales sur le territoire par un rôle majeur d'accompagnement.

Les travaux conduits soulignent les dynamiques positives à l'œuvre en Guyane. Mais si ces dynamiques peuvent prendre place, c'est parce qu'elles s'appuient sur du dialogue permanent comme nous le rappelle notamment le préfet Thierry Queffelec.

B. Dialoguer, faire comprendre et convaincre

De sévères restrictions ont dû s'appliquer pour faire prévaloir l'ordre public sur les libertés individuelles. Et il a fallu le faire comprendre et pour ce faire expliquer, instaurer un dialogue et une écoute de qualité. Le dialogue est au centre de la gestion de la crise dont l'objectif est de préserver la santé des populations (Thierry Queffelec).

Le dialogue à instaurer est mis en avant par les différents acteurs et s'affichent au cœur des rôles tant du préfet que de la directrice générale de l'ARS.

Le dialogue est à plusieurs niveaux : il est avec le ministère pour faire entendre les spécificités du territoire, historiques, culturelles, sociologiques et géographiques, et obtenir des marges de manœuvres adaptées aux réalités locales, dont l'autorisation du carnaval de manière limitée mais autorisation pour éviter le développement d'un carnaval informel aux effets plus dévastateurs ; il est entre les différents acteurs du territoire pour permettre d'assurer une coordination efficace et un dialogue important s'est noué entre la préfecture et l'ARS ; il est à l'égard des élus, des associations, et plus largement des populations dont les professionnels pour faire comprendre l'intérêt des dispositifs et assurer leur mise en œuvre dont le volet « police ». Convaincre de telles mesures ne trouve pas forcément son fondement sur la science mais aussi sur des dynamiques culturelles (Clara de Bort).

Dialoguer, c'est communiquer pour faire comprendre, pour obtenir l'adhésion, pour obtenir à tout le moins le respect des mesures de protection : gestes barrières par exemple, respect du confinement… Dialoguer pour permettre un accès au vaccin alors que des réticences fortes peuvent se dessiner. Guillaume Icher souligne l'importance de la pédagogie des soignants dans un contexte de défiance relativement au vaccin.

L'administration s'adapte au territoire et à ses populations et développe un dialogue permanent. Elle le fait sous le contrôle du juge, un juge qui applique des règles classiques et en même temps au niveau de la Guyane un juge peu saisi.

II. Un contentieux entre stabilité et discrétion

L'état du droit d'exception mis en place va autoriser des mesures de restrictions de liberté qu'il s'agisse de la liberté d'aller et de venir ou encore de celle de réunion et d'entreprendre…, de réquisition ou encore de contrôle des prix. L'ensemble a été contrôlé par le Conseil constitutionnel (10 décisions dans le cadre du contrôle *a priori* et 14 dans le cadre du contrôle *a posteriori*). Il s'est agi de jouer les équilibristes entre la protection de la santé qui est un objectif de valeur constitutionnelle et le respect des droits et libertés. Le juge administratif à son tour va rechercher à jouer les équilibristes. Il y procède en s'appuyant sur les règles précédemment dégagées.

A. Entre abondance de contentieux au niveau national et application des règles de droit commun

C'est un contentieux nourri qui s'est installé au niveau national pour l'examen d'un état du droit d'exception y compris relativement à la protection des données personnelles développée par Guylène Nicolas. Si la protection des données constitue un objet d'étude sensible, celui-ci l'est d'autant plus dans le domaine médical et il a fallu trouver des réponses juridiques aux nouvelles situations problématiques auxquelles la société était confrontée. Se sont trouvés interrogés la perte de liberté individuelle (confinement, quarantaine…), le partage de données personnelles afin d'assurer la traçabilité des malades et du virus (une justification par l'intérêt général, voir Conseil constitutionnel, décision n° 2020-800, 11 mai 2020) mais encore l'obligation vaccinale qui interroge les questions liées à la santé individuelle et à la santé collective (11 vaccins sont obligatoires depuis 2017 au nom de la protection de la santé publique : il faut une couverture vaccinale suffisamment large pour protéger la population). Finalement pas d'obligation vaccinale mais un passe vaccinal validé par le Conseil constitutionnel au nom du devoir de l'État d'assurer la protection de la santé (voir Conseil constitutionnel, décision n° 2022-835 DC, 21 janvier 2022). Le passe est conforme à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé avec des mesures limitées dans le temps et à certaines activités : celles mettant en présence un nombre important de personnes. Le juge ne reconnaîtra pas dans le passe une obligation de vaccination. Il y a bien en revanche une obligation vaccinale pour les soignants qui est justifiée par l'exigence de santé publique. Cette obligation n'est pas contraire au principe d'égalité ni au principe de dignité humaine ou d'inviolabilité du corps humain.

Si le contentieux évolue au cours de la période et notamment avec les deux dernières années considérées, il continue à reposer sur les principes classiques : proportionnalité au but recherché ; légitimation de la privation de la liberté. La balance liberté-protection de la santé va pouvoir s'arbitrer de manière différenciée : isolement, confinement, quatorzaine… pour répondre aux spécificités et tenir compte des données acquises de la science. Le juge n'est pas un scientifique mais il s'appuie sur les

enseignements du scientifique. La question est posée de l'expertise de manière générale par exemple avec Guillaume Icher.

Le juge vérifie la proportionnalité des limitations. La rigueur n'est possible que si elle est légitime. Toute atteinte doit être adaptée, nécessaire et proportionnée. Le but n'est pas de restreindre les libertés mais de prévenir la propagation de la maladie. Aussi, toute restriction pour être légitime doit répondre de manière proportionnée à cette exigence et être appropriée aux circonstances de temps et de lieu (loi sur l'état d'urgence sanitaire du 23 mars 2020). Toute limitation doit trouver sa cause dans un souci majeur de protection de la santé publique. Le législateur a d'ailleurs dû apporter des garanties propres par exemple à justifier un régime d'isolement des personnes malades notamment par l'intervention d'un médecin. Le Conseil constitutionnel précisera la nécessité de l'intervention de l'autorité judiciaire pour tout isolement de plus de 12 heures consécutives. Les mesures retenues doivent ainsi être en adéquation avec les risques sanitaires encourus. Elles sont alors susceptibles de varier suivant les circonstances.

Les demandes sont légion et le juge veille. Il se saisit ici de son cadre d'analyse traditionnel tel qu'issue de la jurisprudence *Benjamin* (19 mai 1933) : « La liberté est la règle et la restriction de police l'exception ». Aussi, il peut garantir l'exercice de la liberté de culte ou de manifestations ou d'aller et venir (Florian Roussel). Il étudie le caractère inadapté ou disproportionné des mesures prises. Le droit peut s'adapter aux circonstances et aux spécificités culturelles et le juge garde en l'espèce le cap de ses principes traditionnels.

Cohérence et pédagogie ressortent du contentieux (Florian Roussel), un contentieux avec des décisions qui augmentent en longueur et construisent une argumentation plus poussée. Encore faut-il que le contentieux existe. Ce qui existe au niveau national n'existe pas avec la même ampleur en Guyane.

B. Un contentieux limité en Guyane : une source d'interrogation

Peu nombreux est le contentieux visant dans la matière qui nous intéresse les outre-mers et plus encore la Guyane. En Guyane, le tribunal administratif a finalement été peu sollicité ce que ne suffit pas à expliquer la fracture numérique (Sylvain Bernabeu). Sylvain Bernabeu note comme

> « contrairement à ce qui a pu être constaté en métropole, en Guadeloupe ou en Martinique, le tribunal administratif de la Guyane a été peu sollicité par les justiciables pour statuer, dans le cadre des procédures d'urgence prévues par le code de justice administrative, sur la légalité des décisions prises par les différentes autorités administratives dans le cadre de la gestion de la Covid. En effet, et à titre de comparaison, aux près des 647 requêtes en référé dont a eu à connaître le Conseil d'État durant la période courant de mars 2020 à mars 2021, il en a été décompté à peine une trentaine pour le tribunal administratif de Guyane ».

Une explication pourrait être selon le juge Bernabeu une insuffisante information sur les droits des justiciables. L'accès au droit demeure une préoccupation centrale en Guyane. Le juge nous montre comment son rôle est de contrôler l'action de l'administration mais nullement de s'y substituer. Le juge des référés n'a fait qu'appliquer les principes classiques du droit administratif en matière de police administrative et relativement à la conciliation des droits et de l'ordre public. Par exemple, quand un couvre-feu est organisé de 17 heures à 5 heures et un confinement strict le week-end pour les communes de Papaïchton, d'Apatou, d'Awala-Yalimapo, de Mana, de Saül, d'Iracoubo, de Sinnamary, de Saint-Elie, de Montsinéry-Tonnégrande, de Roura, de Régina et d'Ouanary, le juge vérifie au cas par cas, commune par commune, que les circonstances locales le justifient : les mesures de restrictions sont-elles rendues nécessaires ? L'efficacité des mesures est ici en cause : il convient de garantir que la restriction est efficace au regard des circonstances de temps et de lieu pour lutter contre la propagation du virus et justifier de la sorte les éventuelles limitations.

Conclusion

Pour conclure, la gestion de la crise sanitaire a conduit à réfléchir à une nouvelle articulation des intérêts en présence, privés comme publics. Face à cette situation de crise, des mesures exceptionnelles ont dû être prises pour répondre à l'urgence sanitaire, sans négliger l'intérêt social, économique, ou celui de la justice. L'état du droit et des pratiques en Guyane dessine alors un équilibre des intérêts et des solidarités et souligne comme le précise Laurent Martin des difficultés mais encore de la résilience. L'État de droit n'aurait pas rompu par l'implication de chacun, le respect des principes juridiques classiques, la prise en compte des spécificités y compris culturelles et un dialogue incessant entre les acteurs.

L'État d'urgence sanitaire en Guyane

Laurent Martin

Ancien président du tribunal administratif de la Guyane[1]

Depuis la fin de l'année 2015, la France a vécu à mi-temps en état d'urgence : état d'urgence du fait de la menace terroriste d'abord de 2015 à 2017 ; état d'urgence sanitaire ensuite depuis 2020 en conséquence de la pandémie du Covid-19.

L'état d'urgence sanitaire décrété au mois de mars 2020 a généré des mesures jamais vues en temps de paix : couvre-feu, confinement de la population, restrictions drastiques mises à la liberté d'aller et venir, à la liberté de réunion, à la liberté d'entreprendre, le gouvernement légiférant par voie d'ordonnances.

Si en Guyane l'état d'urgence décidé après les attentats du 13 novembre 2015 n'a eu que peu de conséquences, il n'en a pas été de même pour l'état d'urgence sanitaire imposé à compter de mars 2020 auquel il n'a été mis fin qu'en mars 2022, état d'urgence dont la Guyane a largement et lourdement subi les effets.

Avec le recul qui convient, le tribunal administratif et l'Université de Guyane ont fait le choix de consacrer une journée d'étude au bilan à faire de la crise sanitaire en Guyane : pour le territoire, cette crise prolongée a été clivante, socialement et économiquement éprouvante et facteur de critiques des décideurs publics. Pour autant et sous toutes les réserves d'usage, il nous semble utile de citer quelques chiffres mettant en lumière les aspects positifs des politiques publiques conduites dans le territoire : en Guyane, en novembre 2022, on déplorait 402 décès depuis le début de l'épidémie, soit 134 morts pour 100 000 habitants et pour la France dans son ensemble : 157 000 décès, soit 237 morts pour 100 000 habitants. S'agissant des hospitalisations, en Guyane, on décomptait 6 800 hospitalisations depuis le début de l'épidémie, soit 2 700 hospitalisations pour 100 000 habitants et pour la France dans son ensemble 905 000 hospitalisations, soit 1 370 hospitalisations pour 100 000 habitants. Le taux de guérison après hispitalisation était de 90 % en Guyane et 84 % pour la France dans son ensemble.

Reste que l'état d'urgence sanitaire a eu des effets d'ampleur sur les droits et libertés pour les habitants de la collectivité territoriale de Guyane. La Guyane a connu de longs mois de couvre-feu et de confinement. Des restrictions sévères à la liberté d'aller et venir ont été imposées à ses habitants, tant pour sortir du territoire ou y accéder mais également à l'intérieur même du territoire. Des contraintes fortes ont été mises à la liberté d'être ensemble et de se réunir. Enfin, la liberté d'entreprendre a été limitée quand elle n'était pas suspendue. Tout ceci avec des

[1] Laurent Martin était président du tribunal administratif de la Guyane au moment du colloque de novembre 2022. Il a été admis à la retraite depuis.

conséquences négatives pour l'économie du territoire, l'emploi, l'éducation, la santé, en particulier pour les populations déjà précarisées et celles vivant à l'intérieur du territoire.

On le sait, les mesures prises en état d'urgence sont soumises à une exigence de proportionnalité : les mesures doivent être strictement proportionnées au risque et prendre fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires. Cependant, dans son étude annuelle de 2021 intitulée « états d'urgence : la démocratie sous contrainte », le Conseil d'État[2] a constaté que l'état d'urgence avait instauré un « nouvel étalonnage de la balance » entre liberté et sécurité et, on le comprend, à l'avantage de la sécurité.

Dans les faits, le contrôle qu'a pu exercer le tribunal administratif sur les mesures prises par le préfet a été d'une ampleur que l'on peut qualifier de modérée et le plus souvent frustrant. D'une part, du fait du verticalisme administratif, les mesures prises en conseil de défense sanitaire étaient déclinées ensuite localement avec peu de marge de manœuvre laissée au préfet. Et pour le juge, s'imposait une forme d'impuissance. Et, d'autre part, à quelques exceptions près, les référés liberté, qu'ils soient le fait d'avocats, de citoyens, d'associations, de syndicats, de groupes militants, ont trop souvent manqué de rigueur juridique quand ils ne visaient pas à côté, volontairement ou non.

La journée d'étude qui s'est tenue à l'Université de Guyane en novembre 2022 a eu pour objet de débattre de ces questions. L'ambition de ces travaux repris dans ce dossier est d'établir le bilan d'une période d'exception et d'imaginer des pistes pour un avenir que l'on sait incertain, et pas seulement pour les questions sanitaires, mais aussi pour celles liées au dérèglement climatique dont les effets nous toucheront toujours plus, nous et les générations futures…

Ces travaux permettent de donner la parole à des personnalités diverses – hauts responsables de l'administration, magistrats, avocats, universitaires, élu, acteurs socio-économiques – afin d'exposer ce que furent leurs actions en Guyane, analyser la complexité des problèmes posés, s'interroger sur les contraintes imposées aux droits et libertés et dire quelles expériences et leçons elles tirent de cette période d'exception pour la collectivité territoriale de Guyane. Que toutes soient remerciées d'avoir accepté de se livrer au jeu de l'exposé et du débat, à l'oral ou dans ce dossier par écrit… Nous tenons aussi à remercier vivement le président du tribunal judiciaire, Mme le bâtonnier, le Grand conseil coutumier, le président de l'association des maires de France qui ont nourri nos débats oraux lors de notre journée d'études.

Pour débuter ce dossier, M. Florian Roussel, maître des requêtes au Conseil d'État, que nous remercions très chaleureusement d'avoir bien voulu accepter l'invitation à venir en Guyane pour l'occasion, évoque la méthode de travail mise en place en urgence par le Conseil d'État en mars-avril 2020 pour répondre à l'afflux des référés. Il brosse le tableau de la jurisprudence dégagée en la matière, évoque le rôle joué par les sections administratives du Conseil d'État et en particulier la section sociale

[2] Conseil d'Etat, *Étude annuelle 2021, Les états d'urgence, la démocratie sous contrainte,* Paris, La documentation française, 2021, 224 p.

pendant la crise sanitaire et rappelle ce que les états d'urgence donnent à penser en démocratie, pour résumer ce que l'étude annuelle de 2021 de la section du rapport et des études consacrée à cette question a pu dire et proposer en la matière[3].

Un premier temps permet de « penser l'état d'urgence sanitaire » avec Mme Guylène Nicolas, Maître de conférences de droit public à Aix-Marseille Université, et notre collègue magistrat administratif Sylvain Bernabeu. Un second temps permet d'aborder la question du « Vivre en état d'urgence sanitaire avec Mme la directrice générale de l'agence régionale de santé, M. le préfet de la Guyane, M. Yves Simoneau, chef d'entreprise, M. le docteur Guillaume Icher en sa qualité de responsable du centre de vaccinations du centre hospitalier de Cayenne, Mme Inès Moronta, présidente de l'association franco-dominicaine de Guyane, association travaillant dans les quartiers de Cayenne.

Nos travaux sont l'occasion, notamment, de faire dialoguer des décideurs publics essentiels qui étaient à la manœuvre avec toutes les responsabilités qu'ils ont dû alors assumer et des représentants du monde de la justice, tant il est vrai, faut-il le rappeler, que le juge joue un rôle essentiel en état d'urgence pour contenir les atteintes les plus graves aux libertés fondamentales et garantir le respect de la règle de droit. Mais encore des acteurs de terrain, représentants des territoires, entrepreneurs, responsables de secteurs particulièrement touchés par la crise sanitaire, celui de l'éducation et celui de la santé, des témoins engagés auprès des populations précarisées exposent ce que fut ce temps d'exception, entre difficultés et résilience.

[3] *Ibid.*

Rapport introductif

Le virus, le Conseil d'État et l'outre-mer

Florian Roussel

Maître des requêtes au Conseil d'État

Au cours de cette crise sanitaire, le Conseil d'État, et au-delà, la juridiction administrative dans son ensemble, se sont retrouvés au centre de l'attention médiatique, réceptacle des nombreuses attentes des justiciables, qui trouvaient que le Gouvernement n'en faisait pas assez et de ceux, parfois les mêmes, qui lui reprochaient d'en faire trop. À cette activité contentieuse intense, il faut ajouter le rôle joué par les sections administratives, à l'occasion de l'examen des nombreux textes, dont une dizaine de projets de lois, en lien avec la pandémie (202 avis rendus en 2020 sur des projets de loi, d'ordonnance et de décret en lien avec la Covid-19, dont 112 rendus dans un délai restreint de moins de 5 jours).

Cet examen a dû être réalisé dans des conditions de travail qui étaient totalement inédites, que ce soit sur le plan matériel ou en termes de délais. C'est ainsi, en quelques jours, au lieu de plusieurs semaines ou même de mois en temps normal, que le Conseil a dû examiner, en distantiel, des textes aussi sensibles que ceux relatifs aux adaptations du droit du travail, aux données de santé, à l'obligation vaccinale et au passe sanitaire. La commission permanente du Conseil a ainsi, par exemple, dû se prononcer un dimanche 26 décembre après-midi sur le projet de loi relatif au passe vaccinal, dont elle avait été saisie au début de cette même semaine.

Nous aurions beaucoup de souvenirs personnels à relater sur la condition de ce que le regretté Bruno Latour appelait « la fabrique du droit » au sein du Conseil d'État pendant cette période troublée. Mais nous évoquerons surtout les décisions et avis qui nous semblent particulièrement marquants, en insistant sur un aspect assez peu abordé jusqu'ici, qui est la prise en compte de l'outre-mer dans la jurisprudence du Conseil d'État.

I. Les grandes lignes de la jurisprudence du Conseil d'État sur la crise sanitaire

Tout d'abord, il nous faut présenter une brève synthèse de la jurisprudence, en distinguant deux périodes : l'année 2020, d'une part, et les deux années suivantes d'autre part.

A. 2020 : un afflux contentieux sans précédent

Environ 1 400 requêtes en lien avec la pandémie ont été adressées au Conseil d'État pour la seule année 2020, dont plus de la moitié en référé.

1) Les recours visant à contraindre le Gouvernement à prendre des mesures plus efficaces

Dans les premiers jours de la crise, le juge des référés libertés a été régulièrement saisi par des justiciables invoquant l'atteinte au droit à la santé et au droit à la vie résultant de l'abstention du Gouvernement de prendre des mesures suffisamment efficaces pour lutter contre l'épidémie.

Tel était en particulier l'objet du premier recours sur lequel le juge s'est prononcé, le 22 mars. Son auteur, le Syndicat des jeunes médecins, entendait contraindre le Gouvernement à imposer un confinement plus contraignant que celui qui avait été décidé. Le Conseil rejette cette demande, tant en raison de ses implications pour l'équilibre psychologique des individus que pour ses difficultés pratiques de mise en œuvre. Mais il enjoint cependant au Gouvernement de préciser ou de réexaminer la portée de certaines dérogations à l'interdiction de sortie du domicile, concernant notamment les marchés ouverts. Ceux-ci seront d'ailleurs fermés peu après et le recours contre cette fermeture sera rejeté.

Le Conseil d'État a, de même, quelques jours plus tard, rejeté un recours tendant à la mise en place d'un isolement systématique de tous les nouveaux arrivants sur le territoire métropolitain[1].

D'autres demandes portaient sur la fourniture de moyens matériels à certaines populations. Pour déterminer s'il devait y faire droit, le juge s'est attaché à prendre en compte l'état, encore embryonnaire, des connaissances scientifiques, la vulnérabilité particulière de certaines populations à l'épidémie et, enfin, les moyens susceptibles d'être mis en œuvre par l'administration.

Dans un premier temps, il a été jugé que le caractère manifestement illégal de l'atteinte devait s'apprécier notamment en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a déjà prises[2]. Puis, cette question des moyens a été prise en compte au stade de l'examen des mesures pouvant être ordonnées[3].

Deux ordonnances portant sur l'outre-mer sont emblématiques de ces contentieux.

La première portait sur une demande de l'Union générale des travailleurs de Guadeloupe visant à enjoindre à l'agence régionale de santé et au CHU de passer commande, de doses d'hydroxychloroquine et d'azithromycine ainsi que de tests de dépistage en nombre suffisant pour couvrir les besoins présents et à venir de la population du territoire. Le juge des référés du tribunal avait fait droit à cette demande.

En appel[4], le Conseil estime au contraire, en cohérence avec d'autres ordonnances qu'il venait de rendre peu de temps auparavant[5], que ces injonctions n'étaient pas justifiées. Il relève en particulier les incertitudes persistantes sur la démonstration scientifique de l'efficacité des traitements dont la fourniture était sollicitée ainsi que les capacités

[1] CE, 4 avril 2020, *Mme E.*, n° 439816, C.
[2] Voir par ex. JRCE, 8 avril 2020, *Section française de l'OIP.*
[3] JRCE, 19 octobre 2020, *Garde des sceaux c. Section française de l'OIP*, n° 202088.
[4] JRCE, 4 avril 2020, n° 439904.
[5] CE, 28 mars 2020, n° 439765.

contraintes dont disposait alors l'administration en matière de dépistage et les initiatives déjà prises pour les augmenter dans les meilleurs délais dans la perspective de la sortie du confinement.

La seconde ordonnance, rendue un mois plus tard[6], faisait suite à une demande de l'Ordre des avocats du barreau de Martinique, à laquelle l'Ordre des avocats au barreau de Guyane s'était associé. Ce recours portait sur la fourniture de masques et tests de dépistage à la prison de Ducos et le tribunal y avait partiellement fait droit.

En appel, le Conseil confirme l'injonction faite à l'administration de fournir un masque aux détenus à l'occasion de leurs contacts avec l'extérieur, notamment lors des parloirs ou de leurs entretiens avec leurs conseillers d'insertion et de probation. Il constate ensuite que la demande portant sur la fourniture de masques aux détenus auxiliaires, pour la fourniture de repas, est devenue sans objet, compte tenu de l'engagement pris en ce sens par l'établissement. Enfin, il annule l'injonction portant sur la réalisation de tests de dépistage, mais uniquement, au vu de l'évolution de la situation intervenue depuis lors : les détenus et personnels pénitentiaires étaient désormais identifiés comme personnes prioritaires pour les tests. La stratégie qui venait d'être élaborée a ainsi été jugée suffisante, alors même qu'elle ne prévoyait pas de dépistage systématique de tous les détenus en cas de symptôme.

Dans ces deux cas, le Conseil d'État s'est ainsi livré à un contrôle très approfondi de l'utilité des mesures sollicitées (en témoigne la longueur des deux ordonnances) tout en veillant à chaque fois à bien prendre en compte les moyens susceptibles d'être effectivement mis en œuvre par l'administration.

2) De la restriction de certaines libertés individuelles

Assez rapidement toutefois, ces recours invoquant le droit à la santé ont été éclipsés par ceux mettant en cause les atteintes sans précédent portées aux libertés individuelles et collectives. Le cadre d'analyse est plus classique puisqu'il conduit à apprécier, selon la logique posée par la jurisprudence *Benjamin* de 1933, si de telles restrictions sont nécessaires et proportionnées à l'objectif de protection de l'ordre public sanitaire poursuivi.

Les sections administratives n'ont eu à se prononcer que sur la possibilité-même pour le Gouvernement de recourir, dans le cadre de l'urgence sanitaire, à de telles mesures, si les circonstances sanitaires au plan national ou local le justifiaient dans les semaines à venir. Elles n'ont pas eu à apprécier le choix fait au cas par cas d'y recourir. Leur avis, généralement favorable, ne portait pas sur la façon dont ces instruments ainsi mis à la disposition du Gouvernement seraient utilisés, généralement par décret simple ou même par simple arrêté ministériel. C'est donc essentiellement le juge des référés qui a été en première ligne.

S'il a d'abord le plus souvent rejeté de tels recours, en raison de la situation critique dans les hôpitaux, il a, une fois passé le pic de la première vague, contraint le Gouvernement à assouplir certaines mesures, afin

[6] JRCE, 7 mai 2020, n° 440151.

notamment de garantir l'exercice de la liberté de culte ou celle de manifestation[7]. Il a encore estimé que la visioconférence ne pouvait être utilisée pour les procès d'assises ou encore imposé la reprise de l'enregistrement des demandeurs d'asile.

Une ordonnance n° 440288 du 5 mai 2020, rendue à la suite d'un recours de l'Ordre des avocats au barreau de Guadeloupe, apparaît emblématique en ce qu'elle porte sur la liberté la plus essentielle qui soit, celle d'aller et venir. L'Ordre contestait un arrêté préfectoral imposant une quarantaine de quatorze jours dans un lieu d'hébergement dédié (et non plus dans le lieu de résidence déclaré) à toute personne entrant dans la collectivité par voie aérienne, à l'exception des personnels de santé et fonctionnaires de l'État « arrivant en renfort ». L'ordonnance rejette le recours au motif que la mesure n'apparaissait pas, compte tenu des exigences sanitaires, manifestement inadaptée ou disproportionnée. Elle relève le décalage d'un mois avec la vague de l'épidémie survenue en métropole et souligne surtout que plus de la moitié des cas confirmés de contamination par le virus étaient liés à des arrivées de personnes venant de l'extérieur de cette collectivité. Elle se réfère encore à l'avis du Conseil scientifique, qui avait souligné que le stade précoce de l'épidémie outre-mer et l'insularité de la plupart de ces territoires justifiaient une telle mesure.

Lors de la deuxième vague de l'épidémie en métropole, à l'automne, c'était souvent la différence de traitement avec les activités autorisées, car qualifiées d'essentielles, et l'incohérence ressentie des choix faits par le Gouvernement qui était, cette fois, contestée.

Le Conseil a ainsi été, entre autres, saisi par des restaurateurs, des patrons de discothèques, des organisateurs d'évènements culturels. Le plus souvent, ces recours ont été rejetés, au regard de la situation sanitaire et des recommandations des autorités scientifiques, et alors même que les mesures prises en contrepartie ne permettaient pas de compenser totalement les pertes de revenus pour les intéressés[8]. Non que la santé devait nécessairement prévaloir sur l'économie mais plutôt qu'un tel choix politique apparaissait légitime au juge. Nous y reviendrons.

Mais il a, en revanche, contredit le Gouvernement sur plusieurs dossiers significatifs, que ce soit la remise en cause de la jauge de trente personnes imposée dans les lieux de culte ou encore de l'interdiction générale de sortie des résidents des EHPAD.

3) Protection des données personnelles

Enfin, le Conseil d'État a eu à connaître, tout au long de l'année 2020, de délicates questions en lien avec la protection des données personnelles. Il a ainsi été amené à s'intéresser aux nouveaux systèmes d'information mis en place pour lutter contre l'épidémie, qu'il s'agisse du traitement Si-Dep, destiner à recenser les personnes dépistées positives, Contactcovid, qui identifie les cas contacts et surtout Stopcovid, qui s'était

[7] Voir JRCE, 13 juin 2020, n° 440846, s'agissant de la suspension de l'interdiction générale et absolue de manifester sur la voie publique, et JRCE, 6 juillet 2020, n° 441257, s'agissant de la suspension de l'exigence d'obtention d'une autorisation avant d'organiser une manifestation.

[8] Voir JRCE, 8 décembre 2020, n° 446715, concernant les restaurateurs.

donné comme objectif d'informer les utilisateurs du fait qu'ils étaient contacts à risque au motif qu'ils s'étaient trouvés à proximité d'une personne dépistée positive.

Le Conseil d'État a été consulté sur les projets de texte et a dû, en particulier, vérifier très attentivement, à la suite de longs échanges avec le Gouvernement, leur conformité au principe de minimisation des données posé par le RGPD. Ceux-ci ont ensuite été validés par le Conseil constitutionnel et par le juge des référés.

Au contentieux, il a notamment jugé que la mise en œuvre par l'État d'une mesure de surveillance par drone, sans l'intervention préalable d'un texte réglementaire autorisant la création d'un tel traitement de données à caractère personnel, caractérisait une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie privée[9].

B. 2021 et 2022 : une mutation des contentieux

Nous en venons maintenant à la jurisprudence de ces deux dernières années. Ce sont de nouveau les restrictions à la liberté d'aller et venir et de mener une vie familiale normale qui ont été au cœur de la jurisprudence, mais les contentieux ont connu, si nous osons nous exprimer ainsi, certaines mutations. La grande nouveauté (mis à part l'intervention de plus en plus fréquente du juge du fond) résidait dans la problématique de l'accès à la vaccination et des conséquences à en tirer. Celle-ci est apparue dans la jurisprudence sous plusieurs angles.

Elle a, *en premier lieu*, justifié un assouplissement de certaines mesures. C'est ainsi notamment en raison du taux important de vaccination des personnels et résidents des EHPAD que l'interdiction générale et absolue de sortie des résidents a été regardée, dès mars 2021, comme manifestement disproportionnée à l'objectif de prévention de la diffusion du virus[10].

De même, en Nouvelle Calédonie, pour valider l'organisation de la troisième consultation sur l'accession à l'indépendance, le Conseil d'État s'est fondé non seulement sur l'amélioration de la situation sanitaire pendant les deux mois précédant le scrutin mais également sur le taux important de vaccination de la population (78 %). Ce sont ces considérations qui avaient en effet justifié l'absence de prorogation de l'état d'urgence sanitaire un mois avant la consultation et l'organisation de la campagne officielle, notamment par des réunions publiques[11].

Et, à l'inverse, dans d'autres collectivités ultramarines, c'est la faiblesse du taux de vaccination qui a notamment justifié la prorogation de l'état d'urgence sanitaire.

En deuxième lieu, le Conseil d'Etat a été saisi de la question de la conformité aux droits fondamentaux du passe sanitaire puis du passe vaccinal.

---

[9] JRCE, 18 mai 2020, *Association La quadrature du net et Ligue des droits de l'homme*, n° 440442.
[10] JRCE, 3 mars 2021, *D.*, n° 449759.
[11] CE, 10/9, 3 juin 2022, n° 459711.

Dans son avis n° 402691du 26 avril 2021 sur de premières dispositions législatives ayant cet objet, il justifie l'institution du passe sanitaire pour les déplacements à destination ou en provenance de la métropole ou d'une collectivité d'outre-mer par l'intérêt d'introduire des restrictions à la liberté des personnes plus proportionnées, en évitant les mesures les plus contraignantes.

Il a ensuite émis, au mois de juillet suivant, un avis favorable au projet de loi étendant le passe sanitaire à de nombreuses activités de la vie quotidienne, non sans émettre certaines réserves :

1) *D'une part*, cette mesure ne pouvait avoir pour seul objectif d'encourager la vaccination – elle devait être justifiée par les risques sanitaires spécifiques inhérents à l'activité ainsi encadrée. Il a semblé au Conseil que tel n'était pas le cas pour les centres commerciaux – mais le Conseil constitutionnel a validé finalement la mesure ;

2) *D'autre part*, le Conseil a estimé que, pour les transports de longue distance au sein du territoire national, il devait être possible de déroger au passe sanitaire lorsque l'urgence le justifiait. Sur ces points, le Gouvernement s'est finalement rallié à sa position.

C'est ce même équilibre qui a été recherché quand le passe vaccinal a été en débat. La mesure a été validée, mais sous réserve notamment que des motifs impérieux de nature familiale ou de santé permettent de se déplacer au moyen d'un certificat de dépistage, y compris lorsque ce déplacement ne présente pas un caractère d'urgence faisant obstacle à l'obtention du justificatif de statut vaccinal. Il a par ailleurs été jugé au contentieux que le pouvoir réglementaire ne pouvait imposer une exigence de justification de statut vaccinal aux ressortissants français en provenance de certaines zones : cette exigence était en effet susceptible de faire durablement obstacle à l'exercice du droit fondamental de rejoindre le territoire national dont tout Français dispose, sans que le bénéfice sanitaire d'une telle mesure soit manifestement de nature à justifier l'atteinte qui est ainsi portée à ce droit[12].

Enfin, en troisième lieu, le Conseil d'État a émis un avis favorable au projet de loi imposant à certains professionnels une obligation de vaccination ou la détention d'un passe sanitaire. Le principe a ensuite été confirmé au contentieux, d'abord dans le cadre de la contestation d'une loi du pays de Polynésie française qui imposait cette obligation de façon large, aux personnes que leurs activités mettent en contact avec le public ou avec des personnes fragiles, à celles exerçant des activités indispensables à la vie de la collectivité, à celles dont l'activité n'est pas compatible avec les « gestes barrières » et à celles que leur état de santé expose aux formes les plus graves de la maladie[13]. Cette décision relève notamment que les vaccins ont fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché par l'Agence européenne du médicament et que l'obligation visait tant à préserver les personnes fragiles qu'à ralentir la circulation du virus. L'intérêt thérapeutique a donc été regardé comme établi, même pour les personnes jeunes en bonne santé, et dans tous les cas, le rapport

[12] CE, 28 janvier 2022, n°454927, A.
[13] CE, 10/9, 10 décembre 2021, *Le Cléach*, n° 456004, A.

bénéfice/risque de la vaccination obligatoire ne doit pas être apprécié au niveau de chaque individu mais en introduisant dans la balance le bénéfice retiré par la collectivité toute entière. Enfin, cette décision valide encore la sanction consistant en une amende administrative pour les professionnels et une majoration du ticket modérateur pour les personnes à risque.

Par la suite, des QPC mettant en cause la législation nationale ont été rejetées, en cohérence avec la position du Conseil constitutionnel sur le passe sanitaire[14]. De même, la conformité de cette obligation au droit européen a été reconnue[15] (outre les risques pour les malades, le Conseil a pris en compte les enjeux inhérents à la disponibilité des personnes soignants). Cette validation a cependant, là encore, été assortie de garanties. En particulier, il a été jugé que la mesure ne pouvait s'appliquer à un agent placé en congé, qu'il l'ait été avant même l'entrée en vigueur de l'obligation vaccinale ou postérieurement à celle-ci[16].

II. Observations générales sur la jurisprudence du Conseil d'État

1. Un triple effort de stabilité juridique, de cohérence des solutions rendues et de pédagogie

Durant toute cette crise, le Conseil d'État n'a que très rarement cherché à faire évoluer ses grands principes. Il a, le plus souvent, fait application de jurisprudences bien établies, qu'il s'agisse de l'équilibre à rechercher entre libertés publiques et ordre public, de la théorie des circonstances exceptionnelles permettant de déroger dans l'urgence à certaines règles de forme ou de procédure, ou encore des conditions dans lesquelles peuvent être imposées des vaccinations obligatoires à certains professionnels[17].

Le juge a également su préserver la cohérence des solutions rendues : les divergences entre sections administratives, juge des référés, juge du fond ainsi qu'avec les autres juridictions (Conseil constitutionnel et Cour de cassation) ont existé – et c'est heureux et rassurant – mais elles ont été rares et ponctuelles. La lisibilité et la stabilité du droit ont ainsi pu être préservées.

Le Conseil d'État s'est également efforcé – certains diront même à l'excès – de faire preuve de pédagogie tant à l'audience que dans ses décisions, de plus en plus longues et argumentées, et même après celle-ci, par le biais des communiqués de presse voire des entretiens avec les journalistes.

Pourtant, comme c'était prévisible, cette jurisprudence a suscité des polémiques, parfois virulentes.

2. Des critiques de nature très diverse

Différentes personnalités de tous bords politiques, parmi lesquelles des politiques, des universitaires et des avocats, ont ainsi reproché au Conseil d'État de ne pas avoir suffisamment joué son rôle de garant des libertés.

---

[14] Décision n° 2021-824 du 5 août 2021.
[15] JRCE, 18 octobre 2021, *Mme S.*, n° 457216.
[16] CE, 5/6, 11 mai 2022, *Centre hospitalier de l'agglomération montargoise*, n° 459011, B.
[17] Voir sur ce dernier point, CE, 6 mai 2019, *Ligue nationale pour la liberté des vaccinations*, n° 419242, A.

D'autres critiques, qui méritent également l'attention même si elles n'ont pas eu le même écho médiatique, ont, à l'inverse, reproché au Conseil d'État d'en avoir fait trop. Ainsi, le professeur Delvolve a pu déplorer que dans son ordonnance de mars 2020, sur le recours du Syndicat des jeunes médecins, le Conseil soit sorti de son rôle de garant de légalité, en se substituant au Gouvernement pour déterminer ce qu'il devait faire.

Enfin, certains commentateurs ont émis des réserves sur la cohérence de certaines solutions ponctuelles. Par exemple, le professeur Melleray[18] s'est interrogé sur le choix du juge des référés de sanctionner l'atteinte à la liberté de culte[19], tout en validant les mesures imposant l'enseignement universitaire à distance[20]. N'était-il pas paradoxal de permettre à des personnes souvent âgées de se réunir à plusieurs dizaines et d'interdire à de jeunes adultes de poursuivre leurs études supérieures dans des conditions adaptées, en dépit des effets psychologiques et sociaux très négatifs d'un enseignement entièrement à distance ?

L'interrogation était, de fait, légitime, même si c'est surtout l'incohérence de la mesure sur la liberté de culte qui avait motivé sa censure, la jauge de trente personnes étant, comme on s'en souvient, applicable quelle que soit la taille de l'édifice.

Au-delà de ces quelques exemples, chacun d'entre nous aura été amené, à un moment ou un autre, à regretter, en fonction de sa sensibilité, telle ou telle décision ou avis rendu par le Conseil. Il ne s'agit évidemment pas ici pour nous de vouloir en justifier chacune.

3. Des critiques pour partie liées à des incompréhensions

En revanche, la virulence de certaines critiques nous paraît liée à plusieurs incompréhensions sur le rôle et sur l'office du juge, qui doit, comme le soulignait le président Lasserre, « rester sur une ligne de crête entre politique et scientifique ».

Ainsi, *première incompréhension* : le juge n'est pas un scientifique. Comme l'illustre le rejet du recours tendant à la fourniture d'hydroxychloroquine, de celui concernant les conséquences de la pollution de l'air sur les affections respiratoires[21] ou de ceux concernant le principe de l'obligation vaccinale, le juge se réfère aux données acquises de la science et à l'avis des autorités scientifiques, sauf à ce qu'elles soient sérieusement ébranlées par d'autres données – ce qui a rarement été le cas.

Le plus souvent, les études scientifiques ultérieures n'ont pas démenti les positions prises mais, dans tous les cas, les ordonnances ne peuvent se comprendre en faisant abstraction du contexte d'incertitude dans lequel elles ont été rendues. Le juge se voulait un garant rigoureux de l'État de droit mais il devait également faire preuve, comme tout un chacun d'ailleurs, de beaucoup d'humilité.

---

[18] « Les voix du seigneur », *AJDA*, 2020, p. 2457.
[19] JRCE, 29 novembre 2020, *Association Civitas*, n° 446930.
[20] JRCE, 10 décembre 2020, *M. C.*, n° 447015.
[21] JRCE, 20 avril 2020, *Association Respire*, n° 440005.

Deuxième incompréhension : le juge se doit d'être respectueux de la séparation des pouvoirs.

Il ne saurait ainsi empiéter de façon excessive sur la marge d'appréciation qui doit être laissée au politique. Lorsque les enjeux sanitaires des mesures apparaissaient avérés, notamment pendant les pics de l'épidémie, il a ainsi été réticent à imposer des assouplissements qui auraient eu pour conséquence vraisemblable davantage de cas graves. Ce sont surtout des incohérences ou des mesures portant sur des publics ciblés, comme par exemple les Français revenant de l'étranger, qui ont été censurées.

Il est intéressant de noter que les juridictions européennes et la plupart des juridictions étrangères ne semblent pas avoir raisonné différemment. Même la jurisprudence de la Cour suprême américaine, érigée en référence par certains, est en fait très nuancée. Ainsi par exemple, si elle a censuré l'obligation de l'équivalent d'un passe sanitaire dans les entreprises de plus de 100 salariés (mesure qui n'a même pas été envisagée en France), elle ne l'a fait que pour un motif tenant à la compétence juridique de l'agence chargée de mettre en œuvre la mesure. Et elle a en revanche validé l'obligation faite aux employés d'établissements de santé gérant des programmes fédéraux (Medicare et Medicaid) de se vacciner – sans possibilité alternative de se faire tester.

Et la CEDH n'a, quant à elle à ce jour, remis en cause aucune mesure prise par un État au cours de la crise, si ce n'est l'interdiction générale de toute manifestation publique prise par la Suisse[22] – mais on a vu que le Conseil avait retenu la même position dès mai 2020… Elle a au contraire validé des mesures de confinement[23] ou encore l'interdiction faite à un détenu de participer à un service religieux[24].

La troisième incompréhension tient à l'office du juge des référés libertés.

Étant, compte tenu des très brefs délais dans lesquels il statue, le juge de l'évidence, il ne sanctionne, comme le prévoit la loi, que les atteintes graves et « manifestement » illégales à une liberté fondamentale – pas toutes les illégalités et encore moins toutes les atteintes…

D'où une « autolimitation » du juge du référé-liberté pendant le premier confinement, qui a été pleinement assumée par le président Combrexelle :

> « Le juge des référés-libertés est par nature juge de l'extrême urgence qui ne peut ordonner des mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique qui sont insusceptibles d'être mises en œuvre à bref délai. »

Dernière incompréhension : l'utilité du juge ne se mesure pas au seul nombre des censures prononcées, au dispositif de ses décisions. Pendant la crise, le Conseil s'est avant tout voulu régulateur.

Il a ainsi tenu compte des engagements pris par l'administration après l'introduction du recours. On l'a vu dans l'exemple de la prison de Ducos,

---

[22] Affaire *Communauté genevoise d'action syndicale*, n° 21881/20.
[23] *Piperea c Roumanie*, juillet 2022.
[24] *Constantin-Lucian Spînu c. Roumanie*, 11 octobre 2022.

s'agissant de la fourniture des moyens supplémentaires. Dans un autre cas, c'est la finalisation d'un protocole à la suite des échanges intervenus au cours de l'audience qui a seul justifié le rejet de la demande. En pratique, les requérants n'en avaient pas moins obtenu satisfaction. Et les engagements non respectés ont été sanctionnés, comme cela a été le cas concernant l'obligation d'enregistrement des demandes d'asile, le dispositif annoncé[25], n'ayant pas été mis en œuvre à brève échéance[26].

Dans d'autres cas, le juge a validé les mesures prises, mais tout en posant des réserves d'interprétation, ce qui est certes moins spectaculaire qu'une censure mais tout aussi efficace, même si cela prive le requérant d'une victoire symbolique.

Ainsi, l'utilisation de la visioconférence sans accord de la personne détenue n'a été jugée légale dans le contentieux de la détention provisoire que sous réserve que le président de la chambre de l'instruction s'assure que la personne détenue avait la possibilité de comparaître physiquement avec une périodicité raisonnable[27].

De même, le juge a pu souligner qu'il appartenait à l'État, tant que persistait la situation de pénurie de masques, d'aider les avocats à s'en procurer, le cas échéant en facilitant l'accès des barreaux et des institutions représentatives de la profession aux circuits d'approvisionnement[28].

Et dans l'affaire précitée relative aux mesures de quarantaine en Guadeloupe, l'ordonnance souligne que l'arrêté ne saurait avoir pour effet de faire obstacle à la prise en charge médicale des personnes placées en quarantaine et leur déplacement, le cas échéant, dans un autre lieu si leur état de santé le justifie. Et elle ajoute qu'il incombe à l'administration de veiller au suivi sanitaire des personnes placées en quarantaine, de garantir leur accès aux biens et services de première nécessité et de s'assurer du respect des consignes d'hygiène et de distanciation sociale à l'intérieur des lieux d'hébergement.

Enfin, c'est parfois le fait même qu'un recours ait été déposé qui a fait évoluer l'administration.

4. L'outre-mer dans la jurisprudence du Conseil d'État

Il est intéressant *in fine* de porter quelques observations qui visent de façon plus spécifique les décisions du Conseil en lien avec la situation en outre-mer.

Un constat, d'abord : celles-ci sont peu nombreuses, si on les rapporte aux graves tensions constatées, en particulier en Guyane ou dans les Antilles. Si certains requérants ont pu contester la réglementation nationale, comme ils auraient pu le faire avec les mêmes arguments s'ils avaient résidé en métropole, très peu ont mis en cause des règles localement applicables ou ont invoqué les caractéristiques particulières de ces territoires.

[25] JRCE, 9 avril 2020, *Association mouvement citoyen tous migrants*, n° 439895.
[26] JRCE, 30 avril 2020, *Ministre de l'intérieur*, n° 440250.
[27] JRCE, 27 novembre 2020, *Association des avocats pénalistes*, n° 446712.
[28] JRCE, 20 avril 2020, *Ordre des avocats au barreau de Marseille*, n° 439983.

Trois observations ensuite :

1) La première est que le Conseil d'État a été amené, en lien avec le Conseil constitutionnel, à préciser la répartition des compétences entre l'État et les collectivités à statut spécifique, compétentes en matière de santé (ce qui est le cas de la Polynésie française et de la Nouvelle-Calédonie).

Ainsi, la compétence de l'État en matière de liberté publique a justifié que l'état d'urgence sanitaire puisse être déclaré sur tout le territoire national – ce qui permettait d'y appliquer les mesures restrictives de libertés individuelles en lien avec la crise sanitaire [29]. Le Conseil constitutionnel a ainsi écarté une QPC qui invoquait la méconnaissance par l'État de son domaine de compétence, tout en admettant pour la première fois l'invocabilité d'un tel grief à l'appui d'une telle question prioritaire.

À l'inverse, la compétence des collectivités en matière de santé publique leur a permis de réglementer – ou non – l'obligation vaccinale pour certains professionnels [30]. De même, elles étaient seules compétentes pour créer des traitements de données à des fins de lutte contre l'épidémie. Les fichiers Sidep, Contactcovid et Stopcovid n'ont pu y être étendus.

La différence de régime juridique entre les collectivités de l'article 73 et celles de l'article 74 est donc demeurée bien réelle en cette période de crise.

2) La *deuxième* observation est que le Conseil d'État a logiquement veillé à imposer un même degré d'exigence qu'en métropole, tant en ce qui concerne le droit à la santé que la protection des libertés individuelles.

Comme l'ont relevé des commentateurs de l'ordonnance sur la fourniture d'hydroxychloroquine et de tests de dépistage, il ne pouvait être question d'une « exception guadeloupéenne » qui aurait impliqué que ce territoire soit favorisé dans la distribution, en l'absence de raison objective, tenant à la situation épidémique[31].

Et à l'inverse, même si certaines mesures en lien avec la vaccination ont été particulièrement mal ressenties par une partie de la population ultramarine – et tout particulièrement en Guyane, l'émoi ainsi suscité pouvait difficilement justifier une dérogation pérenne à la législation nationale sur le fondement de l'article 73 de la Constitution. Tout au plus pouvait-elle fonder légalement un report de la date d'entrée en vigueur de certaines mesures.

3) *Troisième observation* : ce souci général d'un même niveau d'exigence entre la métropole et les outre-mers n'implique pas pour autant que les spécificités de ces collectivités n'auraient pas été prises en

[29] Décision n° 2020-869, QPC, du 4 décembre 2020.
[30] Voir la décision *Le Cléach*, précitée.
[31] Coronavirus – Hydroxychloroquine : pas d'exception pour « Karukera » - Veille par François Vialla et Mathieu Reynier. La Semaine Juridique - édition Générale (JCP G), n° 15, 2020, 459.

compte. Le juge administratif s'est, au contraire, efforcé de les prendre en compte tout au long de la crise.

Ainsi, ce sont les spécificités de la situation sanitaire en Guyane qui ont justifié en mai 2020 que le couvre-feu y soit décrété – le succès relatif de cette mesure à cette époque sera d'ailleurs relevé par le Conseil au contentieux entre autres arguments pour justifier de la légalité du décret qui l'imposera en métropole au mois d'octobre suivant.

À l'inverse, ce sont les caractéristiques particulières de ces territoires qui ont été retenues par les sections administratives du Conseil pour justifier que l'état d'urgence sanitaire y soit déclaré et parfois prorogé, alors qu'il n'était plus en vigueur en métropole.

Ainsi, l'avis n° 403827 du 30 août 2021 sur le projet de loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire dans les outre-mers justifie la prorogation jusqu'au 15 novembre suivant de l'état d'urgence sanitaire dans plusieurs collectivités ultramarines, dont la Guyane, par des considérations spécifiques à ces territoires :

- La circulation du virus restait active et la pression hospitalière était forte, nécessitant des évacuations sanitaires et la venue de renforts de métropole ;

- La couverture vaccinale, de nature à réduire le nombre de contaminations ou de formes graves, demeurait faible et nettement inférieure à celle du reste du territoire national ;

- Les conséquences de la circulation du virus étaient aggravées par la prévalence élevée de comorbidités, les capacités propres limitées du système de santé, et l'isolement géographique rendant plus difficiles les transferts de patients comme l'acheminement des renforts.

Ces considérations sont reprises dans l'avis du 26 décembre 2021 prévoyant dans certaines collectivités la prorogation de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 31 mars.

Conclusion : Les enseignements de la crise sanitaire

La crise est source d'enseignements généraux et spécifiques.

Relativement aux enseignements généraux, comme le relevait le Conseil d'État dans son rapport annuel paru en 2021 sur le thème « *Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes* »[32], la France aura passé la moitié des six dernières années en « état d'urgence » au point que nous pouvons nous demander si nous vivons perpétuellement en crise ou si ce cadre juridique est en voie de devenir un mode de gouvernement banalisé.

Si ce régime d'exception présente une utilité incontestable pour faire face à certains périls imminents, lorsqu'aucun autre outil juridique ou opérationnel n'existe, il n'apparaît pas pertinent en ce qui concerne les menaces pérennes qui fragilisent en profondeur la société. Il déstabilise en effet alors le fonctionnement ordinaire des institutions, en bouleversant le rôle du Parlement et des collectivités territoriales, banalise le risque,

[32] *Op. cit.*

restreint les libertés de façon excessive et altère, à terme, la cohésion sociale.

Enfin, la sortie de l'état d'urgence reste toujours un choix difficile lorsque la menace persiste.

Le danger, dans ces circonstances, est que la population ne s'accoutume à des restrictions de sa liberté ou encore à des immixtions dans sa vie privée qui n'étaient, à l'origine, pas justifiées par des circonstances exceptionnelles. L'Histoire en fournit maints exemples (relisez, par exemple, Tocqueville) et l'actualité internationale aussi – pensez à la Chine. Le risque est donc réel.

Face à ces enjeux, le Conseil d'État soulignait d'abord la nécessité de mieux définir et circonscrire les états d'urgence, en les distinguant des autres modalités de gestion de crise. Cela passe par une meilleure anticipation de celles-ci, un meilleur pilotage au sommet de l'État et une clarification des responsabilités avec les collectivités territoriales.

Il proposait ensuite d'inscrire dans la Constitution le régime de l'état d'urgence – qui relève aujourd'hui du législateur ordinaire – en consolidant notamment le contrôle parlementaire ainsi que les conditions du contrôle juridictionnel.

Et enfin, sur un point plus spécifique, il soulignait l'intérêt d'activer un comité de liaison entre le Conseil d'État et la Cour de cassation permettant d'examiner les questions de droit susceptibles de justifier un regard croisé des deux ordres de juridiction.

Sur les enseignements spécifiques aux outre-mers, notons que les autorités publiques, au nombre desquelles le Conseil d'État, ont dû s'efforcer d'assurer un équilibre entre la détermination d'exigences communes sur tout le territoire de la République et la prise en compte des particularités des territoires ultramarins, en lien notamment avec leur situation géographique et leur vulnérabilité particulière à l'épidémie. Cela n'a pas été sans remous.

Cet équilibre a-t-il été, au final, satisfaisant ? Aurait-il fallu aller plus loin dans la logique de différenciation ? C'est l'un des intérêts du présent colloque que de nous amener ensemble à réfléchir à ces importantes questions, qui, au-delà même du drame collectif que nous venons de traverser, renvoie aux fondements-mêmes de notre pacte républicain.

I. Penser l'état d'urgence sanitaire

L'état d'urgence sanitaire et les droits fondamentaux : le rôle d'arbitre du Conseil constitutionnel

Guylène Nicolas

Maître de conférences de droit public, HDR,
Aix-Marseille Université, CNRS, EFS, ADES, Marseille, France

Selon les termes de l'alinéa 11 de la Constitution de 1946, « la Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Sur ce fondement, pour l'ensemble du territoire français, la protection de la santé est un objectif à valeur constitutionnelle (OVC)[1], c'est-à-dire qu'elle constitue un but à atteindre imposé au législateur. Ce but implique une obligation de moyen. Les OVC sont donc de précieux outils puisqu'ils « guident l'action du législateur dans sa compétence de conciliation d'exigences constitutionnelles en apparence opposées »[2]. La jurisprudence constitutionnelle construit alors, par la validation de ses arbitrages, une harmonisation des obligations supra-législatives bien que la Constitution n'établisse aucune hiérarchisation entre les droits et libertés[3] qu'elle proclame. L'ordre public étant lui aussi un OVC, lors de la crise sanitaire, le Conseil constitutionnel a accrédité

> « l'idée que la recherche de l'ordre et de la sécurité d'une part, et l'exercice des droits et des libertés d'autre part, ne sont pas antinomiques, bien au contraire, que les premiers sont dans le rapport de consubstantialité avec les seconds et réciproquement »[4].

La pandémie de Covid-19 a contraint, dans tous les pays du monde, à reconsidérer les mesures nécessaires à la protection de la santé. La gravité de la situation sanitaire a conduit à mettre en place un état d'urgence. Or, depuis la Rome antique, tous les états d'exception ont un fondement commun que Bruno Lasserre, Vice-président du Conseil d'État, qualifie de « droit d'un État à sa propre sauvegarde ou droit de légitime défense »[5]. Mais, dans un État de droit, les régimes d'exception se justifient par leurs limites. Ils sont donc « toujours à la fois permissifs et

[1] François Luchaire, « L'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, 64, 2005, p. 675-684.
[2] Louis Favoreu et *al*., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, Précis, 2021, § 131.
[3] *Ibid.,* § 129.
[4] *Ibid*., § 131.
[5] Bruno Lasserre, « Les états d'urgence : pour quoi faire ? », Conférence inaugurale du cycle de conférences de l'étude annuelle pour 2021 du Conseil d'État sur les états d'urgence, Palais-Royal, 14 octobre 2020 accessible en ligne https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/conference-inaugurale-les-etats-d-urgence-pour-quoi-faire-par-bruno-lasserre-vice-president-du-conseil-d-etat

restrictifs, sans quoi leur inclusion dans un système politique fondé sur la séparation des pouvoirs n'est pas possible »[6]. En France, la possibilité de décréter l'état d'urgence a été instituée par la loi 3 avril 1955[7], modifiée plusieurs fois, en particulier par l'ordonnance du 15 avril 1960[8], puis la loi du 20 novembre 2015[9]. Selon la procédure établie, l'état d'urgence est décidé par décret en conseil des ministres[10]. Il peut être déclaré sur tout ou partie du territoire soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas de calamité publique (catastrophe naturelle d'une ampleur exceptionnelle). D'une durée initiale de 12 jours, l'état d'urgence peut être prolongé par le vote d'une loi par le Parlement. Ce régime d'exception permet de renforcer les pouvoirs des autorités civiles et de restreindre certaines libertés publiques ou individuelles. C'est ainsi que dans ce contexte, la saisine du Conseil constitutionnel par des parlementaires actionne son rôle de garant des institutions.

Avant 2020, la France n'avait jamais eu recours au régime de l'état d'urgence lors d'une crise sanitaire. Néanmoins, depuis le XIXe siècle, elle a répondu à de telles circonstances en se dotant de différentes mesures législatives d'exception. Le texte initial, dans cet ensemble, est celui du 3 mars 1822 relatif à la police sanitaire[11]. Ce premier dispositif moderne avait été adopté en réaction à l'épidémie de fièvre jaune qui toucha d'abord l'Espagne et plus précisément Barcelone en 1821 (causant 20 000 morts)[12]. Il avait pour objet d'organiser l'administration sanitaire et de lutter contre les risques d'épidémies venues essentiellement de l'extérieur. Plus proche de nous, la loi du 9 août 2004 réformant la politique nationale de santé publique est une réaction aux différentes menaces sanitaires du début du millénaire (l'épidémie du syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS), la grippe aviaire, les 15 000 morts de la canicule de 2003). Elle est à l'origine d'un nouveau titre du code de la santé publique consacré aux « mesures et crises sanitaires graves »[13]. Le dispositif avait ensuite été complété par la loi du 5 mars 2007 instaurant la possibilité d'utiliser la réserve sanitaire[14].

---

[6] *Ibid*.

[7] Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie, *JORF*, 7 avril 1955.

[8] Ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960 modifiant certaines dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence, *JORF*, 17 avril 1960

[9] Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, *JORF*, 21 novembre 2015.

[10] Pour une analyse des régimes d'exception sous la Ve République, voir Arnaud Ménard, « La garantie des droits fondamentaux dans les états d'exception sous la Ve République », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 128, n$^{\circ}$ 4, 2021, p. 1-29.

[11] Loi du 3 mars 1822 relative à la police sanitaire, *JORF*, 20 août 1944. Comme le rappelle Michel Morin, cette loi était essentiellement une loi maritime ayant comme objectif de protéger nos frontières contre les épidémies venues de l'extérieur. Le premier moyen de défense était déjà le confinement par l'établissement de quarantaine et d'enfermement dans des lazarets. Voir, Michel Morin, « La loi du 3 mars 1822 relative à la police sanitaire : une loi essentiellement maritime en prologue au code de la santé publique », *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, université de Nantes, t. XXXIX, 2021, p. 151-181.

[12] Frédéric Tangy, Jean-Nicolas Tournier, *L'homme façonné par les virus*, Paris, Odile Jacob, 2021, p. 117-131.

[13] Titre III du livre Ier « Lutte contre les maladies transmissibles » de la troisième partie « Lutte contre les maladies et dépendances » du code de la santé publique.

[14] Loi n° 2007-294 du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des

La France n'était donc pas démunie d'arsenal législatif lui permettant d'agir face à la crise de la Covid-19. Toutefois, la vitesse de propagation de ce virus comme la nécessité de laisser du temps à la recherche d'un traitement ou d'un vaccin a provoqué le vote d'une loi d'exception touchant l'ensemble de l'organisation sociale au-delà de l'organisation des soins et de la prise en charge des malades. L'état d'urgence sanitaire, instauré par la loi du 23 mars 2020[15], crée un régime juridique spécial pour lutter contre l'épidémie de Covid-19. Au-delà de l'urgence de gestion de la crise, le code de la santé publique (CSP) est complété d'un article L. 3131-12 disposant que

> « l'état d'urgence sanitaire peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain ainsi que du territoire des collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution et de la Nouvelle-Calédonie en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population. »

On notera que, comme dans tout régime d'exception, le pouvoir réglementaire intervient uniquement dans le cadre posé par le législateur pour l'organiser. Sans surprise, le Conseil constitutionnel a validé cette modification du code de la santé publique, par sa décision n° 2020-800 DC[16].

Il s'agit d'un régime juridique temporaire introduit dans le code de la santé publique de façon provisoire puisque l'état d'urgence sanitaire a été instauré pour la première fois pour deux mois par la loi du 23 mars 2020 puis prolongé jusqu'au 10 juillet 2020. Il a de nouveau été déclaré à compter du 17 octobre 2020 puis prolongé jusqu'au 1er juin 2021 puis enfin jusqu'au 31 juillet 2022. La loi du 30 juillet 2022[17] a mis fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la Covid-19, mais la possibilité d'utiliser ce régime d'exception reste inscrite – en réserve – dans le code de la santé publique, l'article L. 3131-2 du code de la santé publique n'ayant pas été aboli.

L'état d'urgence sanitaire autorise des mesures de restrictions de la liberté d'aller et venir, de la liberté d'entreprendre et de la liberté de réunion (y compris des mesures d'interdiction de déplacement hors du domicile), mais impose également des réquisitions de tous biens et services nécessaires et de contrôle des prix. Dès lors, le Conseil constitutionnel a été très sollicité et a rendu un grand nombre de décisions dues à la gestion du régime dérogatoire de l'état d'urgence, mais aussi au bouleversement du fonctionnement des institutions (spécifiquement en période de confinement) : délai allongé entre les deux tours des élections municipales, délai raccourci de transmission des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) au Conseil constitutionnel, délai de la détention provisoire… En conséquence, entre mars 2020 et juillet 2022,

menaces sanitaires de grande ampleur, *JORF*, 6 mars 2007.

[15] Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, *JORF*, 24 mars 2020.

[16] Conseil constitutionnel n° 2020-800 du 11 mai 2020 relative à la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, *JORF*, 12 mai 2020.

[17] Loi n° 2022-1089 du 30 juillet 2022 mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la Covid-19, *JORF*, 31 juillet 2022.

dix décisions *a priori*[18] et quatorze décisions *a posteriori*[19] ont été prises par la Haute instance. De façon récurrente, le Conseil a contrôlé les adaptations forgées par le législateur pour maintenir le fonctionnement des institutions démocratiques dans le contexte dégradé par la crise sanitaire. Cet environnement extraordinaire justifiant ces régimes dérogatoires, le Conseil a veillé à ce que les modifications nécessaires ne portent pas atteinte aux principes constitutionnels. Ainsi, le délai entre les deux tours des élections municipales ayant été prolongé, le Conseil a reconnu que leur déconnexion n'était possible

> « qu'à la condition qu'elle soit justifiée par un motif impérieux d'intérêt général et que, par les modalités [que le législateur] a retenues, il n'en résulte pas une méconnaissance du droit de suffrage, du principe de sincérité du scrutin ou de l'égalité devant le suffrage. »[20]

De la sorte, l'état d'urgence sanitaire a été l'occasion d'une expérience juridique inédite durant laquelle le Conseil constitutionnel a eu l'opportunité de forger une jurisprudence fournie dessinant les pourtours du droit constitutionnel à la protection de la santé. Dans de nombreux domaines juridiques, la Haute instance a dû répondre à la question de la conciliation entre l'objectif de protection de la santé et le respect des droits et libertés fondamentales. Nous ne retiendrons ici que les domaines touchant directement aux droits fondamentaux des malades sans traiter des aménagements imposés aux soignants, comme le renforcement de l'obligation vaccinale[21]. Les mesures de confinement et d'isolement, des

---

[18] Décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020 relative à la loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, *JORF*, 31 mars 2020 ; décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020 relative à la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, *JORF*, 12 mai 2020 ; décision n° 2020-803 DC du 19 juillet 2020 relative à la loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, *JORF*, 10 juillet 2020 ; décision n° 2020-808 DC du 13 novembre 2020 relative à la loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, *JORF*, 15 novembre 2020 ; décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021 relative à la loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, *JORF*, 1er juin 2021 ; décision n° 2021-824 DC 5 août 2021 relative à la loi relative à la gestion de la crise sanitaire, *JORF*, 6 août 2021 ; décision n° 2021-828 DC du 9 novembre 2021 relative à la loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire, *JORF*, 11 novembre 2021 ; décision n° 2022-835 DC du 21 janvier 2022 relative à la loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique, *JORF*, 23 janvier 2022 ; décision n° 2022-840 DC du 30 juillet 2022 relative à la loi mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la Covid-19, *JORF*, 31 juillet 2022.

[19] Décisions n° 2020-846/847/848 QPC du 28 juin 2020 [violation du confinement], *JORF*, 27 juin 2020 ; décision n° 2020-849 QPC du 17 juin 2020 [élections municipales], *JORF*, 27 juin 2020 ; décisions n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020 [durée de détention provisoire dans le contexte sanitaire], *JORF*, 4 juillet 2020 ; décision n° 2020-866 QPC du 19 novembre 2020 [procédure civile sans audience], *JORF*, 20 novembre 2020 ; décision n° 2020-869 QPC du 4 décembre 2020 [application état d'urgence en NC], *JORF*, 5 décembre 2020 ; décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021 [visioconférence dans les juridictions pénales I], *JORF*, 16 janvier 2021 ; décisions n° 2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021 [prolongation des détentions provisoires], *JORF*, 30 janvier 2021 ; décision n° 2020-890 QPC du 19 mars 2021 [procédure dérogatoire d'accès aux professions de médicales et pharmaceutiques], *JORF*, 20 mars 2021 ; décisions n° 2021-911/919 QPC du 4 juin 2021 [visioconférence dans les juridictions pénales II], *JORF*, 5 juin 2021.

[20] Décision n° 2020-849 QPC du 17 juin 2020, *M. Daniel D. et autres* [Modification du calendrier des élections municipales], *JORF*, 18 juin 2020.

[21] Ce dernier point a été un autre aspect très sensible de la gestion de la crise. Il a fait l'objet d'une décision importante du Conseil constitutionnel (décision n° 2022-835 DC du

malades comme de la population générale, ont sans aucun doute été les plus marquantes en ce qu'elles concernaient le plus directement l'objectif de protection de la santé. Elles ont innové face à une situation d'urgence sanitaire inédite, tout en s'inscrivant dans la continuité d'arbitrages constitutionnels antérieurs de l'OVC de protection de la santé. Dès lors, elles ont, pour la première fois, justifié la perte de liberté individuelle pour l'ensemble de la population dans le contexte connu de l'isolement des malades (I). De plus, dans l'attente d'une couverture vaccinale suffisante pour juguler le danger viral, le retour à des conditions de vie « normale » n'a pu se faire que très progressivement. La liberté de mouvement n'a pu être retrouvée qu'au prix d'un traçage des données de santé entravant la vie privée dans les limites posées antérieurement par le règlement général de protection des données (II).

I. La perte de liberté individuelle au profit de la protection de la santé : confinement et isolement

Lors de la crise sanitaire, chacun d'entre nous a dû subir le lourd questionnement de l'arbitrage entre la perte de liberté et la protection de la santé, de tous comme celle de chacun. Peut-on perdre sa liberté parce qu'on est malade ? Avant que l'ensemble de la population ne soit confiné, le 16 mars 2020, les malades ont dû s'isoler pour freiner la contagion. Or, si en période ordinaire l'isolement du malade est une obligation morale pour protéger autrui, lors de l'état d'urgence sanitaire cette obligation est devenue légale et assortie de sanctions. Pour autant, la France connaît une législation ordinaire imposant aux malades de perdre leur liberté au profit de la sécurité comme de la protection de leur santé. Il s'agit du domaine bien particulier de l'hospitalisation sans consentement pour les malades atteints de troubles mentaux graves qui seul permet l'isolement contraint pour raison de santé. La réglementation d'une privation de liberté aussi sévère, sans décision de justice, a fait l'objet de contrôles récurrents du Conseil constitutionnel avant de trouver un équilibre satisfaisant entre la sécurité, du malade et d'autrui, et la protection de la santé (A). Si nous sommes loin ici de la crise Covid et de l'état d'urgence sanitaire, les garanties législatives définies dans le cadre exceptionnel de l'hospitalisation sous contrainte a servi de référence à celles construites par la jurisprudence constitutionnelle dans le contexte exceptionnel de l'état d'urgence sanitaire (B).

A. Un cadre législatif fragile de l'isolement hors période épidémique

Si la loi permet, depuis 1838[22], d'hospitaliser sans consentement, elle a longtemps exclu la possibilité d'isoler et de contenir les malades dans le

21 janvier 2022) dans laquelle il reconnaît qu'il avait considéré qu'il était « loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective, ainsi que de modifier les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques ». Nous renvoyons, sans être exhaustive, aux commentaires doctrinaux suivants : Florence Chaltiel, « Le passe vaccinal devant le Conseil constitutionnel », *Les Petites Affiches*, février 2022, n° 2, p. 25 ; Michel Bouleau, « Le passe vaccinal conforme à la Constitution. Vraiment ? », *Recueil Dalloz*, 17 mars 2022, n° 10, p. 517-518 ; Michel Verpeaux, « Le passe vaccinal, cela passe sans casser », *Actualité juridique. Droit administratif*, 11 avril 2022, n° 13, p. 763-767.

[22] Loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, dite loi Esquirol.

cadre du soin psychiatrique. Il a fallu attendre la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé pour que soit institué, pour la première fois, un régime spécifique. Lors d'une prise en charge dans un établissement assurant des soins psychiatriques sans consentement, « pour prévenir un dommage immédiat ou imminent pour le patient ou autrui »[23], la personne hospitalisée peut être isolée, c'est-à-dire placée dans une chambre fermée, ou mise sous contention, c'est-à-dire immobilisée. Cette pratique est bien antérieure à 2016, mais il a fallu attendre cette date pour qu'elle trouve un cadre légal. Elle reste, toutefois, très largement utilisée en dehors de l'hospitalisation sans consentement, particulièrement pour les personnes atteintes de dégénérescence cérébrale accueillies au sein des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

On notera avec intérêt que la période de confinement liée à la gestion de la crise Covid a été concomitante avec la première QPC soulevant les inconstitutionnalités de la loi de 2016. L'article 72 de la loi du 26 janvier 2016 avait été introduit par voie d'amendement[24], lors de son examen en première lecture à l'Assemblée nationale et n'avait pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*[25]. De la sorte, dans la décision n° 2020-844 QPC du 19 juin 2020[26], le Conseil constitutionnel relève que le placement à l'isolement ou sous contention d'une personne prise en charge en soins psychiatriques sans consentement ne peut être décidé que par un psychiatre pour une durée limitée lorsque de telles mesures constituent l'unique moyen de prévenir un dommage immédiat ou imminent pour elle-même ou autrui. Leur mise en œuvre doit alors faire l'objet d'une surveillance stricte confiée par l'établissement d'accueil à des professionnels de santé désignés à cette fin. La Haute instance confirme la nécessité de l'intervention du juge judiciaire, comme elle avait pu le faire antérieurement dans le cadre général de l'examen des lois d'hospitalisation sous contrainte[27].

---

[23] Selon les termes de l'article L. 3222-5-1 I CSP : « I.-L'isolement et la contention sont des pratiques de dernier recours et ne peuvent concerner que des patients en hospitalisation complète sans consentement. Il ne peut y être procédé que pour prévenir un dommage immédiat ou imminent pour le patient ou autrui, sur décision motivée d'un psychiatre et uniquement de manière adaptée, nécessaire et proportionnée au risque après évaluation du patient. Leur mise en œuvre doit faire l'objet d'une surveillance stricte, somatique et psychiatrique, confiée par l'établissement à des professionnels de santé désignés à cette fin et tracée dans le dossier médical. La mesure d'isolement est prise pour une durée maximale de douze heures. Si l'état de santé du patient le nécessite, elle peut être renouvelée, dans les conditions et selon les modalités prévues au premier alinéa du présent I, dans la limite d'une durée totale de quarante-huit heures, et fait l'objet de deux évaluations par vingt-quatre heures. […] »

[24] Sur les fondements des rapports d'information, en conclusion des travaux de la mission sur la santé mentale et l'avenir de la psychiatrie, n° 1085 et n° 1662 (Assemblée nationale – XIVe législature), de Denys Robiliard fait au nom de la commission des affaires sociales, déposés le 29 mai 2013 (rapport d'étape) et le 18 décembre 2013.

[25] La loi avait toutefois été soumise à l'examen du Conseil sur d'autres points, voir la décision n° 2015-727 du 21 janvier 2016, *JORF*, 27 janvier 2016.

[26] Décision n° 2020-844 QPC du 19 juin 2020, M. Éric G. [Contrôle des mesures d'isolement ou de contention dans le cadre des soins psychiatriques sans consentement], *JORF*, 20 juin 2020.

[27] Pour une analyse complète sur ce point, voir Karine Sferlazzo-Boubli, *Le droit et les soins psychiatriques non consentis*, thèse soutenue le 17 novembre 2018, à l'Université d'Aix-Marseille sous la direction de Caroline Berland-Benhaïm et Sophie Théron, *Les soins*

En revanche, la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible. Or, le législateur n'a pas fixé cette limite ni prévu les conditions dans lesquelles, au-delà d'une certaine durée, le maintien de ces mesures est soumis au contrôle du juge judiciaire. Le Conseil constitutionnel en déduit qu'aucune disposition législative ne soumet le maintien à l'isolement ou sous contention à une juridiction judiciaire dans des conditions répondant aux exigences de l'article 66 de la Constitution et sanctionne la loi pour inconstitutionnalité. En conséquence, il déclare l'abrogation immédiate de l'article L. 3222-1-5 CSP issu de la loi de 2016.

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2021[28] a modifié le code de la santé publique pour remédier à cette inconstitutionnalité en instaurant une mesure d'isolement prise pour une durée maximale de douze heures. Si l'état de santé du patient le nécessite, elle peut être renouvelée par périodes maximales de douze heures dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités, dans la limite d'une durée totale de quarante-huit heures. Afin de garantir un contrôle du juge judiciaire, il est désormais prévu que le médecin informe sans délai le juge des libertés et de la détention, qui peut se saisir d'office pour mettre fin à la mesure. En cas de saisine[29], le juge des libertés et de la détention statue dans un délai de vingt-quatre heures.

Néanmoins, la confiscation de la liberté de mouvement comme la privation de contact avec autrui, pour des raisons de santé, restent nécessairement extrêmement sensibles tant elles portent atteinte à la liberté comme à la dignité de la personne humaine. Aussi, la loi n'ayant pas été examinée *a priori* faute de saisine, les garanties légales de 2020 ont-elles fait, à nouveau, l'objet d'une QPC pour donner l'occasion au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la constitutionnalité de la relation établie par le législateur. Dès lors, la décision n° 2021-912/913/914 QPC du 4 juin 2021[30] donne au Conseil l'occasion de confirmer sa jurisprudence antérieure de 2020. La Haute instance rappelle que les mesures d'isolement et de contention qui peuvent être décidées dans le cadre d'une hospitalisation complète sans consentement constituent une privation de liberté. Or, selon les dispositions en vigueur du code de la santé publique, le médecin peut décider de renouveler ces mesures au-delà des durées maximales prévues par le législateur, sans limitation du nombre de ces renouvellements. De la sorte, le législateur n'a, de nouveau, pas prévu de soumettre le maintien d'une personne à l'isolement ou sous contention au-delà d'une certaine durée à l'intervention systématique du juge judiciaire, comme il l'aurait dû conformément aux exigences de l'article 66 de la Constitution.

---

psychiatrique sans consentement, Paris, Dunod, 2017, 352 p.

[28] La loi n° 2020-1576 du 14 décembre 2020 de financement de la sécurité sociale pour 2021, *JORF*, 15 décembre 2020.

[29] Selon les modalités de l'article L. 3211-12 CSP auquel nous renvoyons.

[30] Décision n° 2021-912/913/914 QPC du 4 juin 2021, M. Pablo A. et autres [Contrôle des mesures d'isolement ou de contention dans le cadre des soins psychiatriques sans consentement II], *JORF*, 5 juin 2021.

Il faudra donc une troisième intervention législative, avec la loi du 22 janvier 2022[31] pour que l'article L. 3211-12 du CSP soit enfin conforme à la Constitution. Complété, il prévoit, désormais, que le juge des libertés et de la détention est compétent pour statuer sur les demandes de mainlevée d'isolement et de contention. Il dispose d'un délai maximal de 24 heures pour statuer à compter du moment de sa saisine.

Ces évolutions chaotiques du régime de l'isolement sont effectivement éloignées de l'urgence sanitaire, si ce n'est la concomitance temporelle des dernières QPC et de leurs répercussions législatives. Toutefois, elles renseignent, de façon importante, sur les exigences constitutionnelles de l'isolement des malades. Si ces dernières sont évaluées dans le contexte spécifique de l'hospitalisation sans consentement pour raisons de troubles mentaux, elles n'en demeurent pas moins extensibles à d'autres pathologies puisqu'il serait incohérent que le contrôle du juge judiciaire se limite à l'isolement dans le cadre des pathologies psychiatriques. Au-delà de la réaffirmation du rôle essentiel du juge judiciaire pour encadrer les limitations de liberté, ces décisions jurisprudentielles du Conseil constitutionnel ont également l'intérêt de nous éclairer sur le point essentiel de la constitutionnalisation des droits des malades. En effet, ces droits touchent au plus près de l'arbitrage délicat entre la sauvegarde de la dignité de la personne humaine et la sécurité sanitaire. Depuis la mise en place du mécanisme de la QPC, il est d'ailleurs récurrent de constater que la saisine indirecte par les justiciables permet au Conseil constitutionnel de nourrir et compléter une jurisprudence fournie en faveur d'une définition de plus en plus précise des exigences constitutionnelles en faveur des malades[32]. La crise de la Covid-19 a ainsi donné l'occasion au Conseil de poursuivre et conforter son œuvre de protection des droits des malades et de contrôle de leur privation de libertés.

B. L'isolement de la « quatorzaine »[33] : transposition du cas particulier à la généralité en période de crise sanitaire

L'isolement des malades durant quarante jours a été institué en 1377[34] pour juguler les épidémies de peste. Avant cette date, la création des léproseries ou maladreries, dès l'époque carolingienne, avait comme objectif d'isoler rigoureusement les malades afin qu'ils ne contaminent pas le reste à la population, à défaut de pouvoir les guérir. Si elle ne s'inscrit pas dans une visée totalitaire ou un projet politique cohérent, Gérard Fabre démontre que le principe de la quarantaine repose sur une adhésion de la population et que « la coercition est un élément du système quarantenaire »[35]. Dans ce sens et à l'extrême, on citera, au XIe siècle, la

[31] Loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique, *JORF*, 23 janvier 2022.
[32] Pour aller plus loin sur ce point, voir Guylène Nicolas, « Le droit des malades, vecteur du renouveau des droits fondamentaux », in François Vialla, Éric Mondielli, Emmanuel Cadeau (dir.), *Modernité du Droit de la santé*, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Belanger, Bordeaux, LEH, 2015, p. 301-316.
[33] Ce terme a été substitué à celui de « quarantaine » pendant la crise sanitaire pour correspondre au délai d'isolement alors imposer.
[34] Gérard Fabre, *Épidémies et contagions. L'imaginaire du mal en Occident*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, p. 113.
[35] *Ibid.*

mort civile qui frappait les ladres (malades de la peste enfermés dans les maladreries) après l'examen par une commission médicale et une dissolution de leur mariage. Le XXIe siècle est beaucoup plus doux avec les malades contagieux !

Néanmoins, pour endiguer la propagation de la pandémie de Covid-19 sur le territoire français, la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire [36] a prévu un régime d'isolement des personnes malades atteintes par le coronavirus. Il s'agissait alors d'un maintien en isolement des personnes affectées pour une durée initiale de quatorze jours, renouvelable dans la limite d'une durée maximale d'un mois. Le texte a été soumis au contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel. Dans sa décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020[37], le Conseil constitutionnel a jugé que constituaient des mesures privatives de liberté les mesures consistant en un isolement complet, lequel implique une interdiction de « toute sortie ». Il en va de même lorsqu'elles imposent à l'intéressé de demeurer à son domicile ou dans son lieu d'hébergement pendant une plage horaire de plus de douze heures par jour. Sans surprise et en cohérence avec sa jurisprudence sur l'isolement dans le cadre de l'hospitalisation sous contrainte, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, il a rappelé que la protection de la liberté individuelle est confiée à l'autorité judiciaire. Elle ne saurait être entravée par une rigueur non nécessaire. Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent donc être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis.

Dans un premier temps, le Conseil a évalué si l'atteinte à la liberté était proportionnelle au but recherché. Le but du législateur étant d'assurer la mise à l'écart du reste de la population des personnes malades ou cas contact en les soumettant à un isolement afin de prévenir la propagation de la maladie à l'origine de la catastrophe sanitaire, la Haute instance retient que le législateur a poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

Dans un second temps, le Conseil a recherché la légitimité de la privation de liberté par l'intervention du médecin. En effet, la loi prévoit que le placement en isolement est subordonné à la constatation de l'infection de la personne par un médecin. Ces mesures ne peuvent être prolongées au-delà d'un délai de quatorze jours qu'après avis médical établissant la nécessité de cette prolongation. Le Conseil considère alors que le législateur a apporté des garanties à la mise en place du régime d'isolement. Dès lors, on en conclut que, comme pour l'isolement psychiatrique, le savoir médical préserve d'un isolement arbitraire.

Toutefois, la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible. Sur ce point, le Conseil constate que la loi prévoit que les mesures de mise en quarantaine ou de placement en isolement interdisant toute sortie de l'intéressé hors du lieu où se déroule la quarantaine ou l'isolement ne peuvent se poursuivre au-delà d'un délai de quatorze jours sans que le juge des

[36] Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, *JORF*, 12 mai 2020.
[37] Conseil constitutionnel n° 2020-800 du 11 mai 2020 relative à la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, *JORF*, 12 mai 2020.

libertés et de la détention, préalablement saisi par le préfet, ait autorisé cette prolongation. Or, le législateur ne précise pas la durée de cette prolongation. Aussi, le Conseil constitutionnel pose la réserve d'interprétation suivante :

> « ces dispositions ne sauraient, sans méconnaître les exigences de l'article 66 de la Constitution, permettre la prolongation des mesures de mise en quarantaine ou de placement en isolement imposant à l'intéressé de demeurer à son domicile ou dans son lieu d'hébergement pendant une plage horaire de plus de douze heures par jour sans l'autorisation du juge judiciaire. »[38]

On reconnaîtra la position soutenue pour l'isolement psychiatrique, confortant l'énonciation selon laquelle le contrôle de l'isolement du malade n'est nullement lié à la nature de sa pathologie, mais réside évidemment dans la préservation d'un équilibre respectueux entre sa santé, d'une part, et sa liberté et l'ordre public, de l'autre.

Toutefois, dans le contexte de l'urgence sanitaire comme dans le cas de la pathologie psychiatrique, il reste surprenant que le Conseil constitutionnel évalue la privation de liberté du malade uniquement sur le fondement de l'article 66 de la Constitution sans évoquer le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Dans les deux cas, le juge constitutionnel ne s'est jamais hasardé à considérer les conditions de cette privation de la liberté au regard de la protection de la santé du malade. Or, ces dernières, si elles étaient prises en compte, pourraient conduire le Conseil à retenir que le législateur n'a pas satisfait aux obligations de l'objectif constitutionnel. Dans ce sens, le Comité consultatif national d'éthique, saisi par le ministère des solidarités et de la santé sur les répercussions de l'état d'urgence, avait insisté sur le fait que

> « le respect de la dignité humaine, inclut aussi le droit au maintien d'un lien social pour les personnes dépendantes » et signalé « le risque affectif de l'isolement, d'une séparation absolue d'avec les autres, en particulier d'avec la famille et les personnes significatives pour chacun, s'ajoutant alors au risque épidémique. »[39]

Saisi par l'association *Coronavictimes*, le Conseil d'État a dû répondre sur les obligations de l'État en matière d'accès aux soins et de respect de la dignité des malades en fin de vie en EHPAD. Sa position en la matière illustre sa prescription d'enregistrement des décisions administratives qui a été la sienne de façon récurrente au long de l'état d'urgence[40]. La Haute juridiction a ainsi retenu qu'il n'était pas fondé d'établir que les résidents en fin de vie étaient privés de visite, le Président de la République ayant confirmé, dans son allocution du 13 avril 2020, que des autorisations exceptionnelles de visite, dans le respect des mesures sanitaires, étaient

[38] Paragraphe 61 de la décision n° 2020-800 DC.

[39] CCNE, Réponse à la saisine du ministère des solidarités et de la santé sur le renforcement des mesures de protection dans les EHPAD et les USLD, 30 mars 2020. Cette position s'ajoute à celle du 17 avril 2020 sur le décret n° 2020-384 du 1er avril 2020 prônant la mise en bière immédiate après le décès des malades atteints de la Covid-19. Le CCNE avait relevé que « ces dispositions réglementaires sont très mal comprises, avec leur application parfois excessive et rigide à l'égard de la dignité du défunt et du respect et de l'accompagnement de la famille ».

[40] Xavier Bioy, « Organisation de la santé publique : Santé et liberté, duo ou duel ? », *RDSS*, mai-juin 2023, p. 12.

données aux familles par les directeurs d'EHPAD. Ces derniers ont donc été, au quotidien, en fonction des moyens dont ils disposaient, les arbitres de la protection de la dignité des personnes âgées en fin de vie qui leur étaient confiées. Ils ont dû trouver un équilibre précaire, avec leurs équipes et l'appui des médecins coordonnateurs, entre gestion des pénuries et de l'urgence sanitaire dans le respect des règles de droit et des valeurs éthiques. La préservation de la dignité des malades a souvent, en EHPAD comme à l'hôpital, tenu davantage à l'investissement du personnel plus qu'à l'encadrement normatif[41].

Dès lors, comme le conclut Xavier Bioy : « la crise sanitaire appelle à une réappropriation par l'État des arbitrages individuels entre 'santé pour tous' et 'santé pour soi' et entre 'santé et autres libertés' »[42], vie privée comprise.

II. Le partage des données personnelles au profit de la protection de la santé : tracer le virus et les malades

Analysant la période de crise sanitaire, Bertand Mathieu a relevé, avec inquiétude, que les limitations aux droits et libertés sont assez bien acceptées : « le droit à la sécurité l'emporte sur toutes autres considérations »[43], ce qui s'est révélé également pour le traitement des données de santé, données sensibles selon les termes du règlement général sur la protection des données (RGPD). La loi du 11 mai 2020 a ainsi institué un régime exceptionnel de traitement des données personnelles de santé pour tenter de maîtriser la propagation du virus, mais aussi comprendre la pandémie. L'urgence sanitaire légitime un régime législatif de traitements des données sensibles qui porte suspicion d'atteintes au droit au respect de la vie privée (A). Pourtant, l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé a été reconnu par le Conseil constitutionnel comme convergeant avec les exigences du RGPD pour valider ces atteintes le temps de la pandémie (B).

A. L'utilisation des données sensibles de santé dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire : la construction d'un équilibre fragile entre sécurité sanitaire et protection de la vie privée

La loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence a innové en créant un dispositif numérique unique et exceptionnel afin de maîtriser la propagation du virus autant que soutenir la recherche. Ce dispositif était majoritairement fondé sur deux plateformes de traitement des données récoltées par les médecins et les laboratoires dans le cadre de la prise en charge des malades : Contact Covid géré par l'assurance maladie et le Service Intégré de Dépistage et de Prévention (SI-DEP) mis en œuvre par le ministère de la Santé.

---

[41] Pour aller plus loin sur ce point, voir Guylène Nicolas, « L'égalité d'accès aux soins ou la prise en charge sanitaire des personnes âgées dépendantes en période de pandémie », in Florence Faberon (dir.), *Société, cultures et politiques – Les cahiers des débats de l'université*, n° 1, 2020, p. 201-216.

[42] Xavier Bioy, « Organisation de la santé publique : Santé et liberté, duo ou duel ? », *op. cit*., p. 13.

[43] Bertrand Mathieu, « La démocratie libérale au défi du Covid-19 », *Covid 19 : La peur des virus, décider face à l'urgence*, Christian Byk, t. 1, MA éditions-ESKA, Paris, 2020, p. 213.

Comme le prévoyait l'article L. 1110-4 al. 2 du code de la santé publique[44], l'article 11 de la loi établissait une exception au secret des informations de santé en autorisant le traitement et le partage des données à caractère personnel concernant la santé relatives aux personnes atteintes par le virus et aux personnes ayant été en contact avec elles. L'absence de consentement des personnes concernées pouvait être contournée, ces données étaient utilisées dans le strict cadre de la lutte contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 et étaient conservées uniquement à cette fin. La durée de conservation ne pouvait excéder une durée de six mois à compter de la fin de l'état d'urgence sanitaire. L'article 11 de la loi a donc fait du Covid-19, à titre provisoire, une maladie à déclaration obligatoire selon un dispositif précisé par le décret du 12 mai 2020[45].

Le Conseil d'État, dans son avis du 1er mai 2020 sur le projet de loi, avait rappelé que

> « le recours à une loi est nécessaire dès lors que les systèmes d'information dont le législateur autorise la création ou l'adaptation permettront d'organiser le traitement des données en matière de santé sans que les responsables du traitement aient à recueillir au préalable, dans tous les cas, le consentement des intéressés. »[46]

La CNIL s'était positionnée de concert dans son avis du 8 mai 2020 en rappelant que :

> « quel que soit le contexte d'urgence, des garanties suffisantes au regard du respect des principes fondamentaux du droit à la protection des données à caractère personnel doivent être apportées. »[47]

Ainsi, elle a particulièrement veillé au respect des principes du RGDP et retenu que

> « les finalités et fonctionnalités prévues par le projet de décret s'inscrivent dans celles prévues à l'article 6-II du projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire en cours de discussion et sont conformes aux dispositions de l'article 5-1-b du RGPD. »[48]

Selon ce dernier, la finalité du traitement des données de santé est essentielle pour garantir sa licéité. Elle conditionne et délimite le traitement :

---

[44] « Excepté dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venue à la connaissance du professionnel, de tout membre du personnel de ces établissements, services ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes ».

[45] Décret n° 2020-551 du 12 mai 2020 relatif aux systèmes d'information mentionnés à l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, *JORF*, n° 0117 du 13 mai 2020, modifié par le décret n° 2020-1385 du 14 novembre 2020, *JORF*, 15 novembre 2020.

[46] CE, avis, 1er mai 2020, n° 400104, sur un projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

[47] CNIL, Délibération n° 2020-051 du 8 mai 2020 portant avis sur un projet de décret relatif aux systèmes d'information mentionnés à l'article 6 du projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire, p. 3, consultable sur https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/2020-051-urgence-sanitaire.pdf

[48] *Ibid*.

> « collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, [les données à caractère personnel ne peuvent] pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités ». Le RGPD autorise ainsi un « traitement ultérieur à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques », comme le prévoit la loi du 11 mai 2020.

L'analyse de la constitutionnalité des dispositions de la loi concernant le traitement des données par le Conseil constitutionnel s'inscrit dans la même logique, les limites apportées à la protection des droits et libertés fondamentaux par le législateur se justifient uniquement par la finalité de protection de la santé. Ainsi, dans sa décision n° 2020-800 DC[49], le Conseil examine la conciliation faite par le législateur entre l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé[50] et la liberté d'aller et de venir, le droit au respect de la vie privée, la liberté d'entreprendre découlant des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 et le droit d'expression collective des idées et des opinions de l'article 11. Il confirme sa jurisprudence constante selon laquelle le droit constitutionnel au respect de la vie privée impose qu'un motif d'intérêt général justifie la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication des données à caractère personnel. La mise en œuvre doit être menée de manière adéquate et proportionnée à l'objectif. Cette décision confirme les positions antérieures prises par le Conseil sur « les données à caractère personnel de nature médicale »[51]. Pour ces dernières, il relève une nouvelle fois qu' « une particulière vigilance doit être observée dans la conduite de ces opérations et la détermination de leurs modalités »[52]. Cette prescription est à nouveau affirmée dans la décision n° 2020-808 DC du 13 novembre 2020 sur la loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence[53].

Les auteurs de la saisine reprochaient à l'article 11 de la loi de méconnaître le respect à la vie privée[54] et d'être entachée d'incompétence négative, renvoyant à un décret le soin de fixer les règles d'habilitation pour l'accès aux données ou celles d'interconnexion des fichiers. Les députés requérants reprochaient à la loi l'ampleur et la sensibilité des données recueillies, l'absence de mesures d'anonymisation, le nombre trop élevé de personnes ayant accès à ces données. Ils considéraient que le dispositif dévoyait les règles habituelles de traitement des données

[49] Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020 relative à la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, *JORF*, 12 mai 2020, texte n° 2.
[50] Le Conseil constitutionnel a affirmé dans sa décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes* (*JORF*, 1er février 2020), que l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé est directement issu de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946.
[51] Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004 concernant la loi relative à l'assurance maladie (considérant 5), *JORF*, 17 août 2004 et décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2000 (considérant 56), *JORF*, 30 décembre 1999.
[52] Paragraphe 61 de la décision n° 2020-800 DC.
[53] Décision n° 2020-808 DC du 13 novembre 2020, loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, *JORF*, 15 novembre 2020, paragraphe 18.
[54] Le même grief sera soulevé à propos de la loi du 14 novembre 2020 sur lequel le Conseil constitutionnel a répondu avec la décision n° 2020-808 DC.

sensibles par l'absence de consentement de la personne, le défaut de droit d'accès, d'information et de rectification des données. Quant aux sénateurs, ils ajoutaient aux griefs l'incohérence du dispositif par la juxtaposition de l'absence de consentement au maintien du droit d'opposition. L'ampleur de la collecte des données était dénoncée comme inadéquate à la sensibilité des données.

La réponse du Conseil constitutionnel est principalement fondée sur le respect de la vie privée. Elle s'inscrit dans la continuité de ses décisions précédentes relatives aux fichiers[55] où la Haute instance s'attache à un contrôle de proportionnalité entre le volume des données collectées, leur degré de sensibilité, les garanties prévues par le législateur pour en sécuriser le traitement et la finalité d'utilisation ou de consultation.

B. Une jurisprudence traditionnelle de protection de la vie privée confortée par la gestion de la crise de la Covid

Le Conseil constitutionnel admet que, dans le cadre du dispositif législatif de la loi de 6 janvier 1978 relative à l'information, aux fichiers et aux libertés[56], un renvoi aux dispositions réglementaires puisse être fait[57]. Il a ainsi retenu la constitutionnalité de l'échange d'informations médicales à caractère personnel entre les professionnels de santé pour la carte électronique individuelle interrégime[58] ou le dossier médical personnel[59]. Dans ces deux cas, l'exigence de recueillir le consentement pour l'utilisation des données a été jugée garantissant le droit au respect de la vie privée. Toutefois, l'absence de consentement peut se justifier au vu des finalités poursuivies et des modalités de partage si des garanties suffisantes sont respectées. De la sorte, le Conseil a validé un dispositif autorisant le partage, sans le consentement des intéressés, de données médicales à des fins statistiques d'évaluation et d'analyse des activités de soin et de prévention parce que les données transmises n'étaient pas identifiantes et que le traitement était soumis à une autorisation de la CNIL[60].

Dans la continuité de ses positionnements antérieurs, le Conseil constitutionnel a donc examiné la constitutionnalité de l'article 11 de la loi

[55] Notamment, la décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012 relative à la loi relative à la protection de l'identité, considérant 8, *JORF*, 28 mars 2012 ou la décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014 relative à la loi relative à la consommation, cons. 51, *JORF*, 18 mars 2012.
[56] Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés dont la dernière modification tient à l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel, *JORF*, 13 décembre 2018.
[57] De nombreuses décisions illustrent cette position : décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 relative à la loi pour la sécurité intérieure (considérant 45), *JORF*, 19 mars 2003 ; décision n° 2013-684 DC du 29 décembre 2013 relative à la loi de finances rectificative pour 2013 (considérant 13), *JORF*, 30 décembre 2013 ; décision n° 2017-637 QPC du 16 juin 2017 [Association nationale des supporters] (paragraphe 13), *JORF*, 17 juin 2017 ; décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018 relative à la loi relative à la protection des données personnelles (paragraphe 48 à 50), *JORF*, 21 juin 2018.
[58] Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 relative à la loi portant création d'une couverture maladie universelle (considérant 46), *JORF*, 28 juillet 1999.
[59] Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004 relative à la loi relative à l'assurance maladie (considérant 7), *JORF*, 17 août 2004.
[60] Décision n° 99-416 DC, considérant 48 à 51.

du 12 mai 2020 au prisme de l'objectif poursuivi. Les quatre finalités du traitement des données (identification des personnes infectées, identification des personnes présentant un risque d'infection, orientation des personnes vers l'isolement, surveillance épidémiologique) sont bien conformes à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé[61]. Concernant le champ des données collectées, le Conseil a distingué entre les trois premières finalités pour lesquelles les données sont identifiantes et la dernière, la surveillance de l'épidémie et la recherche contre le virus, pour lesquelles elles ne le sont pas. Il a posé une réserve d'interprétation pour cette dernière finalité jugeant que la disparition des noms, prénoms, NIR[62] et adresse n'étaient pas suffisante et que

> « sauf à méconnaître le droit au respect de la vie privée, cette exigence de suppression [devait] également s'étendre aux coordonnées de contact téléphonique ou électronique des intéressés. »[63]

Les dispositions correspondent alors aux exigences de l'article 11 du RGPD[64] qui permet de ne pas conserver les données d'identification lorsque le traitement ne justifie plus l'identification. L'absence de données identifiantes assure également contre un risque de réidentification à la suite du traitement dans le cadre d'un protocole de recherche.

Concernant le champ des personnes ayant accès aux données collectées, le Conseil a apporté une censure. En effet, la loi prévoyait que les organismes sociaux (comme les centres communaux d'action sociale) puissent accéder aux données collectées dans l'optique d'apporter un accompagnement social aux malades. Cette finalité n'étant pas en lien direct avec la protection de la santé,

> « rien ne justifie que la communication des données à caractère personnel traitées dans le système d'information ne soit pas subordonnée au recueil du consentement des intéressés. »[65]

Le Conseil a donc censuré la référence à ces organismes. On relèvera que cette censure est en cohérence avec les dispositions législatives encadrant le partage des données de santé au sein du dossier médical partagé. Le décret du 10 octobre 2016 relatif au consentement préalable au partage d'informations entre des professionnels ne faisant pas partie de la même équipe de soins[66] prévoit effectivement que le consentement du patient, recueilli par tout moyen, est obligatoire pour le partage des données de santé entre professionnels hors équipe de soins

[61] Paragraphe 63 de la décision n° 2020-800 DC.
[62] Le NIR est le numéro d'inscription au répertoire aussi appelé numéro de sécurité sociale.
[63] Paragraphe 67 de la décision n° 2020-800 DC.
[64] Article 11 alinéa 1 du RGPD : « Si les finalités pour lesquelles des données à caractère personnel sont traitées n'imposent pas ou n'imposent plus au responsable du traitement d'identifier une personne concernée, celui-ci n'est pas tenu de conserver, d'obtenir ou de traiter des informations supplémentaires pour identifier la personne concernée à la seule fin de respecter le présent règlement ».
[65] Paragraphe 70 de la décision n° 2020-800 DC.
[66] Décret n° 2016-1349 du 10 octobre 2016 relatif au consentement préalable au partage d'informations entre des professionnels ne faisant pas partie de la même équipe de soins, *JORF*, 12 octobre 2016. Ce décret a été pris pour l'application de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *JORF*, 27 janvier 2016.

(article D. 1110-3-1 CSP). Restreint à l'objectif de la lutte contre la pandémie, le partage des données est circonscrit aux agents de santé publique tous soumis aux exigences du secret professionnel, pénalement sanctionnées. À cet effet, le Conseil a posé une deuxième réserve d'interprétation selon laquelle le pouvoir réglementaire doit « définir des modalités de collecte, de traitement et de partage des informations assurant leur stricte confidentialité »[67] par un régime d'habilitation et de traçabilité des accès (ce que prévoit l'article 10 du décret du 12 mai 2020). Le Conseil constitutionnel a réaffirmé cette position dans sa décision n° 2020-808 DC. Le législateur a profité du nouveau prolongement de l'état d'urgence pour revoir les dispositifs sanctionnés par le Conseil en mai. L'article 5 de la loi du 14 novembre 2020 modifie l'article 11 de la loi du 11 mai 2020 et permet à présent l'utilisation des données collectées pour l'accompagnement social des personnes contaminées, si et seulement si ces dernières ont donné leur consentement à un tel usage de leurs données. Le consentement étant requis, cette modification a été jugée conforme au droit au respect de la vie privée garanti par le Conseil[68].

De façon plus générale, le Conseil constitutionnel a analysé l'ensemble des garanties définies par le législateur pour encadrer le nouveau régime de traitement des données de santé dans le cadre de la pandémie de Covid-19. Il s'est assuré qu'il corresponde aux exigences de la loi du 6 janvier 1978 telle qu'elle a été modifiée par l'entrée en vigueur du RGPD[69]. Le législateur avait ainsi prévu que les décrets d'application soient pris sur avis conforme de la CNIL. Cette obligation a été jugée contraire à l'article 21 de la Constitution puisque

> « ces dispositions n'autorisent pas le législateur à subordonner à l'avis conforme d'une autre autorité de l'État l'exercice, par le Premier ministre, de son pouvoir réglementaire. »[70]

Le mot « conforme » a dû être retiré. Enfin, le Conseil constitutionnel a validé la durée de conservation des données prévue par la loi puisque

> « le dispositif instauré par l'article 11 ne peut s'appliquer au-delà du temps strictement nécessaire à la lutte contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 ou, au plus tard, au-delà de six mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire déclaré par la loi du 23 mars 2020. »[71]

Cette position a été réaffirmée dans le contexte de la prolongation de l'état d'urgence en novembre 2020[72].

De la sorte, les deux décisions n° 2020-800 DC et n° 2020-808 DC ont permis au Conseil constitutionnel de valider l'ensemble du dispositif exceptionnel de traitement des données personnelles de santé dans le cadre de la lutte contre la pandémie. Il a considéré que le législateur l'avait encadré de garanties suffisantes pour que le droit au respect de la vie privée soit préservé. Il a néanmoins introduit trois réserves d'interprétation (établies par la décision n° 2020-800 DC et reprises dans la décision

[67] Paragraphe 73 de la décision n° 2020-800 DC.
[68] Paragraphe 22 de la décision n° 2020-808 DC.
[69] Paragraphe 75 de la décision n° 2020-800 DC.
[70] Paragraphe 77 de la décision n° 2020-800 DC.
[71] Paragraphe 76 de la décision n° 2020-800 DC.
[72] Paragraphe 25 de la décision n° 2020-808 DC.

n° 2020-808 DC[73]), dont deux concernent les décrets d'application. Elles permettent de trouver un équilibre entre la censure et le blanc-seing donné au Gouvernement tout en réaffirmant le périmètre d'intervention du pouvoir réglementaire. Michel Verpeaux en conclut que

> « pour l'essentiel, le Conseil constitutionnel a permis à la loi d'entrer en vigueur tout en censurant les atteintes les plus visibles à la liberté individuelle et au droit au respect de la vie privée »[74].

Jean-Éric Gicquel prévient, quant à lui, que le Conseil a ménagé une place aux recours *a posteriori* par la QPC en ne validant aucun des articles de la loi dans son ensemble. « Il reste désormais à évaluer l'étendue de cet éventuel gisement d'inconstitutionnalité »[75], tel que pourrait l'être l'article 11 de la loi particulièrement dans l'objectif de la recherche contre le virus. Cette remarque est toutefois théorique puisque la loi du 30 juillet 2022 a mis fin au régime d'exception. Elle reste intéressante dans le sens où elle souligne l'équilibre du contrôle de constitutionnalité construit par la jurisprudence du Conseil dans le cadre des décisions DC en laissant une place à une éventuelle complémentarité par le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

Dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire, la protection de l'État de droit justifie les atteintes aux libertés et droits fondamentaux. Néanmoins, ces dernières doivent être limitées dans le temps et soumises au principe de la proportionnalité de l'objectif à atteindre, celui de la protection de la santé. Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'évaluation de la légitimité des contraintes repose sur les connaissances scientifiques et médicales alors même qu'elles peuvent être parfois hésitantes et contradictoires lors de l'apparition d'un nouveau virus. Les restrictions aux droits et libertés fondamentaux ont justement comme vocation de protéger la population durant la période des recherches scientifiques et de progression des connaissances. Ces dernières étant affinées, les privations peuvent alors être plus aisément circonscrites, leur légitimité s'en trouvant renforcée. Cependant le fondement de l'État de droit ne supporte aucune altération particulièrement dans l'équilibre des pouvoirs. Le juge en reste garant, qu'il s'agisse du juge constitutionnel pour veiller au respect de l'objectif constitutionnel de protection de la santé, du juge administratif pour préserver l'ordre public sanitaire ou du juge judiciaire pour limiter l'atteinte aux libertés. Si les positions jurisprudentielles ont été l'objet de critiques (doctrinales et citoyennes), il n'en reste pas moins que la sauvegarde de leur capacité d'intervention régulière et récurrente pendant la crise sanitaire peut être évaluée comme un témoin de la qualité de l'État de droit.

[73] Paragraphe 24 de la décision n° 2020-808 DC.
[74] Michel Verpeaux, « Le Conseil constitutionnel sauve l'essentiel », *AJDA*, avril 2020, p. 195.
[75] Jean-Éric Gicquel, « La loi du 11 mai 2020 validée en urgence par le Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 2 juin 2020, n° 379h9, p. 16.

Et pour quelques requêtes de plus…

Sylvain Bernabeu

Magistrat administratif au tribunal administratif de la Guyane

Fluctuat nec mergitur. Il n'est pas peu de dire que la pirogue étatique a été fortement secouée par la crise Covid. Mais elle n'a pas sombré, loin s'en faut, malgré les vagues qui déferlaient sur la République française. Et les digues de l'État de droit n'ont pas rompu, en dépit de nombreux aménagements à nos libertés.

Dans ce contexte, la juridiction administrative a su tenir son rôle, dans cette période troublée, de garante de nos libertés publiques et de l'intérêt général, malgré les contraintes qui ont pesé sur elle et le flot de requêtes qui s'est échoué au sein des greffes des différents tribunaux administratifs et du Conseil d'État.

Il nous est donné, à l'occasion de ces quelques lignes, de vous retracer brièvement l'activité du tribunal administratif de la Guyane lors de la période d'état d'urgence sanitaire.

D'emblée, il est à préciser qu'*a contrario* de ce qui a pu être constaté en métropole, en Guadeloupe ou en Martinique, le tribunal administratif de la Guyane a été peu sollicité par les justiciables pour statuer, dans le cadre des procédures d'urgence prévues par le code de justice administrative, sur la légalité des décisions prises par les différentes autorités administratives dans le cadre de la gestion de la Covid. En effet, et à titre de comparaison, auprès des 647 requêtes en référé dont a eu à connaître le Conseil d'État durant la période courant de mars 2020 à mars 2021, il en a été décompté à peine une trentaine pour le tribunal administratif de Guyane. Si la compétence du tribunal administratif de la Guyane est limitée, limitations qui tiennent à la répartition des compétences au sein de la juridiction administrative, cette pauvreté du nombre de requêtes soumises au tribunal administratif n'en laisse pas moins perplexe au regard de l'activité foisonnante de la préfecture[1], afin de procéder aux restrictions, le plus souvent nécessaires, à nos droits et à nos libertés fondamentales, afin d'endiguer les vagues successives de Covid.

Mais avant de revenir sur cette trentaine de requêtes en référé (II), il vous sera présenté, dans un premier temps, la manière dont le tribunal administratif de la Guyane a dû, comme tant d'autres institutions, s'adapter à cette crise sanitaire (I). Cela sera aussi l'occasion de remercier, au nom de tous les magistrats, le personnel de greffe qui a su, malgré les contraintes posées par le confinement, s'adapter et garantir la continuité du service public dont le tribunal a la charge : à savoir celui de la justice administrative. Enfin, et dans un dernier temps, il sera traité succinctement

[1] À cet égard, un rapide coup d'œil aux différents recueils des actes administratifs de la Guyane durant cette période permet de se faire une idée de l'ampleur de l'activité normative de la préfecture de Guyane, les recueils ordinaux étant parfois doublés de recueils dit « spéciaux »

des retombées contentieuses de la crise Covid sur le tribunal administratif de la Guyane (III) ou, pour le dire autrement, les contentieux dont aujourd'hui ont à connaître les tribunaux en lien avec la crise sanitaire, à l'instar de cette décision par laquelle le tribunal administratif de Paris a jugé que constituait une faute de l'État de nature à engager sa responsabilité, d'une part, l'absence de constitution de stocks suffisants de masques antérieurement à l'émergence de la Covid-19 et, d'autre part, les déclarations gouvernementales indiquant, au début de la crise sanitaire, l'inutilité pour la population générale du port du masque (TA de Paris, 28 juin 2022, *M. B.*, n° 2021679/6-3).

I. La gestion du tribunal administratif de la Guyane lors de la crise sanitaire

Suite à l'annonce présidentielle du 16 mars 2020, le tribunal administratif de la Guyane a dû s'adapter aux contraintes liées au confinement immédiatement décrété par les autorités publiques. Ainsi a été mise en place une nouvelle organisation du travail au sein du tribunal.

En premier lieu, afin de respecter les consignes sanitaires, le télétravail, dès lors qu'il était envisageable, a dû être mis en œuvre à compter du premier jour du confinement. Or, si cela ne posait pas de problème aux magistrats, dotés d'ordinateurs portables, il n'en allait pas de même du personnel de greffe, qui travaillait jusqu'alors sur des postes fixes. Il a donc fallu, en moins de 24 heures, préparer et configurer d'anciens ordinateurs portables pour l'ensemble du personnel de greffe. Ce qui fut réalisé promptement par la correspondante informatique du tribunal, en lien avec la direction des systèmes informatiques du Conseil d'État.

Puis, passées les premières semaines d'incertitude, le retour en présentiel a été permis, selon des modalités spécifiques, permettant d'éviter au maximum les contacts.

En deuxième lieu, il a fallu repenser l'organisation de l'activité au sein du tribunal. En effet, si le tribunal a été fermé pendant près de 3 mois, son activité, elle, s'est poursuivie, malgré le report des audiences de la fin du mois de mars 2020. Pour ce faire, sur demande du gestionnaire, le tribunal administratif a instauré des plans de continuité d'activité[2], au nombre de deux, et des plans de reprise d'activité, afin de déterminer la stratégie à adopter. Ce plan a ainsi permis de prioriser les missions devant être maintenues ainsi que les moyens alloués. Parmi les missions jugées essentielles se situaient le traitement des contentieux devant être jugés en moins de 7 jours, la désignation des experts pour les arrêtés de péril imminent, le support informatique et, bien évidemment, l'accueil du public.

En dernier lieu, si les audiences ont pu reprendre dès le mois d'avril 2020, elles l'ont été selon des modalités particulières, permises par l'ordonnance du 25 mars 2020[3], et notamment son article 7. Ainsi, des audiences téléphoniques ont eu lieu via une plateforme téléphonique

[2] Plan de continuité d'activité issu du système de management de la continuité d'activité prévu par la norme ISO 22301 « *Sécurité et résilience-Systèmes de management de la continuité d'activité-Exigences* » élaboré par l'Association française de normalisation en 2019).

[3] Ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif.

permettant de s'assurer de l'identité des parties et de garantir tant la qualité des transmissions que la confidentialité des échanges. Ce système d'audience téléphonique n'a eu lieu, à ma connaissance, que pendant un laps de temps réduit, d'avril à juin 2020.

Par la suite, les audiences sont revenues en présentiel, mais selon des modalités permettant de limiter le nombre de personnes présentes à l'audience afin de garantir le respect des gestes barrières. Concrètement, la salle d'audience ne pouvant contenir au maximum que 12 personnes, chaque partie ne pouvait être représentée que par une personne. Outre le port du masque obligatoire, une gestion particulière des flux a été mise en place, eu égard au caractère particulièrement exigu de l'espace au sein du tribunal.

Ainsi, le tribunal administratif de la Guyane a su relativement bien s'adapter à la crise sanitaire. Toutefois, il est frappant de voir à quel point il a été peu sollicité, contrairement à ses homologues de métropole, de Guadeloupe ou de Martinique, en terme de référés, sur les mesures prises pour la gestion de crise Covid.

II. De quelques référés « Covid » en Guyane

À titre liminaire, il convient de préciser que malgré l'absence d'ouverture de l'accueil au public lors des premiers temps du confinement du printemps 2020, les justiciables ont toujours eu l'occasion de déposer leur requête, soit dans la boîte aux lettres du tribunal, soit via les applications Télérecours et Télérecours citoyen.

Ce n'est donc pas de ce côté que se trouverait l'explication au phénomène décrit en introduction, à savoir la quasi absence de recours en référés à l'encontre des décisions des autorités administratives. Si cela a nécessairement restreint les possibilités de contrôle juridictionnel des décisions prises par les autorités administratives pendant cette période, cette situation apparaît, à l'auteur de ces lignes, difficilement explicables. Il se pourrait alors que l'une des raisons soit à chercher du côté du défaut d'information des justiciables guyanais quant à leurs droits, et notamment le premier d'entre tous, celui de les faire valoir devant le juge administratif.

Néanmoins, et comme il l'a été dit en introduction, une trentaine de recours en référé en lien direct avec la gestion de la crise Covid ont pu être listés, dont il vous sera néanmoins épargné l'énumération. Dans le cadre de cet article, deux en ont été sélectionnés, topiques tant du rôle du juge administratif que de la conciliation des droits qu'il a eu à apprécier lors de cette crise sanitaire sans précédent dans l'histoire contemporaine.

La première décision présentée est aussi la première recensée en Guyane en référé sur la gestion de la crise Covid.

Il s'agit d'une requête introduite par l'Union des travailleurs guyanais[4] et visant à enjoindre aux autorités sanitaires (le centre hospitalier de Cayenne, l'agence régionale de santé de Guyane et le préfet de la Guyane) de prendre les mesures nécessaires à la protection de nos concitoyens guyanais pendant la crise Covid, et notamment de

[4] JRTA de Guyane, 6 avril 2020, *Union des travailleurs guyanais*, n° 2000309.

commander des doses d'hydroxychloroquine et d'azithromycine pour le traitement des patients atteints de la Covid-19.

Cette requête s'inscrit, souvenons-nous en, à la suite de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de la Guadeloupe[5] qui avait notamment enjoint au centre hospitalier universitaire de la Guadeloupe et à l'agence régionale de santé de passer commande des doses nécessaires au traitement de l'épidémie de Covid-19 par l'hydroxychloroquine et l'azithromycine, en se fondant sur les solutions préconisées par l'Institut hospitalo-universitaire Méditerranée infection de Marseille.

Si le juge des référés de la Guyane aurait pu, à l'instar de son homologue guadeloupéen, enjoindre aux autorités de passer des commandes d'hydroxychloroquine et d'azithromycine pour traiter la Covid-19, alors même qu'il n'était pas sûr que ces substances aient un effet sur le coronavirus, il a eu toutefois la lucidité d'attendre ce qu'en dirait le Conseil d'État avant de se prononcer.

Disons-le d'emblée, le juge des référés du Conseil d'État a censuré sans ambages la décision du juge des référés du tribunal administratif de la Guadeloupe[6] sur ce point, retenant que le traitement à base des molécules précitées ne pouvait être administré qu'à un nombre restreint de patients, eu égard à l'encadrement de son utilisation. Dans la foulée, et reprenant un raisonnement similaire, le juge des référés de la Guyane a rejeté la requête : après avoir constaté, d'une part, que l'utilisation de l'hydroxychloroquine et de l'azithromycine était fortement encadrée et, d'autre part, que l'administration avait en stock assez de doses pour couvrir les besoins des patients actuels pendant deux mois, le juge des référés a considéré qu'il ne pouvait être reproché aux différentes autorités administratives de carence caractérisée dans l'usage des pouvoirs de police dont elles disposent.

Ce faisant, le JRTA de la Guyane n'a fait que reprendre une solution de principe en matière de droit au respect de la vie[7] selon laquelle :

> « une carence caractérisée d'une autorité administrative dans l'usage des pouvoirs que lui confère la loi pour mettre en œuvre le droit de toute personne de recevoir, sous réserve de son consentement libre et éclairé, les traitements et les soins les plus appropriés à son état de santé, tels qu'appréciés par le médecin, peut faire apparaître, pour l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle risque d'entraîner une altération grave de l'état de santé de la personne intéressée. »

À travers cette solution jurisprudentielle, c'est encore le rôle du juge administratif qui se dessine, à savoir de contrôler l'action de

[5] JRTA de la Guadeloupe, 28 mars 2020, *Syndicat UGTG*, n° 2000295.
[6] JRCE, 4 avril 2020, *Centre hospitalier universitaire de la Guadeloupe et ministre des solidarités et de la santé*, n° 439904, 439905.
[7] Cf. CE, 13 décembre 2017, *M. P.*, n°s 415207, 415208 dans le cadre de l'affaire du Levothyrox et pour une application dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire : JRCE, 28 mars 2020, *M. B. et autres*, n° 439765.

l'administration, et non de s'y substituer, d'autant plus dans une période si troublée.

Le juge administratif n'en réaffirme pas moins avec force le droit de toute personne de recevoir, sous réserve de son consentement, les traitements et soins les plus appropriés à son état de santé, droit qui puise ses racines dans le préambule de la Constitution de 1946.

La seconde décision date de mai 2020 et a trait aux mesures de restrictions prises par le préfet dans le cadre de la lutte contre la propagation de la Covid. Elle est topique de la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public et les libertés de circulation.

Il s'agissait d'une requête en référé liberté visant plusieurs arrêtés pris par le préfet de la Guyane, et plus précisément demandant la suspension de l'exécution des mesures tendant, d'une part, à règlementer les déplacements sur tout le territoire de la Guyane entre 23 h et 5 h et, d'autre part, à interdire la vente à emporter de boissons alcooliques entre 18 h et 8 h.

En l'espèce, la chambre des référés du tribunal administratif de la Guyane, ou pour les plus puristes d'entre nous, le juge des référés statuant dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L. 511-2 du code de justice administrative[8], a suspendu l'exécution des dispositions de l'arrêté du 24 mai 2020 par lesquelles le préfet de la Guyane avait instauré un couvre-feu en semaine de 17 h à 5 h et un confinement strict le week-end pour les communes de Papaïchton, d'Apatou, d'Awala-Yalimapo, de Mana, de Saül, d'Iracoubo, de Sinnamary, de Saint-Élie, de Montsinéry-Tonnégrande, de Roura, de Régina et d'Ouanary.

Cette ordonnance est intéressante à plus d'un titre : d'une part, elle fait le départ parmi les communes de Guyane, entre celles où, eu égard à l'existence de cas positifs à la Covid, de comportements et de déplacements à risques, les mesures restrictives de liberté sont nécessaires et celles où elles ne le sont pas.

Le juge des référés a ainsi vérifié, au cas par cas, si des circonstances communales justifiaient, ou plus exactement, rendaient nécessaires, les mesures de restriction de circulation prises par le préfet.

Ce faisant, il a fait une application des principes encadrant l'action des autorités de police administrative[9] selon lesquels une mesure de police doit être nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif d'ordre public affiché par l'administration (en l'espèce la sauvegarde de la santé publique), pour être légale. Le problème étant, dans cette matière, où le juge situe le curseur.

D'autre part, elle fait application de la théorie des circonstances exceptionnelles pour écarter les conclusions relatives à l'interdiction de la vente à emporter de boissons alcoolisées, théorie forgée à l'occasion de la Première Guerre mondiale par le Conseil d'État pour légaliser *a*

[8] Pour exemple : JRCE, 24 avril 2019, *M. Lambert et autres*, n° 428117.
[9] Cf. CE, 19 mai 1933, *Benjamin* ou encore JRCE, 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société les Productions de la Plume et M. M'Bala M'Bala,* n° 374508.

posteriori des décisions dont il ne fait guère de doute qu'elles auraient été censurées en période de paix[10].

À la suite de cette ordonnance, d'autres arrêtés préfectoraux ont été contestés, avec moins de réussite pour les requérants, soit que la condition d'urgence requise n'ait pas été constatée par le juge des référés[11], soit encore que les requérants n'avaient pas d'intérêt pour agir[12]. Intéressant est à cet égard la question de l'intérêt à agir en matière de référé-liberté, intérêt qui doit être démontré comme dans toute procédure administrative contentieuse[13].

Là encore, le juge administratif ne fait qu'appliquer des principes du droit administratif bien établis en matière de conciliation des droits, et notamment de celui d'aller et venir, et démontre, s'il avait encore à le faire, qu'il garantit les droits et libertés fondamentaux.

Après ce très rapide panorama des décisions qui ont été prises par le juge des référés du tribunal administratif de la Guyane, il convient de s'attacher, succinctement, aux retombées contentieuses de la crise Covid.

III. De quelques retombées contentieuses de la crise Covid

Il s'agit ici de prendre la mesure des nouveaux contentieux nés de la mise en œuvre des dispositions prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, parmi lesquelles figurent celles relatives à l'obligation vaccinale des personnels soignants.

Pour piqûre de rappel, la loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire a instauré, en son article 12, une obligation de vaccination envers les personnels exerçant leur activité dans un établissement de santé. À défaut ou en l'absence d'un document de contre-indication à la vaccination, une mesure de suspension d'exercice est prise à son encontre sous la forme de ce que les tribunaux qualifient de « mesure prise dans l'intérêt de la sécurité sanitaire/de la santé publique »[14].

Cette mesure, dont on peine à comprendre la nature, ne cesse de poser des questions juridiques nouvelles, notamment quant à son régime contentieux : l'administration est-elle en compétence liée lorsqu'elle prend une suspension à l'encontre d'une personne non-vaccinée malgré sa soumission à l'obligation vaccinale[15] ? Une telle mesure est-elle soumise à l'obligation de motivation[16] ?

---

[10] Cf. CE, 28 juin 1918, *Heyriès* ; CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent.*

[11] Pour exemple JRTA de la Guyane, 10 mars 2021, *Collectif des citoyens de bon sens*, n° 2100612 : contestation de l'article 12 de l'arrêté du 30 avril 2021 par lequel le préfet a fixé les horaires de fermeture des commerces en semaine et le week-end.

[12] JRTA de la Guyane, 8 décembre 2020, *SAS Roldan Perlet Bar Gaming*, n°s 2001186, 2001188.

[13] Pour un autre exemple : JRCE, 29 novembre 2020, *Association Civitas et autres*, n°s 446930, 446941, 446968, 446975.

[14] Pour exemple : JRTA de Dijon, 23 septembre 2021, *Mme R.*, n° 2102429 ; TA de Grenoble, 27 septembre 2022, *Mme M.*, n° 2106385 ; TA de Nancy, 25 août 2022, *Mme D.*, n° 2103754.

[15] Pour une solution en ce sens : TA de la Guadeloupe, 24 janvier 2023, *Mme X.*, n° 2200828.

[16] Jugeant inopérant le moyen tiré de l'obligation de motivation : TA de la Guyane, *Mme Z.*, 30 juin 2022, n° 2101624 ou encore TA de Rennes, 22 décembre 2022, *M. N.*, n° 2201740.

À n'en pas douter, le Conseil d'État saura résoudre les questionnements à ces questions qu'ont soulevées les mesures relatives à l'obligation de vaccination.

Pour le moment, les principaux contentieux qui sont nés de l'état d'urgence sanitaire en Guyane, outre les questions de libertés fondamentales soumises le plus souvent au juge des référés, relèvent de ceux relatifs à l'obligation vaccinale. Néanmoins, il se pourrait que d'autres contentieux soient soulevés, notamment en matière indemnitaire, à l'instar de ce qui a été jugé par le tribunal administratif de Paris en juin 2022[17] ou encore en matière d'aide exceptionnelle financière au titre du fonds de solidarité créé par l'ordonnance n° 2020-317 du 25 mars 2020 afin de compenser les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de Covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation[18].

Pour conclure, et contrairement aux nombreux contentieux qui se sont profilés en métropole, l'état d'urgence sanitaire n'a pas engendré beaucoup de requêtes devant le tribunal administratif de la Guyane. Pour ainsi dire quelques requêtes de plus…

[17] Cf. décision précitée du 28 juin 2022 du tribunal administratif de Paris.
[18] Pour un exemple d'application récent en métropole : TA de Montreuil, 24 janvier 2023, *SARL B.*, n° 2114655.

II. « Vivre en état d'urgence sanitaire »

L'état d'urgence sanitaire et l'ARS de Guyane

Clara de Bort

Ancienne directrice générale de l'ARS de Guyane[1]

Une des activités de l'agence régionale de santé consiste à surveiller la situation sanitaire, essayer de comprendre, expliquer, anticiper l'évolution de celle-ci, et d'imaginer des mesures à proposer à M. le Préfet dont tous les arrêtés de restriction de libertés pendant la période mentionnent « sur proposition de l'ARS ».

Nous ne sommes pas seuls à décider en vérité, les décisions, nous les prenons collectivement et celles-ci s'inscrivent dans un cadre sanitaire et social local mais aussi dans un cadre national. Celui-ci s'appuie notamment sur une analyse comparée des territoires ; il recherche ainsi la meilleure efficacité des mesures, y compris de celles consistant à retarder une avancée épidémique en « fermant » une zone donnée. Il recherche en même temps la plus grande égalité des Français à l'égard de la santé et des contraintes qui s'imposent à eux. C'est selon nous cette difficile articulation entre le respect des spécificités territoriales et la recherche d'égalité qui est au cœur de la complexité qui nous occupe.

Rechercher l'égalité, c'est prendre en compte les inégalités sociales de santé, et nous nous doutions dès le début de l'épidémie, quand nous ne savions pas grand-chose sur cette maladie, qu'elle allait toucher davantage les pauvres que les riches, les habitants des quartiers informels plutôt que les autres, les personnes en surpoids plutôt que celles en bonne forme. Tant et si bien que nous avons dans notre pays une demande consistant à restreindre les libertés des plus vulnérables, et c'est de fait ce qui s'est produit pour les usagers des EHPAD.

Restreindre les libertés des personnes fragiles, pour permettre aux autres de vivre et se contaminer sans entrave : au-delà de son caractère éthiquement fort discutable, cette demande méconnait le principe de contagion. En Guyane aussi nous avons eu ce type de débat. Au tout début de la crise, nous avons tenté t'étouffer un ou deux foyers de contagion (village Cécilia, cité Arc-en-ciel) au moment où les premiers cas y étaient détectés. Mais ensuite, quand l' « inondation » épidémique atteignait la ville entière, d'aucuns se sont engagés pour rassurer la population à confiner certains quartiers, des quartiers dits difficiles ; nous avons vécu des moments de tension voire de francs désaccords sur ce sujet puisque

[1] Au moment de nos travaux Clara de Bort était directrice générale de l'ARS de Guyane. Elle est aujourd'hui directrice générale de l'ARS du Centre Val-de-Loire.

définir de tels périmètres n'avait aucun fondement scientifique. D'une part, parce que lors d'une flambée épidémique il n'est rapidement plus possible de décrire des foyers ponctuels et, d'autre part, parce que l'adresse officielle des cas n'avait probablement rien à voir ni avec le lieu où ceux-ci s'étaient contaminés, ni parfois le lieu où ils vivaient réellement, ni encore le lieu dans lequel ils allaient contaminer d'autres personnes. Enfin, entre le moment où les personnes se sont contaminées et le moment où nous connaissons, si tant est que nous puissions connaître, le lieu de résidence de ces personnes, celles-ci en ont contaminées bien davantage. Prendre des mesures là où une contamination s'est possiblement réalisée, c'est de toute façon intervenir trop tard. La « géolocalisation des cas » a généré de nombreux fantasmes et beaucoup d'incompréhensions et de tension, comme si l'écouvillon pouvait remonter toute l'histoire récente du patient. Nous avons été frappés à ce titre, lors d'un échange avec des représentants des entreprises de Guyane, que celles-ci nous demandent pourquoi nous ne donnions pas la liste des entreprises dans lesquelles il y avait plus de contaminés, ce qui leur eut permis de prendre des mesures de prévention plus fortes. C'était pour nous évident que nous n'avions pas cette information puisque – fort heureusement – quand une personne vient présenter sa narine on ne sait pas quel est son travail, où elle amène ses enfants à l'école ou encore dans quelle fête plus ou moins autorisée elle est allée s'amuser.

Nous avons donc des situations d'une grande complexité à gérer parce que contrairement à ce que beaucoup aimeraient croire, nous n'avons pas toutes les informations permettant de prendre des mesures les plus ajustées ; il faut accepter que nous prenions des mesures sans savoir avec précision et donc sans pouvoir correctement les justifier, ni vis-à-vis du juge ni vis-à-vis de nos concitoyens. Nous rassemblons des indices, nous réfléchissons par rapport aux épidémies précédentes, nous essayons d'imaginer des mesures réduisant l'intensité des contacts et nous essayons, à tâtons.

Il est aussi très difficile de prendre ces mesures dites « de freinage » dans un contexte sanitaire inédit. Nous savons que les mesures restrictives sont très coûteuses, au plan des libertés, au plan économique et au plan psychique. Or, à la question « Quelle heure précise du couvre-feu est-elle la plus coût-efficace ? » nous ne savons pas répondre. Nous n'avons pas d'étude scientifique sur une épidémie de même nature, dans un territoire identique, qui pourrait nous éclairer. Il faut admettre que nous n'avons pas la réponse. Alors, en fonction de ce que nous connaissons du territoire, nous qui y vivons aussi (les lieux habituels de rassemblement, les heures de trafic automobile, etc. mais aussi l'acceptabilité prévisionnelle de la mesure), nous déterminons une heure. Ensuite nous la modifions, parfois plusieurs fois dans un temps très rapproché, alors que nous ne savons pas, précisément, définir un créneau juste. Mais nous essayons.

Et puis, quand bien même nous aurions la réponse à cette fameuse question, quand bien même nous aurions au cours de l'épidémie suffisamment de data, de chercheurs, pour définir cette plage horaire la plus coût-efficace, nous serions très vite dépassés, car les comportements évoluent ! Les gens sont allés faire leurs courses plus tôt, se sont reçus ou

ont été au restaurant plus tôt. Les humains s'adaptent en permanence, et une mesure qui a été efficace a un moment donné ne l'est plus la fois suivante, et ne l'est simplement plus, au bout d'un certain temps. Au bout de combien de temps ? là encore : on ne le sait pas.

Ce que nous retenons le plus dans cette crise épidémique, c'est bien la problématique du temps : une épidémie avec une vitesse d'évolution absolument incroyable, une urgence absolue à prendre des mesures, un risque juridique aussi de ne pas les prendre ou de les prendre trop tard. En effet nous savons bien, au cours même de la crise épidémique, que certains d'entre nous serons peut-être un jour poursuivis en justice, pour ne pas avoir suffisamment (vite) agi.

Le temps, c'est la ressource la plus rare lors d'une crise et pourtant nécessaire. Il nous faut du temps pour analyser la situation et ne pas être en permanence parasités par des demandes de tout bord, du temps pour imaginer comment la situation va évoluer sachant que nous n'avons aucun précédent solide sur lequel nous appuyer. En l'absence de modèle, l'équipe de Santé publique France en Guyane, au début 2020, a eu l'idée d'appliquer ce qu'elle savait de la situation chinoise et de la situation italienne, en corrigeant les facteurs d'âge : en appliquant à la démographie guyanaise les taux d'attaque par classe d'âge connus de Wuhan et du Nord de l'Italie, combien de Guyanais devraient tomber malades en même temps ? Combien de lits de réanimation faudrait-il ? On imagine la difficulté de l'exercice, sachant que nous avions très peu d'informations de qualité et aucune certitude quant au comportement du virus une fois installé en Guyane. Nous avons néanmoins tenté d'imaginer plusieurs scénarios que nous avons présentés au préfet ; à ce moment-là, notre seule conclusion possible était que nous allions dans le mur et que nous serions dans l'incapacité totale de gérer la situation et d'hospitaliser en réanimation toutes les personnes qui en auraient besoin, si elles arrivaient toutes en même temps, aussi vite qu'en Chine ou en Italie. Même à l'ARS certains ne pouvaient ou ne voulaient pas y croire. Et nous-mêmes, nous n'étions sûrs de rien. Dans un tel contexte, si inédit et angoissant, il est extrêmement difficile de concerter et d'expliquer aux citoyens que, non bien sûr, nous ne savions pas faire et qu'il y allait y avoir beaucoup de morts. Finalement nous avons réussi bien mieux (ou bien moins mal) que ce que nous craignions grâce à un étalement relatif des contaminations entre l'Est et l'Ouest mais surtout grâce à l'engagement des professionnels locaux et l'appui massif de Paris dans des proportions là aussi totalement inédites : plus de 1 000 soignants ont pris l'avion pour la Guyane au cours de la crise, des lits de réanimation ont été installés un peu partout dans nos hôpitaux, dans des proportions que nous n'imaginions simplement pas possibles.

Du temps, il nous en faut aussi pour analyser l'impact de nos mesures. Comme vous le savez, l'expérience guyanaise de couvre-feu de juin 2020 a servi pour décider d'un couvre-feu mis en place quelques mois plus tard en métropole ; cette fois-là Santé publique France Guyane avait eu le temps de mener une analyse et de publier un article démontrant la cassure de la dynamique épidémique engendrée par le couvre-feu, lorsque celui-ci avait été avancé très tôt dans la soirée (le couvre-feu tardif ayant eu peu d'impact, démontrait l'étude).

Nous nous permettons d'ailleurs de rappeler que le couvre-feu COVID a été « inventé » en Guyane, mesure que nous avons prise parce qu'un reconfinement strict nous avait été refusé. Rappelons-nous le contexte : à l'époque M. Jean Castex surnommé « monsieur déconfinement » avait, avec l'ensemble du gouvernement, eu l'espoir et un peu promis – en tout cas c'est ce qui avait été compris – qu'il n'y aurait plus *jamais* de confinement puisque désormais nous avions « *des masques et des tests* ». Il se disait aussi que la Covid était probablement une maladie hivernale, favorisée par le climat froid et sec et que la France était tranquille jusqu'au prochain hiver. À ce moment-là, nous, en Guyane, faisions figure de contre-modèle : il y fait chaud, il y fait humide, nous y avons des masques, des tests et pourtant nous sommes l'objet d'une vague majeure. Cette situation n'a pas attiré l'attention suffisante de l'Hexagone, car alors il eut été possible de comprendre et d'anticiper que la métropole allait, elle aussi, connaître de nouvelles vagues malgré les mesures barrières et de dépistage. Les espoirs auxquels nous avions voulu nous accrocher nous aussi tombaient avec notre première vague. Il y a grand intérêt, même en période de crise, de mener des analyses comparées entre l'Hexagone et les outre-mers ; certes nous sommes très différents mais nous avons beaucoup à apprendre réciproquement. Le respect des spécificités territoriales ne doit pas méconnaître la comparaison de situations, même fort différentes. Il y a en tout cas besoin de temps pour analyser les situations, prendre et évaluer des mesures les plus adaptées, et ce temps, nous en avons tant manqué.

Le temps, c'est aussi la durée. Quand nous prenons des mesures restrictives de libertés, nous ne savons pas combien de temps ces mesures vont devoir être maintenues. Au début nous avons tendance à appuyer très fort sur le frein car nous ne savons pas ce qui se passe, nous avons très peur et nous cherchons à éviter, retarder, diminuer l'impact, sans savoir pendant combien de temps ce frein devra être serré, sans toujours anticiper qu'il sera politiquement très difficile de le desserrer tant que la situation sanitaire ne s'améliorera pas, même si l'épidémie s'installe dans la durée et même si ce frein perd en efficacité. La situation risque même se dégrader, malgré ce freinage (mais probablement moins fortement grâce à celui-ci), alimentant un sentiment d'illégitimité de telles mesures, lesquelles, on l'a vu plus haut, sont éprouvantes et (donc) contournées.

La politique de *stop and go* qui a été envisagée – voire mise en œuvre ailleurs – consistant à freiner très fort pendant 2 ou 3 semaines puis lâcher le frein sur une courte période pour souffler puis refreiner 2 ou 3 semaines et de nouveau relâcher, peut-être intéressante pour aplatir la vague, permettre aux hôpitaux de faire des sorties avant d'accueillir de nouvelles entrées. Mais c'est une stratégie qui demande à être comprise par les populations, ce qui est difficile car elle apparaît contraire à la logique, laquelle incite à freiner quand c'est grave et défreiner quand ça s'améliore. Ce qui peut apparaître évident de prime abord, on le voit, finit par ne plus être opérant quand on s'installe dans la durée et on se retrouve piégé par des mesures restrictives de liberté qu'il est délicat d'alléger. Nos voisins ont pris des mesures très différentes de nous pourtant : au cours d'une période, les Surinamais avaient le droit de sortir par lettre alphabétique,

une sorte de circulation alternée où, quand votre nom commence par un A, vous pouvez sortir le lundi et le jeudi par exemple. Ce sont des mesures très intéressantes car elles permettent de réduire les occasions de contact mais qui, chez nous, n'ont pas été explorées.

Concernant ces notions de durée des mesures de freinage, il est très facile *a posteriori* de se dire : « ils n'auraient pas dû prendre telle mesure à tel moment, ils auraient dû la prendre plus tôt ou ils auraient dû attendre un peu ». On ne sait jamais, dans le temps présent, si l'on si situe en haut de la vague ou si l'on est encore en train de la monter. Et au moment où l'on est en train de redescendre, on ne sait pas si l'on est vraiment en train de redescendre : combien de vagues montantes ont eu des petites pauses voire des légers reculs avant de monter plus fort ? Il faut avoir beaucoup de temps derrière soi, pendant lequel on a franchement redescendu la pente, pour estimer que l'on est vraiment, assurément, en train de redescendre, et que l'on peut donc alléger les mesures de pression imposées à la population ou encore réduire la demande de renfort. Ce temps à partir duquel on décide de défreiner est le plus compliqué à gérer selon moi : il faut gérer la demande sociale, les inquiétudes de tout bord et en particulier les inquiétudes de Paris. À l'usage il a souvent été plus difficile de gérer les angoisses parisiennes que les angoisses guyanaises.

Tous ces temps ne fonctionnent donc pas bien ensemble et cela aboutit à des changements de normes extrêmement fréquents, ce qui complique l'analyse. On ne sait plus expliquer ce qui est en train de se passer ; est-ce lié à la norme définie au cours de la semaine ou celle des jours avant, sachant qu'on en a changé trois fois depuis ? Les cas comptés aujourd'hui sont le fruit de tests réalisés au mieux hier et de contaminations qui datent d'environ 5 jours ou plus (durée variable selon le variant). Quelles étaient les mesures à ce moment-là ? Étaient-elles insuffisantes ou au contraire si lourdes qu'elles n'étaient plus tout à fait suivies ? Faut-il donc en prendre d'autres et lesquelles ? Ceci devient vite incompréhensible pour tout le monde et pas seulement pour le juge. Car des normes qui bougent en permanence fragilisent le pacte social, épuisent les populations et finalement on engendre une déconnection de celles-ci à l'égard de la norme. On finit en somme par pédaler très vite mais sans plus n'avoir de contact avec la pédale.

C'est néanmoins au plan de la norme, une période qui a été très riche, avec des innovations intéressantes. Pour n'en citer qu'une, nous évoquerons la dérogation à l'heure du couvre-feu sur présentation d'une facture de restaurant. Il s'agissait, vous vous en souvenez, d'éviter le développement de l'activité informelle, qui présentait un risque accru de contamination (les restaurants ayant pris des mesures d'hygiène et étant contrôlés) et préparer au mieux la reprise économique le moment venu. Cette dérogation à l'horaire du couvre-feu, il a fallu des mois pour l'obtenir de nos amis parisiens tant elle était extraordinaire par rapport à ce qui se faisait et qui pouvait se justifier ailleurs en France. Dans nul autre territoire cette nécessité de circonscrire l'activité informelle était aussi forte, et nous avons fini par réussir à convaincre. Autoriser les restaurants à Cayenne alors qu'à incidence égale ils étaient fermés ailleurs c'était mineur comme mesure, mais c'était une de ces entorses notoires à l'égalité des Français.

Nous avons réussi à l'obtenir, en avançant les spécificités et les besoins propres du territoire guyanais.

Concernant les regrets, nous en avons mille mais nous n'en prendrons ici qu'un, et puisque nous avons décidé d'évoquer la norme nous mettrons en avant celui de la norme sur la cible vaccinale. Les politiques ont décidé de suivre strictement – s'enchaîner même, pourrions-nous dire – aux résultats des études scientifiques, pour gérer la pénurie initiale de doses. Alors, quand la Haute autorité de santé, dont nous reconnaissons la qualité des travaux, a souligné que le surrisque était lié à l'âge, les cibles vaccinales ont été strictement définies en rapport à l'âge. Nous soulignons une nouvelle fois que les Français sont viscéralement attachés, bien plus que d'autres peuples, à l'égalité d'accès à la Santé. Or quoi d'autre que l'âge comme critère objectif permettant de discriminer un Français qui a droit à une dose d'un Français qui n'y a pas droit, puisqu'il n'y a pas assez de doses pour tout le monde ? D'autres pays, notamment notre voisin surinamais, a associé des critères très différents : vivre en EHPAD, mais aussi exercer des fonctions soignantes, militaires et/ou exercer aux frontières du pays.

En France nous avons retenu au début un seul critère, celui de l'âge. C'est un critère pratique, parce que c'est le critère le plus froid qui existe à savoir la date de naissance. Pour notre part, et sans méconnaître la surmortalité liée à l'âge, nous regrettons profondément qu'il ait été fait fi des surrisques liés au territoire : et s'il valait mieux avoir 80 ans à Paris que 70 ans en Guyane ? L'âge vaut toutes choses égales par ailleurs mais justement : tout n'est pas égal par ailleurs. De plus, en terme de ressources à consacrer pour sauver des vies, il est moins compliqué de compter 10 malades graves supplémentaires en réanimation à Paris que 10 malades graves supplémentaires en Guyane, et même 10 malades supplémentaires à Cayenne que 10 malades supplémentaires à Grand Santi. La médecine de guerre nous apprend qu'en période de crise il faut trouver le meilleur équilibre entre le nombre de vies sauvées et les ressources mobilisées à cet effet. Or, pour augmenter le nombre de lits de réanimation en Guyane, il faut beaucoup plus de ressources que pour procéder à la même augmentation en métropole, en faisant traverser l'Atlantique à des centaines de soignants. Si on avait appliqué cette simple logique à la situation de la Guyane, nous n'aurions peut-être pas commencé par vacciner nos EHPAD, ou en tout cas nous aurions élargi très vite à d'autres publics. Les résidents volontaires de nos 4 EHPAD guyanais ont été vaccinés en moins d'une semaine. Alors, pendant que le reste de la France mettait 3 mois à vacciner ses EHPAD, nous nous bagarrions pour avoir le droit d'élargir notre cible vaccinale. Même une « simple » accélération du calendrier de la cible (passer de 75 ans à 50 ans, puis de 50 à 30 puis de 30 à 18) a été une lutte de tous les instants. Paris était mobilisé à résister à l'élargissement dans l'Hexagone, tant la demande de vaccins y était forte. Les quinquagénaires qui exigeaient d'obtenir le vaccin alors que les septuagénaires demandeurs n'étaient pas encore tous servis, dans un contexte de très forte tension sur les doses, c'est cela qui mobilisait Paris, lequel rejetait toute demande d'élargissement. Mais en Guyane notre situation était précisément l'inverse : des frigos pleins, une demande au sein de la cible en berne, et

donc une urgence à élargir pour consommer nos doses et protéger le maximum de monde. Nous avons mis des semaines à obtenir un accord pour aller plus vite que le reste de la France, et c'est d'ailleurs à partir du moment où nous avons arrêté de demander l'accord que nous avons pu véritablement accélérer. C'est avec le préfet que nous avons pris la décision et la responsabilité de vacciner dès 18 ans à Saint-Georges de l'Oyapock. Nous soulignons ainsi la difficulté à associer l'égalité d'accès des Français face à la santé et la norme (un Français de 40 ans doit avoir accès au vaccin à partir de la même date partout en France), mais c'est parfois contre-productif. C'est même terrible au plan de la démocratie, car à aucun moment nous n'avons pu discuter en Guyane des vulnérabilités auxquelles nous aurions décidé collectivement d'apporter une réponse la plus urgente. Nous avons raté l'occasion de discuter avec les élus, le Grand conseil coutumier, les associations : quelles sont les populations à protéger le plus vite : les personnes des quartiers urbains les plus densément peuplés ou les personnes les plus éloignées du soin ? Est-ce raisonnable de procéder par tranches d'âge dans des zones isolées, où les opérations vaccinales sont si lourdes et coûteuses à organiser, ne vaut-il pas mieux directement proposer le vaccin au village entier ?

En étant contraints d'appliquer les critères d'âge, nous avons écarté une discussion qui pourtant aurait été fort intéressante, sur les patients à protéger en premier et l'organisation concrète à mettre en place. Nous avons toujours eu plus de vaccins dans nos frigos par rapport à la demande vaccinale, car nous avons été enfermés au niveau national et au niveau scientifique dans des cibles vaccinales inadaptées, tout ceci partant de la bonne intention selon laquelle les Français devaient être égaux face à cette ressource rare qu'était le vaccin. Cette discussion aurait peut-être aussi contribué à une désirabilité du vaccin, chacun percevant alors bien qu'en situation de crise épidémique, le vaccin n'est pas une contrainte mais bien un privilège.

Le préfet de Guyane et l'état d'urgence sanitaire

Thierry Queffelec

Ancien préfet de la région Guyane[1]

C'est avec grand intérêt que nous avons accueilli l'invitation faite par le président du tribunal administratif pour exposer « l'état d'urgence sanitaire » et, nous concernant, de son application sur le territoire guyanais.

C'est en effet une problématique qui m'a *accueilli* en quelque sorte en Guyane : le temps semble loin maintenant, mais cela fait bientôt 2 ans (au moment de la tenue de la journée d'études dont cette publication reprend les actes) que nous sommes en poste dans ce territoire, et nous sommes arrivé dans une période où l'on discutait beaucoup, et parfois difficilement, des mesures prises en application de cet état d'urgence sanitaire, et de la pandémie que nous connaissions alors.

D'emblée, la question de penser l'état d'urgence sanitaire nous semblait un peu présomptueuse nous concernant, puisque comme vous le savez les préfets sont avant tout chargés de l'application – avec intelligence – de la loi dans le territoire. C'est ce à quoi nous nous employons, modestement, au quotidien.

Aborder la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, c'est évoquer, pour l'essentiel et pour le préfet que nous sommes, les mesures de police dites de *freinage* de la pandémie, pour lesquelles, comme pour toute mesure nationale, les préfets disposent toujours, ce n'est un secret pour personne, d'une certaine marge d'appréciation, et d'un espace de manœuvre, plus ou moins limité.

Ceci fut toutefois un peu plus complexe en Guyane, territoire ultra-marin connaissant ses caractéristiques sociologiques, historiques, géographiques et culturelles propres.

Ce sera donc l'articulation que nous vous proposons pour notre propos, d'une part, les pouvoirs et la mission classique du préfet dans la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire et, d'autre part, la complexité de l'exercice, accrue dans un territoire comme la Guyane.

Ce que le Gouvernement attendait des préfets durant cette crise du COVID c'était : 1) gérer la crise, c'est-à-dire préserver la santé des populations, tout en maintenant le bon fonctionnement de nos institutions, de notre économie et de notre vie courante, dans un contexte très dégradé ; 2) mettre en œuvre les dispositions de l'état d'urgence sanitaire et notamment son volet « police » et les diverses mesures adoptées de freinage de l'épidémie, qui passaient nécessairement par une restriction de nos libertés.

[1] Thierry Queffelec était préfet de la région Guyane au moment de nos travaux. Il est désormais préfet du Haut-Rhin.

Gérer la crise, sans autosatisfaction nous l'avons fait et plutôt bien fait nous croyons, avec l'ARS, et nous n'avons, en tout cas, pas entendu beaucoup de critiques. Nous avons pu ainsi faire en sorte que les Guyanais aient accès à un même niveau de service public, de soins, un même niveau de protection que nos concitoyens dans l'Hexagone. Les résidents de Guyane ont ainsi pu bénéficier d'une qualité de service identique à celle observée en métropole : distribution de centaines de milliers de masques, dont une grande partie acheminée par moyen aérien ou maritime des armées dans le cadre de l'opération Résilience, mais aussi les renforts sanitaires, civils et militaires, la mise en place de structures hôtelières d'isolement, les aides d'urgence aux entreprises, ou bien encore l'aide alimentaire pour les plus démunis.

Clara De Bort, directrice générale de l'agence régionale de santé, pourrait en parler mieux que nous, mais nous avons vécu des situations parfois cocasses, du genre de celles qu'on ne rencontre qu'en Guyane, comme l'évacuation depuis des écarts du Haut Maroni frappés par la pandémie en hélicoptères, et nous avons dû démontrer une capacité de souplesse et d'adaptation de tous les instants. Nous devons dire qu'en Guyane nous avons été relativement aidés par l'étendue des moyens dont nous disposions et la formidable implication des agents du service public que nous remercions aujourd'hui.

S'agissant des mesures de police et de leur mise en œuvre, nous avons connu deux temps : l'adhésion aux mesures puis les critiques alors qu'elles se prolongeaient. Les premiers jours de la gestion de crise proprement dite – qui pour nous avait en fait commencé dès le mois de janvier 2020 avec le suivi de la progression de l'épidémie – ont été assez classiques dirons-nous, avec une vigilance sur le respect des mesures de confinement, le contrôle des attestations par les forces de l'ordre, les dérogations accordées, la gestion des passages aux frontières, etc.

La mission première et classique du préfet est – de par la loi – d'appliquer les lois et règlements dans le département. Alors, c'est une tâche facile lorsqu'il s'agit de déférer un acte au contrôle de légalité. C'est un peu plus complexe lorsqu'il s'agit de fermer une route pour un épisode météorologique. Mais s'agissant de la mise en œuvre de l'état d'urgence, nous devons bien le dire, les préfets, bien qu'ayant été confrontés une première fois à un état d'urgence en 2015 après les attentats de Paris, se sont trouvés quelque peu démunis au lendemain de l'intervention du président de la République, survenant en outre en pleine période d'élections municipales, scrutin qui n'est jamais le plus calme dans un territoire.

Ces mesures de police, vous les connaissez tous et c'était de toute façon les mêmes que dans n'importe quelle partie du territoire national. Le vote de la loi d'état d'urgence sanitaire et les décrets subséquents sont venus nous préciser notre cadre légal d'action et introduire de nouveaux modes qui constituèrent autant de limitations de nos libertés individuelles et constitutionnelles. Elles emportaient principalement des restrictions sur les déplacements, la liberté d'aller et de venir, des fermetures de commerce et de restriction à la liberté du commerce, la fermeture des établissements recevant du public, au premier rang desquels les établissements scolaires.

L'arrêté de police que nous prenions fut modifié ainsi chaque semaine ; c'est un véritable cas pratique d'étude pour étudiant en droit ! Assoupli ou aggravé en fonction de l'évolution de l'épidémie, souvent différencié selon les secteurs et les communes, cet arrêté connut près de 90 versions au total pour lesquelles il aura donc fallu, à chaque instant, pratiquer un dialogue de tous les instants, la concertation permanente avec les élus, l'explication aux populations, avec conviction, et un soin tout particulier apporté à notre communication.

Nous rapellons à cet égard que la Guyane fut le territoire le plus touché par les mesures de police et de restrictions diverses ; ce qui en ferait presque une sorte de laboratoire de ce que représente une atteinte prolongée à nos libertés, justifiée par la nécessité publique et des impératifs sanitaires. C'est en effet très inédit dans notre histoire et notamment les temps de guerre connaissent – et autorisent – ce genre de mesures : mais nous étions en guerre, et les termes du président de la République furent choisis à dessein.

C'est dans ce laboratoire qu'on prend conscience qu'une mesure de police, quel que soit le cadre juridique protecteur de l'individu au sein duquel elle est prise, ne peut réellement s'appliquer sur le terrain que lorsqu'elle est comprise, entendue, acceptée. Ce qui suppose, encore et toujours, dialogue, communication, concertation.

Les premières semaines ont été marquées par une relative adhésion de la population au dispositif, aidé en cela par le contexte médiatique, une sorte de communion mondiale autour de la lutte contre le virus. Mais rapidement cette adhésion s'est émoussée, estompée, au fur et à mesure que les mesures se prolongeaient et que la Guyane vivait une crise à contre-courant de la situation hexagonale.

Dès lors la tâche devient plus ardue pour le représentant de l'État en charge de faire appliquer les lois. Il faut convaincre, s'appuyer sur les chiffres et l'évolution de la maladie, aller à la rencontre des élus, des socioprofessionnels, des associations, les impliquer, travailler ensemble.

Il faut communiquer, auprès de la population, sur le bien-fondé des mesures impopulaires que nous prenons, sur les gestes barrières, sur le port des équipements de protection.

Faire comprendre, à tout prix, que les mesures de police administratives sont là pour faire reculer la maladie, et que de toute façon elles sont toujours prises sous contrôle du juge, qui d'ailleurs n'a pas eu à connaître beaucoup de contentieux sur la question.

Puis survient le vaccin. Nous disons bien *survient* parce que visiblement il n'était pas attendu par tout le monde !

Alors que les mesures de police se prolongent eu égard à notre situation sanitaire, il faut maintenant composer avec le refus d'une partie de la population d'« aller vers le vaccin ». Néanmoins, tout sera mis en œuvre pour que les habitants de Guyane aient un accès aux vaccins identiques aux conditions vues dans l'Hexagone.

À chaque fois, et c'est ce qui fait sa grandeur, la République a été présente et au rendez-vous, sans barguigner, sans aucune discussion.

Cela allait toujours de soi, dans toutes les nombreuses visioconférences que nous avons pu tenir avec Paris et la cellule interministérielle de crise.

C'est d'ailleurs là où réside notre force, ce qui aussi fait le charme des affectations outre-mer, c'est cette construction permanente de l'administration en territoire, c'est cette adaptation, sans condition, du service public aux conditions locales, avec toujours l'égalité d'accès comme ligne de mire.

L'objet de la seconde partie de notre propos est le suivant : mettre en œuvre les lois de la République et le dispositif d'urgence sanitaire reste toujours une gageure dans un territoire ultramarin, mais il l'est tout autant dans un territoire unique comme la Guyane, aux particularismes locaux bien ancrés.

La Guyane est un territoire très attaché à sa culture, qui connaît une réelle fierté de caractère. C'est notamment un territoire où on aime à se rencontrer, se retrouver en famille, et faire la fête entre amis. Il n'a donc pas été simple d'imposer un couvre-feu, notamment sur une si longue période. Pourtant nous y sommes parvenus, et les guyanais doivent en être remerciés et félicités. L'adhésion à la règle de droit, surtout quand elle est perçue comme émanant de l'« extérieur », ne va pas toujours de soi en Guyane, aussi ce fut parfois compliqué. Les guyanais ont en outre un petit côté que nous qualifierons d'insulaire, sud-américain, attachés à leur liberté individuelle. Là aussi il a donc fallu composer, dialoguer, mais dans l'ensemble cela s'est bien passé.

Ça peut paraître en effet peu évident de prime abord, d'expliquer à nos concitoyens pourquoi, alors que l'on ferme les espaces publics et de loisirs, les centres commerciaux, les enceintes sportives et les salles de spectacle, on maintient le zoo de Guyane ouvert, parce que sans cela c'est organiser le dépérissement voire la mort des animaux.

Nous avons à notre prise de fonction – et même avant notre arrivée ! – dû traiter un problème épineux, celui de la tenue du carnaval. C'est le temps fort par excellence de la vie culturelle guyanaise, un moment autour duquel absolument toutes les composantes de la population se retrouvent, à leur façon. Tel était l'enjeu, et j'ai dû faire face à de réelles tentatives de passer outre la règle. Les policiers ont dû constater des défilés sauvages çà et là – à la participation heureusement très limitée – et en présence bien entendu de tout ce que la Guyane peut connaître comme adversaires de la République.

Là encore, sur un tel sujet, nous avons dû composer entre le nécessaire respect de la règle de droit et le besoin de trouver des échappatoires, satisfaisant le plus grand nombre, tout en adoptant une réponse ferme contre les rassemblements sauvages – qui dit sauvage dit d'ailleurs blessés et désordre – pour dialoguer avec les organisateurs de soirées et défilés carnavalesques et trouver ensemble les conditions d'en sortir par le haut – le tout avec l'aval de Paris bien évidemment. En l'espèce, nous avons pu convaincre qu'autoriser un carnaval, certes limité et sous conditions, était défendre le patrimoine culturel et immatériel guyanais, et l'argument a porté.

Il nous paraît que cet exemple du carnaval présenté ici en quelques mots, mais qui fut, vous vous en doutez, infiniment plus complexe à gérer en contexte pandémique, résume bien à lui seul nos propos : comment faire cohabiter une loi de la République empiétant sur des libertés individuelles, dans un territoire vu (à tort) comme réfractaire, sur un sujet des plus sensibles. C'est ce qui fait le charme de la fonction, c'est toute l'habileté de la manœuvre, mais surtout le dialogue et l'écoute permanente, et la confiance de ses collaborateurs – parce que c'est avant tout un travail d'équipe.

Voilà mesdames et messieurs ce que nous pouvons vous dire sur cette expérience unique, et le retour que nous en faisons à notre modeste échelle. Il y a et il y aura beaucoup à dire sur cette crise et sa gestion, le Gouvernement s'est largement exprimé sur le sujet, les missions d'inspection aussi, et les intellectuels continuent de phosphorer dessus. Vu de notre petite fenêtre, nous nous sommes beaucoup démenés, avons beaucoup expliqué et tenté de convaincre, et nous nous sommes beaucoup déplacés. Mais nous avons tenu, nous avons limité les effets du virus : au final, depuis le 4 mars 2020 jusqu'à la semaine dernière, nous avons enregistré 94 421 cas de COVID, et n'avons enregistré « que » 411 décès, sans doute est-ce déjà beaucoup trop, mais c'est moins que dans d'autres départements en proportion.

Nous avons donc limité la casse, si vous nous permettez l'expression, par des soins, par des mesures de confinement, par des actions de vaccination ou de distribution de masques dans les bidonvilles, en faisant jouer toute la panoplie la plus maximale de l'éventail de nos possibilités administratives. Nous nous sommes sans doute parfois trompés, avons même échoué sur certaines choses, mais dans l'ensemble, l'État peut être fier de ce qu'il a accompli, parce qu'il a tenu, et sous le contrôle permanent du juge, des élus, de la presse, des réseaux.

Témoignage : l'entreprise et l'état d'urgence sanitaire

Yves Simoneau

Chef d'entreprise

Nous remercions la présidence du tribunal administratif de la Guyane, en la personne de Monsieur Laurent Martin, qui souhaitait que nous partagions notre expérience durant les deux années de pandémie. Nous remercions également le président de l'Université de Guyane, Monsieur Antoine Primerose[1], nous permettant d'organiser cette journée d'études au sein de l'Université coorganisatrice de l'évènement. Nos remerciements s'adressent également à toutes les personnes qui nous ont permis d'être présent aujourd'hui.

Nous sommes Yves Simoneau et nous sommes commerçant à Cayenne. Nous tenons un point de vente où vous pouvez déguster un encas de 7 h à 19 h 30, du salé et/ou du sucré. Ceci étant dit, le 16 mars 2020, nous nous sommes vu interdire de travailler par arrêté, et ce jusqu'au 2 juin 2020 (secteur de la restauration). Du jour au lendemain, il a fallu fermer certains points de vente. Donc, nous n'avions plus de chiffre d'affaires pour ces derniers et il a fallu placer les employés au chômage partiel. Mais il faut savoir que nous devions avancer les salaires chaque mois (en n'ayant fait aucun chiffre d'affaires). Dans notre cas, nous n'avions plus de trésorerie, car nous venions de payer les employés (au nombre de 7), les loyers, la caisse générale de la sécurité sociale, et diverses autres charges à régler en début de mois. Durant cette période, les loyers et autres charges fixes couraient.

Nous avions la possibilité de demander un report de 6 mois des remboursements de crédit auprès des établissements bancaires, sans savoir que la situation durerait bien au-delà. Qui plus est, il a fallu investir dans des supports de communications et de protections (spécial anti-covid-19). Pour information, la CGSS remboursait une partie des investissements, à condition de présenter une facture au moins égale à 1 000 euros (difficile à atteindre pour les sociétés de petite taille).

« Quoi qu'il en coûte » était soumis à des critères, et c'est le chef d'entreprise qui était aidé et non l'entreprise elle-même. Car pour y avoir droit, il fallait se rendre à la rubrique « espace personnel » du site Impôt.gouv.fr.

Notre société ne répondait pas aux critères de sélection. Effectivement les éléments de sélection concernaient l'entreprise et l'aide était attribuée au chef d'entreprise.

« L'aide du Gouvernement » via le Prêt Garantie par l'État (PGE) était également soumis aux critères des banques, puisque c'est un crédit bancaire. Sachez que le financement de la garantie de l'État était inclus

[1] Antoine Primerose était président de l'Université de Guyane au moment de nos travaux. Laurent Lingué assure aujourd'hui la présidence de l'établissement.

dans la somme remboursée par l'entreprise. Le Régime social des indépendants nous a octroyé une aide de 1 250 euros.

Le 2 juin 2020, certaines activités pouvaient à nouveau être exercées, sous contraintes horaires, appelées « confinement partiel », décidées par la préfecture de Guyane. Au début, souvenez-vous avec les weekends confinés dès 13 h. Résultat : moins de chiffre d'affaires car nombre de personnes évitaient les lieux publics dits non essentiels afin de se rendre à leurs domiciles pour éviter les amendes.

Nous voilà à gérer nos entreprises sans pouvoir maitriser le temps de travail. Nous attendions chaque mercredi le résultat de la cellule interministérielle de crise, dite CIC. Dès lors, pour des sociétés, il a fallu faire l'impasse sur le règlement de certaines charges pour survivre. Cela a duré deux années avec la fin officielle de l'état d'urgence sanitaire pour l'ensemble de la France le 14 mars 2022. À cette date les encaissements sont devenus plus intéressants avec un afflux de clients. Mais les reliquats sont toujours d'actualité encore à ce jour, pour nombre d'entre nous.

Expertise, vaccination et état d'urgence sanitaire

Guillaume Icher

Docteur en pharmacie et responsable du centre de vaccinations du centre hospitalier de Cayenne de mai 2021 à avril 2022[1]

En guise de propos liminaire, il me semble important d'inscrire cette intervention dans une période qui aura représenté à nos yeux un début de crépuscule de la portée de la parole scientifique. Les professionnels de santé ressortent de ces derniers mois fragilisés par un effondrement de la valeur de leur parole au profit de sources de pseudo informations parallèles.

La relation d'un professionnel de santé à la notion administrative relève bien souvent de la réaction allergique de type anaphylactique plutôt que d'un attachement véritable à l'ordre administratif qui, pourtant, sous-tend et sécurise une activité, qu'elle soit libérale, hospitalière ou bien encore associative.

Ces temps de crise ont éprouvé la relation des professionnels de santé à la norme. Encore faut-il qualifier cette dernière, la définir, l'appréhender à travers le prisme de ceux qui la vivent, et cela implique de confronter deux mondes utilisant le même mot avec des perceptions et définitions différentes. L'état d'urgence sanitaire aura forcé le grand public, en particulier les professionnels de santé, à questionner la construction des prises de décision qui ont touché les libertés publiques mais aussi et surtout leurs propres conditions d'exercice professionnel.

Le monde administratif, tel que la majorité des blouses blanches le perçoivent, incarne la corvée, l'obstacle, le frein, alors que sa réelle essence est souvent révélée à celles et ceux faisant l'effort, parfois par syndicalisme ou par volonté de compréhension de leur cadre d'exercice, de s'y intéresser. En effet, les nombreuses années d'études que nous suivons dans nos spécialités ne nous préparent pas spécialement à appréhender correctement la hiérarchie des normes, encore moins à analyser un commentaire d'arrêt ou la raison d'une question préjudicielle sur un sujet sanitaire, pas plus d'ailleurs que d'autres formations ne préparent à l'analyse de la cinétique cellulaire d'un brin d'acide ribonucléique thermolabile. L'expertise a un sens que nous évoquerons plus tard, mais sa perception va questionner de prime abord la relation que chacun va avoir avec la justification des mesures et des protocoles pris dans le cadre de cette crise sanitaire.

L'aspect le plus pratique de la norme nous concernant est paradoxalement une notion qui échappe – dans sa conception – à l'expertise administrative. Il s'agit en effet de ce que nous appelons la recommandation. En contexte de crise plus qu'ailleurs, c'est elle qui est

[1] Guillaume Icher est aujourd'hui directeur de cabinet du recteur de l'académie de Guyane et maître de conférences associé à l'Université de Guyane.

censée guider les décisions cliniques. D'ores et déjà nous pouvons être unanime sur un constat : cette crise sanitaire de la Covid-19 aura fait sortir la recommandation du monde médical pour la faire entrer sur la scène publique où elle aura subi la récupération politique, partisane et sociale, mettant en difficulté des soignants déjà lourdement éprouvés par la crise. Cette situation ajouta à leur tâche un travail de pédagogie s'inscrivant en parallèle de débats public sur la question vaccinale faisant s'exprimer sur un sujet technique, scientifique, des gens peu ou pas compétents. Difficile pour le citoyen lambda d'y voir clair : pourquoi un praticien de centre de vaccination aurait un avis différent d'un médecin de plateau TV où d'un professionnel de santé siégeant sur les bancs de tel ou tel parlement ? Sur ce point précis, la question déontologique de l'usage d'un discours sous couvert d'un diplôme lorsque l'on incarne une sensibilité politique pourra par ailleurs faire l'objet de questionnements ultérieurs même si les ordres professionnels ont utilisé leur compétence disciplinaire très régulièrement vis-à-vis de parlementaires ayant colportés des faits non vérifiés – quand ils n'étaient pas tout simplement faux ou fallacieux – sur la scène publique.

Pour en revenir à la parole scientifique, le crédit donné aux experts nous a semblé bien faible dans cette crise. Notons, malheureusement, cette infinie et remarquable capacité d'influence des militants connus pour leurs critiques vis-à-vis de l'action de l'État. Sur certains points, les remarques émises furent parfois fondées, mais ces militants n'éprouvèrent aucune gêne à argumenter autour d'un domaine pour lesquels ils s'avouaient préalablement incompétents. Drôle de paradoxe quand on y pense : la fameuse phrase « je ne suis pas docteur, mais je pense que… » aura débuté tant de discours fallacieux de militants et non d'experts, avouant ainsi eux-mêmes leur incompétence mais enchainant avec un raisonnement aboutissant à des conclusions présentées comme des vérités intangibles. L'ultracrépidarianisme, c'est ainsi que ce phénomène s'appelle.

Charge à nous, une fois de plus de réassurer la pédagogie dans un contexte de défiance et de totale inaudibilité des acteurs de l'État ayant, pour certains, souhaité incarner personnellement la gestion de crise. Dans ce contexte de pédagogie obligatoire mais complexe, les réponses à nos questions furent toujours les mêmes : « j'ai vu que », « on m'a dit que », « un grand médecin a dit que »… Ce syndrome du « le chef lui-même l'a dit », *ipse dixit*, donnant un prétexte et confortant un individu dans un choix préalablement ancré dans une position sociétale.

Si nous évoquons la notion d'expert depuis le début de notre discussion, nous ne pouvons-nous épargner l'économie d'un questionnement sur la perception de l'expertise : un professionnel est-il forcément un expert ? Aux yeux du tout-venant peut-être, mais il n'en est rien dans les faits.

Cette affirmation abonde notre réflexion sur la genèse de la norme médicale telle que nous la percevons : des scientifiques, normalement des experts d'un domaine bien particulier, reconnus par leurs pairs, échangent avis et données sur un sujet afin d'en tirer un avis, diffusable, faisant consensus. C'est cette démarche de consensus qui fait la norme, la recommandation, et il apparait de manière évidente que le principe de cette démarche a été détourné en octroyant une importance démesurée à

des lignes parfaitement minoritaires au sein des différents travaux de consensus. Ce phénomène est la résultante de la publicité des débats sur les recommandations : pourquoi tel grand médecin n'est pas écouté ? Eh bien parce que son point de vue est mis en très large minorité par ses pairs. Ceci n'enlève pas la liberté de prise en charge clinique mais cette liberté va entraîner deux situations : la sortie des sentiers battus de la médecine, le risque étant de frôler avec la légalité et l'expérimentation, et par conséquent l'engagement de la responsabilité du praticien sortant des recommandations. Un des autres risques secondaires de ces deux situations, par ailleurs plutôt bien maitrisé durant la crise, est la possibilité de créer des effets d'appel sur des médicaments inutiles, exposant non moins inutilement les patients aux effets indésirables des molécules prescrites.

Tout cela étant dit, ne nous exemptons pas d'évoquer la déclinaison opérationnelle de ces éléments sur le terrain et plus précisément dans ce qui fut un quotidien durant plus d'une année : le centre de vaccination. S'il est intéressant d'aborder les notions d'expertise et de perception de la norme en temps de crise sanitaire à l'échelle d'un professionnel de santé, il ne faut pas oublier qu'*in fine*, l'ensemble de ces éléments construisent une réalité de terrain.

Cette réalité de terrain ne fut pas facile à gérer en instaurant notamment une cassure de symétrie entre les recommandations médicales et les mesures administratives et règlementaires quant à l'accès à un passe sanitaire valide. Lorsque le discours médical s'autorise à affirmer que pour telle population, le vaccin est simplement et uniquement largement recommandé par les experts, l'état du droit (et non pas l'État de droit) en fait une obligation. Première difficulté donc. La seconde était l'instauration des mesures temporelles pour les validités des passes. En effet, comment expliquer à un patient que s'il attrape un virus 14 jours après une infection il a besoin d'un rappel pour avoir son passe sanitaire tandis que s'il l'attrape quelques heures après, soit le 15ème jour, ce rappel ne devient plus nécessaire. Laissons-nous tenter par un ultime exemple, comment travailler sereinement quand un nouveau vaccin arrive dans le centre de vaccination et que quelques heures après son arrivée, les autorités suspendent quelques jours son utilisation pour la reprendre dans la foulée ? Une fois de plus, il fallait le travail des soutiers de la crise pour faire du dépassement de fonction et tenter d'assurer la compliance de nos patients dans un tel contexte.

Si d'aventure une telle crise venait à reparaitre avec des paramètres similaires, les autorités seraient bien avisées de scinder géographiquement le lieu de vaccination du lieu – qui pourrait être uniquement virtuel d'ailleurs – de distribution des éléments administratifs.

Toute la tension accumulée durant cette crise aura amené à nous faire rencontrer des situations terribles où dans une ville comme Cayenne, les urgentistes et réanimateurs furent accusés de mentir sur les causes des décès ou de falsifier des résultats prétendument positifs afin d'alimenter un sentiment de panique dans la population à propos d'une épidémie présentée comme inexistante. Dans ce contexte, nous avions besoin d'un soutien que nous n'avons pas trouvé dans la grande majorité des acteurs politiques locaux, trop frileux pour prendre position en faveur d'une mesure

pourtant essentielle mais tellement impopulaire. Les études *a posteriori* prouveront combien de vies ont été perdues par leur silence.

Durant cette période d'excitation des esprits nous reçûmes même des menaces d'avoir la gorge tranchée si nous continuions la campagne de vaccination. Nous glissons donc, fort logiquement, d'une réflexion sur le jugement de la peur à celle de l'espoir du jugement des menaces. D'article 40 en article 40, une Justice déjà bien à la peine, partageant avec nous le quotidien d'un service public essentiel et scruté attentivement, aura été cependant synonyme et promesse de protection dans notre action. Sa présence fut source de réconfort.

Dans l'ensemble, cette crise en Guyane aura démontré une capacité de résilience considérable des effecteurs de l'État dont les soignants furent les fers de lance. Ce constat invite à une nécessaire introspection quant à l'attrition progressive des bonnes volontés locales. La réussite de l'action de l'État doit-elle dépendre de la volonté de sacrifice de certains de ses effecteurs ?

Une des réponses envisageables pourrait résider dans une réflexion autour de la notion d'expertise, du positionnement et de la posture de l'expert. *Quid* de sa légitimité s'il vient à intégrer l'échelon administratif de la décision publique, au risque de voir son expertise effacée par le positionnement politique d'une hiérarchie ? Sa place d'expert n'est-elle pas plutôt au plus près de son activité, l'expert étant avant tout un ex-pair ?

En tout état de cause, l'épreuve traversée a mis en lumière la question du manque de relais extérieurs aux administrations de l'État et tout particulièrement en outre-mer.

L'association franco-dominicaine de Guyane et la gestion de la crise sanitaire

Inès Moronta

Présidente de l'association franco-dominicaine de Guyane, association travaillant dans les quartiers de Cayenne

En notre qualité de présidente de l'association franco-dominicaine de Guyane (AFDG), nous souhaitons vous présenter les actions menées par l'association pendant la crise sanitaire et les conséquences des décisions prises par la préfecture (couvre-feu, confinement) pour la vie des populations. L'association est implantée dans le quartier chinois de Cayenne et elle a très vite mis en place des actions ciblées destinées à accompagner les populations précarisées du quartier.

Elle a travaillé selon cinq axes : répondre aux besoins des familles, informer sur le virus, expliquer la nécessité des mesures de protection, distribuer des masques, amener les gens à se faire vacciner…

1. Aller rencontrer les familles confinées à leur domicile

Nous avons contacté les familles que nous suivons et nous avons assuré ce suivi par téléphone et sur le terrain. Très vite nous avons été débordés par les appels téléphoniques pour des aides alimentaires. De nombreux petits boulots, notamment ceux de femmes de ménage, jardiniers, peintres ou revendeurs à la sauvette faisaient vivre des centaines de familles. En raison du confinement et du couvre-feu, ces emplois qui assuraient un revenu avaient disparu, ce qui a fait exploser la demande d'aide alimentaire. C'est ainsi que nous avons multiplié les maraudes au village chinois pour venir en aide aux familles, en distribuant des colis alimentaires.

2. Informer et expliquer la dangerosité du virus

Les informations diffusées dans les médias et les supports de communications utilisées par l'ARS n'étant pas traduits, il a fallu informer et expliquer à la population hispanophone la bonne information, écouter leurs craintes et les aider à identifier les fausses informations. Un exemple concret peut être cité avec la barrière linguistique lors des appels de la plateforme *Contact tracing* de la CGSS pour les personnes infectées par le coronavirus. Ces personnes nous contactaient pour savoir tout simplement ce qu'elles devaient faire et qui contacter en cas d'aggravation des symptômes.

3. Expliquer les mesures de protection

Les gestes barrières, le lavage des mains, le respect de la distanciation, la nécessité de se faire tester en cas de symptômes… La précarité, le mal-logement, l'accès compliqué à l'eau et les conditions de vie difficiles ne permettaient pas toujours aux familles de respecter les recommandations de l'ARS pour se protéger. Alors que notre association accompagne des familles qui vivent dans les squats, la difficulté a été de leur faire comprendre la nécessité de rester confinées avec leurs enfants dans des

logements sans climatiseurs. Il a fallu aussi proposer aux enfants des activités en intérieur.

Alors que le suivi pédagogique était assuré en ligne mais que de nombreuses familles ne sont pas équipées d'ordinateurs et/ou de connexion internet, nous avons pris en charge les impressions des leçons et des devoirs.

L'association a aussi mis en place, avec la Croix rouge, des créneaux de dépistage au siège de l'association.

4. Distribuer les masques

L'association a fourni, dans un premier temps, les masques que nous avons fait confectionner par un couturier de la place et du gel hydro-alcoolique en attendant d'être approvisionnée par la préfecture et l'ARS.

5. Sensibiliser à la vaccination contre le covid

Nous avons organisé des séances d'information sur la vaccination. De nombreuses personnes étaient contre la vaccination à cause d'informations erronées véhiculées sur les réseaux sociaux. Nous avons donc communiqué sur les réseaux sociaux en expliquant ce qu'était le centre de vaccination, en insistant sur sa gratuité et sur son accessibilité à tous. C'est que de nombreuses personnes en situation irrégulière s'interrogeaient sur les règles de prise en charge.

Pour conclure et en termes de bilan, la sur-occupation et l'insalubrité des logements ont été des freins pour faire appliquer les mesures barrières recommandées pour protéger les familles. Le confinement a aggravé les difficultés financières, les inégalités scolaires car beaucoup de personnes n'avaient pas d'ordinateurs et d'accès à internet pour permettre aux enfants de suivre les cours à distance.

Pour accompagner les familles, l'AFDG a distribué, dans un premier temps, des colis alimentaires sur ses fonds propres et, dans un second temps, face à l'urgence et au nombre croissant de demandeurs, des aides émanant des services sociaux de la préfecture, de la CTG et de l'ARS ont pu être remises aux familles.

Conclusions

Dayann Hégésippe

Magistrat administratif au tribunal administratif de la Guyane

et

Frédéric Bondil

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Guyane, Directeur du DFR SJE

Dayann Hégésippe

Magistrat administratif au tribunal administratif de la Guyane

« Nous sommes en guerre » ! À quelques exceptions près, il faut admettre qu'au prononcé de ces mots, le lundi 16 mars 2020 au journal du 20 h, personne n'avait « penser » l'état d'urgence sanitaire. Pourtant dès le lendemain et les jours qui suivront, l'administration, ses conseillers, fonctionnaires ou non, et son juge se mettront tous en ordre de bataille afin de préserver les intérêts nationaux, les Français et singulièrement l'État de droit. La Guyane, ou comme Jaurès se plaisait à l'appeler « cette parcelle de France palpitant sous d'autres cieux », a vécu la pandémie au travers d'une réalité quelque peu différente de Paris et, de fait, il ne pouvait en être autrement pour un territoire, aussi vaste, encastré en Amérique du Sud, entre le Suriname et le Brésil. Le choix des thèmes retenus traduit une volonté commune d'écouter et de tirer profit de l'expérience de chacun, d'entrecouper les visions parfois contradictoires entre ceux qui, en Guyane, jouissaient de la légitimité pour agir au nom de l'État et ceux dont la mission était de préserver l'État de droit. Ainsi, telle une symphonie à deux voix, les travaux ont mis en évidence des réussites, des accords mêlés de désaccords ainsi que des contrariétés qu'il convient de ne point blâmer tant elles devraient servir de point de départ pour l'avenir.

En ce qui concerne les réussites, il convient de souligner, malgré les vertiges que tous ont pu avoir après l'annonce présidentielle du confinement, que le couple préfet-ARS a globalement bien fonctionné en Guyane. Le président Martin et la directrice générale de l'ARS ont ainsi fait mention des chiffres qui montrent, du point de vue de l'efficience de la stratégie sanitaire, que la Guyane a été relativement épargnée par le virus si l'on compare sa situation à l'Hexagone et plus encore aux pays frontaliers comme le Brésil. L'autorité préfectorale dont la feuille de route consistait à gérer la crise en ayant le souci de la santé publique, de l'économie locale et des mesures de police nécessaires a su s'acclimater aux valses renouvelées entre liberté et sécurité pour préserver par exemple le carnaval – évènement si cher au cœur de la population guyanaise. De son côté, la jurisprudence administrative n'a pas été bouleversée. Comme l'ont expliqué avec *maestria* MM. Roussel et

Bernabeu, les juges se sont tenus aux grands arrêts de la jurisprudence administrative. Dans ce cadre, ont successivement été appliqués la théorie des circonstances exceptionnelles, la jurisprudence « Benjamin » de 1933, la notion de concours des mesures de police ou encore et, bien qu'implicite, le principe de clarté et d'intelligibilité de la norme. Enfin, nonobstant le faible nombre de recours, il faut souligner que la communauté juridictionnelle du tribunal administratif de la Guyane s'est adaptée afin d'être, en tout temps, en mesure d'apporter une réponse aux justiciables. Grâce aux efforts de ces différents acteurs, il n'y a donc pas eu, au moins s'agissant du droit, d'exception guyanaise dans la gestion de la pandémie de Covid-19.

En ce qui concerne les dissonances, il a été mis en exergue le fait que les magistrats administratifs et judiciaires n'ont pas la même définition de la notion d'État de droit. Ainsi, il ne fut que peu surprenant d'entendre le président Abassi, président du tribunal judiciaire, marquer son désaccord quant aux affirmations de ses collègues de l'autre ordre juridictionnel sur la préservation, pleine et entière, durant la crise sanitaire de l'État de droit alors que cette notion revêt également une acception horizontale. Pour les premiers, l'acception verticale prime et en l'espèce il s'est toujours trouvé un juge, en l'occurrence un juge des référés, pour examiner la légalité des mesures prises par les pouvoirs publics. L'honnêteté oblige cependant à reconnaître que la satisfaction théorique ne peut qu'être contrebalancée par l'exemple guyanais où seules quelques requêtes ont été introduites ce que Mme le bâtonnier Landry a expliqué comme une forme de crainte des justiciables locaux d'entrer en conflit avec l'État. Aussi, il est évident, contrairement à une opinion émise au cours des échanges, qu'une autorité administrative ne saurait accorder, à ses propres actes, une onction définitive de légalité du seul fait de l'absence de contestation en justice. Bien au contraire, certaines mesures, prises au niveau local, auraient mieux fait d'être soumises au tribunal administratif dont on oublie parfois qu'il ne remplit pas que des fonctions juridictionnelles. Une telle idée n'a certainement jamais été envisagée tant la gestion de la pandémie a été centralisée. Au fond, la crise a redonné des couleurs au clivage historique entre les jacobins et les girondins.

En ce qui concerne les points de rencontre, les intervenants se sont accordés sur le constat que la mise en œuvre d'un état d'exception nécessite du temps ce dont les acteurs ne disposaient pas. Les premières décisions de justice ont, dans ce contexte, été empruntes d'un souci de crédibilité et de pragmatisme. Cela ne signifie pas que l'administration a sans cesse été confortée comme en témoigne le fait que le tribunal administratif de la Guyane a su se fonder sur l'amélioration des données sanitaires pour desserrer l'étau des restrictions et accélérer le calendrier préfectoral relatif à la réouverture des restaurants. Bien conscient des exigences de clarté et d'intelligibilité de la norme, tous les intervenants ont d'une manière ou d'une autre évoqué ce qu'il y a lieu de qualifier de « seuil d'acceptabilité » de la norme par les citoyens.

En ce qui concerne les contrariétés, les travaux conduits ont révélé que tous les acteurs se sont questionnés, au moins à un moment donné, sur le poids de la centralisation et sur la nécessité de rompre le principe d'égalité pour tenir davantage compte des réalités territoriales. Sur ce

dernier point, il apparait que tous ont gardé le souvenir amer d'autorités nationales méconnaissant parfois l'étendue de la Guyane et faisant fi des temporalités respectives des vagues épidémiques s'abattant de part et d'autre de l'atlantique.

À l'heure de conclure, il nous faut retenir l'essentiel et constater que l'édifice a tenu. Ainsi, les acteurs politiques et juridiques de la Guyane ont, globalement, œuvré dans le même sens. En tout cas, pour ce qui est du juge administratif, principal juge de la Covid-19, il s'est astreint à sa raison d'être en privilégiant le redressement de l'appareil d'État tout en contenant les émotions populaires, en corrigeant les non-sens, les maladresses ou les omissions des actes administratifs, en canalisant les éparpillements de l'instantanéité des initiatives publiques, en imposant, dès que possible, un retour au cours normal des libertés et, enfin, en admettant, aujourd'hui, l'engagement de responsabilité.

Frédéric Bondil

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Guyane, Directeur du DFR SJE

La journée d'étude du 15 novembre 2022, coorganisée par le tribunal administratif de la Guyane et le département de formation et de recherche des sciences juridiques et économiques (DFR SJE) de l'Université de Guyane, s'est voulu un moment privilégié de réflexion et d'échanges entre l'ensemble des acteurs et des sujets de l'application en Guyane française de l'état d'urgence sanitaire, au titre de la lutte contre la pandémie du COVID-19. Impliqué dans la préparation de ces travaux, nous ne sommes pas bien sûr le mieux placé pour faire état de leur réussite. Tous les participants ont pu cependant noter l'abondance et la variété des réflexions développées durant cette journée ainsi qu'une grande liberté de ton, certainement autorisée ou facilitée par les données temporelles : l'état d'urgence sanitaire est sorti de notre présent sans pour autant relever d'un passé trop lointain réservé aux historiens. Responsables de l'action administrative et sanitaire, magistrats administratifs et judiciaires, inspecteurs de l'Éducation nationale, président de l'association des maires de Guyane, président du Grand conseil coutumier, chef d'entreprise, présidente d'une association accompagnant des personnes en difficulté et participante à un projet de recherche de terrain, tous nous ont apporté des témoignages qui pourront constituer des guides très utiles face à de nouvelles situations de crise, malheureusement impossibles à exclure. Il nous a été rappelé, en particulier, les risques importants liés à un dérèglement climatique croissant[1]. Nous nous garderons aussi d'oublier les réflexions initiales d'un conseiller d'État et d'un universitaire auxquels est revenue la tâche de bien situer le cadre juridique de nos travaux. Avec beaucoup de pertinence, ils ont jeté des ponts entre les réflexions à conduire pour la Guyane et celles appelées par l'application de l'état d'urgence sanitaire dans les autres parties du territoire national.

Allant plus avant dans le contenu des interventions de la journée, et sans nous limiter aux communications présentes dans ce dossier, nous avons pu relever un véritable état de choc consécutif à la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire en Guyane française. De façon très appropriée, Mme la directrice académique adjointe des services de l'Éducation nationale (DAASEN) a évoqué une situation de sidération. En espérant ne pas trahir sa pensée, ni celle des autres contributeurs, nous insisterons sur un grand étonnement mêlé, ou doublé, d'un grand effroi. Bien sûr en arrière-fond, comme dans toutes les régions de pays développés, cette réaction s'est nourrie de l'incompréhension d'une résurgence de phénomènes épidémiques que l'on croyait définitivement révolus[2].

Beaucoup plus directement et plus immédiatement cependant, surtout dans un territoire comptant encore très peu de cas de COVID, le premier

[1] Rappr., dans une bibliographie de plus en plus fournie : Le Treut H., *Climat et civilisation, un défi incontournable*, Toulouse éd. Erès, 2022, 173 p.

[2] *Comp.* pour une mise en évidence d'une continuité historique des pandémies depuis la formation des grands empires de l'Antiquité : Patrick Berche et Stanis Perez, *Pandémies – Des origines à la Covid-19*, Paris, éd. Perrin, 2021, 522 p.

coup de massue a résulté de toutes les fermetures et interdictions dictées par l'état d'urgence sanitaire. Tout le déroulement ordinaire de la vie sociale est suspendu brutalement, et sans que l'on puisse vraiment savoir pour combien de temps. Les différentes contributions nous ont rappelé qu'aucun secteur d'activité n'avait été épargné. Les restaurants et plus généralement tous les commerces autres que de première nécessité doivent baisser leur rideau. La fermeture complète n'épargne pas davantage les établissements scolaires, de l'école maternelle jusqu'à l'Université. Il n'y a plus de transports publics. Les personnes en situation de précarité ne trouvent plus les petits emplois informels qui leur permettaient, tant bien que mal, de subvenir à leurs besoins et à ceux de leur famille. Les services publics ne reçoivent plus les administrés et les greffes des tribunaux administratifs comme judiciaires n'accueillent plus les justiciables. Même le cours de la vie démocratique s'arrête, avec le report du second tour des élections municipales[3].

À plus long terme, et au fil des prolongements de l'état d'urgence sanitaire, c'est la force et la crédibilité de toute autorité qui ont pu sembler menacées de disparition. Le préfet de Guyane a dû faire face à tous ceux qui méconnaissaient discrètement ou très ostensiblement les horaires de couvre-feu. En rendant compte avec beaucoup de franchise et de conviction de l'exercice de ses fonctions de responsable du centre de vaccination du Centre hospitalier de Cayenne, M. le docteur en pharmacie Guillaume Icher nous a fait partager son constat attristé de la remise en cause de l'autorité médicale[4]. Une large part de l'opinion publique a privilégié des thèses médicales très minoritaires mais largement diffusées par les médias. Plus remarquablement, et notamment en Guyane, beaucoup d'opposants aux vaccins ARN n'ont pas hésité à effectuer des déclarations publiques sans avoir aucune compétence médicale. Pire encore, les plus extrémistes sont allés jusqu'à menacer de mort des soignants participant aux campagnes de vaccination.

Tout s'est arrêté ou s'est effondré, pourrions-nous être tentés de conclure. Il n'y aurait alors finalement rien à retirer de ce temps de stupeur, de crainte, d'immobilisme et de confusion, hormis la satisfaction d'en être sortis vivants, pour tous ceux heureusement très majoritaires qui ont survécu à la pandémie. Ce serait cependant une conclusion trop rapide. Les contributeurs de cette journée nous ont permis de relever une véritable poursuite d'activité avec des adaptations, pendant l'application de l'état d'urgence sanitaire en Guyane française. Et même quand des activités ont dû cesser complètement, le maintien du lien social a constitué une préoccupation forte. Nous vous proposons, pour ce double constat, quelques éléments notés à l'écoute des interventions au colloque.

[3] Pour une analyse juridique et politique de cette dernière mesure, au niveau national : Raphaël Piastra, « À propos du report du second tour des élections municipales 2020 », *Revue politique et parlementaire*, 12 mai 2020.

[4] Comp. pour une proposition de mise à profit de la pandémie pour une « ré-interrogation fructueuse du pouvoir médical » : R. Pougnet et L. Pougnet, « En quoi la pandémie Covid-19 a-t-elle mis en question le pouvoir médical ? », *Éthique et Santé* 2022, 19 (1), p. 31-38. La proposition des deux auteurs reste, il est vrai, hors du contexte guyanais.

I. La poursuite d'activités avec des adaptations

L'aménagement d'une continuité a pu s'imposer de façon évidente. Des appréciations d'opportunité lui ont donné des champs supplémentaires.

A. L'organisation du maintien d'activités indispensables

La mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire ne pouvait pas s'accompagner d'un arrêt des activités médicales et hospitalières. Tout au contraire, leur redéploiement et leur renforcement se sont érigés en urgentes nécessités, du moins à partir du moment où le nombre de malades de la COVID a augmenté rapidement et fortement en Guyane, à rebours de la tendance à la baisse des cas dans le reste du territoire français, Mayotte exceptée. Notre journée d'étude nous a fait souvenir, à ce titre, de l'arrivée de soignants de l'Hexagone pour soutenir des équipes locales à bout de ressources, ainsi que de l'installation d'hôpitaux militaires de campagne. Par la suite, l'arrivée des vaccins a requis l'ouverture et la gestion de centres de vaccination spécialement dédiés à la COVID-19. La défiance sociétale à l'égard des vaccins, rappelée par M. le docteur Icher, a certes affaibli l'efficacité de la campagne de vaccination mais elle n'a pas empêché son déroulement : les centres de vaccination étaient ouverts et approvisionnés.

Par-delà les soignants en première ligne du front sanitaire, la continuité de l'activité a valu inévitablement pour l'administration préfectorale, en charge de l'application de l'état d'urgence sanitaire. Cette journée a permis de rappeler une activité réglementaire foisonnante marquée par l'élaboration chaque semaine d'un nouvel arrêté du préfet de Guyane, ajustant les mesures antérieures en fonction de l'évolution locale de la pandémie et des instructions gouvernementales. L'importance de l'activité de l'administration préfectorale s'est révélée indissociable de celle de l'Agence régionale de santé (ARS)[5]. Mme la directrice de l'ARS a souligné que celle-ci, en application de ses compétences générales, avait eu pour charge d'imaginer des mesures à proposer au préfet de Guyane pour tous les arrêtés restrictifs de liberté de la période d'état d'urgence sanitaire. Dans toute la mesure compatible avec son devoir de réserve, elle a levé le voile sur les difficultés de dialogue ou les différences d'analyse entre la préfecture, soumise au verticalisme de la politique gouvernementale et une agence régionale de santé attachée à conserver un plein exercice de ses attributions et, surtout, à tirer parti de son expertise.

L'exigence d'une poursuite d'activité a cependant encore prévalu, en dépit des difficultés matérielles, dans des secteurs apportant une contribution moins nette à la lutte contre la pandémie. Il en est allé ainsi pour le fonctionnement de la justice. Dans ses réflexions introductives à nos travaux, M. Florian Roussel a souligné que l'état d'urgence sanitaire n'entraînait pas la disparition de l'État de droit[6]. Il n'était pas question que

[5] Rappr., pour des réflexions plus générales sur le rôle central des ARS dans la gestion de la crise du Covid-19 : Bernard Dolez et Virginie Donier, entretien avec Pierre Pribile, « Sans les ARS, la coordination des différents acteurs du système de santé aurait été infernale », *Revue française d'administration publique*, 2020/4, n° 176, p. 913-920.

[6] Cette affirmation peut, il est vrai, encourir le reproche de constituer une pétition de principe. *Comp.*, notamment, pour la dénonciation d'une saturation par les états d'urgence de la vie politique, sociale et démocratique : Stéphanie Hennette Vauchez, *La démocratie en état d'urgence. Quand l'exception devient permanente*, Paris, Seuil, 2022, 209 p.

les actes administratifs et notamment ceux adoptés pour juguler la pandémie échappent à un contrôle juridictionnel. La justice administrative devait assurer ses missions, au besoin en distanciel au plus fort de la crise sanitaire. Tant M. le président Laurent Martin que M. le conseiller Sylvain Bernabeu nous ont montré que le tribunal administratif de la Guyane avait veillé sur la régularité da l'action administrative, en premier lieu en permettant constamment le dépôt de recours, y compris en période de fermeture de son greffe.

Chacun aura pu remarquer, de la part des mêmes magistrats administratifs, une pointe de regret et même de frustration, devant le faible nombre de recours vraiment propres à l'émergence d'une jurisprudence conciliant les impératifs sanitaires et les libertés individuelles et collectives. En tout état de cause, ce serait une conception très réductrice de l'État de droit que celle qui laisserait de coté le rôle des juridictions judiciaires. M. le président Mahrez Abassi nous a certes dressé un bilan très critique des modalités de l'activité du tribunal judiciaire de Cayenne en état d'urgence sanitaire, en dénonçant des difficultés d'exercice du droit d'accès au juge et une quasi-disparition de la collégialité des jugements[7]. Avec toute l'attention due à ces observations, retenons cependant que les juges judiciaires comme administratifs se sont employés à rester à la disposition des justiciables, dans des conditions certainement perfectibles.

Enfin, l'éducation, secteur très sensible, garante de l'avenir, ne pouvait pas sérieusement être mise entre parenthèses en état d'urgence sanitaire. Les établissements scolaires ont, il est vrai, pu être perçus comme des lieux privilégiés de propagation de la pandémie. On se souvient de l'annonce par le Président de la République d'une fermeture générale des écoles collèges, lycées et universités avant même les mesures de confinement. Et pour la Guyane, on se rappellera qu'à la veille de l'état d'urgence sanitaire, le début de diffusion du virus avait trouvé pour terrain des écoles de Saint-Laurent-du-Maroni, à la suite du retour de congés d'enseignants contaminés dans l'Hexagone. Le modèle classique, et encore très largement dominant, de l'enseignant devant ses élèves ou étudiants en classe ou en amphithéâtre, s'est trouvé ainsi brutalement écarté au début de l'état d'urgence sanitaire. M. Michel-Ange Jérémie, maire de Sinnamary et président de l'association des maires de Guyane, nous a en outre rappelé que l'association des maires s'était opposé à la décision du rectorat de l'académie de Guyane d'accueillir de nouveau les élèves dans les écoles pour la fin de l'année scolaire 2019-2020, en un temps où le confinement avait pris fin mais non l'état d'urgence sanitaire[8].

Mme la DAASEN Corinne Melon et Mme la Doyenne des IA-IPR Valérie Dedieu nous ont, cependant, exposé comment, même en temps de confinement, le Rectorat de Guyane s'était employé à assurer la continuité pédagogique, en lien avec les familles. Plus que le recours à des procédés techniques pas toujours suffisamment appropriés, c'est

[7] Pour l'aménagement du principe de collégialité dès le début de l'état d'urgence sanitaire, pour tout le territoire national, voir notamment : Étienne Vergès, « La justice civile à l'heure du confinement : une procédure dérogatoire du 21ème siècle », *La lettre juridique*, n° 820, 9 avril 2020, *Lexbase*.

[8] *Comp*. l'accord de la Collectivité territoriale de Guyane (CTG) et de l'association des maires pour une réouverture des écoles en juin 2021, après le semi-confinement de mai 2021.

l'effort incontestable d'adaptation de l'enseignement scolaire à une situation inattendue que nous sommes enclin à mettre en avant. Cette dynamique d'adaptation s'est maintenue pour le cadrage de la réouverture des établissements scolaires à compter de la rentrée de septembre 2020[9].

La persistance de l'état d'urgence sanitaire et une relative amélioration de la maîtrise du risque épidémique ont laissé une place à des activités ne présentant pas le même degré de nécessité.

B. La sauvegarde d'activités opportunes

Les interventions de cette journée d'étude nous ont rappelé deux grandes mesures d'autorisation, encadrées, qui ont pu susciter une certaine perplexité hors de Guyane.

Revenons d'abord sur les autorisations d'ouverture des restaurants dans les périodes de couvre-feu qui ont suivi en Guyane le « grand confinement ». On a pu ironiser sur ce régime dérogatoire, bien étrange en apparence[10], dans lequel la présentation d'une note de restaurant constituait le justificatif à présenter aux forces de l'ordre contrôlant le respect du couvre-feu. Cette exemption d'une, lourde, contrainte horaire était propre à concourir à la survie de petites entreprises, dont M. Yves Simoneau nous a très bien rappelé les risques d'asphyxie en dépit des aides mises en place par les pouvoirs publics. Mme la directrice de l'ARS a cependant souligné un objectif encore plus important, ou en tout cas, plus direct de cette mesure finalement arrachée, pour la seule Guyane, aux gouvernants parisiens après plusieurs mois d'état d'urgence sanitaire. Elle a insisté sur le fort intérêt d'éviter le développement de restaurants clandestins accueillant leurs clients en soirée dans des conditions beaucoup plus dangereuses que les établissements dument répertoriés. Nous pouvons encore être enclins à trouver dans cette mesure insolite un temps de respiration offert à une société guyanaise déjà éprouvée par des mois de restriction des libertés.

L'ajustement de l'état d'urgence sanitaire avec son acceptabilité sociale passe cependant au premier plan avec le déroulement du carnaval. En ce domaine, M. le préfet Thierry Queffelec n'a pas seulement fait état de sa vigilance pour contrer les tentatives de passer outre au régime d'état d'urgence sanitaire et d'organiser des « carnavals sauvages ». Il est revenu sur l'importance qu'il avait accordée au maintien d'une place pour un carnaval, même limité[11]. Ses interventions en ce sens auprès du Gouvernement ont bien permis d'éviter une suppression complète de cet évènement majeur pour la culture et le patrimoine immatériel guyanais.

---

[9] *Comp.* pour une analyse des mesures de continuité pédagogique comme des mises en œuvre de « logiques antérieures loin d'être neutres sur les plans économique, politique et pédagogique » : Stéphane Bonnéry, « L'école et la COVID-19 », *La Pensée*, 2020/2, n° 402, p. 177-186.

[10] Voir notamment dans la presse nationale : Émile Boutelier, « COVID-19. En Guyane, des mesures dérogatoires du couvre-feu à faire rêver la métropole », journal *Libération*, 8 février 2021.

[11] Pour l'année 2022, après l'annulation du carnaval de 2021. Voir notamment journal *Le Monde* 7 janvier 2022, « Covid-19 : la Guyane soumise à un nouveau couvre-feu, mais le carnaval maintenu samedi ».

Par-delà les préoccupations culturelles bien sûr très importantes, et sans doute les plus propres à emporter l'adhésion gouvernementale, le sauvetage du carnaval était aussi, et pourquoi ne pas dire surtout, celui d'un élément structurant de la société guyanaise, porteur de sens et d'échange pour toutes les générations[12]. La mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire en Guyane française a néanmoins conféré un enjeu beaucoup plus large à la préservation du lien social.

II. Le maintien du lien social

Dans sa présentation de travaux collectifs réalisés pour le projet de recherche *Territoires, populations et COVID-19 (TEPCOV),* Mme Frédérique Groène s'est référée fortement à l'importance de « tout l'axe social ». M. Bruno Apouyou, président du Grand conseil coutumier, nous a également fait partager la forte dimension sociale associée à la pandémie, dans des communautés où tout le monde est tombé malade, ou, du moins s'est perçu comme tel. En temps ordinaire, les relations au sein d'une société humaine et les solidarités qu'elles génèrent trouvent largement appui dans l'ensemble des activités, qu'elles soient professionnelles ou scolaires, associatives, religieuses, ou de simples loisirs. Inévitablement, les restrictions d'activités et de déplacement résultant de l'état d'urgence sanitaire ont bouleversé ou réduit à néant des échanges parfois quotidiens, si entrés dans les habitudes qu'ils pouvaient passer inaperçus. Le risque d'isolement pouvait prendre un tour particulièrement dangereux pour les personnes les plus vulnérables, matériellement ou psychologiquement[13].

Chaque individu a pu concourir à la sauvegarde d'un lien social, à sa façon, avec ses possibilités et même parfois, n'ayons pas peur de le dire, en prenant quelques libertés avec les arrêtés préfectoraux. Nous pouvons penser ici aussi bien à de très autorisés appels téléphoniques qu'à des visites du dimanche malgré le couvre-feu du week-end. Dans une analyse plus générale, les contributions de cette journée d'étude ont remis en évidence à la fois des interventions institutionnelles et des actions plus informelles pour la protection du lien social.

A. La protection institutionnelle du lien social

Aucune contribution de la journée n'a porté, il est vrai, directement sur une action des pouvoirs publics pour contrer la dégradation du lien social du fait de l'état d'urgence sanitaire. Nous avons toutefois déjà noté cette préoccupation, au moins en arrière-plan, à propos de l'autorisation limitée des manifestations carnavalesques. Relevons aussi que la protection du lien social n'a jamais été très loin dans les dispositifs de continuité éducative du rectorat de l'académie de Guyane. Mme la DAASEN a insisté sur le souci de concilier l'usage de technologies numériques et l'absence d'accroissement des inégalités. Pour sa part, Mme la Doyenne des IA-IPR est revenue sur le déploiement de dispositifs particuliers pour les publics

[12] Sur ces fonctions du carnaval guyanais, voir spécialement : Marie-José Jolivet, « Créolisation et intégration dans le carnaval de Guyane », *Cahiers des sciences humaines*, 30 (3), 1994, p. 531-549.

[13] Rappr., à l'échelle de la planète : Bertrand Badie, « La crise sanitaire mondiale a des effets catastrophiques sur la pauvreté », *Solidarité internationale*, 17 juillet 2020.

scolaires les plus fragiles et avec lesquels les contacts étaient les plus difficiles.

Gardons-nous encore d'oublier les actions des communes et spécialement ce que l'intervention de M. Michel-Ange Jérémie nous a appris sur celles de la municipalité de Sinnamary. M. Jérémie nous a rappelé, avec beaucoup de conviction, toute l'importance de la création par sa commune d'un pôle de cohésion sociale, qui a notamment pu organiser au mieux la visite de personnes âgées, malades ou en situation de handicap. Nous avons noté également l'appui de la commune de Sinnamary, après le grand confinement, à la reprise des compétitions sportives, grâce à l'organisation de tests de dépistage du Covid-19 pour chaque match. Nous pouvions être très enclins à approuver M. le maire de Sinnamary lorsqu'il a regretté que les services de l'État l'aient écouté mais pas entendu et ne l'aient pas laissé davantage mettre en place une gestion de la crise sanitaire au plus proche des administrés[14].

Nous pouvons peut-être cependant trouver un peu de consolation ou avoir moins de regrets, dès lors que certaines carences de la préservation institutionnelle du lien social ont pu être comblées par des initiatives plus informelles.

B. La protection informelle du lien social

La sauvegarde d'un vivre-ensemble compatible avec la pandémie a pu trouver un soutien dans les comportements personnels de décideurs publics qui ont su prendre le temps de l'écoute et de l'information. Avec M. Bruno Apouyou, nous pouvons regretter que tous ces acteurs n'aient pas fait, ou pas constamment, cet effort d'explications. Des démarches plus générales en ce sens auraient pu éviter des sentiments d'angoisse et d'abandon, soulignés par Mme Frédérique Groène surtout dans des communautés traditionnelles amérindiennes ou bushinengé. Peut-être certaines informations d'une exactitude impeccable ont-elles été trop techniques, ou trop décalées culturellement, pour être vraiment signifiantes[15].

Cette journée d'étude nous a cependant fait découvrir une illustration très remarquable d'actions informelles de solidarité. L'intervention de Mme Inès Monronta nous a fait mesurer toute l'importance du travail de terrain de l'association franco-dominicaine de Guyane, dans le quartier du village chinois de Cayenne. Mme Moronta nous a fait partager son expérience de livraison de colis alimentaires à des personnes et des familles beaucoup plus nombreuses qu'avant la pandémie et pas seulement dominicaines ni étrangères.

Nous avons grande envie de clôturer ces propos de conclusions sur ce très bel exemple d'entraide, au revers de tous les replis sur soi que les

[14] Sans qu'on puisse, il est vrai, faire abstraction d'enjeux de pouvoir entre l'État et les collectivités territoriales, surtout dans une Guyane toujours en réflexion sur son évolution statutaire. Voir notamment sur ce point : Stéphane Granger, « La pandémie du covid-19 en Guyane, un révélateur des tensions propres à une société ultramarine », *Études caribéennes*, 49, août 2021.

[15] Mais le prisme culturel peut aussi recéler ses propres menaces. Pour un classique de la dénonciation de la « culture dangereuse » : Finkielkraut, *La défaite de la pensée*, Paris, Gallimard, 1987.

confinements ou semi-confinements ont favorisés[16]. Peut-être pourtant objectera-t-on que c'est une sortie trop facile, bien commode pour dissimuler ou faire oublier toutes les insuffisances du bilan de l'état d'urgence sanitaire en Guyane française. Notre journée d'étude n'a pas occulté ces limites. Comme nous y invitait M. le préfet Thierry Queffelec, n'oublions pas néanmoins le coût humain finalement, et heureusement, restreint de la pandémie en Guyane française. Il serait bien présomptueux de soutenir que les mesures d'état d'urgence sanitaire et leur mise en œuvre n'y sont pour rien. Alors, reconnaissons certes le bilan imparfait de l'état d'urgence sanitaire en Guyane mais gardons-nous de conclure à un bilan indigne.

[16] Et en tant qu'enseignant de l'Université de Guyane, nous voudrions y ajouter les actions de distribution de paniers repas initiées par le vice-président étudiant Andrew Ramdowar au plus fort du grand confinement, au profit notamment des étudiants isolés des résidences universitaires de Troubiran et de Baduel.

2. L’Union européenne et la Guyane

L'Union européenne et la Guyane : l'intégration différenciée du droit de l'outre-mer européen

Didier Blanc

Professeur de droit public, Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé (IRDEIC), Université Toulouse Capitole

Les relations entre l'Union européenne et la Guyane sont marquées du sceau de la singularité à l'instar de celle avec la France hexagonale, ou européenne. En d'autres termes, en réponse à la spécificité guyanaise tenant dans son éloignement de l'espace continental européen, de son histoire, de son climat, de sa faible population, de son développement socio-économique et culturel, la loi lui a permis d'accéder au statut original de collectivité territoriale unique, quand dans le même temps, le droit de l'Union européenne assure une prise en compte de la situation unique dans l'Union de la Guyane. Ainsi que le fait observer Tristan Aoustin, la Guyane est le « seul territoire continental de cette organisation européenne en Amérique du Sud » [1]. Sans être directement et juridiquement liée, la différenciation accordée par le droit de l'Union doit être mise en parallèle avec les évolutions du droit interne dès lors qu'elles épousent des développements comparables.

Sans que le processus soit achevé la tendance est incontestablement à une meilleure prise en compte des spécificités de l'outre-mer européen, même s'il reste lié aux conceptions internes dont il n'est d'une certaine manière que la projection en ce sens que les États membres de l'Union possédant des territoires d'outre-mer sont attachés à la prise en compte de la situation de cette Europe hors d'Europe[2].

À l'origine de la construction communautaire, l'outre-mer européen est absent des débats. Le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) n'en fait pas mention, ce qui est naturel dès lors que l'outre-mer était pour l'essentiel, dépourvu de mines de charbon et d'une industrie sidérurgique. En revanche, les deux traités signés à Rome, le 25 mars 1957, s'appliquent dans dans les territoires des Etats fondateurs, y compris quand ils sont situés hors de l'Europe géographique. Cela n'est pas fortuit, dès le Préambule il est indiqué que les États entendent

> « confirmer la solidarité qui lie l'Europe et les pays d'outre-mer, et désirent assurer le développement de leur prospérité, conformément aux principes de la Charte des Nations-Unies ».

[1] Géraldine Giraudeau et Mathieu Maisonneuve (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer,* Paris, Lexisnexis, 2021, p. 257.
[2] Voir Danielle Perrot, « Les 60 ans du traité de Rome, l'Europe hors d'Europe », *Rev. UE*, 2017, décembre, n° 613, p. 625.

Sur cette base, l'art. 227 § 2 et § 3 CEE pose un double régime d'une application sélective pour l'Algérie et les « départements français d'outre-mer » (DFOM) et, d'autre part, pour les « pays et territoires d'outre-mer » (PTOM). Les rédacteurs des traités ont fait un choix éloigné du modèle de l'identité législative de la loi de 1946[3] puisqu'une partie du Traité CEE s'applique dès l'entrée en vigueur du traité pour les DFOM (la libre circulation des marchandises, l'agriculture, la libération des services, les règles de concurrence, les mesures de sauvegarde prévues aux articles 108, 109 et 226 CEE). Tandis que pour les PTOM, un régime spécial dit d'association interne est préféré ; l'association exclut par principe l'intégration, bien qu'elle puisse la préparer[4]. Il est prévu par la suite par l'article 227 CEE § 2 *in fine* que des dispositions particulières puissent être adoptées à la suite de décisions par le Conseil des ministres au bout d'un délai de deux ans, ce qu'il fera tout au long des années 1960 et 1970[5]. Ce régime d'application sélective s'explique principalement par l'éloignement du territoire du marché commun, centré sur une Union douanière, adossée à trois libertés de circulation (des travailleurs, des marchandises et des biens, des capitaux) et à une double liberté d'établissement et liberté de prestation de services.

À côté des dispositions des traités et du droit dérivé, comme souvent en matière européenne, le rôle du juge va être déterminant. Par un arrêt *Hansen* du 10 octobre 1978[6], la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) considère que l'intégralité du droit communautaire est applicable de plein droit dans les DFOM, depuis 1960, soit deux ans après le délai prévu à l'article 227 CEE § 2. Cet arrêt à la gloire posthume, ayant échappé à la doctrine, dit le peu d'intérêt pour un droit de l'outre-mer européen en construction. Il est vrai que le processus d'indépendance et le nombre limité de territoires concernés (le traité ne mentionnant que l'Algérie et les DOM) explique la faible mobilisation du Conseil plus attaché à mettre en place les règles générales du marché commun, sans compter des difficultés concernant un processus décisionnel grippé à partir de la crise de la chaise vide au milieu des années 1960.

Cet arrêt *Hansen* représente à sa façon une révolution copernicienne, là où la lecture dominante était que le champ d'application était étendu par le Conseil au bout de deux ans, la CJCE fait une interprétation littérale et inverse :

> « qu'après l'expiration de ce délai, les dispositions du traité et du droit dérivé doivent donc s'appliquer de plein droit aux DOM, en tant qu'ils font partie intégrante de la République française, étant cependant entendu qu'il reste toujours possible de prévoir

[3] Loi n° 46-451 tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe, de la Martinique, de La Réunion et de la Guyane française, *JORF*, 20 mars 1946, p. 2294. Voir Olivier Dupéré, *Les sources juridiques de la départementalisation ultra-marine*, Institut universitaire Varenne, coll. Kultura, 2017, 222 p.

[4] Voir Faneva Rakotondrahaso, « Pays et Territoires d'Outre-mer (PTOM) », *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, *op. cit*., p. 418 et s.

[5] Voir Emmanuel Jos et Danielle Perrot, *Les départements français d'outre-Mer et le droit de l'Union européenne, Les grands textes*, Paris, La documentation française, 2000, II partie, p. 31-196.

[6] CJCE, 10 octobre 1978, *Hansen c. Hauptzollamt Flensburg,* aff. 148/77, ECLI:EU:C:1978:173.

> ultérieurement des mesures spécifiques en vue de répondre aux besoins de ces territoires. »

En contrepartie donc la CJCE met en avant « les plus larges possibilités de prévoir des dispositions particulières ». En raisonnant de la sorte, la CJCE s'inspire d'une certaine manière du principe de l'identité législative en considérant que les DFOM font partie intégrante de la France et doivent à ce titre relever de l'intégration européenne.

En refermant ainsi le régime de l'application sélective, la CJCE ouvre la voie à une intégration différenciée (I) dont certains volets sont particulièrement illustrés par la collectivité territoriale de Guyane (II).

I. L'intégration différenciée du droit de l'outre-mer européen

Le renversement de perspective opéré par l'arrêt *Hansen* va prospérer à la suite de l'adhésion de l'Espagne et du Portugal en 1986. L'Acte d'adhésion des deux États contient plusieurs textes mettant en œuvre des dispositions particulières visant pour l'Espagne, les Canaries et pour le Portugal, Madère et les Açores. Ainsi, à la charnière des années 1980 et 1990, les DOM, dont la Guyane, sont à la fois concernés par le droit commun du droit communautaire et par « les plus larges possibilités de prévoir des dispositions particulières ». De sorte que cela annonce le régime à venir de l'intégration différenciée étant entendu que ces dispositions particulières visent le droit dérivé, non le droit primaire. Le premier pave le chemin (A) conduisant le second (B) à la création du statut de régions ultrapériphériques (RUP).

A. La reconnaissance d'un régime spécifique par le droit dérivé

Parmi les textes de droit dérivé attestant d'une application différenciée, quatre grands domaines apparaissent : la Politique agricole commune (PAC), le secteur des transports et en particulier les services aériens, la fiscalité et la politique de cohésion. Sans entrer dans le détail de dispositions vieilles de plus de 30 ans mais ayant survécu jusqu'à nos jours *(*cf. *infra*), en matière de fiscalité, l'octroi de mer pourtant considéré comme une taxe d'effet équivalent contraire à la libre circulation des marchandises fait l'objet de la décision 89/688/CEE du Conseil du 22 décembre 1989 lui conférant une base européenne[7]. Simultanément, durant cette période, est mis en place un programme d'options spécifiques instituant à l'éloignement et à l'insularité des DOM » ou POSEIDOM[8], présenté comme un programme-cadre cohérent relatif à tous les domaines communautaires intéressant ces territoires décliné en POSEICAN pour les Canaries et POSEIMA pour Madère et l'initiative communautaire REGIS (pour Régions isolés).

---

[7] Décision 89/688/CEE du Conseil du 22 décembre 1989, relative au régime de l'octroi de mer dans les départements français d'outre-mer, *JOCE* L 399 du 30 décembre 1989 p. 46. Sur cette question : Faneva Rakotondrahaso, « Octroi de mer et départementalisation », in Didier Blanc et François Cafarelli, *1946-2016 : Soixante-dix ans de départementalisation ultra-marine : entre unité constitutionnelle et diversité législative dans la République*, Aix-Marseille, PUAM, coll. Droit d'outre-mer, 2018, p. 189 et s.

[8] Décision du Conseil du 22 décembre 1989, POSEIDOM (89/687/CEE), *JOCE* L 399, 31 décembre 1989, p. 39.

Pout autant, les esprits ne sont pas encore prêts à une inscription d'un régime spécifique dans les traités. À l'occasion de celui de Maastricht, la déclaration n° 26 relative aux régions ultrapériphériques de la Communauté affirme :

> « La Conférence reconnaît que les régions ultrapériphériques de la Communauté (départements français d'outre-mer, Açores et Madère et îles Canaries) subissent un retard structurel important aggravé par plusieurs phénomènes (grand éloignement, insularité, faible superficie, relief et climat difficile, dépendance économique vis-à-vis de quelques produits) dont la constance et le cumul portent lourdement préjudice à leur développement économique et social.
>
> Elle estime que, si les dispositions du traité instituant la Communauté européenne et du droit dérivé s'appliquent de plein droit aux régions ultrapériphériques, il reste possible d'adopter des mesures spécifiques en leur faveur, dans la mesure et aussi longtemps qu'il existe un besoin objectif de prendre de telles mesures en vue d'un développement économique et social de ces régions. Ces mesures doivent viser à la fois l'objectif de l'achèvement du marché intérieur et celui d'une reconnaissance de la réalité régionale en vue de permettre à ces régions de rattraper le niveau économique et social moyen de la Communauté ».

Ainsi la notion de RUP fait son entrée dans le vocabulaire européen, mais elle se fait d'une certaine manière par la petite porte d'une déclaration annexée au traité sans valeur normative[9].

L'étape va être franchie à la faveur de la révision des traités la plus proche : celle opérée par le traité d'Amsterdam.

B. La reconnaissance du statut de régions ultrapériphériques par le droit primaire

Le traité d'Amsterdam marque l'acte de naissance des RUP selon les termes de l'article 299 TCE[10] et avec elles l'intégration différenciée de l'outre-mer européen. Cette démarche ressemble à s'y méprendre à

[9] La paternité de l'expression est en général attribuée à M. Mota Amaral, président de la région autonome des Açores de 1976 à 1995.

[10] « Les dispositions du présent traité sont applicables aux départements français d'outremer, aux Açores, à Madère et aux îles Canaries.
Toutefois, compte tenu de la situation économique et sociale structurelle des départements français d'outre-mer, des Açores, de Madère et des îles Canaries, qui est aggravée par leur éloignement, l'insularité, leur faible superficie, le relief et le climat difficiles, leur dépendance économique vis-à-vis d'un petit nombre de produits, facteurs dont la permanence et la combinaison nuisent gravement à leur développement, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, arrête des mesures spécifiques visant, en particulier, à fixer les conditions de l'application du présent traité à ces régions, y compris les politiques communes.
Le Conseil, en arrêtant les mesures visées au deuxième alinéa, tient compte des domaines tels que les politiques douanières et commerciales, la politique fiscale, les zones franches, les politiques dans les domaines de l'agriculture et de la pêche, les conditions d'approvisionnement en matières premières et en biens de consommation de première nécessité, les aides d'État, et les conditions d'accès aux fonds structurels et aux programmes horizontaux de la Communauté.
Le Conseil arrête les mesures visées au deuxième alinéa en tenant compte des caractéristiques et contraintes particulières des régions ultrapériphériques sans nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique communautaire, y compris le marché intérieur et les politiques communes ».

l'identité législative énoncée à l'article 73 de la Constitution[11]. Au contraire de l'article 227 CEE, aucun domaine n'est mentionné et une logique comparable à l'identité législative transpire avec la recherche d'un équilibre entre identité (intégration) et l'altérité (différenciation), débouchant sur une expression aux allures d'oxymore : l'intégration différenciée.

Ce dispositif qui sert de point d'ancrage aux RUP a été clarifié et conforté par le traité de Lisbonne. Ainsi l'article 349 TFUE[12] apporte deux changements. Le choix d'une liste énumérative est fait en lieu et place d'un renvoi à des catégories forgées par le droit interne[13]. Il en découle nécessairement l'indépendance entre le statut constitutionnel interne et européen. La contrepartie de cette constitutionnalisation des RUP tient dans la mobilité statutaire telle que prévue à l'article 355 § 6 TFUE[14]. Mayotte[15] est ainsi devenue à partir du 1er janvier 2014 une RUP, abandonnant le statut de PTOM tandis que Saint Barthélemy[16] l'avait précédé en faisant le chemin inverse.

Ce changement statutaire a nourri la jurisprudence de la CJUE qui a eu un effet accélérateur s'agissant de la prise en compte de la spécificité de l'outre-mer européen. Par son arrêt rendu en grande chambre du 15 décembre 2015[17], la Cour apporte plusieurs précisions dont d'une part

---

[11] Voir Ferdinand Mélin-Soucramanien, « Les collectivités territoriales régies par l'article 73 », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 35, p. 25 et s.

[12] « Compte tenu de la situation économique et sociale structurelle de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique, de la Réunion, de Saint Barthélemy, de Saint Martin, des Açores, de Madère et des îles Canaries, qui est aggravée par leur éloignement, l'insularité, leur faible superficie, le relief et le climat difficiles, leur dépendance économique vis-à-vis d'un petit nombre de produits, facteurs dont la permanence et la combinaison nuisent gravement à leur développement, le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, arrête des mesures spécifiques visant, en particulier, à fixer les conditions de l'application des traités à ces régions, y compris les politiques communes. Lorsque les mesures spécifiques en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen.

Les mesures visées au premier alinéa portent notamment sur les politiques douanières et commerciales, la politique fiscale, les zones franches, les politiques dans les domaines de l'agriculture et de la pêche, les conditions d'approvisionnement en matières premières et en biens de consommation de première nécessité, les aides d'État et les conditions d'accès aux fonds structurels et aux programmes horizontaux de l'Union.

Le Conseil arrête les mesures visées au premier alinéa en tenant compte des caractéristiques et contraintes particulières des régions ultrapériphériques sans nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique de l'Union, y compris le marché intérieur et les politiques communes.

[13] Voir Danielle Perrot, « Les Régions ultrapériphériques françaises selon le Traité de Lisbonne », *RTDE*, 2009, n° 4, p. 732 et s.

[14] « Le Conseil européen, sur initiative de l'État membre concerné, peut adopter une décision modifiant le statut à l'égard de l'Union d'un pays ou territoire danois, français ou néerlandais visé aux paragraphes 1 (RUP) et 2 (PTOM). Le Conseil européen statue à l'unanimité, après consultation de la Commission ».

[15] Décision n° 2012/419/UE du 11 juillet 2012 modifiant le statut à l'égard de l'Union européenne de Mayotte, *JOUE* L 204, 31 juillet 2012, p. 131. Voir Hélène Pongérard-Payet, « Les principales implications de l'octroi du statut de région ultrapériphérique au département de Mayotte », in Didier Blanc et François Cafarelli (dir.), *op. cit*., p. 199.

[16] Décision (2010/718/UE) du Conseil européen, du 29 octobre 2010, *JOUE* L 325, 9 décembre 2010, p. 1. Voir Loïc Grard, « Quel statut européen pour la collectivité outre-mer de Saint-Martin ? », *AJDA*, 29 juin 2015, n° 22, p. 1252 et s.

[17] Parlement et Commission c/ Conseil, soutenu par Espagne, France et Portugal, aff. jtes C-132/14 à C-136/14**,** ECLI:EU:C:2015:813. Obs. Denys Simon, *Europe*, 2016, Comm. 39,

le fait que la différenciation vaut aussi bien pour le droit primaire que pour le droit dérivé contrairement à la position défendue par la Commission et d'autre part le fait qu'elle est amenée à vérifier que le législateur européen prend bien en compte la « situation structurelle » du RUP. Ce lien de rattachement de la mesure spécifique envisagée avec des caractéristiques et contraintes particulières des régions ultrapériphériques suffit-il à fonder la différenciation ? Autrement dit, si la différenciation est généralisée, valant aussi bien pour le droit primaire que pour le droit dérivé, elle doit être justifiée par la situation. Par ailleurs, la CJUE considère que les mesures d'adaptation ne se bornent pas à prendre en compte « la situation économique et sociale structurelle », mais peuvent aussi porter sur d'autres champs non expressément mentionnées comme l'environnement. Cette jurisprudence soulève néanmoins quelques difficultés tenant dans une potentielle limitation du rôle du Parlement européen puisque la législation adoptée est censée échapper à la procédure législative ordinaire et être soumise à la procédure législative spéciale[18].

À partir de cette décision, la Commission[19] et le Parlement européen[20] vont témoigner d'une attention renforcée à l'égard des RUP dont va bénéficier la Guyane.

II. L'intégration différenciée au prisme de la Guyane

Parmi les territoires ultramarins européens, la Guyane se distingue à maints égards. Située en Amérique du Sud, elle est la seule RUP continentale, au surplus très vaste, couvrant une superficie comparable à la région Nouvelle Aquitaine ; plus de 90 % de son territoire est constitué d'une jungle équatoriale. Sa population avoisinant les 250 000 habitants en fait le département d'outre-mer le moins peuplé. Enfin, son PIB par habitant est nettement inférieur, à l'exception de Mayotte, aux autres RUP françaises[21]. Celle qu'on pourrait ainsi présenter comme une RUP aggravée a accueilli la 22ème conférence des présidents des RUP, qui s'est tenue à Kourou, le 26 octobre 2017, en présence du Président de la République, M. Emmanuel Macron et du président de la Commission européenne, M. Jean-Claude Juncker. À cette occasion a naturellement été rappelée l'attention portée aux RUP, qui s'agissant de la Guyane peut être doublement illustrée, par une fiscalité dérogatoire (A) et par une

p. 14-15 ; Danielle Perrot, « La première interprétation de l'article 349 TFUE par la CJUE », *Rev. UE*, 2017, n° 604, p. 40 et s.

[18] Voir Didier Blanc, « L'Union européenne et ses outre-mer : quand l'exception devient commune », in Éric Carpano et Gaëlle Marti (dir.), *L'exception en droit de l'Union européenne,* Rennes, PUR, coll. Droits européens, 2019, p. 267 et s.

[19] Un partenariat stratégique renouvelé et renforcé avec les régions ultrapériphériques de l'Union européenne, COM(2017) 623 final, 24 octobre 2017. La communication du 23 mars 2020 COM(2020) 104 final est relative à la mise en œuvre de la précédente communication de 2017. Dans ce cadre, la Commission a lancé une consultation 8 juillet 2021-4 novembre 2021, pour qu'elle adapte le partenariat stratégique noué avec les régions ultrapériphériques de l'Union en fonction des nouvelles priorités de l'UE. En vue d'une Communication sur les Régions ultrapériphériques comme partenaires clé d'une relance verte, numérique et équitable.

[20] Résolution du Parlement européen du 6 juillet 2017 sur la promotion de la cohésion et du développement dans les régions ultrapériphériques de l'Union : application de l'article 349 du traité FUE.

[21] Pour un horizon des données touchant la Guyane en particulier et les outre-mer français : Jean-Christophe Gay, L*a France d'Outre-mer – Terres éparses, sociétés vivantes*, Malakoff, Armand Collin, 2021, 285 p.

politique de cohésion (B), expression de la solidarité européenne. À chaque fois, l'intégration différenciée repose sur une différenciation normative emportant des effets financiers.

A. Une fiscalité dérogatoire

Figurant parmi les plus anciennes taxes du système fiscal français l'octroi de merest applicable pour la Guyane depuis 1878. À la suite de l'exigence de la suppression de toutes taxes douanières nécessaires à l'établissement du marché commun, il est formé de deux volets[22]. D'une part, l'octroi de mer externe (OME) qui s'applique aux marchandises importées, sur la valeur en douane de ces marchandises. L'OME compense les surcoûts qui affectent la production locale par rapport au même produit importé. D'autre part, au titre de la non-discrimination entre produits importés et produits locaux, le droit communautaire a posé l'obligation de l'instauration d'un octroi de mer interne (OMI), au taux toutefois moins élevé que l'OME. Cet OMI s'applique aux livraisons de biens faites à titre onéreux par des personnes qui exercent des activités de production, l'assiette étant alors le prix de vente hors taxe de ces biens. Par conséquent, la production et la transformation locales sont concernées. Jusqu'à récemment, les livraisons à titre onéreux de biens meubles réalisées par les personnes dont le chiffre d'affaires annuel relatif à leur activité de production était supérieur à 300 000, en étaient exonérés. Ce seuil est récemment passé à 450 000 et entraîne une plus grande exonération, traduisant au passage une plus grande prise en compte de la spécificité ultramarine[23]. De plus, certains secteurs locaux en sont exonérés comme l'agriculture ou le BTP, si bien que moins d'une centaine d'entreprises guyanaises sur des milliers est soumis à l'OMI. En revanche, les entreprises importatrices s'acquittent des deux octrois de mer, interne et externe.

Vient s'ajouter à l'octroi de mer un octroi de mer régional, qui a la même assiette que l'octroi de mer et dont les taux sont également votés par l'assemblée disposant des compétences régionales, en l'occurrence la collectivité territoriale de Guyane (CTG). Toutefois, les taux de l'octroi de mer régional ne peuvent excéder 2,5 %. Cet octroi de mer régional est une ressource exclusive des régions d'outre-mer. Il est à noter que dans le contexte de la crise sanitaire, la CTG a décidé d'exonérations exceptionnelles lors de l'importation des matières premières nécessaires à la fabrication de visières de protection et de gels hydroalcooliques.

Cette ressource fiscale frappant à la fois les importations de marchandises et les activités de production en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à Mayotte et à La Réunion, a été prolongée jusqu'au 31 décembre 2027 par la décision (UE) 2021/991 du Conseil du 7 juin 2021. Elle contient en annexe une liste de produits pour chaque territoire concerné, au total 635 produits sont mentionnés pour la Guyane.

---

[22] Voir le Rapport n° 407 (2014-2015) de M. Éric Doligé, fait au nom de la commission des finances, sur le projet de loi modifiant la loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004 relative à l'octroi de mer, déposé le 15 avril 2015.

[23] Décision (UE) 2021/991 du Conseil du 7 juin 2021 relative au régime de l'octroi de mer dans les régions ultrapériphériques françaises et modifiant la décision n° 940/2014/UE, *JOUE* L 222, 21 juin 2021, p. 1

Les recettes pour la Guyane en 2017 sont de 172 millions d'euros, si bien que l'octroi de mer représente 50 % de la fiscalité guyanaise et environ 40 % des recettes des communes et de la CTG[24]. Le taux moyen pratiqué est de l'ordre de 15 % en Guyane contre par exemple 7 % en Guadeloupe et en Martinique. L'absence d'alignement des taux d'octroi de mer a incité les importateurs à se faire livrer les biens frappés d'octroi de mer dans la région dans laquelle le taux est le plus faible et à les faire réexpédier dans leur région. Cette pratique est à l'origine de la décision n° 2018-750/751 QPC du 7 décembre 2018 au terme de laquelle le Conseil constitutionnel considère que le principe d'égalité devant la loi ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. L'objectif de la loi étant de ne pas mettre d'obstacles au commerce entre outre-mer, des taux différents s'agissant de l'octroi de mer ne contreviennent pas au principe posé à l'article 6 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen. Il reste que le Sénat propose d'harmoniser autant que possible les grilles de taux d'octroi de mer entre territoires géographiquement proches, notamment pour le marché unique antillais et la Guyane[25].

Au final, l'octroi de mer est une des principales causes de la vie chère en outre-mer en général et en Guyane en particulier. Pesant sur les prix à la consommation, il participe largement au financement des collectivités territoriales ultramarines. Ce choix politique ne doit rien au droit de l'Union, dont la pente vise au contraire sa suppression.

Autre élément spécifique en matière de fiscalité s'agissant de la Guyane, et sans exhaustivité, un taux réduit est permis pour les rhums produits en Guyane. Par une décision du 17 novembre 2017**,** l'Union européenne a relevé le volume du contingent annuel de rhum à fiscalité réduite à 144 000 HAP[26]. Il s'agit d'une prise en compte supplémentaire de la spécificité guyanaise irriguant l'ensemble de la politique de cohésion de l'Union en Guyane.

B. La politique de cohésion de l'Union en Guyane

La politique de cohésion est depuis 1988 l'objet d'une programmation financière pluri-annuelle. La précédente période allant de 2014-2020, l'actuelle court de 2021 à 2027, toutefois sa mise en œuvre s'est heurtée à la crise sanitaire couvrant les annéers 2020 et 2021. Quoi qu'il en soit, le régime juridique de la politique de cohésion est adossé au cadre financier pluriannuel couvrant la même période (CFP) et il convient de souligner que sur les 330 milliards d'euros alloués de 2014 à 2020, les

[24] Rapport d'information n° 651 (2019-2020), fait au nom de la délégation sénatoriale aux outre-mer sur les enjeux financiers et fiscaux européens pour les outre-mer en 2020, par Mme Vivette Lopez, MM. Gilbert Roger et Dominique Théophile, 16 juillet 2020, p. 63. Le produit des impôts locaux et de l'impôt sur les sociétés est respectivement de 135 et de 31 millions.

[25] *Ibid.*, p. 67.

[26] Décision (UE) 2017/2152 du conseil du 15 novembre 2017 modifiant la décision n° 189/2014/UE autorisant la France à appliquer un taux réduit concernant certaines taxes indirectes sur le rhum « traditionnel » produit en Guadeloupe, en Guyane française, en Martinique et à La Réunion, *JOUE* L 34, 21 novembre 2017, p. 1.

RUP ont bénéficié d'un financement supplémentaire de près de 2 milliards d'euros (1,9 alors que la Commission proposait 1,45 milliards d'euros) portant l'enveloppe globale à 4,9 milliards d'euros.

Le cadre juridique gouvernant la période 2021-2027 est issu de l'importante réforme du 24 juin 2021. La Guyane est à titre principal concernée par les règlements 2021/1060 et 2021/1059[27]. Le régime en vigueur pour les RUP est à grands traits le suivant. Initialement la Commission souhaitait que les investissements se concentrent sur des domaines prioritaires pour l'Union (numérique, environnement), investissement d'avenir. Cependant, alors qu'il existe des retards de développement dans certains RUP, la priorité n'est pas nécessairement dans le financement de projets innovants et au numérique. Des territoires encore confrontés à des retards structurels importants, notamment pour l'eau, les déchets, le transport. De même, les RUP échappent à la concentration thématique et à des exclusions par exemple en matière d'investissements dans les infrastructures aéroportuaires, ou d'investissements dans l'élimination des déchets par la mise en décharge. De plus, le taux de cofinancement demeure à 85 % pour les RUP alors que la Commission proposait d'abaisser ce taux à 70 %. Enfin, la coopération territoriale européenne (CTE) fait désormais l'objet d'un volet spécifique pour la coopération faisant intervenir les régions ultrapériphériques (volet D) doté d'une enveloppe de 281 millions d'euros. Il est à préciser que les RUP sont aussi concernées par le fonds pour une transition juste bénéficiant de 17 milliards d'euros.

Concernant la période en cours de programmation, sur les 4,9 milliards d'euros prévus pour les RUP françaises, la Guyane s'est vue attribuer 608,6 millions d'euros. Auxquels s'ajoute au titre de REACT-EU (acronyme de *Recovery Assistance for Cohesion and the Territories of Europe*) liées au Covid-19 et finançant une relance économique verte, numérique et résiliente. L'enveloppe dédiée à la Guyane devrait avoisiner 130 millions d'euros. Ces moyens financiers sont alloués à des programmes opérationnels (PO) établis en fonction du cadre européen qui leur accorde une différenciation. Ainsi, depuis la programmation 2007-2013 une allocation spécifique RUP est versée au titre du FEDER. Cette allocation n'est pas soumise à concentration thématique, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas se concentrer sur certains domaines jugés prioritaires par l'Union européenne. Les RUP peuvent ainsi affecter cette allocation où ils le souhaitent.

Quatre PO concernent la Guyane. 3 visent l'objectif 1 de la politique de cohésion : Investir dans la croissance et l'emploi (ICE). La gestion est

[27] Règlement (UE) 2021/1060 du Parlement européen et du Conseil du 24 juin 2021 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen plus, au Fonds de cohésion, au Fonds pour une transition juste et au Fonds européen pour les affaires maritimes, la pêche et l'aquaculture, et établissant les règles financières applicables à ces Fonds et au Fonds « Asile, migration et intégration », au Fonds pour la sécurité intérieure et à l'instrument de soutien financier à la gestion des frontières et à la politique des visas ; règlement (UE) 2021/1059 du Parlement européen et du Conseil du 24 juin 2021 portant dispositions particulières relatives à l'objectif «Coopération territoriale européenne» (Interreg) soutenu par le Fonds européen de développement régional et les instruments de financement extérieur, respectivement *JOUE* L 231, 30 juin 2021, p. 15 et p. 94.

assurée par la CTG dans le cadre de la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles du 27 janvier 2014, dite MAPTAM. Par exemple, le PO du Fonds Européen de Développement Régional (FEDER) couplé au Fonds Social Européen (FSE) pour la Guyane était doté de 391,2 millions d'euros de crédits européens pour la période 2014-2020 (300 pour 2007-2013). Poursuivant 10 axes prioritaires dont la Recherche, l'Innovation, l'Économie son enveloppe était de 86 millions d'euros, ou encore les surcoûts liés à l'ultrapériphéricité, faisaient l'objet d'une dotation de 52 millions d'euros. À ce titre l'aménagement de l'aéroport de Maripasoula a pu bénéficier de 780 000 euros. C'est aussi dans ce cadre qu'est financé le Service militaire adapté (SMA) de Guyane. Créé en 1961, il est dédié à l'insertion socioprofessionnelle des jeunes guyanais âgés de 18 à 25 ans. La part en fonctionnement de son budget s'élevant à 6,5 M€ est assuré par le FEDER et le FSE. S'agissant de l'application du prochain cadre financier, les négociations en cours entre la France et la Commission ne permettent pas d'en connaître le montant, si bien que la programmation n'en est qu'à ses débuts. Parrallèlement, les effets de la précédente se poursuivent jusqu'au 31 décembre 2023, voire au-delà dans certains cas[28].

Au total, au regard de ce qui précède, si l'Europe participe de l'avenir de la Guyane, d'une certaine manière l'Europe est aussi guyanaise.

[28] Lignes directrices de la Commission concernant la clôture des programmes opérationnels adoptés pour bénéficier d'une assistance du Fonds européen de développement régional, du Fonds social européen, du Fonds de cohésion et du Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche (2014-2020), Doc C 417, 14 octobre 2021.

II. Altérité

1. Handicap
2. Femmes
3. Autochtonie

1. Handicap

Étude diachronique et littéraire du handicap

Frédérique Marty

Doctorante en littérature,
Centre de recherche sur la littérature et la sociopoétique (CELIS),
École doctorale de l'Université Clermont-Auvergne

Depuis toujours considérés comme les avertissements, généralement inquiétants, des dieux, une naissance perçue comme monstrueuse n'avait de que peu de chance de survie. Ou elle était « exposée » c'est-à-dire abandonnée à la mort et aux bêtes sauvages ou elle se voyait utilisée comme bêtes de foires dans les entre-sorts. La question qui se posait n'était pas celle de leur destin mais celle de leur état : monstre ou humain ?

I. De l'animalité sans âme à l'infirme doué de raison

C'est à partir du XVIIIe siècle que l'Europe voit éclore une génération de philosophes dont la multiplicité des regards et des sensibilités diverses vient enrichir un débat national jusqu'ici réservé à quelques initiés. La dispute sur l'origine, la raison et la nature de l'altérité monstrueuse mais également l'attitude que doivent observer les hommes vis-à-vis d'elle, se déplace désormais sur la scène européenne, dans une réflexion intellectuelle où les tenants d'une forme de matérialisme – ou du moins d'empirisme – se trouvent confrontés au clergé, tenant des discours théologiques et bras droit des pouvoirs monarchiques, dont la puissance sur le destin de chacun a valeur d'arrêt ou de censure.

A. L'infirme au tournant du XVIIe siècle : un animal interrègne ?

Les philosophes de l'époque utilisent volontiers la comparaison entre l'altérité singulière et l'animal pour faire montre de leur difficulté – voire leur malaise – à situer ces êtres intergenres. Or il est pertinent de rappeler combien l'animal, au XVIIe siècle, est récurrent dans les représentations iconographiques comme dans les récits pour figurer l'étrangeté familière. Tant dans les contes de fées que dans les fables, l'animal, nanti de capacités humaines, se signale au spectateur ou au lecteur par son hybridité : il est l'inconnu qui donne à raconter.

Dans les récits à moralité comme ceux de La Fontaine, l'animalité peut constituer un déguisement propre à détourner une censure. Les animaux y tiennent le langage et le comportement des gens du temps : ils servent donc à mettre en exergue les défauts de notre espèce et non les leurs, qui n'intéressent que les naturalistes à la Buffon. Dans les contes de fées, lorsqu'un personnage procède à la fois de l'espèce humaine et animale, l'hybridité est toujours en sa défaveur. Le conte de *la Belle et la Bête* de Madame d'Aulnoy est caractéristique en ce sens. Les personnages

interrègnes interrogent et effraient car ils appartiennent à ce vestibule entre animalité et humanité qui est celui de la liminarité : ce seuil maudit de la monstruosité. L'animal hybride ou interrègne sert donc de révélateur du manque, du défaut, d'une famille ou d'une société ; il est le signe d'une erreur intrinsèque à un système. C'est en cela qu'il rejoint la vision qu'en avait le médecin Paré qui disait que « le monstre n'annonçait que des malheurs à venir » [1] : l'homme fantastique devient la manifestation classique d'une maladie qui, dans la fiction, est soignée par la fin de l'histoire où l'humanité blessée du personnage est restaurée. Le paysage intellectuel du temps s'en trouve orienté : l'animalité est partout.

B. L'infirme : un être sans âme

Ainsi le grand philosophe John Locke que l'on connaît pour sa défense de l'empirisme, formule cette analyse concernant les malades mentaux, nommés à l'époque « les imbéciles » :

> « L'idée de la figure, du mouvement et de la vie d'un homme destitué de raison, est aussi bien une idée distincte, et constitue aussi bien une espèce de chose distincte de l'homme et de la bête que l'idée de figure d'un âne accompagné de raison, serait différente de celle de l'homme ou de la bête et constituerait une espèce d'animal qui tiendrait le milieu entre l'homme et la bête, et qui serait distinct de l'un et de l'autre. »[2]

Cette idée peut très vite être taxée d'hérésie par les théologiens car seul l'homme possède une âme. Locke persiste alors en déclarant que toute enveloppe humaine n'a pas forcément d'âme :

> « Car il est aussi raisonnable d'affirmer que le corps mort d'un homme, en qui l'on ne peut trouver non plus d'apparence de vie ou de mouvement que dans une statue, renferme une âme vivante, que de dire qu'il y a une âme raisonnable dans un imbécile, parce qu'il a l'extérieur d'une créature raisonnable, quoique, durant tout le cours de sa vie, il ne paraisse dans ses actions aucune marque de raison si expresse que celle qu'on peut observer en plusieurs bêtes. »[3]

Locke termine sa dialectique en concluant que les imbéciles relèvent de la monstruosité, puisqu'en participant des deux espèces, ils n'en habitent aucune pleinement et occupent l'espace liminaire de l'hybridité.

> « Car je vous prie, qu'est-ce que le monstre, en ce cas-là (si le mot monstre signifie quoique ce soit) sinon une chose qui n'est ni homme ni bête, mais qui participe de l'un et de l'autre ? Or tel est justement l'imbécile dont on vient de parler. Tant il est nécessaire de renoncer à la notion commune des espèces et des essences, si nous voulons pénétrer véritablement dans la nature des choses mêmes, et les examiner, par ce que nos facultés nous y peuvent faire découvrir, en les considérant telles qu'elles existent et non pas par de vaines fantaisies dont on s'est entêté sur leur sujet sans aucun fondement. »[4]

---

[1] Voir *infra*.

[2] John Locke, *Œuvres philosophiques*, nouvelle édition revue par M. Thurot, *De l'entendement humain*, Paris, éditions Bossange Père et Firmin Didot, 1822, (deux volumes). Livre IV, chapitre IV, paragraphe 13.

[3] John Locke*, ibid.*, paragraphe 15.

[4] John Locke*, ibid.*, paragraphe 16.

Il ne faudrait pas croire que Locke soit le seul à développer ce genre de pensées. Leibniz professe sensiblement les mêmes, dans un langage quelque peu embarrassé, dans un ouvrage qui se veut critique de celui de Locke :

> « […] Il y a parmi nous des imbéciles, qui ont parfaitement la même forme que nous, mais qui sont destitués de raison, et quelques-unes (sic) d'entre eux n'ont pas l'usage de la parole… Les imbéciles manquent de l'usage de la raison, mais comme nous savons par expérience qu'elle est souvent liée et ne peut point paraître, et que cela arrive à des hommes qui en ont montré et en montreront, nous faisons vraisemblablement le même jugement de ces imbéciles que d'autres indices, c'est-à-dire que la figure corporelle. Ce n'est que sur ces indices, joints à la naissance que l'on présume que les enfants sont des hommes et qu'ils montreront de la raison : et on ne s'y trompe guère. Mais s'il y avait des animaux raisonnables, d'une forme extérieure un peu différente de la nôtre, nous serions embarrassés. Ce qui fait voir que nos définitions, quand elles dépendent de l'extérieur des corps, sont imparfaites et provisionnelles. »[5]

Ces analyses surprenantes pour d'aussi grands philosophes peuvent se concevoir dans l'état d'esprit ambiant du XVIIe siècle où assistance musclée du clergé et répression du pouvoir sont les deux concepts qui président aux décisions des monarchies absolues européennes à l'égard des infirmes depuis deux siècles. Ces deux attitudes se mêlent de façon complémentaire dans une tentative de réponse pragmatique ayant pour cadre des crises consécutives à une poussée démographique, accompagnée d'épidémies et de désordres guerriers.

Ces choix politiques imposent également l'évidence d'une rupture profonde d'avec la société du Moyen Âge où la différence physique était intégrée aux différentes strates de la société, lui conférant cette allure de « bariolage » dont parlent Henri-Jacques Stiker et Paul Ariès et où la mobilité – voire le nomadisme – faisait partie intégrante du mode de vie. Désormais invalides (et pauvres) sont astreints à la sédentarité, soumis à Dieu, au roi et aux devoirs qui en découlent. Il ne s'agit pas d'une évolution mais d'un véritable changement de paradigme dont les conséquences sont clairement lisibles encore aujourd'hui dans notre société contemporaine.

C. L'analyse de Diderot sur la cécité : la Raison mise en évidence par un aveugle

Avec le XVIIIe siècle, la présence de l'altérité singulière continue de hanter les penseurs et Diderot prend brillamment le relais de Locke et Leibniz en 1749, sur un tout autre ton, avec sa *Lettre sur les aveugles, à l'usage de ceux qui voient* [6].

Le titre de l'ouvrage est à lui seul un concentré d'ironie. En effet en complétant le titre initial de *Lettre sur les aveugles*, de la formule antithétique : *à l'usage de ceux qui voient*, le philosophe ajoute le paradoxe à l'antithèse. Sans le supplément, le titre serait banal et inciterait l'éventuel

[5] Gottfried Wilhelm Leibniz, *Nouveaux essais de l'entendement humain*, Paris, éditions Félix Alcan, 1900. Chapitre VI du livre III intitulé : « Des noms des substances » paragraphe 22.
[6] Denis Diderot, *Lettre sur les aveugles à l'usage de ceux qui voient*, [1749], Paris, éditions Gallimard, collection Folio, 2004, 115 p.

lecteur à se croire en présence d'un ouvrage cumulant toutes les idées reçues de l'époque sur cette infirmité. Mais en le sous-titrant *à l'usage de ceux qui voient*, Diderot introduit l'idée – quasi polémique à l'époque où les bien-portants se croient conformes au projet de Dieu, donc supérieurs aux mutilés comme les aveugles – que ceux qui ne voient pas peuvent apprendre quelque chose à ceux qui voient.

Saunderson[7] – aveugle né – personnage-clef de l'ouvrage de la *Lettre* devient le porte-parole des idées de Diderot. Au moment où ce géomètre mathématicien est à l'agonie, un ministre du culte, M. Holmes, est envoyé pour faire admettre l'existence de Dieu au retors philosophe qui ne croit qu'en ce qu'il peut toucher. Le dialogue oppose les deux « visions ».

Très vite, en lisant la dispute philosophique entre les deux tenants de théories opposées, la question se pose : des voyants ou des aveugles, qui sont les infirmes à courte vue ? Ceux qui sont assurés de la vérité de concepts métaphysiques attachés à ce qu'ils voient, par habitude ou affect ? Ou bien ceux qui ont besoin de tâter les objets jusqu'à en avoir une parfaite connaissance pour en comprendre le système et l'utilité, sans leur accorder pour autant de statut magique ou surnaturel ?

Avec ce personnage mutilé, Diderot cherche à faire sortir les voyants de leur caverne platonicienne d'où ils prennent les images de leur réalité pour une vérité fondamentale et forcément déiste.

Le choix de ce personnage de « philosophe aveugle »[8] est à l'opposé des idées reçues de l'époque dans lesquelles les aveugles étaient enfermés[9]. Celui-ci est mathématicien, géomètre, ce qui veut dire qu'il est ancré dans le réel. Cette perception réaliste du personnage l'éloigne également de la vision traditionnelle du monstre nanti de pouvoirs surhumains dans laquelle les infirmes sont souvent enfermés. Ainsi, les dieux ont fait cadeau à l'aveugle Tirésias du don de voyance, comme on le lit dans les épopées homériques. Diderot sait que son personnage, par son niveau de savoir, va évoquer Tirésias à son lecteur, aussi se hâte-t-il d'en parler pour évacuer tout miracle et accorder au devin antique une faculté déductive, transformée par les hommes en une « fable » :

> « Car qu'était-ce que ce Tirésias, qui avait lu dans le secret des dieux, et qui possédait le don de prédire l'avenir, qu'un philosophe aveugle dont la Fable nous a conservé la mémoire ? Mais ne nous éloignons plus de Saunderson, et suivons cet homme extraordinaire jusqu'au tombeau. »[10]

Saunderson n'a rien donc rien d'un devin interprète de fumée d'encens ou de tripes de poulet : c'est un scientifique qui croit en la raison. De plus sa moralité est sans tache, ce qui le rend « honnête homme » et enfin, dernier détail d'importance, c'est un monstre authentique selon la définition d'Ambroise Paré, c'est-à-dire qu'il est mutilé des yeux en ce sens qu'il ne

[7] Saunderson a existé. Mais il n'était pas aveugle né ; il était devenu aveugle à la suite d'une petite vérole contractée à l'âge d'un an. Il était donc bien né avec ses yeux, contrairement au mutilé qu'en fait Diderot. Diderot s'inspire donc librement de la vie de Nicholas Saunderson (1682-1739), professeur de mathématiques à l'Université de Cambridge.
[8] Denis Diderot, *op. cit.*, p. 59.
[9] Par exemple les aveugles étaient considérés comme étant tous doués pour la musique.
[10] Denis Diderot*, op. cit.*, p. 59.

possède pas cet organe. C'est ainsi qu'en discourant sur la genèse du monde et son évolution, en véritable précurseur de Darwin, Diderot fait dire à Saunderson :

> « S'il n'y avait jamais eu d'êtres informes, vous ne manqueriez pas de prétendre qu'il n'y en aura jamais, et que je me jette dans des hypothèses chimériques ; mais l'ordre n'est pas si parfait, continua Saunderson, qu'il ne paraisse encore de temps en temps des productions monstrueuses". Puis, se tournant en face du ministre, il ajouta : "Voyez-moi bien, M. Holmes, je n'ai point d'yeux. Qu'avions-nous fait à Dieu, vous et moi, l'un pour avoir cet organe, l'autre pour en être privé ?[11] »

Cela impliquerait-il que « l'ordre divin » n'existe pas ? Peut-être Diderot pense-t-il en écrivant cela à son contemporain Buffon[12]qui énonce dans son *Histoire naturelle générale et particulière*[13] :

> « Il semble que tout ce qui peut être, est ; la main du Créateur ne paroît (sic) pas s'être ouverte pour donner l'être à un certain nombre déterminé d'espèces ; mais il semble qu'elle ait jeté tout-à-la fois un monde d'êtres relatifs & non relatifs, une infinité de combinaisons harmoniques & contraires, & une perpétuité de destructions & de renouvellemens. »[14] (sic)

Diderot mène son lecteur au paradoxe d'être « dessillé » de nos *a priori* par un aveugle ! La réponse de Saunderson au ministre ramène le point de vue de ce dernier à une vision anthropocentriste de l'univers. Saunderson/Diderot nous explique qu'en cela nous sommes des orgueilleux. En effet, il démontre que notre orgueil est tel que nous nous considérons comme capables de tout comprendre. Si un sujet rebute notre intelligence, il ne peut donc qu'être le résultat d'un dieu à l'œuvre dont l'entendement nous dépasse. Alors qu'il faudrait être plus modeste et étudier de façon rationnelle le problème sous tous ses angles, comme le fait Saunderson pour les objets, avant d'en faire l'œuvre d'un être surnaturel, ou reconnaitre simplement notre incapacité à comprendre ce qui nous dépasse, sans pour autant en faire l'œuvre d'un magicien.

D. Les avancées déterminantes de la Révolution pour les infirmes sensoriels

L'ouvrage de Diderot est hautement révolutionnaire en ce sens qu'il accorde le primat de l'intelligence à un mutilé, donc, pour l'époque, à un être inférieur. Cette reconnaissance de l'intelligence des êtres différents contribue largement au fait que l'ouvrage connaisse un grand succès européen. Les idées philosophiques de Diderot, hautement subversives[15] pour l'époque, sont laissées de côté par le public au profit des ingénieuses trouvailles de Saunderson qui lui permettent d'accéder à la connaissance des lettres et des sciences. D'ailleurs, la méthode de points qu'expose

---

[11] Denis Diderot, *op. cit.*, p. 63.
[12] Georges Louis Leclerc de Buffon, naturaliste et biologiste français (1707-1788).
[13] Georges Louis Leclerc de Buffon, *Histoire naturelle générale et particulière*. Premier discours, De la manière d'étudier et de traiter l'Histoire Naturelle. Wiki source.
[14] https://fr.wikisource.org/wiki/Histoire_naturelle_g%C3%A9n%C3%A9rale_et_particuli%C3%A8re/1 p. 11. Consulté le 15 mai 2022.
[15] Diderot sera emprisonné pendant trois mois au sinistre donjon de Vincennes par le magistrat Berryer à la suite de la publication de la *Lettre sur les aveugles*.

Diderot dans *La lettre* est symptomatique de l'écriture Braille qui fera son apparition en 1829.

L'abbé de l'Épée et Valentin Haüy avaient été sensibles à l'injustice subie par des êtres privés *d'un sens*[16] mais dont le physique et les potentialités intellectuelles étaient intactes[17]. À la fin du XVIIIe siècle, ce n'est donc pas une « rééducation » qui commence mais plutôt une première tentative d'intégration. Cette démarche émane de philanthropes dont la motivation prend sa source au sein même des Lumières. C'est en effet ce mouvement intellectuel qui diffusait un idéal humaniste aux esprits, en les frottant au bouillonnement philosophique européen de l'époque. Leur but, autant à l'abbé de l'Épée qu'à Haüy, était de donner, au moyen d'un travail, une autonomie à leurs protégés en leur permettant de vivre dans un monde totalement différent du leur, puisque celui-ci ne prenait absolument pas en compte les complexités douloureuses de leurs situations. Car on le sait aujourd'hui : la seule liberté fondamentale, la seule intégration possible et réelle passe par un travail reconnu au sein de la société. Mais cette libération exige également une nécessaire et naturelle émancipation de l'individu vis-à-vis de sa famille. Or l'infirmité, en reléguant la personne au stade d'éternel enfant immature et sans autonomie, rend difficile cette prise en main de son destin.

II. Infantilisation et eugénisme au XIXe siècle

Mais ces idées sont associées à l'ébullition de la période révolutionnaire. Si celle-ci a permis une évolution des pensées grâce aux Lumières, elle a également considérablement traumatisé une grande partie de la population. La mentalité du XIXe se réfugie donc dans une idéologie réactionnaire à la révolution et ses conséquences, propre à rassurer l'opinion avec des idées convenues et d'arrière-garde.

A. Une société repliée sur des idées rétrogrades

La société du XIXe siècle devient une société bourgeoise qui se replie sur des théories politiques rétrogrades et une religiosité affective aux dogmes rassurants. C'est ainsi que les idées de l'ultra-royaliste Louis de Bonald font florès. Son ouvrage sur la *théorie du pouvoir politique et religieux*[18] développe une idée qui va se diffuser sur plusieurs axes, au point de colorer la société du siècle de son influence : il s'agit du familialisme. Dans le collectif *Dictionnaire. Genre et science politique*, l'article d'Anne Verjus[19] explique que le « familialisme est une pensée qui fait de la famille un vecteur de dévolution des droits et de l'autorité politique dans la société »[20]. C'est une idée qui, en valorisant par sa mise en avant ce noyau nucléaire, lui attribue une autorité et un pouvoir bourgeois. De fait, la famille classique (bourgeoise ou aristocrate, ne relevant en tout cas

[16] C'est nous qui soulignons.
[17] Cette restriction au handicap sensoriel n'est valable que pour la France, selon Henri-Jacques Stiker, *op. cit.*, p. 111.
[18] Louis de Bonald, *Théorie du pouvoir politique et religieux* (1796).
[19] Anne Verjus, « Familialisme », in Catherine Achin et Laure Berini (dir.), *Dictionnaire. Genre et science politique, Concepts, objets, problèmes*, Paris, éditions Presses de Sciences po, collection Références, 2013.
[20] *Ibid.*, p. 251.

pas du milieu populaire), voit grandir son influence et acquiert une aura de modèle dans la société française.

Ce n'est donc pas un hasard si un noble, Maurice de la Sizeranne[21], issu de ce cénacle de privilégiés, promeut l'instauration d'une association Valentin Haüy, ressemblant « à une famille, du berceau au tombeau ». Certes il sent bien que seul le travail peut donner une autonomie à l'infirme. Pierre Villey rappelle dans son ouvrage le cri sincère de cet homme, lui-même atteint de cécité, qui proclame que « la lumière de l'aveugle, c'est le travail »[22]. Mais il n'est favorable ni à une inclusion des aveugles dans des entreprises de voyants (l'association fonctionne sur un mode ségrégatif) ni à une séparation de l'infirme d'avec sa famille. En cela il est typique d'un XIXe siècle familialiste et paternaliste qui, en accordant le primat à la famille, n'autorise ni l'émancipation de l'infirme ni sa réelle intégration dans la société.

D'autre part, on note le détachement total de l'État à l'égard du problème de l'instruction des infirmes sensoriels au travers du peu d'institutions créées dans le XIXe siècle pour les aveugles mais également pour les sourds. L'État laisse les établissements privés s'occuper des enfants atteints des familles aisées. Henri-Jacques Stiker nous apprend « qu'à la date de 1815, l'État n'a fondé que deux institutions pour sourds-muets […] et qu'il n'existe qu'une seule institution publique (Paris) destinée aux aveugles. »[23]

De plus une décision aussi rétrograde qu'inhumaine est prise concernant les sourds en 1880. En effet, lors d'un congrès international sur l'instruction des sourds-muets[24], « la méthode orale » triomphe au détriment du langage gestuel pourtant admis jusqu'ici. La langue des signes devient clandestine pendant un siècle. S'interroger sur la cruelle stupidité d'une telle mesure revient à reconnaître le refus évident des « entendants » à admettre la différence fondamentale – pourtant incontournable – entre la communication des sourds entre eux, de celle des non-sourds. Cette gestuelle est ramenée

> « à l'idée ancienne que la gesticulation n'est pas digne de l'homme civilisé, dont le propre est de parler la langue orale. Le corps n'a pas à prendre la place de l'esprit ; la mimique est une régression qui manifeste le caractère insupportable de l'infirmité. En faisant accéder les sourds à l'oralité, il serait possible au contraire de normaliser l'infirmité. »[25]

Une façon normative – que l'on nommera plus tard validiste – de nier l'individu en niant son infirmité.

---

[21] Dates : 1857/1924.
[22] Pierre Villey, *L'aveugle dans le monde des voyants, Essai de sociologie*, Paris, éditions Flammarion, 1927, p. 315.
[23] Henri-Jacques Stiker, « Nouvelle perception du corps infirme », in Alain Corbin, Jean-Jacques Courtine et Jean Vigarello (dir.), *Histoire du corps, tome 2*, *De la révolution à la Grande Guerre*, Paris, Seuil, 2005, p. 291.
[24] Congrès de Milan, du 6 au 11 septembre 1880.
[25] Henri-Jacques Stiker, *op. cit.,* p. 290.

B. Illustration de la cécité dans la littérature

Entre la régression des mentalités et l'abandon, indifférent et volontaire, de l'État aux créations d'établissements spécialisés, destinés aux sourds et aveugles des milieux modestes, quelles alternatives reste-t-il aux infirmes sensoriels dénués de moyens financiers suffisants ? Ils peuvent être « placés » dans des hôpitaux ou des hospices bondés, contraints de cohabiter avec des pathologies gravissimes qui les poussent à se replier définitivement sur eux-mêmes. On pourrait penser que le mieux pour les enfants qui déclarent ce genre de pathologie, est encore l'abri familial. Mais il faut rappeler l'image négative qu'ils doivent supporter, associée à leur incapacité au travail et les terribles conséquences qui s'ensuivent.

Une nouvelle de Maupassant, *L'Aveugle*[26], rapporte en termes aussi clairs qu'effrayants le martyre d'un fils de fermier normand, né aveugle. Dans un crescendo tragique se terminant par la mort perçue comme un soulagement, l'auteur évoque l'histoire d'un être sans nom, réifié dans son infirmité. Livré aux mains féroces d'une sœur et d'un beau-frère à la disparition de ses parents, une gradation dans la haine du parasite s'organise autour de l'alliance oxymorique des termes « jeu » et « rires » accolés aux « claques », « gifles », « coups » ainsi qu'aux verbes associés. La communauté paysanne qui partage à l'égard des infirmes le même état d'esprit que les tortionnaires, est complice de ce jeu criminel. Puis c'est la mendicité forcée. L'abandon dans le froid où la neige met fin au martyre où les corbeaux dévorent les yeux qui n'ont jamais vu. Nous avons là l'exemple d'une famille malsaine, dégénérée qui n'obéit pas au schéma d'amour et de protection chrétiens encouragés par la société qu'elle devrait normalement offrir à un membre plus faible de son noyau. Il n'est pas indifférent que les parents légitimes soient morts et que ce soit la sœur et le beau-frère qui deviennent des bourreaux. Le novelliste s'implique dans son récit pour faire part de sa colère quant à la coupable duplicité des proches qui « font mine de s'enquérir » du malheureux et « de pleur[er] même »[27]. Alors que les infirmes sont souvent ramenés à un stade animal, l'auteur inverse l'insulte en faisant le procès de ces animaux à l'apparence humaine qui traitent les plus faibles « comme les poules qui tuent les infirmes entre elles »[28]. Dans une prise de parti qui a valeur d'éducation dans un journal à grand tirage, l'auteur donne à connaître au lecteur sa compassion sous la forme d' « un souvenir triste et [d'] une pensée mélancolique » pour le « déshérité de la vie »[29]. Il ne faudrait pour autant pas penser que la ruralité transforme les paysans en brutes et que l'urbanité et les bonnes mœurs se partagent naturellement chez les citadins avec un quotidien meilleur des infirmes dans les villes.

---

[26] Guy de Maupassant, *L'aveugle,* nouvelle parue le 31 mars 1882 dans « *Le Gaulois* ».
[27] *Contes et Nouvelles de Maupassant*, Paris, édition Robert Laffont/Quid, Collection Bouquins, p. 367.
[28] *Ibid.,* p. 368.
[29] *Ibid.*

C. Illustrations de l'infirmité physique dans le feuilleton du XIXe siècle : un retour à l'animalité

1. La vieille femme/sorcière

Soulignons d'abord que si les institutions sont rares pour les infirmes sensoriels au XIXe siècle, elles sont strictement inexistantes pour les infirmes physiques. Nous ne pouvons qu'insister sur le rejet fondamental que manifeste le bien portant contre toute forme d'atteinte à la station debout et à la marche. Ceux-ci apparaissent dans l'inconscient collectif comme des marqueurs de l'appartenance à l'espèce humaine. Henri-Jacques Stiker évoque bien quelques cliniques orthopédiques à Paris, Berck ou Forges-les-Bains mais il s'agit là, encore une fois, d'établissements privés uniquement destinés aux plus riches. Pour les autres, il reste la parentèle, les hospices ou la rue. Le feuilletonniste Eugène Sue, célèbre pour ses *Mystères de Paris*, dépeint dans son roman fleuve des tableaux pluriels de la situation de l'infirme, que ce soit dans la famille – la rue – avec sa forme d'intégration à la faune citadine.

Dans ce feuilleton qui a passionné ses lecteurs pendant de longs mois [30], les descriptions de la misère et de l'inévitable violence qui l'accompagne font penser à une cour des miracles moderne. La première image décrite de l'infirmité est celle

> « d'une vieille borgnesse qu'on appelait la Chouette… parce qu'elle avait un nez crochu, un œil vert tout rond, et qu'elle ressemblait à une chouette qui aurait un œil crevé. » [31]

Cette description est donnée par Fleur de Marie, l'héroïne malheureuse du roman. Dans une vision manichéenne propre à l'esthétique de l'époque, la Chouette est aussi méchante que laide, quand Fleur de Marie est aussi bonne que belle. On note l'animalisation de la femme borgne, la verdeur diabolique de son œil unique de Gorgone. Fleur de Marie, tout enfant, a été martyrisée et poussée à la mendicité par l'horrible femme. Plus loin, une autre description du personnage de la Chouette étoffe et confirme celle de Fleur de Marie. C'est Rodolphe, le héros hyperbolique, paré de toutes les vertus, qui aperçoit de profil « ses lèvres minces, son menton saillant, sa physionomie à la fois méchante et rusée lui rappelèrent la Chouette » [32]. Sont rajoutées cette fois des lèvres minces, signe de méchanceté et un menton proéminent caractéristique de l'imagerie populaire des sorcières. La fonction, autant sociale que littéraire de cette chouette borgne est donc d'alimenter les visions maléfiques que suscite le bas peuple parisien dans l'imaginaire du lecteur, ici en torturant une enfant tombée dans ses serres. Le personnage de la Chouette se signale par son rôle de mauvaise mère. Elle est une sorte de marâtre (comme celle de Cendrillon) révoltante et haïssable à qui le lecteur souhaite le pire.

2. L'enfant boiteux

Plus loin se rencontre un autre personnage infirme, il s'agit d'un enfant dont l'identité se confond avec la boiterie : Tortillard. Il est le fils de Bras-

[30] Paru en feuilleton dans le *Journal des débats*, de juin 1842 à octobre 1843.
[31] Eugène Sue, *Les mystères de Paris*, Paris, Robert Laffont, collection Bouquins, Paris, 1995, p. 47.
[32] *Ibid.*, p. 70.

Rouge, lui-même dépeint comme « tenant à la fois de la fouine et du rat » avec des « petits yeux noirs, vifs et perçants […] [pleins] de ruse, de finesse et d'intelligence »[33].

> « [Trois personnages] avaient à peine descendu la dernière marche de l'escalier qu'un enfant de dix ans au plus, très petit, l'air fin, mais maladif, boiteux et un peu contrefait, vint rejoindre Bras-Rouge auquel il ressemblait d'une manière si frappante qu'on ne pouvait le méconnaître pour son fils. C'était le même regard pénétrant et astucieux ; le front de l'enfant disparaissait à demi sous une forêt de cheveux jaunâtres, durs et roides comme des crins. Un pantalon marron et une blouse sanglée d'une ceinture de cuir, complétaient le costume de Tortillard, ainsi nommé à cause de son infirmité ; il se tenait à côté de son père, debout sur sa bonne jambe, comme un héron au bord d'un marais. »[34]

La description assimile l'enfant à son père par sa ressemblance physique mais surtout par la similarité du regard « pénétrant et astucieux ». Il paraît donc avoir hérité de son géniteur la même pernicieuse intelligence, ce qui en fait déjà un personnage négatif. De fait, l'enfant perd le statut d'innocence que son âge lui confère normalement. Cette hérédité malsaine encourage le lecteur à penser la prophylaxie – voire même l'eugénisme – nécessaire pour les classes considérées comme dégénérées. Si la malignité de son père évoque un animal hybride entre la fouine et le rat, l'infirmité de Tortillard l'assimile au héron, prédateur silencieux et patient des points d'eau. Quant à l'utilité d'un tel personnage dans le roman, elle est révélée par la demande de « prêt » du plus terrible protagoniste des *Mystères de Paris* : l'effroyable Maître d'école :

> « - Tu vas prêter ton gamin à ma femme pendant un quart d'heure. […]. Bras-Rouge cligna de l'œil, fit un signe d'intelligence au Maître d'école et dit à son fils : - Tortillard, suis madame. »[35]

Dans cet échange, on voit un père soumettre sans scrupule mais avec une complicité visible, son fils aux malfaisances d'un dangereux bandit. Mais la suite ôte au lecteur toute empathie vis-à-vis de Tortillard.

> « Le hideux enfant, attiré par la laideur et par l'air méchant de la Chouette, comme d'autres sont charmés par un extérieur bienveillant, accourut en boitant prendre la main de la borgnesse. […] Et la borgnesse et le petit boiteux gravirent le glissant escalier. »[36]

Au travers de ces personnages illustrant l'infirmité citadine, alors que le feuilleton connaît un succès fulgurant, il n'est pas étonnant que l'image de la différence physique soit associée dans l'inconscient collectif de l'époque à des personnalités négatives et dangereuses qu'il faut non seulement éviter mais également, d'une façon ou d'une autre, éradiquer. Il est important de souligner que le justicier Rodolphe punit le monstrueux Maître d'école en lui infligeant la cécité ! Si Eugène Sue était, comme Victor Hugo, contre la peine de mort, son idée d'infliger une mutilation à un dangereux bandit relève plus de la loi du Talion que d'une volonté de réhabilitation.

[33] *Ibid.*, p. 136.
[34] *Ibid.*, p. 137.
[35] *Ibid*.
[36] *Ibid*.

En effet la mutilation, ici instrument de justice se substituant à la peine de mort, se révèle très vite pire que la mort pour le maître d'école qui nourrit haine et désir de vengeance, jusqu'à la folie meurtrière.

Nous remarquons combien la religion et l'idée d'un jugement post-mortem sont éloignés de l'esprit des infirmes et des voyous des bas-fonds. Seule dans ce milieu (preuve qu'elle n'y appartient pas dans son origine) Fleur de Marie incarne l'ange que la boue ne salit pas et manifeste la volonté du pardon. Mais il est notable que seules les femmes parlent de Dieu dans un milieu où la réalité ne s'embarrasse pas de scrupules chrétiens.

D. L'infirme et la religion : *Lourdes* de Zola

Car la religion au XIXe siècle attire moins les hommes que naguère. La révolution est passée par là qui habille le bourgeois des allures d'un « Homais »[37] : apothicaire prétentieux qui se veut esprit fort, se présentant comme athée et voltairien tout en ne cherchant qu'à s'intégrer dans la bourgeoisie bienpensante de Yonville. Mais la religion reste un refuge rassurant pour une grande partie de la population et la défection des hommes est remplacée par l'investissement des femmes. Alain Corbin le rappelle bien :

> « Le recrutement des religieuses suivit une courbe ascendante jusqu'au cœur des années 1860 […] ce ne sont pas moins de 200 000 filles qui ont choisi de consacrer leur vie à Dieu. »[38]

D'autre part le familialisme ambiant promeut la femme comme gardienne du foyer, maîtresse de maison et éducatrice des enfants en bas-âge. Cette illusion de pouvoir leur permet d'assumer, avec la couronne du martyr et non plus celle de la honte, les naissances malformées ou les maladies invalidantes surgissant dans le noyau familial dont elles ont la charge officielle. De fait la religion catholique en France se féminise. Est-ce un hasard si la France du XIXe siècle devient le théâtre de plusieurs mariophanies[39] ? Alain Corbin rappelle encore que « ce siècle fut celui du saint curé d'Ars, de Bernadette Soubirous et de Thérèse de l'Enfant Jésus » [40]. De plus, « la promulgation du dogme – longtemps attendu – de l'Immaculé Conception »[41] a lieu en ce XIXe siècle. La vierge Marie n'est pas marquée du péché originel : « c'est ce que le pape Pie IX reconnaît en 1854 » [42]. Cette sanctification du dogme rend encore plus attractif le pèlerinage à Lourdes. Ce sont encore des femmes, parmi lesquelles des aristocrates, recrutées pour aider les *Petites Sœurs de l'Assomption,* qui viennent aider les malades qui déferlent dans la ville de Bernadette, dans l'attente du miracle de la Vierge thaumaturge. Alain Corbin souligne la soudaine mise en valeur de ceux qui sont habituellement cachés :

---

[37] Personnage apothicaire de *Madame Bovary* de Flaubert [1857].
[38] Alain Corbin « L'emprise de la religion », in Alain Corbin, Jean-Jacques Courtine et Jean Vigarello (dir.), *Histoire du corps, tome 2, De la révolution à la Grande Guerre*, *op. cit.*, p. 54.
[39] Apparition de la Vierge Marie. Principalement 3 en France, au XIXe siècle : celle de la Salette (1846), de Lourdes (1858) et de Pontmain (1870).
[40] Alain Corbin, *op. cit.*, p. 54.
[41] *Ibid.*, p. 57.
[42] *Ibid*.

> « À partir de 1862, la charité qui s'expose à Lourdes, grand théâtre du miraculeux, l'emporte par son retentissement, sur les autres formes de compassion manifestées par les catholiques fervents. C'est qu'ici malades et agonisants, d'ordinaire relégués en marge de la société et dissimulés à la vue, occupent le devant de la scène. »[43]

Dans son roman, *Lourdes,* Émile Zola décrit les foules d'infirmes « grisées par le flot prodigieux de belles histoires de guérison, de ces contes de fées adorables qui berçaient […] l'imagination enfiévrée »[44]. Le roman, divisé en plusieurs journées, raconte d'abord le calvaire que constitue le voyage en train pour les infirmes et malades en tout genre :

> « C'était inimaginable, le flot vivant, les éclopés, les gens valides que le train avait vidé là. […] Chaque wagon avait lâché sa misère ainsi qu'une salle d'hôpital qu'on évacue ; et l'on jugeait quelle somme effrayante de maux transportait ce terrible train blanc, qui finissait par avoir sur son passage, une légende d'effroi. Des infirmes se traînaient, d'autres étaient portés, beaucoup restaient *en tas*[45] sur le trottoir. »[46]

C'est une nouvelle famille que construit la religion autour de la Vierge, mère sublime, et du miracle attendu. Les plus pauvres viennent là, grâce aux aumônes des plus riches qui leur permettent de participer à la grande aventure de la guérison. Mais les milieux ouvriers éloignés de la capitale et enfermés dans leurs pénibles travaux quotidiens, comme ceux de la mine, ne semblent pas concernés par la religion, et n'y font pas appel, même dans les moments les plus désespérés. C'est un milieu qui semble « à part » dans le monde ouvrier. Zola est un des rares écrivains de son temps à s'y intéresser. Eux aussi ont leurs infirmes…

Cette importance de la famille dans le rapport au corps est fondamentale au XIXe siècle. Olivier Faure le rappelle dans son article « le regard des médecins »[47].

> « Le corps décrit par les médecins [au XIXe siècle] est resté un corps social, en partie modelé par son appartenance à une lignée familiale, modifié par ses conditions d'existence, tant physiques que sociales, et finalement influencé par son psychisme. Si ce dernier constat est tardif et à peine ébauché à la fin du XIXe siècle, il ne constitue pas une révolution totale dans la mesure où il s'inscrit dans une longue série de réflexions sur les rapports entre le physique et le moral. »[48]

Le corps est donc avant tout social avant d'être individuel. S'il comporte une tare, sa cause est à rechercher au sein de la famille, comme un ver dans le fruit.

---

[43] *Ibid.*, p. 83.
[44] Émile Zola*, Lourdes* [1894]. Paraît d'abord en feuilleton dans le « Gil Blas », Paris, éditions Gallimard, collection Folio classiques, 1995, p. 111.
[45] C'est nous qui soulignons le mot employé à dessein par Zola pour marquer la réification des infirmes.
[46] *Ibid.*, p. 72.
[47] Olivier Faure, « Le regard des médecins », *in* Alain Corbin, Jean-Jacques Courtine et Jean Vigarello (dir.), *Histoire du corps, tome 2, De la révolution à la Grande Guerre*, *op. cit.*
[48] *Ibid.*, p. 51.

Quand la communication est perturbée, quels moyens de détournement au cas par cas ?

Anne-Lyse Chabert

Chargée de recherches au CNRS

Introduction

Ruptures de communications versus stratégies mises en place. Essai de phénoménologie

Nous faisons référence dans cet article aux personnes empêchées partiellement ou totalement de communication du fait d'une spécificité physique ou cognitive. Rappelons que ce handicap peut concerner beaucoup plus largement des personnes dites « ordinaires » comme les enfants en bas âge, les personnes âgées qui ont un manque d'audition, les étrangers ou encore les migrants.

Nous inscrivons notre projet à la fois dans le prolongement et dans la rupture d'un premier ouvrage en essayant de donner quelques pistes d'éléments phénoménologiques. Notre premier ouvrage *Transformer le handicap*[1], mettait l'accent sur l'inventivité humaine qui peut se déployer dans une situation *a priori* bouleversée par le handicap. Nous avons utilisé pour cela trois concepts illustrés chaque fois grâce à une expérience de vie puisque c'est ce que nous pouvons considérer être le cœur du problème : le concept de norme à l'échelle du corps, celui d'affordance ou invitation à agir dans le milieu technique, celui de capabilité comme retraçant les frontières normatives entre ce que peut être ou ne pas être un individu dans son milieu social. Chacun des trois concepts mettait au jour l'articulation d'un dialogue retrouvé entre l'individu et son milieu.

Ces trois concepts n'ont toutefois pas la préséance de notre propos à l'image des premières questions de notre auditoire qui semblait fermement s'y attacher ; nous aurions pu utiliser des outils différents pour déployer l'idée qu'améliorer la situation de handicap, c'est une affaire qui passe avant tout au travers de l'expérience vécue du sujet qui se coordonne avec une renégociation de l'ensemble de son milieu. Ici les trois notions que nous avons développées présentent simplement l'avantage de mettre en lumière les trois espaces qui balisent nos vies à tous dans leurs grands traits et prennent en compte ce que peut offrir le milieu en parallèle des opportunités que peut saisir l'individu.

Dans quelle mesure ce projet s'inscrit-il également en rupture par rapport à ce travail antérieur tout en le prolongeant ? Pour exposer les motivations qui nous ont conduite à travailler sur un tel sujet, nous devons parler de l'expérience de la maladie évolutive qui nous invalide

[1] Anne-Lyse Chabert*, Transformer le Handicap*, Paris, Érès, 2017, 152 p.

progressivement sur le plan moteur : il y a déjà de cela quelques mois, un confrère de pathologie nous demandait quelle était la partie de notre handicap que nous aurions voulu écarter en priorité. À cette question nous avons répondu très spontanément qu'en dépit de la lourde charge de notre handicap moteur aujourd'hui, le handicap de l'élocution qui est apparu bien plus tard et qui continue à se développer était une entrave bien plus pesante, ne serait-ce que dans le cadre de notre vivre ensemble où il constitue réellement un obstacle. Nous n'aurions jamais imaginé avant que ce handicap, *a priori* invisible, puisse avoir une telle ampleur dans la vie du sujet concerné et de ses proches, tout aussi concernés par un handicap qui devient de fait partagé dans les situations où communiquer s'avère difficile et laborieux.

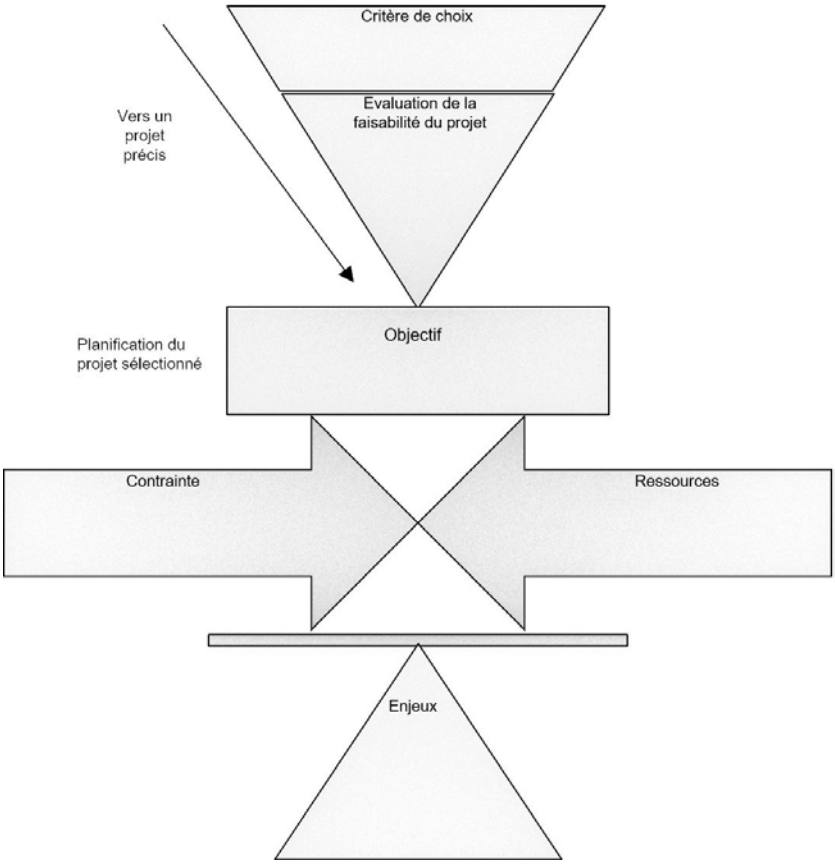
Nous pouvons considérer que le langage n'est pas un outil comme les autres, mais l'outil par excellence qui nous permet de façonner des médiations (soit d'autres outils) qui nous relient les uns aux autres dans la vie ordinaire, si bien qu'en être privé, c'est ne plus pouvoir accéder librement à ce monde commun. Il ne nous paraît donc pas que ce type de handicap particulier diffère dans sa structure même de la dynamique de transformation que nous décrivons dans notre premier ouvrage, mais simplement qu'il en exacerbe encore les enjeux. La personne est *a priori* empêchée non pas seulement de réaliser une activité qu'elle voudrait mettre en œuvre comme le peut la plupart de ses congénères, moyennant un détournement en toute intelligence de certaines ressources de son environnement. Elle est bien plutôt empêchée jusque dans la possibilité même d'inciter l'environnement qui l'entoure à s'adapter à la nouvelle configuration qu'elle présente. Au niveau social, ce handicap passe d'autant plus inaperçu et est mésestimé qu'il est assez souvent invisible, pas toujours associé à un handicap moteur ou autre ce qui fragilise d'autant plus les sujets concernés. Ce handicap *a priori* anodin peut entraîner un immense mal-être de la personne qui n'a pas mis en place de nouvelles façons d'échanger avec le monde qui l'entoure.

Nous avons schématisé dans deux diagrammes :

1) cette capacité de l'individu aidé de son environnement à essayer de résoudre plus ou moins inconsciemment les problèmes qu'il affronte, et auxquels nous sommes tous soumis dans la prise de nos décisions quotidiennes : en termes de négociation, de contraintes, de ressources, d'objectifs, d'évaluation et de création, somme toute la prudence dont parlait déjà Aristote.

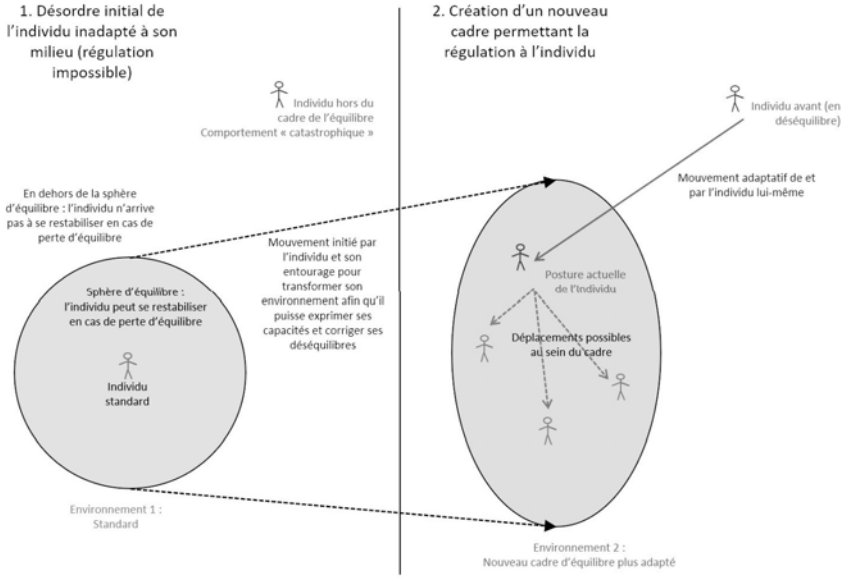
Schéma 1

Paramètres à prendre en compte pour élaborer une solution



2) Un déplacement dans le temps de la place de l'individu qui s'adapte à nos sociétés mais également – ce que nous oublions trop souvent – un élargissement de la société à laquelle il aspire et qui aspire dans le même temps à son accueil, à étoffer ses possibilités d'inclusion afin de le recevoir comme n'importe lequel des individus.

Schéma 2
Double déplacement de l'individu et du milieu qui se coadaptent l'un à l'autre



Cette perspective de pensée posée, nous choisissons de développer la description d'un handicap langagier particulier sur lequel nous avons travaillé, l'aphasie. Après en avoir décrit le spectre nosologique, cause, symptômes, histoire dans les grands traits, nous nous intéressons tout particulièrement aux témoignages vécus d'un dessinateur aphasique soigné en 1977 et au point de vue de l'orthophoniste qui l'a alors pris en charge.

Nous avons organisé ce travail en plusieurs axes permettant de saisir des cas particuliers de pathologies du langage à savoir l'aphasie et l'infirmité motrice cérébrale que nous décrivons brièvement sur le plan scientifique avant de nous appuyer sur quelques entretiens ou témoignages. Un dernier axe traite des enjeux philosophiques sur lesquels nous avons mené notre travail de réflexion.

I. Premier cas d'étude : les personnes aphasiques

Le terme aphasie vient du a privatif et de *phasein*, en grec, « dire ». L'aphasie désigne donc étymologiquement « celui qui ne peut pas dire ». C'est un trouble du langage dont l'origine vient du système nerveux central. On observe des tableaux cliniques très différents, d'où l'importance d'élaborer une nouvelle thérapie à chaque fois et non pas de plaquer des thérapies déjà validées antérieurement sur d'autres patients.

On observe deux grands types d'aphasie, l'aphasie fluente et l'aphasie non-fluente. Dans le cas de l'aphasie fluente (ou aphasie de Wernicke), le débit de parole de la personne est incontrôlé et les phrases n'ont pas de

cohérence. Dans le cas de l'aphasie non-fluente (ou aphasie de Broca), en général la personne comprend tout ce qu'on lui dit mais elle est incapable de retrouver les mots, incapable de nommer les choses.

Le patient aphasique peut espérer une amélioration de son état grâce à l'entraînement et la prise en charge thérapeutique qui doit se faire le plus précocement possible.

L'aphasie survient le plus souvent suite à un accident vasculaire (AVC) bien qu'elle puisse être également liée à une forme de démence, un traumatisme crânien, une tumeur ou encore une infection.

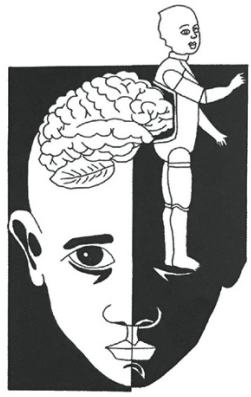
Nous avons des traces de l'expression de cette maladie depuis l'Antiquité (déjà dans l'Égypte ancienne, avec Hippocrate et Galien) mais c'est seulement au XIXe siècle que les études lui confèrent une véritable valeur nosologique avec Broca (autopsie de son patient Victor Leborgne) et son étudiant Wernicke. À partir des deux localisations lésionnelles qu'ils ont respectivement mis en lumière, de nombreux modèles de classification de l'aphasie voient le jour (Lipsteim, Charcot, Grasset, Dejerine, etc).

L'expérience d'aphasie vécue (voir les dessins de Sabadel : une plume à mon cerveau[2]) sur laquelle nous nous sommes penchées rapporte un double point de vue : le dessinateur Sabadel fait un AVC (accident vasculaire cérébral) en 1977 et après plusieurs jours d'errance diagnostique il est pris en charge à la Salpêtrière par l'orthophoniste Philippe Van Eeckhout qui retrace et décrit le lien qu'il entretient avec ce dernier suite à cet accident, dans son livre *Le Langage blessé* [3]. Parallèlement, Sabadel nous livre dans son ouvrage *Une Plume à mon cerveau* (préfacé par Philippe Van Eeckhout)[4] des dessins poignants, très représentatifs de l'état d'esprit dans lequel il se trouve. Cette vision croisée permet un nouvel éclairage sur une même situation.

Philippe Van Eeckhout décrit son premier contact avec Sabadel dans ces termes :

> « il pouvait encore émettre quelques sons sans signification mais ne parvenait pas à exécuter des ordres simples comme désigner un verre ou la fenêtre. Il était incapable d'écrire, de se mouvoir. Seul son regard traduisait un désir de communiquer. »

[2] Paris, Fabert, 2008, 34, 56 et 96 p.
[3] Philippe Van Eeckhout et Mona Ozouf, Paris, Albin Michel, 2001, 225 p.
[4] *Op. cit.,* 163 p.



ÊTRE
ÊTRE
ÊTRE

La démutisation (sortie du mutisme) va donc consister en un déblocage du langage automatique. Le premier mot que Sabadel prononce et répète sans arrêt par la suite (comme le font beaucoup d'aphasiques dans le cadre des stéréotypies au début de la rééducation) sera le mot « bonjour », que ce dernier utilisera alors comme un passe-partout pour répondre à n'importe quelle question (par exemple : il répond « bonjour » à la question « combien avez-vous d'enfants ? »). Sabadel éprouve une grande difficulté à ne prononcer que cet unique mot, ce qui le pousse souvent à pleurer avec Philippe Van Eeckhout. Ce n'est qu'autour du deuxième mois qu'il parvient à se libérer de cette stéréotypie.

C'est alors que la rééducation prend une nouvelle tournure. Sabadel ne pense qu'à récupérer les fonctions de sa main droite (« vivre, pour lui, c'est dessiner » selon les termes de Van Eeckhout). Philippe Van Eeckhout va utiliser cette appétence pour appuyer une nouvelle thérapie autour du langage : il demandera à Sabadel, après avoir illustré certaines situations, de les mettre en mots sous forme écrite puis orale.

> « Une fois le dessin achevé, Sabadel devait écrire sous la dictée puis lire à haute voix le nom de l'objet qu'il venait de représenter. D'autre part, afin de l'habituer à écouter et d'améliorer sa compréhension, nous utilisions des périphrases au lieu de nommer les choses de manière abrupte. »

La seconde phase de rééducation de Philippe Van Eeckhout consiste à inciter Sabadel à illustrer des faits d'actualité et à traduire par le dessin des histoires qu'il entend, à lire les journaux ou écouter la radio un maximum.

On peut déjà cerner les grands traits des principales compétences du soignant en suivant la thérapie de Philippe Van Eeckhout ici :

- Le thérapeute associe toujours en premier lieu son patient à la thérapie ne serait-ce que pour des raisons d'efficacité, chacun des acteurs est donc coresponsable de l'amélioration de l'état du patient (la responsabilité du patient qui, s'il en était privé, supprimerait par le même coup une partie de sa liberté).

- Le thérapeute est avant tout une personne qui fait tout pour écouter, observer finement les comportements de son patient et de ses proches (Philippe Van Eeckhout rebondit souvent sur une remarque qu'il a entendue à propos de Sabadel à l'extérieur et qui lui a inspiré une partie de sa thérapie à venir).

- Enfin le thérapeute met en jeu son travail sur un temps long : plusieurs fois l'orthophoniste mentionne des marqueurs temporels comme « après quelques mois », on voit que la thérapie s'inscrit sur du long terme et qu'en attendant il faudra affronter ce qui peut apparaître comme des échecs répétés.

Le bon thérapeute, c'est donc celui qui sait prendre des risques sans attendre de certitude quant à l'efficacité de son traitement, et est donc prêt à laisser se déployer une certaine créativité : « cela supposait de notre part une foi et une persévérance qui font penser au pari de Pascal. Nous allions de découvertes en découvertes ».

Après cette présentation de l'aphasie et d'un vécu, nous nous intéressons à l'infirmité motrice cérébrale (IMC), toujours dans une perspective générale et nosologique dans un premier temps. La différence avec mon premier cas d'étude est principalement liée dans les cas d'IMC, à la période de survenue du traumatisme, anté ou périnatale ici par définition. Nous nous intéresserons davantage dans ce second cas aux stratégies que peuvent déployer les personnes atteintes d'IMC pour trouver d'autres moyens de communiquer avec le monde, alors que pour les personnes aphasiques nous avons attaché plus d'importance à l'expérience vécue de la difficulté à vivre le handicap.

II. Deuxième cas d'étude : les personnes souffrant d'infirmité motrice cérébrale (IMC)

L'IMC survient dans la phase anté ou périnatale et peut donc avoir de graves conséquences sur le cerveau de l'enfant en bas âge qui est encore en maturation, d'où des problèmes ultérieurs qui peuvent émerger. Les symptômes les plus fréquents résident dans des troubles de la posture et du mouvement, parfois de l'articulation qui fragilise l'élocution mais ne sont pas toujours présents. Là aussi, on observe un grand nombre de cas cliniques donc des prises en charge à adapter chaque fois au cas par cas. Les facultés intellectuelles sont suffisamment préservées pour permettre une scolarisation relativement normale, à la différence des IMOC (infirmité motrice d'origine cérébrale) dont la déficience intellectuelle gêne encore le développement du jeune enfant.

La participation sociale est encore plus lésée lorsqu'il y a des troubles de l'articulation. L'individu ne peut pas accéder à la même qualité de service en termes de réseaux de santé notamment. Les individus se retrouvent souvent en détresse émotionnelle, isolés socialement, renvoyés à une image très négative d'eux-mêmes.

Pour pallier cette limitation de la participation sociale, nous développons deux points : les outils mis en place de façon individuelle ou standardisée pour améliorer la communication alternative (CAA), mais aussi d'une manière plus adaptée à chaque cas, l'émergence d'une relation de binôme entre la personne aidée et la personne qui la retranscrit et lui permet de s'exprimer en public (ceux qu'on promeut ici sous le terme d'assistants de communication bien que ce ne soit pas encore un métier reconnu aujourd'hui).

La communication alternative améliorée vise donc à soutenir, à compléter le langage parmi les IMC. Les premiers outils apparaissent au Canada après l'adaptation en 1971 du système que Karl Blitz développe pendant la Seconde Guerre mondiale pour élaborer un langage international : il s'agit du système Bliss (*Bliss Scanography* 4500 symboles traduits en plus de 25 langues). En Angleterre en 1975, on assiste à la création du système Makaton (association de pictogrammes et signes). En 1983, l'association internationale ISAAC naît au Canada (aujourd'hui elle compte 3 000 membres dans 60 pays).

Louis Avan (Arts et Métiers) et Danièle Truscelli (hôpital du Kremlin-Bicètre) en 1975, commencent une collecte de données sur les situations de communication en fonction des partenaires en présence. Dans les années 80, on assiste à une multiplication de méthodes « officielles », de

banques d'images et d'outils spécifiques à certaines populations. Mais le grand tournant survient entre les années 80 et 90 avec l'essor de l'informatique et d'internet.

Dès 1975 apparaissent des logiciels et des matériels donnant accès à l'écriture à ceux qui ne peuvent pas se servir de machines à écrire : par exemple la machine Carba et la commande à la langue Carba Linguaduc (conçue par Claude Gabus). Les débuts de la voix artificielle apparaissent quant à eux en 1982 avec la synthèse vocale Sparte de France Télecom. En 1984, c'est l'apparition des premiers appareils dédiés à la CAA (lettres sous formes phonétiques). Un appareil est conçu pour les utilisateurs du Bliss : Mutavox (système symbolique de 384 cases). La démocratisation de l'informatique et la multiplication des outils technologiques ont donc un impact énorme sur l'efficacité de l'expression et l'autonomie des personnes.

Nous évoquons maintenant brièvement une autre stratégie possible faisant intervenir un tiers qui va aider la personne à échanger plus fluidement avec le monde qui l'entoure, l'assistant de communication. Sans cette aide, les témoignages des personnes concernées rapportent que l'interlocuteur, surtout quand il ne connaît pas encore la personne qui a du mal à s'exprimer, se sent gêné, évite d'échanger avec cette dernière, parle à la personne qui l'accompagne sans s'adresser directement à elle. Aux yeux de leurs interlocuteurs, elles apparaissent souvent comme incompétentes mentalement, dès lors que leurs problèmes d'élocution se manifestent, et elles sont infantilisées (ce qui est de loin aggravé lorsqu'elles sont également en fauteuil manuel ou électrique). L'interlocuteur ne laisse pas le temps à la personne de s'exprimer ; plus largement, il ne lui permet pas d'avoir un environnement qui va lui permettre d'exprimer ses capacités.

S'ensuit un désarroi réciproque qui entraîne une crainte de la rencontre des personnes en difficulté, une limitation de la participation sociale qui peut alors être palliée par un assistant de communication.

Ce nouveau métier existe déjà au Canada et en Suède mais n'est pas encore institutionnalisé en France. Il soulève de nombreuses questions, par exemple quant au financement du service, assistance indépendante du métier d'auxiliaire de vie (la distinction importante), au choix de l'assistant de communication par la personne concernée et en fonction de ses besoins (et non pas en fonction des disponibilités du service), à l'adéquation de l'assistant de communication en fonction du sujet ou des mots à traduire, connaissances parfois nécessaires du sujet traité. Et bien sûr, une formation est spécifique par rapport à celle de l'auxiliaire de vie.

Le métier d'assistant de communication est très délicat : c'est le traducteur, pas l'interlocuteur. Il se doit de garder une fidélité mot pour mot au message transmis, il doit se positionner en retrait et savoir rester discret. Il aide la personne qu'il assiste comme elle le lui demande pour la prise de parole et l'expression. D'une manière générale, l'assistant de communication renforce et augmente la qualité des contacts entre les partenaires (il a une place privilégiée par rapport à de simples bénévoles ou aux familles qui sont souvent trop impliquées).

Stéphane Irigoyen, conseiller départemental à l'APF (Association des Paralysés de France), témoigne de sa qualité de vie accrue lorsqu'il a pu bénéficier de l'aide de son assistant de communication :

> « Le fait d'être assisté pour ma communication dans toutes mes actions de conseiller départemental de manière systématique a presque tout changé dans mon militantisme. Tout d'abord, je ne l'avais pas anticipé, cette aide m'apporte la constance dans mes prises de parole. Au problème d'élocution s'ajoutent les conséquences de l'instabilité, pas toujours perçue, y compris par moi-même, de mon Infirmité Motrice Cérébrale (contractions, facilité pour parler, pour se déplacer…). Certains jours je pouvais rester sans dire un mot : cela me demandait trop d'efforts. Avec mon AC, j'arrive à surmonter cette léthargie car j'ai beaucoup moins d'efforts à faire pour être compris. Au tout début, j'ai eu peur que l'AC soit un recul par rapport au travail que j'effectue avec mon orthophoniste pour justement m'exprimer oralement. Mais au bout de quelques semaines j'ai vite compris la différence que cette aide m'apportait dans mes relations aux autres. Les autres se sentent beaucoup plus à l'aise… Je ne suis plus obligé de dire uniquement l'essentiel, je peux développer mes idées, raconter une anecdote, faire des apartés, bref être comme la plupart des gens qui parlent sans entraves… Je peux arriver à un rendez-vous 'les mains dans les poches'. »

Nous pouvons également nous référer brièvement à la situation de Philippe Aubert, IMC de 41 ans, également chercheur, dans l'incapacité de prendre tout seul la parole même si une fois aidé ou aux commandes de son ordinateur muni de capteurs visuels, il peut s'exprimer et interagir de façon tout à fait ordinaire avec le monde qui l'entoure.

Il nous livre un témoignage dans son autobiographie *La Rage d'exister*[5]. Philippe Aubert explique ses besoins particuliers en termes de communication où il attend beaucoup d'écoute et d'attention de son interlocuteur :

> « Pour que nous entrions dans un dialogue, mon interlocuteur doit savoir doser l'écoute et l'interprétation, attendre de deviner ma pensée de façon presque certaine avant de m'en proposer une formulation. »[6]

Il est évident que communiquer avec lui prend beaucoup plus de temps.

> « Une lettre = 15 secondes ; une ligne de 75 lettres = 20 minutes ; une page de 40 lignes = 13 heures. Cette estimation n'a rien d'exagéré : c'est bel et bien le temps dont j'ai besoin avec un interlocuteur novice. L'exercice est un peu plus rapide une fois que nous sommes habitués l'un à l'autre. »[7]

Pour que la communication soit réussie, il souligne l'importance du suivi pour la personne concernée d'autant qu'une mauvaise communication est un échec que partage aussi l'aidant :

> « Imaginez combien il est angoissant d'être livré à quelqu'un qui, de prime abord, ne vous comprend tout simplement pas. Imaginez aussi comment il est perturbant pour un professionnel d'être en

[5] Philippe Aubert et Sophie Jacolin, Paris, HD ateliers Henri Dougier, 2018, 120 p.
[6] *Ibid*., p. 25.
[7] *Ibid*., p. 45.

> charge d'une personne avec laquelle elle ne parvient pas à échanger. » Il insiste : il ne trouve un certain apaisement qu' « avec des auxiliaires qui sont conscients de mes besoins et de mes peurs, et qui font l'effort d'apprendre mon mode de communication. »[8]

À nouveau se déploie la difficulté de la tâche d'assistant qui doit savoir bien doser son aide ni trop généreuse ni trop limitée pour aider véritablement la personne assistée :

> « Toutefois, il doit lui-même se fixer des limites : à trop intervenir auprès de la personne handicapée, il entretient finalement sa dépendance. C'est, en fin de compte, une négociation permanente. »[9]

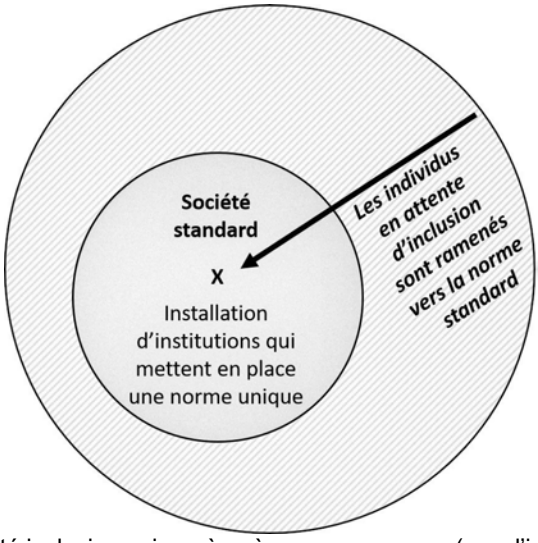
III. Quelques enjeux philosophiques

Les deux cas d'étude que nous développons ici soulèvent déjà des enjeux philosophiques assez différents mais dont les deux principaux gravitent autour de la société inclusive et de sa possibilité, le second enjeu étant de façon assez évidente une vulnérabilité encore accrue lorsqu'on parle de personnes handicapées au niveau de la communication verbale.

Le premier enjeu concerne le monde social qui nous entoure, que d'aucuns voudraient aujourd'hui plus « inclusif », c'est-à-dire invitant à l'inclusion ceux qui sont encore en marge, mais d'une manière ambiguë puisqu'on n'est jamais certain du contenu de ce mouvement d'inclusion : va-t-on ramener la norme d'un individu auparavant exclu, ici pour des raisons de handicap, à la norme standard que propose la société, ou va-t-on au contraire lui donner un environnement favorable pour qu'il développe ses propres normes de vie ? En d'autres termes, se situe-t-on dans une logique institutionnelle ou plutôt dans une logique plus individuelle ? Quelle est la véritable place que veut/peut accorder la société à ces personnes *a priori* exclues de l'espace public ? C'est cette ambiguïté d'un tel mouvement que nous avons tenté de représenter dans les deux diagrammes ci-après. Nous avons représenté la société standard de laquelle est exclu *a priori* un individu porteur d'un handicap qui peut être celui de la communication orale, en mettant en parallèle soit ce mouvement d'extériorité qui consiste à permettre à l'individu de se réaliser, soit un mouvement d'intériorité qui le ramène à une norme plus standard. Car il semble bien s'agir d'un effort de « normalisation », la véritable question étant la direction de cette norme.

[8] *Ibid.*, p. 52.
[9] *Ibid.*, p. 58.

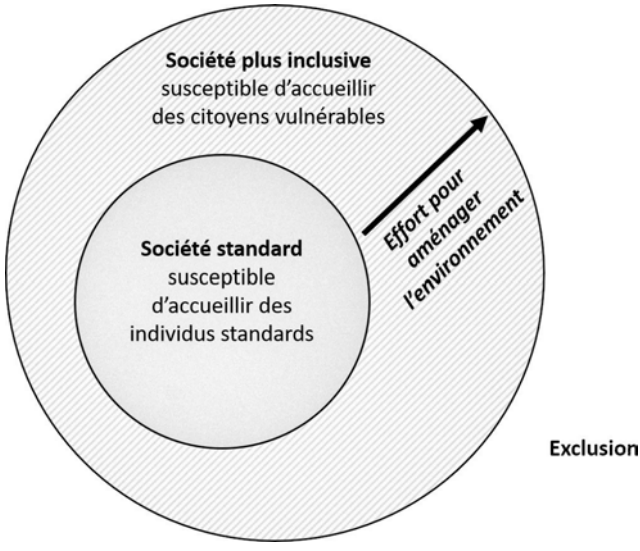
Schéma 3



Une société inclusive qui ramène à sa propre norme (vers l'intérieur)

Schéma 4

Une société inclusive qui développe la propre norme des individus (vers l'extérieur)



On voit très clairement ce qu'on entrapercevait déjà avant à savoir que l'inclusion de ces personnes handicapées du langage sera encore plus délicate que pour les autres handicaps dans la mesure où cet outil même de la parole n'est pas une possibilité qu'ils ont *a priori* dans leur bagage pour aménager ou compenser en partie la pesanteur de leur handicap.

D'où l'ambiguïté du travail du thérapeute qui peut facilement déraper et tomber dans un rôle qui consisterait moins à proposer un environnement d'opportunités que le sujet puisse saisir qu'à endosser le rôle de celui qui décide et ne propose plus, en d'autres termes ne fait plus qu'entretenir la dépendance à laquelle est déjà assujetti l'individu au début de sa rééducation. Dans ce paradigme, le soignant n'agirait plus dans l'alliance thérapeutique du patient en acceptant de prendre des risques afin d'aider thérapeutiquement ce dernier, ne laisserait plus sa créativité se déployer librement à partir d'une simple intuition quand il a observé son patient (comme on l'avait vu dans le cas de Philippe Van Eeckhout par rapport à son patient Sabadel).

Le second enjeu que nous développons concerne la vulnérabilité accrue de ce type de public biaisé dans la communication. Ce qu'il faut bien prendre en considération, c'est que nous sommes tous plus ou moins vulnérables et que c'est simplement une situation qui exacerbe ou révèle notre vulnérabilité à un instant donné.

Par ailleurs, même lorsqu'une personne aide et que l'autre est aidée, il y a toujours rencontre de deux vulnérabilités en présence, certes à des niveaux d'exposition plus ou moins intenses, mais une vulnérabilité déjà *a priori* partagée ; c'est à mon avis un point fondamental pour comprendre l'ensemble de la dynamique de cette situation de handicap mais de beaucoup d'autres aussi, souvent trop peu prises en compte ; comme s'il y avait d'un côté quelqu'un de vulnérable et de façon implicite face à lui, quelqu'un d'invulnérable.

Une dernière remarque par rapport à ma propre expérience de la question : cette dernière vérifie l'importance du contexte qui exacerbe plus ou moins la vulnérabilité de la même vie : dans certaines situations, nous nous sentons particulièrement exposée, dans le risque permanent d'être incapable de garder au moins une partie du contrôle de la situation que nous traversons (par exemple lorsque nous sortons en bus avec notre auxiliaire de vie) ; et parallèlement il y a des situations comme quand nous écrivons notre travail dans de bonnes conditions où nous nous sentons à égalité avec un autre chercheur ; cela, nous le devons en grande partie à ce que notre environnement nous permet de faire, et là non plus il ne faut pas oublier ce facteur environnemental d'après nous. Non pas tant substantiellement ce facteur qui fait face au sujet qui a un handicap, mais bien plutôt la dynamique de leur relation car c'est bien de cette dernière qu'émerge l'articulation et le dialogue possible ou pas entre l'individu et son monde, les stratégies détournées qui vont être mises en place assez spontanément la plupart du temps pour consolider les échanges entre eux.

Cette vulnérabilité accrue nous pousse aussi à réfléchir à nouveaux frais sur les enjeux d'une communication et des difficultés qu'elle peut soulever avant même d'avoir des problèmes d'expression. Au-delà de cette difficulté que nous avons décrite, la communication entre les hommes, si elle est bien créatrice de cet espace public, politique, n'est pas exempte d'autres obstacles valables pour tous : communiquer, c'est toujours trouver un terrain commun avec l'autre, ce qui implique des efforts mutuels quand nous le rencontrons, la communication nous situe alors dans un espace de négociation où il faut en permanence faire des compromis.

D'autres enjeux ont également pu émerger touchant au handicap invisible par exemple, facteur d'une plus grande vulnérabilité ici. Que veut dire ne pas pouvoir exprimer ses besoins et son avis ? La personne ne risque-t-elle pas d'être surinterprétée à son corps défendant ? Par ailleurs, peut-on penser sans langage ? Dans le cas des personnes aphasiques, comment arriver à réaliser qu'elles n'ont souvent aucun problème de compréhension mais qu'elles ne trouvent pas « le mot pour le dire » ? Un des points également marquants réside dans cet effort que l'on fait aujourd'hui pour tout technologiser et rendre accessible la moindre information (en rendant également possible l'action numérique par les mêmes biais). Que penser *in fine* de cet embryon de projet encore un peu fou (mais pour combien de temps encore ?) de travailler directement sur le matériau de la pensée humaine pour compenser les handicaps à partir de capteurs d'ondes cérébrales ?

Conclusion

Cette ébauche de projet touchant à un handicap de la communication verbale s'inscrit donc à la fois dans le prolongement et à la fois dans une dimension originale par rapport à un premier travail sur le handicap. Certes, il s'agit toujours de mettre en avant le gouffre qui existe entre l'aspect médical, ce que l'on observe de l'extérieur, et la façon dont le sujet s'approprie sa réalité. Ce n'est qu'à partir de cette seconde modalité que peuvent s'organiser, des stratégies efficaces pour améliorer sa situation, en faisant intervenir l'ensemble des acteurs de son environnement, tel l'assistant de communication ou les pourvoyeurs de codes plus ou moins standards, plus ou moins adaptés sur mesure entre les interlocuteurs. Ces situations réinterrogent chaque fois le travail du thérapeute, mais aussi de façon plus large l'environnement qui entoure la personne ; quelles postures doivent adopter l'ensemble des acteurs par rapport à la situation du moment ?

On note aujourd'hui une propension évidente à compenser de manière massive le déficit de communication par le biais technologique et l'outil numérique, rendant souvent les individus à nouveau relativement libres de s'exprimer oralement et par écrit par le biais de technologies de pointe. Toutefois, et là nous touchons à un problème qui va bien au-delà du simple handicap, rien ne nous garantit qu'il suffise alors de s'exprimer en toute liberté pour être entendu dans l'espace public.

Bibliographie

Philippe Aubert et Sophie Jacolin, *Rage d'exister*, Paris, HD ateliers Henry Dougier, 2018, 120 p.

Jean-Dominique Bauby, *Le Scaphandre et le Papillon*, Paris, Robert Laffont, 1997, 139 p.

Élizabeth Cataix-Nègre, *Communiquer autrement*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2017, 309 p.

Michel de Certeau, *L'invention du quotidien*, *Arts de faire*, volume 1, Gallimard, 1990, 349 p.

Alexandre Dumas, *Le Comte de Monte-Cristo*, chapitre LVIII, Paris, Gallimard, Folio, 2020, 1268 p.

Francis Eustache et Bernard Lechevalier (dir.), *Langage et aphasie,* Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 1993, 292 p. et notamment la communication de Pierre Messerli, « Une approche historique de l'aphasie ».

Denis Forest, *Histoire des aphasies : Une anatomie de l'expression,* Paris, PUF, 2005, 351 p.

Axel Honneth, *La Société du Mépris*, Paris, La Découverte, 2006, 349 p.

Dominique Laplane, *La Pensée d'outre-mots*, Le Plessis-Robinson, Institut d'édition Sanofi-Synthélabo pour le progrès de la connaissance, 2000, 180 p.

Guillaume Le Blanc, *L'invisibilité sociale*, Paris, PUF, 2009, 197 p.

Philippe Van Eeckhout et Mona Ozouf, *Le Langage Blessé*, Paris, Albin Michel, 2001, 225 p.

Philippe Vigand, *Putain de silence*, Paris, Le livre de poche, 1997, 219 p.

Philippe Vigand, *Légume vert*, Paris, Le livre de poche, 2011, 151 p.

Sabadel, *Une plume à mon cerveau*, Paris, Fabert, 2008, 163 p.

Virginia Smith, *Le corps humain, comment ça marche ? Les faits clairement expliqués,* Le courrier du livre, 2017, 255 p.

Herbert-George Wells, *Le Pays des Aveugles et autres récits d'anticipation*, Paris, Gallimard, 2020, 261 p.

DVD APF « Et pourtant je communique », Groupe Démostène, 2011.

Personnes handicapées et participation inclusive et sociale pour le développement de l'industrie du tourisme au Vanuatu

Robbie Iauko

Master holder of Business Management and Tourism.
Project Manager Local development consultant
Senior Procurement officer Ministry of Education and Training
President of Kerygma Youth Association

Remarques préliminaires

C'est en toute humilité et sans aucune prétention que nous proposons, à ceux et celles intéressés, cette réflexion sur l'industrie du tourisme au Vanuatu, une industrie importante, non seulement pour l'économie vanuataise mais aussi pour l'image du Vanuatu à travers le monde et plus spécialement ses voisins : l'Australie, la Nouvelle-Zélande, la Nouvelle-Calédonie, Fiji, les Îles Wallis et Futuna et la Polynésie française.

Par cette réflexion, nous ne saurions nous positionner en donneur de leçons, surtout vis-à-vis de ceux et celles qui sont déjà impliqués dans l'industrie du tourisme et qui font un excellent travail. Notre présente réflexion a tout simplement pour but d'éveiller davantage notre conscience au monde des personnes handicapées que nous avons tendance à oublier le plus souvent alors même qu'elles sont des personnes dans le plein sens du terme avec des dons, des talents et des charismes qui pourraient être mis à la disposition de notre société, de nos commerces et de nos industries, et plus spécialement, ici dans l'industrie du tourisme. Au cours des dernières années, nos études au Vietnam et à l'Agnece universitaire de la francophonie nous ont amené à réfléchir sur cette problématique et à essayer de dégager des pistes de réflexion. C'est le but des lignes suivantes.

Introduction

Le Vanuatu est un archipel composé de 80 îles et îlots avec une population de + ou - 300 000 habitants. Son système politique repose sur des valeurs démocratiques, coutumières et chrétiennes. Son économie est typiquement marquée par l'activité du tourisme, de l'agriculture, de la pêche et de diverses petites et grandes entreprises. En 2019, la croissance du PIB atteignait 3,3 % mais chutait a - 9,2 % en 2020 en raison des effets désastreux de la pandémique de la Covid-19. Selon les prévisions du FMI, publiées en avril 2021, la croissance du PIB devrait atteindre 3,2 % à la fin de l'année 2021.

Au seuil de son indépendance obtenue en 1980, il existait dans le pays des inégalités sociales et discriminatoires, des disparités socio-économiques et politiques, mais, heureusement, les autorités politiques de l'époque ont travaillé avec patience, courage et acharnement pour mettre

en place des lois, des structures et des organismes publics et privés, non seulement pour relancer l'économie du pays, mais aussi et surtout pour donner à ses habitants une vision positive de l'avenir, pour ouvrir des chemins d'espérance et pour développer chez tous ses citoyens un sentiment d'appartenance et de fierté. Du même coup, ces mêmes autorités politiques ont eu la sagesse d'établir des relations diplomatiques, des échanges et des traités commerciaux avec les organismes internationaux et les pays environnants pour relever les défis auxquels sont toujours confrontés les pays en voie de développement. Aujourd'hui, il existe un réel partenariat entre le Vanuatu, Fidji, la Nouvelle-Calédonie, la Nouvelle-Zélande, l'Australie, la Chine et d'autres.

Au cours des années, notre pays a appris à voler de ses propres ailes, à s'affirmer sur l'échelle internationale et à ajuster ses projets de lois sur les standards internationaux. Aussi, par exemple, en 1999, le Gouvernement du Vanuatu adoptait le traité sur les droits de l'homme et le ratifiait en 2008, ouvrant ainsi la porte pour l'entrée sur notre territoire de plusieurs organismes non-gouvernementaux (ONG) comme : La Croix Rouge Internationale, Care International, Oxfam, World Vision, Save the Children ainsi que la création d'organismes locaux comme : Vanuatu People With Disabilities, Wan Small Bag et d'autres. Tous ces organismes, en collaboration étroite avec le Gouvernement du Vanuatu, travaillent toujours à la création de meilleures conditions de vie, à l'amélioration des soins de santé mieux adaptés et plus efficaces, au développement de l'économie locale et au développement d'un système éducatif toujours plus performant. Ce sont tous ces efforts qui font du Vanuatu aux yeux du monde, un des pays les plus heureux, où il fait bon vivre.

Le plan national de développement durable du Vanuatu comprend neuf objectifs et reposent sur trois piliers principaux : un pilier économique, un pilier social et un pilier environnemental. Dans le pilier social, il y a, bien sûr, le respect des droits de l'Homme, et ce pilier encourage vivement la participation inclusive de la société civile dans la construction et le développement à court et à long terme du pays. C'est sur la base de ce plan stratégique mis en place par le Gouvernement que nous allons aborder le sujet « Personnes handicapées et participation inclusive et sociale pour le développement de l'industrie du tourisme au Vanuatu ». Le programme d'actions pour le développement de l'industrie du tourisme au Vanuatu a pour but de répondre au mieux aux besoins du Vanuatu, à son expansion et à sa diversification.

L'industrie du tourisme au Vanuatu représente une ressource non négligeable pour l'économie du pays ; elle contribue à 36 % de la croissance du PIB (2017) et elle emploie presque 30 % de la population du Vanuatu. De son côté, le Gouvernement ne cesse d'investir beaucoup d'argent dans le secteur du tourisme de manière à développer une industrie résiliente et durable. Mais, pour réaliser ces objectifs, il est impératif de développer une industrie du tourisme qui soit participative socialement inclusive et équitable. Sans distinction de la situation de mobilité réduite de certaines personnes, tous les citoyens ont le droit de participer au développement de cette industrie. La convention relative aux droits des personnes handicapées stipule que « toute personne a l'opportunité égale de jouir des mêmes droits et libertés malgré leur

déficience ». Retenons également un principe de la politique stratégique nationale de développement du Handicap :

> « Les valeurs et pratiques mélanésiennes et religieuses qui favorisent le respect, l'harmonie et l'unité, et qui sont conformes à ces principes politiques, lois nationales et internationales, peuvent avoir une influence positive sur le développement inclusif du handicap. »

Pour en arriver au développement d'une industrie du tourisme qui soit durable, équitable et inclusive, on insiste sur la volonté de considérer la participation des personnes à mobilité réduite en particulier et des personnes handicapées en général.

Au niveau international, le même principe de droit s'applique. Toute personne, sans distinction de leur situation de handicap, doit jouir des mêmes droits et libertés de participer à toutes les activités touristiques. Les infrastructures, les services, les avantages, les produits doivent inclure, dans la mesure du possible, la participation des personnes en situation de handicap. Pour que le développement de l'industrie du tourisme réussisse en étant ouvert et équitable, la participation doit être socialement inclusive afin d'éliminer les barrières, les préjugés et faire place à la diversité.

Inclusion et équité sont des éléments indispensables au développement durable de l'industrie du tourisme. Au Vanuatu, il serait peut-être utile d'envisager une étude sur les avantages liés à l'industrie touristique de manière à ce que de plus en plus de citoyens en bénéficient : rémunération, emploi équitable, utilisation équitable des ressources touristiques et suppression des barrières sociales, émotionnelles et sensorielles.

Comment intégrer et faire participer les personnes en situation de handicap au développement de l'industrie du tourisme pour en faire une activité durable, équitable et inclusive ?

Il nous faut aborder la participation des personnes en situation de handicap d'une part et les démarches d'inclusion d'autre part.

I. Un tourisme vanuatais encore difficilement accessible

L'industrie du tourisme riche de nombreux atouts doit penser l'inclusion des personnes en situation de handicap pour tendre vers zéro exclusion.

A. Programmes de loisirs et environnements récréatifs[1]

Au Vanuatu, l'industrie du tourisme est particulièrement accessible aux personnes qui ne sont pas en situation de handicap : les infrastructures, les routes, les hôtels et les stations, et même l'organisation des activités, tout est pensé et conçu en fonction des personnes physiquement et mentalement adaptées, des personnes sans handicap. Le processus de planification, de conception ou de modification des infrastructures n'inclut pas les besoins des personnes handicapées.

Ainsi, est-il utile et nécessaire de faire quelques améliorations dans le processus de développement de l'industrie du tourisme au Vanuatu, en créant un environnement qui permet aux personnes en situation de

[1] Voir Shleien et coll. (1999).

handicap d'avoir accès avec dignité et équité aux services qu'offre cette industrie.

Nous avons au Vanuatu de merveilleuses attractions touristiques, auxquelles les personnes en situation de handicap n'ont pas, ou ont difficilement accès. Nous pensons au volcan Yasur sur l'Île de Tanna, au saut de Gaule sur l'Île de Pentecôte, au président Goolidge à Santo et à d'autres sites touristiques que nous trouvons à travers tout le pays. Il est vrai que l'accessibilité à ces sites touristiques est souvent difficile pour les familles avec des enfants et adultes en situation de handicap. Peut-être y a-t-il un manque de ressources humaines qualifiées pour répondre adéquatement aux besoins des personnes handicapées. Nos agents engagés dans l'industrie du tourisme à Vila, Santo et ailleurs ont-ils reçu des formations adéquates pour assister, en cas de nécessité, les personnes en situation de handicap ?

B. Zéro exclusion

1. Hébergement

Les hôtels, les stations de tourisme (*resorts*), les bungalows et les sites touristiques devraient être tous conçus de manière à offrir un hébergement et des facilités qui soient accessibles à tous les touristes et voyageurs, quelle que soit leur condition. Ceci signifie en termes pratiques que les facilités devraient être soumises à un code d'éthique national incluant des dispositions pour accommoder les personnes en situation de handicap. Au Vanuatu, le seul hôtel qui offre des services inclusifs est le « Cipel Hotel ». En effet, celui-ci possède des équipements et des personnes qualifiées capables de répondre aux besoins de tous leurs clients, y compris en situation de handicap.

Ceci implique aussi que la condition d'employés en situation de handicap puisse également être prise en considération[2]. Dans l'hôtel australien, les gestionnaires ont accès à un hébergement limité (chambre pour personne handicapée). Au Vanuatu, il est vraiment rare de voir une personne à mobilité réduite occuper une position au sein du secteur touristique. Nous constatons qu'il y en a aussi de moins en moins dans d'autres secteurs du privé et du public, comme à la Bred Bank, par exemple. Parmi ces personnes en situation de handicap, il y en a qui ont la capacité, les talents et des compétences remarquables qui pourraient certainement enrichir l'industrie du tourisme du Vanuatu.

Pour répondre aux besoins d'une clientèle de plus en plus diversifiée, plus âgée aussi, les chambres dans nos hôtels, stations de tourisme (resorts) et bungalows devraient être organisées pour accueillir les personnes en situation de handicap, les séniors comme les jeunes enfants. Il faut donc se poser la question de savoir si nos établissements destinés à l'accueil des touristes répondent à tous ces critères et s'ils sont capables de satisfaire tous les besoins et les désirs des clients étrangers et locaux.

[2] S. Darcy et S. Pegg & B. Cameron (2011). Developing a business case for accessible tourism. In S. Darcy & D. Buhalis (eds.), *Accessible Tourism: Concepts and Issues*. Bristol: Channel View, 2011, p. 241-259.

2. Transport et matériaux (fauteuil roulant, etc.)

Si, au Vanuatu, les personnes handicapées sont plutôt traitées avec respect, nous ne pouvons pas dire que leur condition fasse l'objet d'un traitement totalement satisfaisant. Peu de secteurs, publics ou privés, semblent vouloir faire un réel effort pour donner aux personnes en situation de handicap de meilleures conditions de vie. Les transports aériens, maritimes et terrestres leur offrent bien peu. On dispose d'une voiture bien aménagée, avec toutes les facilités dont ont besoin les personnes handicapées. Mais même l'association pour les handicapés au Vanuatu doit utiliser une voiture ordinaire pour transporter des personnes en situation de handicap. Ne devrait-on pas, en tant que nation démocratique et chrétienne, offrir à ces personnes de meilleurs services ?

En plus, il n'existe pas dans notre pays une industrie spécialisée dans la fabrication d'équipements adaptés aux besoins des personnes handicapées. Il nous faut recourir à l'aide internationale ou à des ONG ou organismes non-gouvernementaux. Et nous savons que ces équipements coûtent très cher et que bien peu de familles ont les moyens de s'en procurer. Aussi n'ont-elles pas d'autre possibilité que de garder leurs proches à la maison où ils peuvent devenir de réels fardeaux en dépit de tout l'amour qu'elles leur portent.

Selon un recensement conduit par « *Vanuatu People With Disability* » organisme qui s'occupent des personnes en situation de handicap, c'est le cas de nombreuses familles. Il y en aurait environ 4 000 dans le pays. C'est un sérieux problème auquel nous sommes tous confrontés et nous avons le devoir, le courage et la détermination de le prendre au sérieux. Une personne en situation de handicap n'est pas pour autant une personne moindre, un être humain de deuxième classe. Il semble donc urgent de mettre en place des lois et des provisions pour que la condition des personnes handicapées soit vraiment traitée sérieusement. Les combats que mènent les ONG commencent à porter leurs fruits. Des progrès ont été faits, y compris dans l'industrie du tourisme, mais il faut continuer à investir davantage pour en arriver à « une culture » du handicap dans le domaine du tourisme.

II. Vers l'inclusion et la participation des personnes en situation de handicap

Il convient d'aborder tant la question de la participation même des personnes en situation de handicap que du rôle à jouer par les professionnels du tourisme.

A. Participation, citoyenneté et handicap

Selon la convention des Nations Unies sur le droit des personnes handicapées ratifiée en 2008 par le Vanuatu, tout individu doit pouvoir jouir de ses droits et libertés. Un peu comme dans plusieurs autres endroits à travers le monde, le Vanuatu ne peut pas affirmer que cet article est en tout point respecté. Il y a encore une certaine discrimination à l'endroit des personnes en situation de handicap et il semble important et nécessaire de former des professionnels pour aider ces personnes à vaincre leur handicap et à intégrer la société et le monde du travail dans la mesure de leurs capacités. Du même coup, ces formations pourraient aider les agents

du tourisme à mieux répondre aux demandes et aux besoins des touristes en situation de handicap. Un certain nombre d'activités très simples pourraient aider nos agents du tourisme à mieux saisir ce que vivent les personnes handicapées : se déplacer avec un bandeau sur les yeux, participer à un repas de la même manière, se déplacer en fauteuil roulant, converser dans l'obscurité, etc. Il y a aussi l'organisation d'activités sportives handisport, comme y procède l'entreprise « *Wilco Hardware* » chaque année.

Des organismes tels que « *One Smal Bag* », organisation non gouvernementale qui s'occupe de la formation des personnes handicapées en leur donnant l'opportunité d'exploiter leurs talents à travers les activités telles que la danse, la musique, prennent en compte la participation des personnes en situation de handicap.

Le « *Vanuatu People With Disability* » a été créé pour accompagner et servir les besoins des personnes en situation de handicap. Au sein de cet organisme, la majorité des employés ont un handicap. Ce sont eux/celles qui vont sur le terrain pour sensibiliser les familles sur les mesures à prendre et sur les méthodes à appliquer pour subvenir aux besoins d'une personne en situation de handicap. Ces actions contribuent à sensibiliser une partie de la population et à éveiller davantage les autorités à tous les niveaux sur les besoins des personnes et peut-être à ouvrir des chemins pour une participation des personnes handicapées à l'industrie du tourisme au Vanuatu. Il est essentiel de promouvoir leur participation inclusive dans ce domaine, mais dans notre pays nous semblons considérer de moins en moins la possibilité de leur participation et à les intégrer dans le développement de l'industrie du tourisme.

Il semblerait que les agences touristiques et aussi le département du tourisme au Vanuatu, n'ont pas dans leurs plans stratégiques de marketing et de communication des programmes ou informations qui analysent en profondeur la nature des besoins des personnes en situation de handicap. Les informations mises en ligne sont de nature à servir les personnes ou non en situation de handicap. Il n'y a pas de stratégie qui concerne spécifiquement les personnes en situation de handicap et il y a une insuffisance de ressources humaines pour répondre de manière satisfaisante aux besoins de ces personnes.

Les services mis à la disposition des touristes qui arrivent au Vanuatu ne sont pas adaptés aux besoins de personnes en situation de handicap de sorte que ce sont les touristes eux-mêmes qui doivent s'en occuper. C'est le cas pour les malvoyants, les malentendants et pour ceux ou celles à mobilité réduite. Avons-nous, dans les endroits publics, comme le Musée national, des services ou des activités spécialement destinés aux aveugles ou aux malentendants ? Les touristes qui viennent sur notre territoire, même ceux ou celles ayant des handicaps physiques, doivent se sentir acceptés, importants et désirés comme le sont tous les autres touristes.

Au Vanuatu, il existe plusieurs lieux d'attraction touristique et nous présentons à nos touristes des activités diversifiées : danses coutumières, histoires, plats traditionnels, musique traditionnelle, évènements culturels, lieux touristiques, etc. Ce sont des services et des activités qui sont destinés à tous les touristes, sans distinction. La question se pose alors :

quelles relations établir avec les malvoyants ou les malentendants ? Avons-nous des personnes capables d'utiliser le langage des signes, par exemple ?

B. Des professionnels du tourisme

Nos agents touristiques organisent des voyages avec forfaits pour tous les touristes, en situation de handicap ou non vers différents lieux touristiques : le tour de l'Île d'Efaté, les cascades de Mêlé, le Musée national, le Parlement, la Mission catholique de Montmartre, la cathédrale de Port-Vila, etc. Nos tours opérateurs sont-ils conscients des attentions et des dispositions à prendre pour faciliter la participation à ces visites des personnes handicapées ? Les personnes handicapées se sentent-elles prises en considération ? Et sont-elles traitées de la même manière que les personnes qui ne sont pas en situation de handicap ?

Nos tours opérateurs peuvent contribuer d'une manière très concrète à donner aux touristes une très belle image de notre pays, à leur révéler notre esprit d'accueil, notre humanité et notre respect profond pour l'homme et la femme, quelle que soit leur condition.

Conclusion

L'inclusion et la participation des personnes en situation de handicap dans notre industrie du tourisme au Vanuatu est une condition nécessaire au développement d'un tourisme durable dans notre pays. Il est important de former des agents du tourisme capables de répondre efficacement aux attentes et aux besoins des touristes que nous accueillons, quelle que soit leur condition physique et de faciliter à ceux et celles qui en auraient besoin, l'accès aux sites touristiques pour que leur séjour dans notre pays soit pour eux tous une expérience enrichissante, une expérience qu'ils n'oublieront jamais. Faire place aux personnes en situation de handicap est un geste humain, un geste de compassion et un geste que sauront apprécier tous nos visiteurs étrangers et dont ils se souviendront longtemps.

2. Femmes

La sous-représentation des femmes en sciences : enjeux et défis

Mathilde Mâlin

Doctorante en astrophysique, Laboratoire d'Études Spatiales et d'Instrumentation en Astrophysique (LESIA), Observatoire de Paris, Université PSL, CNRS, Sorbonne Université, Université de Paris

Introduction

Bien qu'il y ait toujours eu des femmes présentes dans les domaines scientifiques, elles sont moins connues que leurs collègues masculins et moins récompensées pour leurs travaux. À travers cet article, nous discuterons de l'identité des femmes physiciennes et astrophysiciennes des siècles derniers, de leurs travaux et de leurs découvertes et des raisons pour lesquelles elles étaient moins connues du grand public.

Les femmes ont toujours été présentes dans les domaines scientifiques, cependant, elles sont souvent méconnues, moins renommées que leurs collègues masculins et encore aujourd'hui, elles sont moins nombreuses à être récompensées pour leurs travaux.

Quels sont les obstacles rencontrés par les femmes qui souhaitent poursuivre une carrière scientifique ? Quelles solutions existent pour tendre plus vers une parité au sein de la communauté scientifique ? Aujourd'hui, les filières scientifiques apparaissent de plus en plus ouvertes aux femmes, un signe qui semble porter les fruits des revendications.

Dans un premier temps, nous discuterons de l'identité des femmes physiciennes et astrophysiciennes des siècles derniers, de leurs travaux et de leurs découvertes ainsi que des raisons pour lesquelles elles sont moins connues au grand public comparé aux hommes scientifiques des mêmes époques. Plusieurs exemples, plus ou moins reconnues aujourd'hui, sont présentées afin de mettre en évidence les mécanismes qui mènent à la sous-représentation des femmes scientifiques.

La seconde partie présente la situation au XXIe siècle : en commençant par l'enfance et l'impact de l'éducation, puis la carrière professionnelle des jeunes chercheuses et les obstacles rencontrés par celles qui souhaitent poursuivre une voie scientifique.

Pour terminer, aujourd'hui, les filières scientifiques apparaissent de plus en plus ouvertes aux femmes, un signe qui semble porter les fruits des revendications, ainsi, nous demanderons quelles sont les solutions qui existent pour tendre plus vers une parité au sein de la communauté scientifique.

I. Les mécanismes qui mènent à la sous-représentation des femmes en sciences

À travers des exemples choisis arbitrairement mais représentatifs, nous allons voir les différents mécanismes qui ont mené à la sous-représentation des femmes en sciences aujourd'hui en passant par des siècles d'invisibilisation des femmes dans les domaines scientifiques.

Trotula de Salerne serait une scientifique du XIe siècle connue pour soigner des maladies féminines et à qui on attribue plusieurs livres pionniers de la gynécologie. Au XIIe siècle, son nom fut recopié en lui donnant une forme masculine car il semblait impossible qu'une femme ait réalisé un tel accomplissement. Au XXIe siècle, l'exemple de Trotula est devenu un enjeu féministe posant le problème de la place accordée aux femmes dans l'histoire des sciences. Il s'agit d'un exemple typique et encore controversé : plusieurs chercheurs.euses donnent des versions différentes de son histoire. Selon certaines théories, de nombreuses femmes exerçaient le métier de gynécologue et de guérisseuse, leurs écrits auraient été rassemblés sous le nom de Trotula[1]. Que Trotula soit un personnage historique ou un mythe né de l'accumulation de différents destins, il s'agit d'un symbole qui raconte comment les écrits médicaux attribués aux femmes ont peu à peu glissé vers des mains masculines. Plus généralement, les femmes qui osent promouvoir les sciences se retrouvent considérées comme des sorcières[2].

Par cet exemple datant du Moyen-Âge, l'effacement des femmes de l'histoire scientifique est mis en évidence. Ce phénomène a été théorisé par Margaret Rossiter, historienne des sciences, en 1993 sous le nom de « Effet Matilda »[3], inspiré par « l'effet Mathieu » une idée de Robert King Merton. Dans les années 1960, « l'Effet Mathieu » fait référence à un verset de l'évangile « Car on donnera à celui qui a, et il sera dans l'abondance, mais à celui qui n'a pas on ôtera même ce qu'il a » : les scientifiques connus se font attribuer un travail qu'ils n'ont pas fait ou du moins pas fait seuls – au détriment des personnes moins connues avec qui ils ont travaillé. Margaret Rossiter remarque que ce phénomène est démultiplié quand il s'agit de femmes : le mérite et les retombées positives des découvertes reviennent aux collaborateurs masculins. Elle nomme cet effet en hommage à Matilda Joslyn Gage, une militante féministe, journaliste et suffragette, qui déjà avait remarqué dès la fin du XIXe qu'une minorité d'hommes avaient tendance à s'accaparer la pensée intellectuelle des femmes. De nombreuses scientifiques sont connues comme étant victimes de cet effet.

Jocelyn Bell commence une thèse en radioastronomie en 1965. Elle est chargée de l'analyse des données captées grâce à un radiotélescope qu'elle a construit pour étudier les quasars (des trous noirs, noyaux de galaxies extrêmement lumineux). Elle remarqua des anomalies qui ne

[1] Lauren Bastide, « Trotula de Salerne, celle qui nous manque face aux campagnes gynécologiques sexistes », *Le HuffPost*, 2018, et Monica H. Green, « Who/ What is 'Trotula' », 2015 – disponible en ligne.

[2] Pour plus de détails : Mona Chollet, *Sorcières : La puissance invaincue des femmes*, Zones, 2018.

[3] Margaret Rossiter, « The ~~Matthew~~ Matilda Effect in Science », *Social Studies of Science* vol. 23, n° 2, 1993, p. 325-341.

correspondent pas aux schémas typiques des quasars : des séquences régulières qui lui font penser à la lumière provenant d'un phare. Contre la volonté de son directeur, elle approfondit ses recherches et découvre ce qu'elle appellera les pulsars (pour « *pulsating* » *stars*, des étoiles à neutrons – résidus de la mort des étoiles massives après qu'elles ont explosé en supernova – qui tournent très rapidement sur elles-mêmes en émettant un important rayonnement électromagnétique). En 1968, le résultat de ces recherches est publié dans la prestigieuse revue *Nature*, la première signature qui y apparaît est celle d'Anthony Hewish, son directeur de thèse. Le prix Nobel de physique est remis à Antony Hewish avec Martin Ryle pour cette découverte. Cela est alors controversé par une partie de la communauté scientifique, indignée que Jocelyn ait été « oubliée ».

Après un début de carrière brillant, Marthe Gautier crée de toute pièce son laboratoire de culture cellulaire, afin de compter le nombre de chromosomes chez les enfants atteints de mongolisme (tel que l'on appelait cette maladie à l'époque). Elle découvre alors que les enfants ont un chromosome surnuméraire, mais elle ne dispose pas d'un microscope capable de prendre des photographies de sa découverte. Jérôme Lejeune, chercheur au CNRS et assistant du professeur Turpin, le chef de l'unité pédiatrique, propose à Marthe Gautier de les photographier dans son laboratoire mieux équipé afin de confirmer sa découverte. En 1959, Jérôme Lejeune annonce seul cette découverte, lors d'un séminaire de génétique, il sera le premier signataire de l'article confirmant les résultats, le nom de Marthe n'arrivera qu'en 2nd (et avec une erreur dans son nom) ! La carrière de Jérôme Lejeune décolle suite à cette découverte, il reçoit de nombreux prix, souvent partagés avec Raymond Turpin, tandis que Marthe Gautier abandonne les recherches sur la trisomie 21, pour se consacrer à la cardiologie infantile. Elle dira elle-même : « Je suis blessée et soupçonne des manipulations, j'ai le sentiment d'être la découvreuse oubliée ». En 2014, Marthe Gautier, alors âgée de 88 ans, est invitée à recevoir le grand prix de la Société Française de Génétique humaine lors d'un congrès scientifique. La fondation *Jérôme Lejeune* dépêche des huissiers pour s'assurer que les propos tenus par la chercheuse ne portent pas atteinte à l'honneur du Dr Lejeune. Les organisateurs annulent l'intervention de Marthe Gautier et lui remettent la médaille plus tard, lors d'une cérémonie privée[4].

Ces deux histoires s'inscrivent dans une société sexiste estimant que la place des femmes n'est ni à l'Université ni dans les laboratoires. En effet, c'est seulement en 1868 que la première femme fut inscrite à l'Université en France, les femmes représenteront moins de 30 % des inscrit.es à l'Université jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Le milieu universitaire est réservé à une élite masculine, soucieuse de garder les femmes au foyer. Les femmes sont jugées inaptes aux études du fait de leur prétendue infériorité intellectuelle, elles ont beaucoup plus difficilement accès à une carrière scientifique. Les quelques femmes étudiantes doivent être dotées d'une grande détermination. Tout ce contexte sociétal mène à l'invisibilisation des quelques femmes présentes

[4] Pierre Ropert, « Marthe Gautier, découvreuse de la Trisomie 21 », France Culture, 2018, disponible en ligne.

dans le milieu scientifique, elles sont « cachées » parmi les hommes, et se font voler leurs travaux, leurs découvertes. Seulement quelques femmes ont eu des carrières brillantes et ont été récompensées pour leurs travaux de recherche.

La plus célèbre d'entre-elle est Marie Skłodowska-Curie (1867-1934). D'origine polonaise, elle arrive en France en 1891 afin de pouvoir poursuivre des études universitaires, impossibles en Pologne. Elle étudie les mathématiques et ses recherches l'amènent vers la physique. Elle rencontre Pierre Curie qui lui propose de rester travailler avec lui à Paris. Ils se marient et travaillent ensemble sur la radioactivité. En 1903, ils sont récompensés du Prix Nobel de physique. Marie Curie devient la première femme professeure titulaire de la chaire de physique générale et radioactivité. Marie Curie s'est faite une renommée internationale dans le milieu scientifique. En 1911, peu après la mort accidentelle de son mari, Marie Curie fût harcelée par les médias qui lui inventent une liaison extraconjugale avec Paul Langevin. Il s'agit d'un fait imaginé par la presse nationaliste, misogyne et xénophobe, qui souhaite son retour en Pologne afin qu'elle quitte ses fonctions de professeure. Malgré cela, Marie Curie obtient un deuxième Prix Nobel en chimie grâce à ses avancées sur le radium et le polonium.

Maria Goeppert Mayer (1906-1972) a grandi entourée de mathématiciens et physiciens célèbres, son père étant professeur à l'Université de Göttingen. En 1924, encouragée par Max Born, elle parvient à être admise au cursus de mathématiques universitaire. Elle immigre aux États-Unis avec son mari, Joseph Mayer, qui vient d'avoir un poste à l'Université Johns-Hopkins**.** Ils sont accueillis tous les deux mais sans salaire pour elle. Elle poursuit ses travaux de recherche et devient de plus en plus renommée. En 1946, enfin pleinement reconnue comme chercheuse en physique, elle devient membre du département de physique théorique du nouveau Laboratoire national d'Argonne, près de Chicago. Elle développe ses travaux en physique nucléaire avec Edward Teller et Enrico Fermi, ils théorisent le célèbre « modèle en couches » du noyau atomique. Elle devient la deuxième femme à obtenir un prix Nobel en 1963, partagé avec Eugene Wigner pour leur découverte simultanée du modèle en coquille des noyaux des atomes. À l'Université de Chicago, il existait des règles strictes contre le népotisme. Bien qu'elle travaille en tant que membre bénévole du corps professoral, ces règles ont contribué à ce que ces travaux lui soient reconnus.

À travers ces deux portraits, on remarque que ces femmes récompensées l'ont été grâce à leur lien à des hommes qui ont reconnu leurs travaux et leur mérite, que ce soit leurs maris ou d'autres physiciens. L'absence de rémunération de Maria Goeppert Mayer n'est pas un cas isolé, les femmes scientifiques présentes dans les laboratoires étaient considérées comme des assistantes très peu ou pas rémunérées. Ces assistantes ont toujours été très présentes dans le milieu scientifique, représentant une main d'œuvre à bas prix. Elles n'ont pas toutes eu un accès à l'éducation, mais au fil de leur travail, s'émancipent et mènent elles-mêmes leurs propres recherches qui aboutissent à de grandes découvertes, et deviennent des scientifiques brillantes !

Caroline Herschel, astronome allemande du XVIIIe siècle, est un exemple typique. Son physique marqué par des maladies, elle ne se maria pas et resta à s'occuper de ses parents. Son frère, le célèbre astronome William Herschel, convînt leur mère de l'emmener avec lui en Angleterre. Il lui apprend les mathématiques, l'anglais et lui apporte toutes les connaissances nécessaires afin qu'elle devienne son assistante à plein temps. En 1782, William Herschel découvre la planète Uranus et est nommé astronome royal. Caroline entreprend de plus en plus ses propres recherches et observations. Elle découvre de nombreuses comètes et des nébuleuses ; crée la première représentation de la Voie Lactée telle que le verrait un.e observateur.rice extérieur.e à cette structure. Elle devient la première astronome salariée en Angleterre. L'immense succès de son frère a permis que le génie de Caroline Herschel soit aujourd'hui reconnu.

Au XIXe siècle, la communauté d'astronomie souhaite créer une carte du ciel pour répertorier les étoiles et leurs caractéristiques. Il s'agit d'une tâche répétitive et minutieuse. Edward Charles Pickering, directeur de l'Observatoire de l'Université Harvard de 1877 à 1919, se rend compte que « une femme peut calculer d'immenses quantités de données pour un salaire deux fois plus faible qu'un homme ». Il embauche de nombreuses femmes entre la fin du XIXe siècle et les années 1950 en tant que calculatrices, créant son « Harem de Pickering ». Plus d'une centaine de femmes ont étudié les photographies sur plaques de verre des étoiles, elles ont découvert de nombreuses galaxies, nébuleuses et ont créé des méthodes de classifications, un travail considérable a été effectué ! Elles ont publié des articles scientifiques en tant que première autrice et ont été reconnues pour leurs travaux, mais ont été vite oubliées le siècle suivant. Elles sont remises à l'honneur au XXIe siècle grâce à des travaux de recherche qui étudient leurs carnets de notes et qui ont montré l'ampleur du travail réalisé[5].

Trois d'entre elles sont restées célèbres pour leurs découvertes. Williamina Fleming (1875-1911) propose un système de classification et découvre la nébuleuse de la Tête de Cheval. Après avoir été abandonnée avec son fils par son mari, elle commence un emploi de bonne chez Edward Charles Pickering. Celui-ci lui demande de l'aide dans son travail, se rend compte qu'elle est tout à fait capable de faire des calculs et l'embauche comme première calculatrice. Seule, elle classe 10 000 étoiles, découvre 59 nébuleuses, plus de 310 étoiles variables et dix novæ et au fil de ses travaux elle apprend le métier d'astronome. Elle prend de plus en plus de responsabilités et gère les autres calculatrices. Annie Jump Cannon (1863-1941) créée la base du système de classification des étoiles, toujours utilisé aujourd'hui. Elle le simplifie en se basant sur la température de surface. Elle rejoint l'Observatoire en 1896 et y travaille jusqu'en 1940. Enfin, Henrietta Swan Leavitt (1868-1921) a été embauchée en 1895 et est chargée de mesurer et de cataloguer la luminosité des étoiles. Elle découvre une relation entre la luminosité et la période de certaines étoiles variables permettant aux astronomes de

[5] Alex Newman, « Unearthing the legacy of Harvard's female computers », 2017, disponible en ligne sur bbc.com

mesurer la distance dans l'espace, maintenant connue sous le nom de « loi de Leavitt ».

Les femmes calculatrices étaient aussi très présentes à la NASA, notamment dans les années 1960-1970 avec les programmes Mercury puis Apollo. Elles effectuaient les calculs des trajectoires des fusées : des calculs longs, répétitifs et devant être fait sans la moindre erreur. Katherine Johnson (1918-2020), la plus célèbre d'entre elles, a calculé les trajectoires du programme Mercury et de la mission Apollo 11 vers la Lune en 1969. Elle reçoit la médaille présidentielle de la Liberté remise par Barack Obama en 2015, soit 46 ans plus tard. La reconnaissance de toutes ces femmes arrive seulement des années plus tard. En 2016, le film « *Les figures de l'ombre* » honore Katherine Johnson et ses collègues, Dorothy Vaughan, la responsable de calculs informatiques, et Mary Jackson, la première afro-américaine ingénieure en aéronautique.

Les calculatrices n'étaient pas présentes uniquement aux États-Unis. Les « dames de la Carte du ciel » furent embauchées à l'Observatoire de Paris, suite au lancement en 1887 du projet de la Carte du Ciel par Ernest Mouchez, directeur de l'Observatoire de Paris. L'objectif était d'avoir un inventaire exhaustif des positions des étoiles. En France est créé le premier Bureau des mesures en 1892 : quatre femmes sont chargées des travaux de mesure et de calcul pour la carte du ciel. Dorothea Klumpke (1861-1942), une astronome américaine, a été la directrice du Bureau des mesures de l'Observatoire de Paris de 1892 à 1901.

Il a été très difficile pour les femmes d'accéder à des carrières scientifiques pendant des siècles. Quand elles y accèdent, elles se retrouvent cachées derrière d'autres scientifiques, derrière leur mari et parmi une foule de scientifiques hommes. Une majorité des femmes scientifiques sont embauchées pour les tâches les plus pénibles et répétitives, elles sont considérées comme des assistantes, des calculatrices. Elles sont souvent peu ou pas citées et récompensées pour leurs travaux ; ce sont des hommes qui récupèrent leur mérite. Celles qui sont reconnues sont tout de même associées à des hommes (leur mari, leur mentor ou des amis de la famille) qui les ont poussées vers le devant de la scène malgré les réticences de leurs collègues masculins. Grâce aux mouvements féministes du XX-XXIe siècles, ces femmes scientifiques sont de plus en plus reconnues et célébrées. En réalité, les femmes sont bien présentes dans le domaine scientifique et ont fait de nombreuses découvertes !

II. La situation au XXIe siècle : de l'enfance à la carrière professionnelle

De nombreux clichés et stéréotypes persistent sur l'image des scientifiques. Que ce soit dans notre imagination ou dans la manière dont sont représenté.es les scientifiques dans les films et les séries, ces clichés sont toujours présents. Seulement 12 % des personnages associés aux domaines scientifiques montrés à la télévision sont des femmes[6]. Ces représentations genrées sont présentes dès le plus jeune âge. Encore

[6] Gender Bias Without Borders, Geena Davis Institute, 2015.

aujourd'hui, on peut voir dans des magasins que les jouets sont genrés : les jeux de constructions sont catégorisés pour les garçons, tandis que les jeux en liens avec la maison et surtout la cuisine sont labellisés pour les filles.

L'éducation scolaire des enseignements scientifiques est déjà remplie de stéréotypes. Une expérience a été faite dans plusieurs écoles : il s'agissait de reproduire la figure géométrique complexe de Rey-Osterrieth. Si elle est donnée en disant que c'est de la géométrie, les garçons réussissent mieux, à l'inverse si on leur dit que c'est du dessin : les filles réussissent mieux. Il ne s'agit donc pas d'une question de potentiel de réussite ou de compétence mais bien de confiance en soi et de stress au moment de faire l'exercice. Une jeune fille à qui on dit tous les jours qu'elle est appliquée et qu'elle sait bien dessiner sera meilleure quand on lui donne une tâche en lui disant que c'est du dessin car il sera du ressort de ses compétences. À l'inverse, si elle voit cela comme des mathématiques, elle perd ses moyens et ne réussit pas. Tout au long de la scolarité, ces stéréotypes perdurent : si une élève est bonne en mathématiques, cela sera considéré comme normal et l'orientation vers des études scientifiques ou d'ingénieure ne lui sera pas forcément proposée. Or, un garçon doué en mathématiques sera étiqueté comme un « bon élève » et l'orientation en filière scientifique sera plus aisée. Au sein même des filières scientifiques, les filles se voient attribuer les rôles de « *care* », de soin et elles seront plus nombreuses en biologie. Les garçons sont davantage orientés vers la rationalité et donc majoritaires dans des matières comme la physique ou l'informatique.

La représentation des femmes en science est nécessaire. Apparue de la culture anglo-saxonne, la notion de « rôle modèle » correspond à « une personne dont le comportement, l'exemple ou le succès est, ou peut-être une stimulation pour d'autres personnes », selon le sociologue Robert King Merton. Il s'agit d'une notion qui revient souvent dans les débats sur les inégalités sociales et au sein des différents mouvements féministes qui soulignent l'importance pour les femmes de disposer de modèles pour pouvoir se projeter. Si une personne avec un parcours similaire au sien a réussi alors on est capable de faire la même chose. Néanmoins, les quelques femmes scientifiques célèbres ne sont pas suffisantes pour permettre aux plus jeunes de s'y identifier : cela indique que les femmes qui ont réussi dans leur carrière étaient des « génies ». Ainsi, les femmes se mettent une plus grande pression et si elles ne sont pas la meilleure dans leur domaine elles pensent qu'elles ne sont pas légitimes. En revanche, on retrouve des hommes scientifiques à toutes les échelles, reconnus pour leurs compétences et leurs travaux. Avoir un rôle modèle permet de se sentir plus légitime car même si des jeunes femmes souhaitent travailler dans le milieu scientifique, les stéréotypes pèsent sur elles et remettent en cause leur légitimité à poursuivre des études scientifiques.

La sous-représentation des femmes est accentuée lorsque l'on s'intéresse à l'évolution de la carrière. Plus on regarde des carrières scientifiques avancées, moins il y a de femmes. Ce phénomène se nomme le « tuyau percé » : le concept selon lequel plus on monte dans la hiérarchie, moins les femmes sont présentes. En 2022, seulement 3 % des

prix Nobel scientifiques ont été attribués à des femmes ; il s'agit tout de même d'un chiffre à nuancer car ces prix sont attribués depuis plus de 120 ans, soit à une époque où les femmes n'avaient pas accès à l'Université. En 2021, aucune femme n'a été lauréate d'un prix Nobel scientifique[7]. Des études prenant en compte la proportion de femmes dans la communauté, montrent qu'elles quittent plus le milieu académique que leurs homologues masculins : trois à quatre fois plus que les hommes)[8]. Les femmes sont également moins nombreuses à obtenir des grandes récompenses internationales[9]. Beaucoup de facteurs sont à prendre en compte pour comprendre ces divers phénomènes. Les femmes obtiennent moins de perspectives de développement de carrière : l'accès aux postes hiérarchiquement plus hauts est plus difficile pour une femme. À compétence équivalente, une femme va moins postuler qu'un homme, car elle aura tendance à être plus exigeante avec elle-même. Cela provient d'un manque de confiance en soi, engendré entre autres par les stéréotypes et le manque de représentation. Ainsi, elles auront moins tendance à chercher à relever des défis qui leur sont donnés même si elles excellent dans leur domaine.

Il y a 30 ans, les femmes étaient moins présentes dans le milieu scientifique. On retrouve donc toute une génération d'hommes qui n'ont presque pas eu de contacts professionnels avec des femmes. Souvent, les jeunes femmes subissent dès leur premier stage professionnel des remarques inappropriées de la part des hommes à un stade plus avancé de leur carrière. La plupart des étudiantes ont vécu des événements sexistes. Les premières expériences professionnelles et stages sont censés renforcer la confiance en soi chez les étudiant.es. C'est bien le cas pour les hommes, néanmoins c'est l'inverse chez les femmes : la confiance a tendance à diminuer après une première expérience professionnelle. Ces microagressions**,** les biais inconscients et les stéréotypes sont autant de messages subtils qui amènent les femmes à toujours plus se remettre en question.

Dans le milieu académique, l'accès aux postes permanents est difficile et les femmes ont tendance à moins persévérer que les hommes pour en obtenir un. Le lien entre la vie de famille et le milieu académique vient augmenter cette disparité. L'investissement demandé dans le milieu académique est incompatible avec une vie de famille. Les femmes sont encore considérées comme celles qui doivent gérer le foyer et elles doivent concilier avec la pression de l'horloge biologique. Les choix familiaux ont plus de poids sur les objectifs de carrières des femmes. Dans le milieu académique, il a été montré que les postdoctorant.es hommes ou femmes sans enfants ont les mêmes chances d'avoir un poste dans la recherche. Les femmes postdoctorantes qui décident de devenir parents abandonnent leurs carrières deux fois plus rapidement que les hommes

[7] Katherine Sanderson, « Researchers voice dismay at all-male science Nobels », *Nature*, 2021, disponible en ligne.
[8] Kevin Flaherty, « The Leaky Pipeline for Postdocs: A study of the time between receiving a PhD and securing a faculty job for male and female astronomers », 2018, disponible en ligne sur arxiv.org
[9] UNESCO Institute for Statistics, 2018.

(dans des circonstances similaires)[10]. Les femmes qui deviennent chercheuses en astronomie, physique et biologie ont tendance à avoir moins d'enfant que leurs collègues masculins : 1,2 (versus 1,5 en moyenne), elles ont aussi moins d'enfants que ce qu'elles désiraient[11]. En 2022, moins de 30 % des chercheur.euses dans le monde sont des femmes[12]. Dans la recherche scientifique, les femmes sont moins citées[13], moins sollicitées par des journaux scientifiques et manuscrits de *review*[14], moins promues et reçoivent moins de financements que leurs collègues masculins[15] et sont moins invitées en conférence[16]. Elles ont moins d'accès à des postes permanents en France[17] et moins d'accès aux responsabilités dans des larges projets[18].

En réalité, les femmes ont toujours été présentes dans le domaine scientifique mais de nombreux facteurs les découragent à poursuivre leur carrière. Pourtant, contrairement aux arguments avancés les siècles derniers, il n'existe aucune différence biologique entre les femmes et les hommes concernant les compétences en mathématiques et sciences[19]. De plus la diversité et l'inclusion augmentent la performance et la qualité d'un espace de travail[20]. Le manque de diversité dans la recherche concernant l'avenir de la société toute entière est un réel problème. La recherche est biaisée[21], ce qui peut avoir des conséquences majeures surtout en médecine. Les problèmes médicaux féminins n'ont pas été traités pendant des siècles. Les premières technologies de reconnaissances vocales reconnaissent mieux les voix masculines, ce qui a eu pour effet de décourager les femmes à les utiliser, pensant qu'elles ne sont pas capables de les faire fonctionner correctement. Cela créer un cercle vicieux, menant à désintéresser les femmes des sciences et des technologies.

---

[10] Elaine Howard Ecklund & Anne E. Lincoln "Scientists Want More Children" *PLoS ONE,* 6, 2011.
[11] *Ibid.*
[12] UNESCO Institute for Statistics, 2018.
[13] Neven Caplar, Sandro Tacchella & Simo Birrer, « Quantitative evaluation of gender bias in astronomical publications from citation counts. » *Nature Astronomy*, 1, 0141, 2017.
[14] Jory Lerback, Brooks Hanson, « Journals invite too few women to referee », *Nature* 541, 2017, p. 455-457.
[15] Helen Shen, « Inequality quantified: Mind the gender gap », *Nature*, 495, 2013, p. 22-24.
[16] Christine L. Nittrouer, Michelle R. Hebl, Leslie Ashburn-Nardo, Rachel C E Trump-Steele, David M. Lane & Virginia Valian, 'Gender disparities in colloquium speakers at top universities', *PNAS* 115 (1), p.104-108.
[17] Olivier Berné & Alexia Hilaire 'Inequalities faced by women in access to permanent positions in astronomy in France', *Nature Astronomy*, 4, 2020, p. 296.
[18] Arianna Piccialli, Julie A. Rathbun, et *al*. « Historical trend of women scientists in Solar system missions: comparisons for ESA and NASA missions », *EPSC Abstracts* vol. 13, EPSC-DPS2019-1312-1, 2019 EPSC-DPS Joint Meeting, 2019.
[19] Janet S. Hyde, « The gender similarities hypothesis », *Am Psychol*., 60(6), 2005, p. 581-592.
[20] Stanley Slater et *al*., « The business case for commitment to diversity », *Business Horizons* 51(3), 2008, p. 201-209.
[21] Pour plus de détail sur les biais dans la recherche : Aurélie Jean, *Les algorithmes font-ils la loi ?* , L'observatoire Eds De, 2021.

III. Les solutions mises en place ces dernières années

Ces dix dernières années, la lutte contre les inégalités s'est accélérée sur plusieurs niveaux. En France, plusieurs lois pour l'égalité entre les femmes et les hommes ont été votées pour promouvoir la parité dans les entreprises, dans les instances dirigeantes et parmi les enseignant.es-chercheur.euses. Des politiques éducatives en faveur de l'égalité entre les filles et les garçons ont été mises en œuvre, et une loi contre le harcèlement sexuel a été votée[22]. En 2019, une charte pour promouvoir la mixité des jouets a été signée entre plusieurs constructeurs. En Allemagne, des quotas de postes scientifiques réservés aux femmes ont été mis en place. De manière générale, plusieurs politiques favorables à une vie familiale compatible avec la vie professionnelle voient le jour, telles que l'allongement du congé paternité qui incite les jeunes pères à rester en famille, ou des horaires de réunion imposés en journée pour mieux respecter la dissociation entre le travail et la famille. De plus en plus de référent.e.s contre les discriminations sont présent.es dans les universités et les entreprises, au sein desquelles des formations contre le harcèlement, les violences sexistes et sexuelles sont proposées. Afin de prendre conscience des biais inconscients lors des jurys et entretiens de recrutement, de plus en plus de formations sont obligatoires pour tous les membres des comités.

Différentes fondations et associations promeuvent la place des femmes dans les sciences. Pour mettre en avant des chercheuses, la Fondation L'Oréal, en partenariat avec l'Unesco, a créé depuis 22 ans le prix *Pour les Femmes et la Science* afin de récompenser les travaux de cinq chercheuses à travers le monde. Sur les 112 lauréates de ce prix, cinq ont par la suite obtenu un prix Nobel. La Fondation explique avoir permis de mettre en lumière les travaux de 3 500 chercheuses à travers 128 pays. Un prix *L'Oréal-Unseco* a aussi été créé à l'échelle nationale pour récompenser les jeunes chercheuses. En France, l'association *Femmes et sciences* intervient pour promouvoir l'image de la science auprès de plus de 12 000 jeunes chaque année. En partenariat avec des universités, cette association a créé un programme de mentorat pour les doctorantes afin d'aider les jeunes femmes à construire leur projet de carrière. Ces programmes de mentorat se multiplient dans plusieurs universités, dans les écoles et les lycées (telle que *The Supernova foundation*[23]). L'objectif de ces programmes est aussi de créer des rôles modèles dans l'entourage des jeunes.

Afin que plus de femmes scientifiques soient présentes dans les médias, le site *Expertes* met en avant des femmes pour qu'elles soient contactées en priorité par les journalistes dans le but d'augmenter la visibilité des femmes expertes françaises et francophones. D'après leur site :

---

[22] Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, *Bulletin officiel* n° 6 du 7 février 2013 ; décret n° 2012-1097 du 28 septembre 2012 ; circulaire n° 2015-003 du 20 janvier 2015.

[23] Site internet : supernovafoundation.org

> « Alors qu'en 2020, seulement 41 % des expert·e·s invité·e·s dans les médias français sont des femmes, ce projet propose une base de données unique de femmes chercheuses, cheffes d'entreprise, présidentes d'associations ou responsables d'institutions » [24].

Une réelle transition vers un milieu scientifique plus accueillant est en cours. La sous-représentation des femmes en sciences n'est pas due à un manque d'intérêt mais plutôt à des facteurs externes systémiques. Depuis les années 1990, il existe une réelle volonté d'encourager plus de femmes en science et en ingénierie. La proportion de femmes n'est plus le seul facteur à considérer, il faut prendre en compte le bien-être et la progression de la carrière.

Il s'agit aujourd'hui d'inclure toutes les minorités : ethniques, sociales, de genre, en situation de handicap, d'orientation sexuelle. Tout le monde a quelque chose à apporter à la science : la diversité amène de nouveaux points de vue et c'est cela qui fait avancer la science !

[24] Site internet : expertes.fr

3. Autochtonie

Droits des peuples autochtones en droit international et régional des Amériques[1]

Laurent Sermet

Directeur de l'AUF Asie-Pacifique

Introduction

1. Définir la notion de peuples indigènes

Le « Droit des peuples autochtones en droit international et régional des Amériques » est un thème à la fois vaste et passionnant qui demande en premier lieu un effort de définition quant à la notion de peuples indigènes alors qu'il n'existe aucune définition juridique explicite et que le vocabulaire reste indéfini.

Sur ce point, et de manière intéressante, le Droit international a fait le choix de ne pas donner de définition explicite. Il ne donne aucune définition, même pas à des fins juridiques, comme nous le verrons dans la Résolution de 2007. En ne la définissant pas, il est difficile de savoir de quoi l'on parle. Nous pouvons citer un exemple : est-ce la même caractéristique qui qualifie une population de minorité, ou ses caractéristiques autochtones qui caractérisent ce peuple en tant que minorité ? Ou bien est-ce la même chose ? Ou serait-ce différent ? Ou est-ce en partie la même chose ? Il est vraiment difficile de le savoir avec certitude. En ce qui concerne les peuples indigènes, nous dirons que le terme « populations autochtones » est davantage utilisé à des fins culturelles que sociologiques.

On identifie une population par ce qui la distingue, par ce qu'elle possède de culturellement distinct. Il s'agit d'une population, mais aujourd'hui, lorsque nous devons comparer les termes « population » et « peuple », nous optons, comme l'a fait le droit international, pour les « peuples autochtones », clairement, sans difficultés majeures. Cependant, en parlant de peuples « autochones », nous voulons dire que le concept choisi n'est pas sociologique, ni culturel, mais politique. En d'autres termes, si nous parlons de peuples autochtones, nous parlons d'autodétermination. Et les « peuples autochtones » sont donc qualifiés par leur droit inhérent à l'autodétermination. En choisissant de parler de peuples indigènes, à l'inverse, nous ne reconnaissons que certains éléments culturels, le droit à la liberté d'expression et de parole, la liberté

[1] Texte adapté à partir d'une conférence donnée en anglais (*Indigenous people's rights in International and Regional American Law*) au XVIe cours d'hiver de droit international, le 13 juillet 2020. Traduction et adaptation réalisée par Mathilde Kamal-Girard, Maîtresse de conférences de droit public à l'Université de Guyane, à partir du texte traduit en portugais par Paula Neves, collaboratrice du Centre de droit international, en septembre 2020.

de religion, la liberté de vivre et d'avoir une identité sans ingérence politique extérieure ou même le concept politique d'autodétermination.

Il y a des mots, des termes intéressants comme « tribalisme » ou « nomadisme », par exemple, qui portent à confusion en droit international, et nous recommandons en conséquence de choisir et d'utiliser le terme d'autochtonie et, par suite de « peuples autochtones », en gardant à l'esprit que nous traitons principalement de l'autodétermination politique.

Un autre point de distinction qui mérite d'être souligné est la distinction entre « peuples autochtones » et « autochtones » en tant qu'individus.

2. Approche doctrinale : Martinez Cobo (1986)

Martinez Cobo fut Rapporteur spécial à l'ONU et, en 1986, il donna une définition doctrinale, ou plutôt proposa une approche doctrinale, des termes précédemment développés. Il nous explique que pour comprendre ce que sont les peuples autochtones, il faut comprendre qu'il existe un lien entre le passé, le présent et le futur.

Afin de comprendre de quoi nous sommes en train de parler ici d'un point de vue juridique, il faut prendre en compte l'expérience du choc colonial. Les peuples originels ont été les premiers habitants de la terre : c'est le passé. Deuxièmement, il y a le lien entre le passé et le présent : aujourd'hui, ces peuples sont confrontés à des discriminations, à des vulnérabilités et ne sont pas complètement libres. Ils font partie d'une nation, mais d'une nation qui leur a été imposée.

Vous voyez, il y a aussi un lien entre le présent et l'avenir, dans le sens où ils veulent préserver leurs traditions dans le futur. Martinez Cobo nous a dit que si l'on veut comprendre la véritable notion d'autochtonie[2], nous devons retracer ce lien entre le passé, l'expérience coloniale, du point de vue des premiers habitants de ces terres, et le moment présent où ils sont confrontés à la discrimination, et l'avenir où nous voulons qu'ils aient leurs propres cultures, langues et identités spirituelles.

3. Absence de consensus international : avis consultatif de la CADHP[3]

Laissons l'approche consensuelle des définitions que nous connaissons en Amérique du Sud pour nous tourner vers le continent africain. En Afrique, en 2006, l'ensemble du continent s'est opposé aux travaux de l'Assemblée générale des Nations unies. En conséquence, l'AGNU a été retardée d'un an (de 2006 à 2007) en raison de cette opposition. Le continent n'était pas devant un tribunal, mais il était en désaccord avec le consensus international sur le constat des faits auxquels les peuples autochtones ont été confrontés dans le passé, pendant l'expérience coloniale, et il a déclaré qu'il avait sa propre définition de ce qu'était un peuple autochtone[4].

Quelle perspective contemporaine quant aux peuples autochtones et comment le droit international les appréhende ? Telles sont les

[2] C'est la substantivation de "autochtone"; être autochtone.
[3] Cour Africaine des droits de l'Homme et des Peuples.
[4] Ici l'auteur se réfère au terme "autochtonie". Voir Note 5.

interrogrations qui vont structurer les développements à suivre entre enchantement et désenchantement.

I. Perspective contemporaine sur les peuples autochtones

1. La différence culturelle comme un « enchantement »

Comment voyons-nous les peuples autochtones, quand nous les pensons et que nous essayons d'analyser ce qu'ils sont, substantiellement, et non pas d'un point de vue juridique ?

Pour donner une première réponse, nous souhaiterions mettre en lumière la notion d' « enchantement » ou d' « émerveillement ». Il existe une forme d'enchantement qui découle de la différence de culture des peuples autochtones. Nous tenons à souligner qu'à plusieurs moments, durant le XIXe siècle, on a « découvert » les peuples indigènes (alors même que la découverte du Brésil a eu lieu avant le XIXe siècle).

Après la Seconde Guerre mondiale, nous pouvons dire qu'il y a eu une « (re)découverte » des peuples autochtones en dehors de toute fin coloniale, dans le sens où le monde occidental a tenté de comprendre la manière dont pensaient ces peuples, comment ils vivaient, ce en quoi ils croyaient. L'on peut dire que, dans ce moment de redécouverte, s'est produit une espèce d'émerveillement devant la recontre de cette la différence culturelle.

Avant cela cependant, autour du XVIIIe siècle, lorsque les premières découvertes de territoires lointains ont été possibles, ont surgi deux mythes dans la pensée juridique et philosophique française de cette époque.

Le premier mythe est en rapport avec la découverte de Tahiti au milieu de l'Océan Pacifique. Bougainville, en arrivant à Tahiti, fut complètement ébloui par la manière dont les gens vivaient en paix, une vie en paix, et surgit en lui l'idée que

> « nous, dans le monde occidental, sommes vils, parce que nous voulons leurs ressources, leurs terres, leurs femmes. Ce sont eux qui sont bons et nous qui sommes vils. »

À l'inverse, au fur et à mesure qu'elles étaient découvertes par l'Occident, nous avons introduit la pensée occidentale dans ces zones.

L'enchantement qui provient de la découverte de la différence culturelle entre le monde occidental et le monde non-occidental a produit une réflexion considérée positive, dans le sens où l'on a considéré que chacun avait beaucoup à apprendre de l'autre.

Pour approfondir sur cette différence culturelle comme un enchantement, soumettons à la discussion les arguments du célèbre penseur et anthropologue Claude Lévi-Strauss. Levi-Strauss est connu pour avoir écrit sur le thème de l'anthropologie structurale, dont il est question dans son oeuvre principale. Il a visité le Brésil quand il était jeune, grâce aux bonnes relations entre la France et le Brésil, dans un contexte où le Brésil avait demandé à la France qu'elle ouvre une université à Sao Paulo. Levi-Strauss se rendit donc à Sao Paulo et, durant son séjour, il entra en contact et découvrit les peuples indigènes du continent Sud américain. Il écrivit deux textes sur le sujet, en 1952 et 1971.

En 1952, il écrivit un rapport à la demande de l'UNESCO qui est resté célèbre sous le titre de *Race et Histoire*[5]. Une des principales conclusions que l'on peut retenir de cette première étude est que ce serait quelque chose de terrible pour les peuples autochtones de n'avoir aucune forme de contact avec des personnes extérieures à leur territoire et que cela serait mauvais pour leur communauté d'être complètement isolés du monde. Cette pensée originale et la conclusion à laquelle Lévi-Strauss est parvenu en 1952 ont été d'une grande importance pour la philosophie de l'UNESCO et pour ses relations culturelles, car c'est dans ce contexte que ces peuples font l'expérience de la signification culturelle.

Quelques 20 ans plus tard, Levi-Strauss retourna à l'UNESCO et donna une conférence en précisant que cette-fois-ci le titre était *Race et Culture*[6], différent du titre donné à son ouvrage précédent *Race et Histoire*. Mais cette fois, il affirme une thèse différente de la précédente sur l'isolement des peuples indigènes : en réalité, il est nécessaire pour préserver les petits groupes et les peuples, car la relation culturelle n'est pas naturelle lorsqu'il y a une forme de contact culturel. En effet, si une minorité entre en contact avec les membres d'une majorité, l'impact de la rencontre sera tel qu'il pourrait détruire la minorité.

En 1971, comme ce qu'il affirmait était en opposition avec la position tenue lors de sa première étude dans les années 1950, cela provoqua une rupture brusque pour la doctrine politique de l'UNESCO, ce qui fut difficile puisque ce que disait Lévi-Strauss devait amener l'Organisation à changer ses approches politiques.

Une autre leçon importante de cette conférence de 1971 (et cela est très actuel et important pour nous) fut que Lévi-Strauss argumenta dans le sens de l'absence de neutralité de la relation interculturelle, en affirmant que le problème n'est pas la différence culturelle en soi, situant le problème en termes démographiques. Ce à quoi nous sommes confrontés est un problème démographique global et, en conséquence, nous devons séparer les petits groupes et accentuer leur isolement.

2. La vie indigène dans son drame et sa résilience

Après avoir compris la différence culturelle comme un enchantement, nous rencontrons les limites de cet enchantement, qui est la vie actuelle et la réalité vécue et à laquelle sont confrontés les peuples indigènes : le drame de la discrimination qu'ils subissent alors qu'ils cherchent à atteindre la résilience.

Les peuples autochtones subissent souvent une forme d'extermination explicite ou implicite. Il existe une forme extrême de vulnérabilité et, en de multiples occasions, le droit de se battre, qui est clairement reconnu, n'est pas possible car les communautés autochtones ne sont pas assez fortes. Les peuples autochtones ne se trouvent pas en position de force ou de suffisance pour réussir à lutter, à vraiment lutter contre cette vulnérabilité extrême et contre leur extermination.

---

[5] Claude Lévi-Strauss, *Race et histoire*, Paris, UNESCO, 1952.
[6] Claude Lévi-Strauss, *Race et culture*, Conférence prononcée à l'invitation de l'Unesco, à Paris, le 22 mars 1971.

Un autre aspect de ce drame et de la résilience vécus par les communautés indigènes est la nécessité de protéger leur identité physique, culturelle et spirituelle et leurs terres. C'est sur ce point que va se poser la question de la nécessité du droit pour obtenir une protection et d'avoir, aussi, des politiques publiques.

De manière intéressante, dans ce rapport entre drame et résilience, est apparu un nouveau terme juridique qui est la notion de « peuples autochtones ». Cette notion n'est pas très vieille et fut consacrée il y a seulement trente ans environ. Avant cela, le terme utilisé était celui de « populations autochtones » ce qui, nous le verrons, désigne une notion bien distincte.

3. La critique contemporaine

Les indigènes nous enseignent. Ils nous donnent des leçons à nous monde occidental et moderne, et pas seulement à nous, d'ailleurs. Que nous enseignent-ils ? Ils nous enseignent, par exemple, qu'il y a une unité radicale entre l'homme, la culture et la terre, et que nous devons respecter non pas celle-ci en tant que territoire mais comme la Terre elle-même. Ils prêtent beaucoup d'attention à l'écologie du milieu. Il y a un lien fort entre nature et culture. Et elle nous enseigne que nous devont protéger cette relation.

Une autre leçon que nous pouvons retenir des peuples indigènes est celle du rejet de la modernité, c'est une critique de la modernité et de la rapidité du monde dans lequel nous vivons.

II. Quel est le rôle du droit international quant aux peuples autochtones ?

Quel est le rôle du droit international ? Qu'en attendons-nous concernant les peuples autochtones ? Quelle est la relation entre le droit international et les peuples autochtones ? Le droit et le droit international offrent un langage commun. Il permet aussi de protéger. Il n'en reste pas moins qu'il y a une certaine ambiguité du droit international. Ce dernier, en effet, reste un reflet de la pensée occidentale, alors que les peuples autochtones ont leur propre pensée non-occidentale. Aussi, une question demeure : est-ce que cette pensée occidentale est vraiment en faveur de la protection des peuples autochtones ? Nous ne pouvons en être certains.

1. Proclamer et contraindre

Comment proclamer les droits des peuples indigènes : Soft Law/Hard Law ? Le premier élément de cette problématique porte sur la manière dont le droit international consacre les droits des peuples autochtones. Quel type de droits ? Il faut garder à l'esprit qu'il y a une grande différence entre la *Soft Law* et la *Hard Law*. Il existe du droit souple pour les peuples autochtones et il y a le droit impératif (qui n'existe pas en matière de peuples autochtones). C'est comme obliger, sans nécessairement contraindre. Nous savons que les États au sein desquels vivent les peuples autochtones sont la principale source de pouvoir. La France, le Brésil, ils s'engagent à protéger. Mais comment assurent-ils cette protection de manière effective ? Comment s'assurent-ils du respect des dispositions légales ?

On peut résumer ainsi : « comment dire, comment comprendre ? ».

2. Normes et mécanismes internationaux de protection

Quelles sont les normes du droit international qui traitent des peuples autochtones et quels sont les mécanismes internationaux de protection ?

Si nous portons notre attention sur les normes internationales, nous comprenons que la *Hard law* existe, mais qu'elle est très limitée. Citons tout d'abord la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 : pour la première fois en droit international des droits de l'Homme, l'article 30 de cette Convention a utilisé le terme « d'origine autochtone » ou « appartenant à une de ces minorités », rendant possible de penser l' « enfant autochtone ».

En droit international, nous avons aussi la Convention sur la Diversité biologique de 1992. Dans le cadre du processus de Rio (92), cette convention a parlé des communautés indigènes en relation avec leur connaissance de la nature et du fait qu'elles peuvent nous apprendre quelque chose sur la manière de préserver et d'utiliser la diversité biologique. Mais ici, vous voyez qu'il y a deux initiatives qui sont assez limitées. Un article seulement dans l'intégralité de la Convention sur les droits de l'enfant et un article seulement dans l'intégralité de la Convention sur la diversité biologique, et ils ne sont pas nécessairement orientés vers les problèmes des indigènes.

Il existe des exceptions en Droit international, plus particulièrement dans le Droit international « dur »: la Convention de l'OIT n° 107 adoptée en 1957. Le texte originel traite des populations autochtones, mais ne fut ratifié que par un nombre limité d'États. Donc oui, c'est bien de la *Hard Law*, mais il faut se rappeler que peu furent ceux qui ratifièrent le texte. On peut relever que ce texte fut adopté à la fin de la colonisation formelle, même s'il a certainement pris forme dans des lieux éloignés de la colonisation à cette époque. Cela dit, alors même qu'elle est considérée comme s'insérant déjà dans une contexte post-colonial, la Convention se refuse à utiliser l'expression de « peuples autochtones » et opte pour celle de « populations autochtones ».

En 1989, la Convention n° 169, considérée comme une avancée qui garantit que les peuples indigènes soient mentionnés dans l'ensemble de la convention, a été ratifiée par un nombre limité d'États. Le Brésil est l'un de ceux qui ont ratifié cet instrument international.

Revenons à un autre type de norme internationale avec la Charte des droits de l'Homme. Cette Charte des Droits de l'Homme renvoie à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948. Dans ce texte fondamental du droit international des droits de l'Homme y-a-t-il une mention de l' « autochtonie »[7] ? Non. Y-a-t-il une référence aux droits des minorités ? Non.

Il existe bien un préambule intéressant sur la famille humaine mais le texte a été adopté clairement dans un esprit non-autochtone.

[7] Voir note 5.

La Charte renvoie aussi au Pacte international des droits civils et politiques de 1966. Son article 27 est très important, mais surtout ce qui est intéressant dans ce texte, c'est qu'il traite des minorités individuelles et des groupes minoritaires et de leur liberté d'avoir leurs propres différences culturelles. Cependant, cet instrument n'a pas été écrit pour les peuples autochtones. Il l'a été pour les individus appartenant à des groupes minoritaires. On peut dire que pour construire quelque chose dans ce sens, les minorités et l' « autochtonie » partagent des éléments communs, mais le terme n'est pas partagé.

Le troisième texte de la Charte des droits de l'Homme est le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels dans lequel il n'y a aucune référence aux peuples autochtones. Vous voyez ainsi à quel point il est difficile d'avoir quelque chose de spécifique concernant les peuples autochtones.

Penchons-nous maintenant sur le texte principal. La principale norme internationale pour les peuples autochtones a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 13 septembre 2007. Il est intitulé Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Cet instrument est dirigé vers les peuples autochtones, mais il n'a pas de caractère contraignant, il n'oblige pas les États. C'est simplement de la *Soft Law*. Son article 3 porte sur l'autodétermination des peuples autochtones. Et c'est tout. Nous avons une norme, mais c'est de la *Soft Law*, et les États membres de l'Assemblée générale ont choisi de ne pas transformer cette Déclaration en Traité.

Il existe quelques clauses très intéresantes sur le droit d'accès à la terre, en cas de perte de celle-ci. Avec cette reconnaissance vient également une limite, bien déterminée, qui est détaillée à l'article 46.

L'article 46 marque la fin de la reconnaissance de l'autochtonie. Certes, il y a l'article 3 : le droit à l'autodétermination, mais il n'y a pas d'autodétermination internationale. Celle-ci reste possible au sein de l'État existant. On comprend donc qu'il y a une relation claire de verticalité dans laquelle l'autochtonie est reconnue par le droit international, mais avant cela, il faut la reconnaissance de l'existence même par l'État.

Nous pouvons expliquer ce qui précède en d'autres termes : il n'y a pas de souveraineté, pas de véritable souveraineté reconnue pour les peuples autochones. S'il existait une quelconque forme de souveraineté, les peuples indigènes pourraient devenir indépendants et former des États. Cela n'est pas possible. Cela signifie que nous avons une sorte de paradoxe du droit international : les peuples indigènes sont des sujets du droit international, mais pas dans le sens de sujets pouvant devenir des États. Il s'agit là d'une limite claire.

Venons-en maintenant à la déclaration de 2016. Il s'agit là d'un point très intéressant car le continent américain est, à ce jour, le seul continent qui a choisi d'avoir sa propre déclaration concernant les peuples autochtones. Et il ne s'agit pas d'une copie du texte des Nations unies de 2007. C'est un texte américain. C'est ce que la France n'a pas. Cela n'existe pas dans la pensée juridique et politique de l'État français, ni non plus dans la doctrine où il y a une négation claire de l'autochtonie.

D'autre part, ce qui est lié à cette déclaration sur les droits des peuples autochtones, c'est que l'Amérique du Nord et du Sud peut être analysée comme un continent autochtone. S'il y a un besoin, s'il y a des politiques publiques sur le droit international de la nature, c'est parce que le continent peut être caractérisé comme un continent autochtone.

Les clauses ne manquent pas, comme on peut le voir dans l'article 1, dans le fameux article 3 de la déclaration des Nations unies de 2007, ainsi que dans l'article 3 de la déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones, qui traite de l'autodétermination.

Les articles 11 et 12 traitent de la protection contre le génocide et le racisme. Il s'agit d'un texte très intéressant, mais qui reste de la *Soft Law*.

Il nous faut poursuivre en soulignant les difficultés de l'ONU en la matière et sur les contradictions inhérentes entre droits collectifs et individuels. Nous visons ici la déclaration de l'ONU de 1948. Cette déclaration était consacrée aux droits individuels. Les deux pactes de 1966 l'étaient également. Ils ont choisi de reconnaître les droits individuels et ici, notre difficulté est que nous ne reconnaissons pas seulement les droits de l'individu autochtone, nous reconnaissons les droits collectifs. L'innovation de la déclaration de 2007, qui reste pourtant une norme non contraignante, est très importante dans le sens où elle signifie que nous avons trois types de droits en ce qui concerne ce nouveau sentiment d' « autochtonie ».

Il y a des droits universels que la Déclaration de l'ONU consacre. Il existe des droits autochtones pour les individus. Il existe enfin les droits collectifs autochtones.

La diplomatie onusienne a décidé d'accepter la déclaration de 2007 si et seulement si un addendum traitait des droits collectifs et individuels, car s'il ne s'agissait que de droits collectifs et non de droits individuels, il y aurait un désaccord sur les normes, sur l'esprit des normes. Cela s'avère très difficile et, dans de nombreuses situations, il n'est pas possible de résoudre cette contradiction, car les droits autochtones collectifs priment toujours sur les droits autochtones individuels.

Imaginons le droit d'une femme autochtone dans un contexte autochtone et comparons-là à la même situation, mais face à une pensée universaliste. Il y a des a points de convergence et de divergence.

3. Du fonctionnement du droit international

Tout d'abord, il existe un organe très intéressant au sein des Nations unies, appelé le Forum permanent sur les questions autochtones. Ce forum est un modèle de parlement autochtone transnational puisque les personnes qui s'y réunissent sont d'origine autochtone. Ce forum témoigne par sa pratique qu'il y a du formel et de l'informel, qu'il y a de la modernité et de l'autochtonie au sein des Nations unies. L'une des sources de la protection internationale des peuples autochtones provient de ce forum permanent.

Une autre forme de protection existe avec la protection douce. Nous pensons ici au rapporteur spécial des Nations unies.

Il est clair que si nous voulons bénéficier d'une protection réelle et complète, nous devons nous adresser aux tribunaux internationaux. La

Cour interaméricaine des droits de l'homme est l'un de ces organes qui a rendu de nombreux arrêts. La première affaire concernait des autochtones et s'intitulait *Awas Tingni c. Nicaragua* en 2001. Cette affaire, qui portait sur la terre, était la première consacrée à cette question autochtone.

Quelle en a été la conclusion ? Premièrement, les peuples indigènes ont développé tout au long de l'histoire une notion de propriété qui n'est pas individuelle, mais collective, et c'est très important, parce qu'en termes de droits de propriété, dans la pensée occidentale, la propriété est et ne peut être que de nature individuelle. Dans le cas ci-dessus, il s'agit d'une propriété collective.

La tribu, sa population, ses habitants, sont collectivement propriétaires de la terre. Ce qui est très intéressant, c'est que la Cour a reconnu le concept de propriété collective.

Un autre point de ce jugement portait sur la question de la terre, qui fait partie de leur culture, qui est la racine de leur culture ; la terre est utilisée pour leur vie spirituelle, leur intégrité, leur identité. Une autre conclusion de ce jugement concerne également la terre, leur relation avec elle, qui n'est pas seulement une question de possession et de production, mais une question d'identité, d'identité entre le passé, le présent et l'avenir.

Considérations finales

Pour conclure, l'autochtonie permet au droit international d'avoir de nouveaux concepts. L'un de ces concepts concerne la signification des droits collectifs, comme nous l'avons abordé précédemment, lorsque la pensée juridique était centrée sur le concept des droits individuels.

Une autre conclusion porte sur le rôle et la fonction du droit international en ce qui concerne le droit souple et le droit dur et leurs approches des droits des peuples autochtones.

Il est clair que l'une des difficultés est le caractère obligatoire de ces dispositifs, qu'ils sont inefficaces et que la faiblesse des mécanismes de protection est très évidente.

Enfants guyanais autochtones séparés de leur milieu naturel et nécessité d'une commission Vérité

Jean-Pierre Massias

Professeur de droit, Université de Pau et des pays de l'Adour, membre de l'IE2IA, président de l'IFJD – Louis Joinet

Nous devons faire face à un paradoxe : si un certain nombre d'initiatives et de procédures (parfois dérogatoires) existent désormais en droit pour reconnaitre une certaine spécificité aux populations autochtones, les principes fondateurs du système républicain, inscrits dans le marbre constitutionnel, viennent limiter (et souvent réduire à néant) la portée de ces innovations. Le droit des autochtones semble être un ensemble de procédures clandestines au sein d'un environnement juridiquement – et politiquement… ? – hostile.

Des lors, quel est l'intérêt de son étude, tant le droit des autochtones reste accessoire normativement et porteur de valeurs dépassées ? Combat d'arrière-garde osent même certains.

Et pourtant, si l'on prend la peine de regarder au-delà de l'autosatisfaction positiviste, la réalité guyanaise nous permet de mieux apprécier la pertinence et l'importance des thèmes liés à l'autochtonie.

Dans cette perspective, la récente publication par Helene Ferrarini de son ouvrage consacré au placement des enfants autochtones dans des pensionnats catholiques en Guyane française [1] a non seulement fait remonter à la surface de l'actualité une pratique qui a marqué la colonisation française mais pourrait bien aussi avoir des conséquences importantes en matière de justice. En effet, ces politiques éducatives d'assimilation ont donné lieu dans d'autres États à la mise en place de commission Vérité dont les conclusions ont parfois fortement ébranlé les opinions publiques et les gouvernements. Dès lors, pourquoi ne pas imaginer qu'une telle commission puisse être mise en place au sein de la République française alors que d'autres démocraties libérales dans les mêmes circonstances ont engagé un processus Vérité et réconciliation ?

Cette interrogation nous démontre que le droit des autochtones reste non seulement d'actualité mais d'une singulière importance pour le système juridique républicain et – surtout – pour la démocratie française.

Il s'agit donc tout à la fois de faire face à un risque majeur et manifeste de violences qui participent d'un risque génocidaire et d'inventer une forme de justice adaptée à la répression et à la prévention de cette violence. Cette autre justice est nécessaire (I), possible (II) et même fondamentale (III).

---

[1] Hélene Ferrarini, *Allons enfants de la Guyane. Éduquer, Évangéliser, Coloniser les autochtones dans la République,* Toulouse, Anacharsis, 2022, 288 p.

I. Une autre justice est nécessaire

Le grand mérite de l'ouvrage d'Hélène Ferrarini – prolongeant ainsi de nombreux travaux universitaires dont le mémoire de Francoise Armanville[2] – est d'avoir rencontré un certain nombre d'anciens pensionnaires et d'avoir ouvert la réflexion sur le traumatisme généré par ce mode d'éducation ainsi que sur ses fondements idéologiques et culturels.

Ces pensionnats catholiques ont accueilli, durant des décennies, des jeunes Amérindiens et Bushiningués : 2 000 enfants y auraient séjourné. Le premier *home* a été fondé en 1930 à Mana. Neuf *homes* différenciés ont été créés en Guyane entre 1930 et 2012 à Mana, Saint-Laurent, Iracoubo, Sinnamary et Maripasoula. Il en reste un aujourd'hui à Saint-Georges de l'Oyapock. À l'origine, il s'agissait pour les religieux de dispenser une bonne éducation catholique, des valeurs spirituelles ; mais pour les enfants et leur famille c'est surtout le souvenir du choc et des traumatismes qui subsistent tant par la globalité de la rupture culturelle occasionnée par cette intégration que par un certain nombre de pratiques autoritaires qui sont venues se surajouter à cette rupture.

La description des conditions de vie à l'intérieur de ces pensionnats est éclairante de leur rigueur et – surtout – du ressenti particulier des enfants qui y sont accueillis. Ainsi dans un chapitre justement nommé « *(sur) vivre dans les homes* », l'auteure rapporte des récits de violences encore très présents pour ceux qui y ont été confrontés. Il y a d'abord la séparation avec le milieu familial très jeune (les enfants sont intégrés parfois avant même l'âge de 5 ans). Pour le père Yves Barbotin, curé de la paroisse de Maripasoula, « pour faire évoluer les Indiens, il fallait les séparer le plus complètement possible de leur famille et les élever comme des orphelins ». Puis viennent des règles strictes encadrant totalement la vie quotidienne de ces enfants qui vont découvrir ainsi les ordres, la discipline et les punitions. La violence s'insère dans tous les moments de la journée au lever, puis au déjeuner ou il faut non seulement se tenir « droit » mais manger – parfois de force – des repas totalement étrangers aux habitudes alimentaires des Amérindiens (si les enfants tentent discrètement de jeter à la poubelle des légumes, ils seront forcés ensuite de manger ces aliments en allant les chercher directement dans les poubelles. De même, la violence physique est régulièrement dénoncée au fil des témoignages, qu'il s'agisse de postures épuisantes imposées pendant des heures (« à genoux, avec du sable sur le carrelage, les bras en croix une bible dans chaque main devant les autres pensionnaires pour demander pardon. Les autres rigolent ; c'était une humiliation », ou plus directement de coups de poings, de bâton, de pieds ou de baguettes et ceintures) parfois sans raison apparente. Ainsi pour venir demander au prêtre un cahier de la part de la maîtresse d'école, Roland Paul « lui il venait avec sa rage, j'en ai passé des coups de pieds, des trucs comme ça ».

Ces pratiques, courantes dans le contexte scolaire de l'époque, sont bien sûr accentuées du fait de la rupture culturelle qui accompagne le *home*. Prenant l'exact contrepied des conditions et des valeurs amérindiennes, cet ordre quasi militaire vise à déconstruire les racines

[2] *Les homes indiens en Guyane française. Pensionnats catholiques pour enfants amérindiens* (1948-2012), mémoire de master 2, Aix Marseille Université, 2012, 114 p.

identitaires des enfants. Ainsi, Tiwan raconte qu'en arrivant chez les sœurs elle fut obligée de se

> « laver parce qu'on avait du roucou, la sœur nous a lavés au gant et nous a coupé les cheveux parce qu'il semblait qu'on avait plein de poux […] et qu'on allait contaminer les gens ». De même les objets et vêtements traditionnels sont interdits et détruits. « J'ai gardé mon kalimbé caché au moins… longtemps. Mais lorsqu'il y a eu une inspection du dortoir, mon matelas a été retourné et mon kalimbé a été jeté à la poubelle. »

Enfin, cette déconstruction culturelle s'exerce, comme dans l'ensemble de l'école française, au niveau linguistique, en proscrivant rigoureusement l'usage des langues amérindiennes. L'apprentissage de la langue française se fait par l'affrontement avec les langues traditionnelles. Pour les religieuses de Saint Joseph de Cluny « Si nos enfants étudient la langue française, au village elles parlent leur langue maternelle, ce qui retarde leur progrès ».

Au-delà de cette violence éducative, l'intérêt de l'ouvrage de Madame Ferrarini est de replacer ces pensionnats dans le système colonial français. Incarnation d'un mythe civilisationnel (on parlera longtemps au sujet de ces enfants, de « primitifs ») associant très étroitement l'église et l'État, ils s'inscrivent dans une relation globale de domination implicite mais incontestable. Ainsi ces homes, d'abord créés à la seule initiative de l'église, furent, à partir de 1949, soutenus et financés par l'État. Ainsi, à l'issue d'une visite en Guyane en 1948, Jules Moch se déclare favorable à la rétribution par l'État des prêtres catholiques « en raison de la pauvreté des habitants de la Guyane et de la nécessité de les soustraire aux influences étrangères que favoriserait le départ des prêtres catholiques ». Cela est lié à des préoccupations démographiques : il s'agit de faire face à la diminution de la population guyanaise qui passe de 37 000 personnes en 1936 à 28 500 en 1946 – et à une volonté d'assimilation assumée. Michel Lohier, nommé en 1947 commissaire préfectoral aux Affaires indigènes auprès des Galibi, écrivit dans ses mémoires : « Une ère nouvelle, à l'instar du Brésil, fera disparaitre le mot « Indien » qui fera place à celui de « Guyanais » dont ils sont les vrais enfants ». Cette politique, mise en place après la fin de la Seconde Guerre mondiale par le préfet Vignon est d'ailleurs saluée par l'Église catholique. Pour Mgr Marie, vicaire apostolique de Guyane,

> « le préfet que nous avons actuellement est bien disposé pour nos missions. Il voudrait un prêtre dans chaque bourg parce que pour lui, c'est la présence française ».

Ce tournant, capital même si ce système existe depuis 1930, inscrit désormais officiellement ces pensionnats catholiques dans le giron de l'État en tant qu'instruments de sa politique administrative.

De plus ces *homes* caractérisent la domination occidentale en ce que la décision d'intégrer les enfants échappe aux parents alors même que leur accord est – juridiquement – requis. Comme le relève Hélène Ferrarrini :

> « dans les faits, la question du consentement parental semble avoir été balayée par les autorités étatiques et religieuses et les enfants ont eu le sentiment d'être arrachés, maintenus de force et in fine privés de leur parents. »

Le départ dans les *homes* est vécu comme une fatalité funeste mais implacable. Comme le relate Hélène Ferrarini « les parents tentent de préparer les enfants au départ. On discutait : « Voilà, cette année c'est à ton tour tu vas aller… parce que ton âge est arrivé ».

II. Une « autre » justice est possible

Deux arguments viennent « légitimer » la création d'une telle commission Vérité et Réconciliation (CVR) en France à propos des enfants de Guyane.

Le précédent de l'étude de la transplantation de mineurs de La Réunion en France hexagonale.

La France a connu un précèdent qui, à bien des égards, se rapproche du modèle des CVR. Ainsi, sous réserve de certaines particularités, la Commission d'information et de recherche sur les enfants de la Creuse mise en place par le Gouvernement français en 2016, peut être considérée – bien qu'officiellement qualifiée de « commission temporaire d'information et de recherche historique » – comme étant très proche du modèle des CVR.

En effet, cette commission (dont l'objet n'était pas très éloigné des problématiques guyanaises puis qu'il s'agissait de prendre en charge la question des enfants réunionnais « déplacés » en métropole par des décisions gouvernementales) disposait de compétences assez proches de celles des commissions Vérité tant par ses missions (approfondir la connaissance historique sur les enfants de la Creuse et contribuer à sa diffusion et proposer une relation précise des décisions et des actes ayant permis le transfert de 1 615 enfants et adolescents réunionnais vers l'Hexagone), ses méthodes de travail (auditions des associations et des personnes liées a cette histoire) et ses résultats (proposer des actions et mesures permettant de favoriser le travail de mémoire individuel et collectif autour de cette question.)

Ainsi dans le rapport terminal (https://www.reunionnaisdumonde.com/magazine/actualites/le-lien-vers-le-rapport-final-sur-les-enfants-de-la-creuse/) élaboré par la commission il est relevé que

> « La Commission, dont les membres et en particulier le président Vitale, avaient déjà réalisé de nombreux entretiens du fait de leurs recherches sur le sujet, a fait le choix dans un premier temps d'être à l'écoute des ex-mineurs transplantés à l'occasion de rencontres collectives ou d'entretiens individuels. »

De même, et ces remarques ne sont pas sans évoquer les termes utilisés par la commission du Maine, c'est la « réintégration » de l'objet de l'activité de la commission dans son environnement politico social qui doit être souligné.

> « Par ses ramifications, l'affaire dite des 'enfants de la Creuse' permet ainsi de passer du particulier au général. On devra, certes, apporter des réponses aux demandes des ex-mineurs transplantés. Mais, si elle amène à s'intéresser au sort fait aux enfants relevant de l'Aide sociale à l'enfance d'hier comme d'aujourd'hui ; au nécessaire accompagnement des Réunionnais installés en France hexagonale et au-delà, aux autres 'Domiens' ; au modèle de développement appliqué à La Réunion et aux autres Outre-mer, cette douloureuse affaire, révélatrice au sens photographique du terme, de problématiques plus générales, aura servi le bien commun. »

La question des violences sexuelles

C'est aussi par la nécessité d'approfondir le recueil des témoignages, la parole dans ce genre de circonstances ne se libérant que progressivement, que se justifie la création de cette commission. Il n'est pas rare en effet de constater que certaines questions impliquent des approches spécifiques dépassant le cadre d'une enquête journalistique (aussi performante qu'elle puisse être). C'est notamment le cas à propos des violences sexuelles dont l'impact parfois stigmatisant culturellement et psychologiquement complexe rend plus délicat le recueil de la vérité.

Cette question est d'autant plus délicate que l'ouvrage d'Hélène Ferrarini ne fait aucunement mention de ce genre de violence. Ce paradoxe, par ailleurs souligné par l'auteure, est d'autant plus important que classiquement dans ce type de structures et dans ce type de relations, les violences sexuelles font partie du quotidien des pensionnaires (il avait été notamment très présent dans les auditions devant la Commission du canada ou dans des circonstances moins proches dans le rapport de la CIASE (Commission indépendante sur les abus sexuels dans l'Église ; https://www.ciase.fr/rapport-final/) qui avait conclu concernant les violences sexuelles dans l'Église de France à des violences systémiques (« L'état des lieux ainsi dressé révèle que le phénomène des violences sexuelles dans l'Église catholique en France de 1950 à nos jours est massif […] qu'il repose sur des mécanismes pluriels, clairement identifiés, et présentant un caractère systémique ») notamment au sein des pensionnats religieux. Les conclusions du rapport de la CIASE sont de ce point de vue assez éclairantes pour ce qui pourrait concerner le cas des *homes* indiens. En effet selon ce texte, les violences sexuelles en Église reposent sur un certain nombre de piliers dont certains participent *a priori* de la situation des *homes.*

Vient d'abord la question de la proximité avec les enfants. Selon la CIASE

> « Dans le cas des violences sexuelles commises au sein de l'Église, plusieurs éléments ont favorisé le passage à l'acte – l'accès aux enfants –, tandis que d'autres ont favorisé l'emprise morale – le contact avec des personnes vulnérables, la force d'impression du sacré, l'asymétrie dans le maniement des références et de connaissances. »

Il y a ensuite dans les violences sexuelles de ce type, un phénomène d'abus de pouvoir commis

> « par un représentant légitime d'une institution en situation institutionnelle, apparaîssant rarement séparable d'une forme d'emprise reposant sur le détournement des principes mêmes de l'institution, qui permet à l'agresseur de lever les résistances à l'abus et de s'assurer du silence de la victime. »

Cette situation découle de trois dispositifs transversaux d'emprise personnelle dont le

> « dispositif charitable : lié à la dénégation du pouvoir clérical, sous couvert d'exercice d'un service charitable à destination préférentiellement des plus fragiles : pauvres, femmes, enfants, homosexuels, handicapés, prisonniers, autochtones en contexte colonial. »

Enfin, c'est l'environnement spécifique de territoires comme celui de la Guyane qui favorise la commission de telles violences du déplacement aux Antilles de membres de la CIASE, en février 2020, pour tenir des réunions publiques de présentation de la CIASE et d'échanges sur les violences sexuelles dans l'Église catholique en France, en partenariat avec les représentants locaux de France Victimes, pour procéder à des auditions de personnes victimes, et pour répondre aux sollicitations des différents médias locaux.

> « Les réunions publiques se sont déroulées le 18 février 2020 à Pointe-à-Pitre et le 21 février 2020 à Fort-de-France. Comme l'a relaté la presse locale, un *home* a saisi cette occasion pour faire le voyage depuis la Guyane et participer à cette seconde réunion afin d'y évoquer un cas guyanais et la situation du diocèse de Cayenne. » Dans ces territoires « l'Église est de plus directement ou indirectement impliquée et puissante dans de nombreux secteurs d'activités économiques et sociales (médias, santé, éducation, encadrement de la jeunesse, services publics, etc. […] L'extrême faiblesse du nombre d'agresseurs identifiés par les deux diocèses dans leur communication avec la CIASE, en comparaison avec d'autres diocèses, ou encore la disparition d'archives signalée par l'un d'eux, est également notable. L'ensemble de ces éléments laisse supposer qu'un nombre important de personnes victimes dans ces départements vivent dans un isolement certain. »

III. Une autre justice est fondamentale

Mais au-delà des éléments précédents, ce qui nous parait caractéristique de ces réflexions, c'est la dimension fondamentale de la mise en place de cette nouvelle forme de justice. La question autochtone n'est pas qu'une question de droits violés et de minorités « assimilées » ; c'est une question de survie des populations autochtones en tant que telles.

Le dernier élément qui doit être retenu pour justifier la mise en œuvre d'une CVR, c'est la nature même des traumatismes et leurs prolongements encore en 2022. Prolongements directs puisqu'il existe encore aujourd'hui un *home* en activité, prolongements plus indirects avec la question récurrente des familles accueillantes pour les élèves issus des communautés autochtones faisant leurs études en ville et que certains désignent comme des *homes* « individuels » tant un certain nombre de ruptures sont profondes entre l'enfant et sa famille d'accueil.

Ce qui frappe ici, c'est que les témoignages de violences commises dans les *homes* indiens et l'intensité des traumatismes subis se retrouvent dans la description des dysfonctionnements actuels du système scolaire dans lequel évoluent les élèves autochtones. Da façon significative, la mission parlementaire[3], organisée en 2015 pour tenter de comprendre le taux très anormalement élevé des suicides chez les jeunes autochtones, avait pointé du doigt des pratiques qui comme dans les *homes*, combinaient violence, rupture personnelle et culturelle et racisme. Pour les deux parlementaires auteures de ce rapport, l'école peut être considéré comme un des facteurs à l'origine de ces vagues de suicides. De façon symptomatique, on retrouve, en 2015, à la fois la question de l'arrachement, du décalage culturel mais aussi de la violence à caractère raciste que la mission parlementaire met en exergue.

Plusieurs passages sont ainsi particulièrement significatifs :

> « que dire de l'arrachement, la mission emploie ce mot à dessein, de certains jeunes lorsqu'ils ont la chance de poursuivre leurs études au lycée à Cayenne où les internats ne sont pas ouverts le week-end ; ce qui suppose familles d'accueil (signalées par ailleurs comme peu formées et parfois semble-t-il peu motivées) », « en sus, retour pour les seules grandes vacances […]. La mission le dit tout net : quel parent d'élève, quel collégien ou lycéen en métropole, accepteraient de telles conditions de vie et d'étude ? »

Au-delà c'est – tout comme dans les *homes* – la question de la compatibilité culturelle du système scolaire qui est mise en cause :

> « On peut y ajouter la question des rythmes scolaires, surtout en primaire, dont l'application aurait dû, d'évidence, faire place d'emblée à des exceptions consenties et négociées localement. Il est en effet crucial pour l'identité des Amérindiens que les apprentissages traditionnels de leur culture (chasse, pêche, tressage, pistage, culture des battis, activités traditionnelles et initiatiques) puissent s'effectuer sans que l'école, pour importante qu'elle soit, ne perturbe cette légitime demande ».

Le réquisitoire se poursuit plus loin dans le rapport parlementaire en pointant la violence subie par les élèves *:*

> « Surtout si on y ajoute les humiliations fréquentes des jeunes Amérindiens souvent moqués par leurs camarades. […] La mission a pu être le témoin direct à Camopi de propos condescendants d'adultes sur les parents d'élèves amérindiens, alors même que certains de ceux-ci étaient présents dans une réunion ! Ajoutons à cela l'ignorance ou la réticence d'enseignants devant les cultures amérindiennes et l'absence de reconnaissance, pendant trop longtemps, des langues amérindiennes, ceci malgré l'existence des intervenants langue maternelle (ILM) dans certaines classes. […] Plus généralement, les enseignants montrent parfois une non-reconnaissance voire un mépris à l'égard des populations. […] Les enfants ne peuvent que subir certains points de vue condescendants, ignorants et dévalorisants sur ce qu'ils sont. »

[3] https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi3w7q1iZP7AhVhVPEDHad8AhMQFnoECAoQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.vie-publique.fr%2Frapport%2F35396-suicides-des-jeunes-amerindiens-en-guyane-francaise-37-propositions-po&usg=AOvVaw1c3Pqd-t6SuL9Ko1dCp1eh

Dès lors, bien loin d'être un combat d'arrière-garde, la question du respect des droits des populations autochtones (tant en France que dans le monde entier) est au contraire une des questions les plus importantes pour les années à venir.

Importante parce qu'urgente

Par le droit, il s'agit de faire face à la réalité des menaces qui pèsent aujourd'hui sur les peuples autochtones sur la planète. Ces menaces sont multiples, diverses et concernent différents aspects de la vie sociale, politique culturelle ou économique. Au-delà de cette diversité, ces menaces ont un point commun : leur extrême gravité. En effet, elles constituent non seulement en elles-mêmes des violations des droits humains fondamentaux reconnus à l'ensemble des personnes humaines, mais visant les communautés autochtones, elles ont pour effet de détruire un véritable genre de vie collectif et spécifique. En ce sens elles visent implicitement ou explicitement à la destruction d'une communauté dans son particularisme et dans sa réalité ancestrale. Pratiques à conséquences ethnocidaires, ces menaces représentent aujourd'hui un défi majeur pour l'ensemble de la communauté des défenseurs des droits humains.

Importante enfin car universelle

Les violences faites aux communautés autochtones concernent l'ensemble de l'humanité et renvoient les sociétés occidentales à leurs difficultés et même leurs contradictions. En effet les violences faites aux autochtones nous parlent aussi de nos sociétés et des défis qu'elles doivent relever. Qu'il s'agisse des modèles économiques et de la confrontation entre le productivisme et le développement raisonné, de la question de l'héritage culturel et de la mémoire, de la vie politique et de la rénovation des mécanismes démocratiques et des modalités de participation à la vie politique et de la place des femmes et des violences qui leurs sont faites, toutes ces questions nous concernent et la réalité autochtone peut apporter beaucoup à la compréhension de nos propres sociétés.

III. *Varia*

1. Vous avez dit unitaire ? Brève réflexion sur l'organisation des territoires ultramarins français

Adrien Monat

Maître de conférences de droit public à Sciences po Saint-Germain-en-Laye et membre du Laboratoire d'études juridiques et politiques (LEJEP) de Cergy Paris Université

La France, disons-le, n'est pas un État fédéral. Toute son Histoire semble même converger en un sens diamétralement opposé. La personnification juridique de la nation française s'est faite sur un modèle unitaire réputé indivisible et centralisé. L'Ancien Régime, héritier des idées sur l'État développées dès le règne de Philippe le Bel (1285-1314), s'est construit sur ce mode centralisateur[1]. Comme Tocqueville l'a mis en évidence, la Révolution française n'a pas divergé de cette voie séculaire[2]. La Constitution de 1791 disposait en ce sens que : « le Royaume est un et indivisible »[3]. Plus tard, au XIXe siècle, Cormenin commence un de ses ouvrages en affirmant que « des pensées de décentralisation […] ne peuvent venir que de l'étranger »[4]. Aujourd'hui encore, l'article premier de la Constitution de 1958 commence par ces mots : « la France est une République indivisible. »

Même lorsque l'on constate une inflexion à cet unitarisme et à cette centralisation, elle apparaît *in fine* limitée. Nul n'a omis que la France s'est progressivement décentralisée depuis 1982. Néanmoins, une analyse des finances locales, comme de bien d'autres aspects du droit des collectivités territoriales, laisse apparaître le cadre étroit de la décentralisation française, l'autonomie financière[5] se révélant en réalité n'être qu'une étroite autonomie de gestion[6]. La décentralisation française est peu approfondie ; elle ne franchit pas les limites du politique, est peu effective au regard des intenses mouvements d'autonomisation observables dans d'autres États européens comme le Royaume-Uni ou l'Espagne. Pierre Legendre explique qu'en France, la centralisation est « enraciné[e]

---

[1] Pierre Legendre, *Fantômes de l'État en France*, Paris, Fayard, 2015, p. 189 et s.
[2] Alexis de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Robert Laffont, 2004, p. 973 et s.
[3] Article premier, titre 2.
[4] Louis-Marie de Lahaye de Cormenin, *De la centralisation*, Paris, Pagnerre, 1842, p. 6.
[5] L'autonomie financière des collectivités territoriales prévue à l'article 72 de la Constitution fait partie des droits et libertés garantis par la Constitution (CC, décision n° 2009-599, 29 décembre 2009, Loi de finances de 2010)
[6] Philippe de Rocca Serra, *L'approche constitutionnelle de l'autonomie financière locale en France*, Bruxelles, Bruylant, 2021, notamment p. 327 et s. ; Xavier Cabannes, « Libre administration des collectivités territoriales et pouvoir fiscal local », *RFFP*, n° 131, 2015, p. 7 et s ; Xavier Cabannes, « Le contentieux des relations financières entre l'État et les collectivités territoriales », *AJDA*, 2016, p. 598 et s ; Xavier Cabannes, « L'autonomie des collectivités territoriales : discours ou réalité, pour quelle démocratie locale ? », *BJCL*, 2016, p. 486 et s.

dans la psychologie nationale [et la] décentralisation […] ne [dépasse] pas un certain seuil [. C'est la] centralisation [qui] s'autocontrôle »[7].

Si la décentralisation est faible, que pourrait alors faire l'idée, plus forte, de fédéralisme en France ? Bien peu…

Pourtant, elle n'est pas totalement étrangère à l'histoire de France. Parmi d'autres exemples, dès 1792, Trudaine de la Sablière a traduit les *Federalist papers* en langue française et François Buisson les a publiés et diffusés en France. L'idée fédérative se retrouve l'année suivante dans le projet de Constitution des Girondins[8]. Le Préambule de la Constitution de la IVe République, qui a aujourd'hui encore une valeur constitutionnelle, porte la mention de l'Union française, qui prévoyait d'instaurer une sorte de Fédération pour unir la France aux États qu'elle avait colonisés ; et, c'est en soutenant cette idée que René Capitant s'est déclaré *Pour une Constitution fédérale* en 1946[9]. Bien que maigre et sans cesse mise en échec dans sa concrétisation organique, l'idée de fédéralisme traverse donc l'histoire de France[10].

Si elle ne lui est pas totalement étrangère, pourquoi ne pourrait-elle pas se retrouver aujourd'hui dans son ordre juridique ?

Pour mener cette enquête, un territoire d'élection est rapidement désigné : l'Outre-mer. En effet, la France ne s'arrête pas aux six angles de son hexagone comme le monde aux quatre points cardinaux. Son territoire, immense, s'étend sur plusieurs continents, mers et océans. Elle se démarque par une diversité phénoménale qui implique une organisation indéniablement différente entre l'Outre-mer et l'Hexagone[11]. L'objet du présent article n'est pas de dire que la France est un État fédéral ; une telle affirmation serait excessive. Son dessein est, plus simplement, de déceler les quelques points de fédéralisme qui se sont immiscés dans l'ordre juridique français au fur et à mesure du temps. Après avoir montré la possibilité théorique, l'apparition d'un fédéralisme sans l'État fédéral (I), cette contribution montrera qu'une telle configuration existe – de manière circonscrite – en France en ce qui concerne l'Outre-mer (II).

---

[7] Pierre Legendre, *Trésor historique de l'État en France — L'Administration classique*, Paris, Fayard, Les savoirs, 2ème édition, 1992, p. 137 et s.

[8] L'article premier du titre premier du projet constitutionnel des 15 et 16 février 1793 dispose que : « la République française est une et indivisible. » Elle prévoit aussi la création d'assemblées primaires (III), de corps administratifs (IV) et de conventions nationales (titre IX), laissant là une large autonomie aux localités, les laissant même participer au processus constituant (voir sur le sujet Anne de Mathan, « Le fédéralisme Girondin. Histoire d'un mythe national », *Annales historiques de la Révolution française*, vol. 393, n° 3, 2018, p. 195 et s.

[9] René Capitant, *Pour une Constitution fédérale*, Paris, Renaissances, 1946, 63 p.

[10] Olivier Beaud, « Fédéralisme et fédération en France : histoire d'un concept impensable ? », *Annales de la faculté de droit de l'université de Strasbourg*, vol. 3, 1999, p. 7 et s

[11] Francesc Pi i Margall pense à la même époque que la diversité politique fait partie des « conditions naturelles d'existence » des peuples (*Les nacionalitats. Escrits i discursos sobre federalisme*, Barcelone, Institut d'Estudis Autonòmics, [1877] 2010, p. 172 et s.).

I. L'apparition d'un fédéralisme sans l'État fédéral

Si l'idée de fédéralisme est récurremment apparue dans l'histoire de France, elle a bien plus encore essaimé l'histoire au sein de laquelle la France a choisi de s'inclure, a nourri la construction de l'Union européenne. Celle-ci n'est pas un État fédéral puisque tous les États membres peuvent – avec les difficultés politiques et la complexité juridique que l'exemple britannique a mis en lumière[12] – en sortir[13] ; et dès lors qu'un droit à la sécession existe, il n'est guère pertinent de parler d'État fédéral[14]. Pour autant, l'Union européenne s'inspire profondément de l'idée de fédéralisme. Elle se constitue comme une Fédération sans pareil, qui réunit des États demeurant souverains[15]. Elle est une preuve que l'idée de fédéralisme peut exister, et existe bel et bien, en dehors du cadre de l'État fédéral.

Le fédéralisme ne se limite donc pas uniquement à un cadre rigide. Il est flexible, souple, peut inspirer l'idée d'œuvre et innerver la pratique institutionnelle d'une multitude d'entités politiques. D'autres exemples que celui de l'Union européenne concourent à le prouver. Tout invite en effet à constater une part de fédéralisme dans les États régionaux. En ce sens, la première inspiration de ces États est, dans l'histoire des idées, la République de Weimar. La Seconde République espagnole (1931-1939) reprit en effet l'idée d'intégration qu'Hugo Preuß [16] et Herman Heller[17] – notamment – instillèrent en Allemagne[18]. Le constituant espagnol cherchait alors à former une « synthèse » entre État unitaire et État fédéral[19]. Un peu plus tard, l'Assemblée constituante italienne a insufflé la même logique dans la Constitution de 1947[20]. Dès la fin du franquisme, au terme de la transition démocratique (1975-1978), l'Espagne s'est constituée comme l'État des autonomies, laissant une

---

[12] Aurélien Antoine*, Le Brexit – Une histoire anglaise*, Paris, Dalloz, 2020, 440 p.

[13] Traité sur l'Union européenne, article 50.

[14] Stéphane Rials, *Destin du fédéralisme*, Paris, LGDJ, Institut La Boétie, 1998, p. 48 et s. ; Élisabeth Zoller, *Aspects internationaux du droit constitutionnel : contribution à la théorie de la fédération d'États*, La Haye : Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2002, notamment p. 72 et s.

[15] Sergio Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Turin : Giapichelli, 1993, p. 15 et s. ; Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 79 et s.

[16] Hugo Preuß, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaten*, Berlin, Verlag von Julius Springer, 1889, notamment p. 220 et s. ; p. 257 et s. et p. 404 et s.

[17] Hermann Heller, « Bemerkungen zur staats-und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart », *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 55, n° 3, 1929, p. 321 et s

[18] L'article 1.3 de la Constitution de la Seconde République disposait que : « la République constitue un État intégral, compatible avec l'autonomie des communes et des régions » (voir sur ce sujet : Giacomo Demarchi, *Provincia y territoria en la Contituente española de 1931 – Las raíces europeas del Estado integral*, Madrid, Dykinson, Legal History, 2016, p. 289).

[19] Philippe Lauvaux et Armel Le Divellec, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 2015, p. 991. José Peña González (*Historia política del constitucionalismo español*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 341 et s.) et Carlos Vicén Antolín (*Historia del constitucionalismo español*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 208 et s.) considèrent également qu'il s'agit d'une forme intermédiaire de l'État.

[20] Gaspare Ambrosini pense le premier le modèle de l'État régional comme une troisième catégorie, « intermédiaire », entre les États unitaire et fédéral (« Un tipo intermedio di Stato fra l'unitario e il federale caratterizzato dall'autonomia regionale », *Rivista di diritto pubblico*, 1933, p. 92 et s). Cette idée a été reprise après l'adoption de la Constitution de 1947 (voir par exemple sur ce sujet : Pietro Virga, *La Regione*, Milan, Giuffrè, 1949, notamment p. 34 et s.).

large part à l'idée de fédéralisme sans pour autant se définir comme un État fédéral[21].

L'idée de fédéralisme s'émancipe donc de l'État fédéral en plusieurs occurrences. Elle décrit et inspire des systèmes très différents les uns des autres. Rufus Davis parle de « galaxie » pour la définir[22]. Ses émanations forment effectivement une nébuleuse à travers laquelle il est difficile de trouver une définition générale et uniforme. Il est plus exact de montrer que l'idée fédérative, dans toute sa diversité, peut se concrétiser en suivant trois voies qui n'ont pas nécessairement besoin du cadre de l'État fédéral pour apparaître.

D'abord, elle s'assimile fréquemment à un principe d'organisation institutionnel. Se revendiquer fédéral revient alors à imiter, tout du moins à se rapprocher, des États-Unis, de l'Allemagne ou d'autres sortes de Fédérations[23].

Par exemple, l'article 121 de la Constitution italienne dispose que « le conseil régional exerce les pouvoirs législatifs attribués à la région ainsi que les autres fonctions qui lui sont conférées par la Constitution et par les lois. » Ce conseil ressemble point par point à une législature fédérée sans que l'Italie soit devenue un État pleinement fédéral[24].

Le fédéralisme connaît bien d'autres acceptions. Il peut aussi se mettre en œuvre par des biais purement politiques, qui accompagnent le fonctionnement concret, la pratique vécue des institutions, quel que soit l'agencement qui les lie les unes aux autres. Est alors fédéral tout système où une collaboration[25], des négociations[26], même une compétition[27], unissent de manière généralisée et pérenne les organes de l'État central et ceux de ses composantes territoriales.

Par exemple, la Conférence des présidents, organe réunissant les chefs d'exécutifs de chaque communauté autonome et le Président du Gouvernement espagnol, a un poids très important en Espagne. Les niveaux étatique et régional y collaborent pour déterminer la matière de nombreuses lois. Ce trait de l'État espagnol, inspiré du fédéralisme coopératif allemand[28], est apparu dans un cadre institutionnel qui comprend des caractéristiques unitaires cardinales, comme l'absence de

---

[21] Miguel Herrero de Miñon, « Les sources étrangères de la Constitution », *Pouvoirs*, vol. 8, 1979, p. 97 et s. ; voir aussi Xavier Arbós Marín, *Doctrinas constitucionales y federalismo en España*, Barcelone, Institut de Ciènces Polítiques i Socials, 2006, p. 63 et s.

[22] Rufus David, *The Federal Principle – A Journey Through Time in Quest of Meaning*, Berkeley, University of California Press, 1978, p. 216 et s.

[23] Anton Greber, *Die voorpositiven Grundlagen des Bundesstaates*, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 70 et s.

[24] Amedeo Fossati, « L'Italia e il federalismo », Economía publica, n° 1, 2001, p. 1000 et s.

[25] Kenneth Wheare, *Federal Government*, Oxford, OUP, 1951, p. 11; p. 35 et s. et p. 247 et s.

[26] William Riker, *Federalism: Origin, Operation, Significance*, Boston, Little, Brown and Company, 1964, notamment p. 12 et s.

[27] Ronald Watts, 'Federalism, Federal Political Systems, and Federations', *Annual Review of Political Science*, vol. 1, n ° 1, 1998, p. 117 et s. ; voir aussi Ronald Watts, 'The Federal Idea and its Contemporary Relevance', in Thomas Courchene, John Allan, Christian Leuprecht et Nadia Verrelli (dir.), *The Federal Idea — Essays in Honour of Ronald L. Watts*, Montréal, McGill University Press, Institut des relations intergouvernementales, 2011, p. 1 et s.

[28] Enoch Albertí Rovira, *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, notamment p. 249 et s.

participation des communautés autonomes à la révision de la Constitution[29].

Enfin, le fédéralisme peut également prendre des tours à la fois juridiques et politiques. Il s'analyse alors comme un cheminement dialectique. Après que l'association qu'elle inspire est fondée, l'idée fédérale vise à atteindre un équilibre fragile et délicat entre la logique d'intégration d'entités politiques diverses au sein d'un unique système qu'elles créent en s'unissant, et la logique de reconnaissance et de protection de leurs particularités[30]. Un tel processus ne se déroule pas linéairement, il connaît des avancées, des reflux, des ressacs, alternant sans cesse entre les deux logiques qui le meuvent ; il est pétri par des crises dont l'issue est incertaine, pouvant renforcer l'union fédérative comme déboucher sur sa dislocation[31].

L'histoire comme la brûlante actualité des relations entre l'Écosse et le Royaume-Uni enseignent que l'union entre plusieurs nations au sein d'un même État n'est pas parfaitement stable. L'État britannique est né en 1707 lorsque les royaumes écossais et anglais se sont unis[32] – le Pays de Galles et l'Irlande étant à l'époque respectivement conquis [33] et dominé par le second [34]. Le Royaume-Uni a connu des périodes de centralisation – privilégiant le principe d'intégration – pendant de longues périodes, notamment à la suite de la bataille de Culloden (1746), qui mit un terme à une rébellion indépendantiste écossaise [35]. Pour autant, l'Écosse a toujours conservé des systèmes juridictionnel [36] et universitaire [37], des autorités locales [38] et un Clergé [39] autonomes. Par ailleurs, le Royaume-Uni a initié un processus de dévolution, qui s'inspire fortement de l'idée de fédéralisme et qui met l'accent sur le principe de préservation des singularités des nations, depuis 1998. Le Parlement écossais a été institué en 1998[40] et a sans cesse gagné en compétences depuis lors [41]. Cette caractéristique fédérale n'implique pas que le Royaume-Uni se transforme en un État authentiquement fédéral. Il demeure en partie unitaire puisque sa souveraineté réside toujours en son Parlement[42], puisque les décisions qui modifient la Constitution ne font pas

[29] Constitution espagnole, titre X.
[30] Carl Joachim Friedrich, *Trends of federalism in Theory and Practive*, Londres, Pall Mall Press, 1968, p. 3 et s.
[31] *Ibid*., p. 19 et s.
[32] Ancien Parlement écossais, *Union with England Act* (1707 c. 7).
[33] Ancien Parlement anglais, *Laws in Wales Act* (1535 c. 26) ; Ancien Parlement de Grande-Bretagne, *Wales and Brewick Act* (1746 c. 42).
[34] Ancien Parlement du Royaume de Grande-Bretagne, *Declatory Act* (1720 c. 5), S. I.
[35] Colin Kidd, *Subverting Scotland's past*, Cambridge: CUP, 1993, p. 268 et s.
[36] L'autonomie du système juridictionnel écossais tient à ce qu'il existe le *College of Justice*. Il s'agit de la réunion de la Haute Cour de Justice, soit la Cour suprême écossaise en matière pénale, et de la Cour de Session, soit la Cour suprême écossaise en matière civile (voir Ancien Parlement écossais, *Union with England Act* [1707 c. 7], article XIX.
[37] Ancien Parlement écossais, *Union with England Act* [1707 c. 7], article XXV.
[38] Ancien Parlement écossais, *Union with England Act* [1707 c. 7], article XXIV.
[39] Ancien Parlement écossais, *Union with England Act* [1707 c. 7], article XXV.
[40] *Scotland Act* (1998 c. 46).
[41] *Scotland Act* (2012 c. 11); *Scotland Act* (2016 c. 11).
[42] *Bill of Rights* (1688 c. 2), article 9 ; voir aussi Cour suprême, 24 janvier 2017, *R [on the application of Miller and another] v. Secratary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, notamment §144 et s. et § 274.

participer les nations. Le cas du *Brexit* le montre bien ; en effet, il a eu lieu alors que les Écossais[43] et les Nord-Irlandais[44] s'y sont opposés. Le Gouvernement écossais souhaitant organiser un référendum d'autodétermination et ayant demandé à la Cour suprême de se prononcer sur sa compétence pour l'organiser unilatéralement, la crise interne que la sortie de l'Union européenne a provoquée pourrait, selon toute vraisemblance, conduire à la fragmentation du royaume[45]. Néanmoins, une nouvelle configuration institutionnelle, plus centralisée – comme le souhaite le Premier ministre conservateur Rishi Sunak[46] – ou plus décentralisée – comme le veut par exemple le parti travailliste[47] – pourrait également surgir au terme de cette crise.

Nul besoin donc d'être américain, allemand, australien, d'appartenir à un État totalement fédéral pour vivre avec quelques procédés fédéraux. L'idée de fédéralisme peut apparaître dans des systèmes qui ne sont pas de nature fédérale. Elle se développe alors pour des raisons multiples, les uns la mettant en place pour assurer une prospérité économique[48], les autres – parmi une multitude d'exemples – pour protéger l'intégrité de leur territoire[49]. Certes, en dehors d'un cadre purement fédéral, le fédéralisme est fragile, il peut facilement être remis en cause, battu en brèche par une nouvelle réforme plus à même de remplir les objectifs politiques des gouvernants. Toutefois, la pluralité des exemples, leur récurrence et leur pérennité historique, révèlent que l'idée fédérale peut se développer en dehors d'un paradigme exclusivement fédératif.

Ces éléments connus, il est intéressant de se demander si la France est touchée par ce phénomène, si ces éléments théoriques sont pertinents pour la décrire avec acuité. Ainsi, la forme de l'État français s'est-elle hybridée ? Son visage unitaire est-il marqué de quelques points de

---

[43] 67,2 % des suffrages exprimés en Écosse étaient favorables au maintien du Royaume-Uni dans l'Union européenne lors du référendum sur la sortie de l'État britannique de l'Union.

[44] 62,7 % des suffrages exprimés en Irlande du Nord étaient favorables au maintien du Royaume-Uni dans l'Union européenne lors du référendum sur la sortie de l'État britannique de l'Union.

[45] Projet de référendum sur l'indépendance de l'Écosse a été « pré-introduit » et publié par le Gouvernement écossais le 28 juin 2022. Le Lord Advocate a introduit un recours devant la Cour suprême le 5 juillet 2022 afin de savoir si l'Écosse avait le droit d'organiser un second référendum d'autodétermination unilatéralement. Une *permission stage* a eu lieu devant la Cour suprême les 11 et 12 octobre 2022, qui n'implique pas que le cas sera entendu devant elle. S'il devait être organisé, le référendum sur l'indépendance de l'Écosse serait organisé le 23 octobre 2023.

[46] Voir le programme du parti conservateur pour la dernière élection générale en date (2019).

[47] Voir le programme du parti travailliste pour la dernière élection générale en date (2019).

[48] L'Italie se démarque notamment en utilisant le fédéralisme pour cette fonction (Sergio Ortino, « Functional federalism between geopolitics and geo-economics », in Sergio Ortino, Mitja Žagar et Vojtech Mastny (dir.), *The changing faces of federalism*, Manchester, Manchester University Press, 2005, p. 289 et s. ; voir par ailleurs Sergio Ortino, *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Bari, Cacucci, 2010, p. 578 et s. ; voir enfin Roberto Di Maria, « Un'ipotesi per la razionalizzazione del sistema economico-finanziario: i paradigmi del federalismo funzionale e della sussidiarietà verticale come 'codici' per l'attuazione del federalismo fiscale e della 'democrazia di bilancio' », *Le Regioni*, vol. 40, n° 1-2, 2012, p. 21 et s.)

[49] L'Espagne et le Royaume-Uni se démarquent notamment en utilisant le fédéralisme pour cette fonction (nous nous permettons de renvoyer à notre ouvrage sur ce sujet : Adrien Monat, *Le fédéralisme sans l'État fédéral — La question de l'unité de l'Espagne et du Royaume*-Uni, Paris, Mare & Martin, 2023, à paraître).

fédéralisme ? L'objet de cette contribution est de démontrer que, dans une certaine mesure, la réponse est oui.

II. Quelques points de fédéralisme au sein de l'État unitaire français

La France reconnaît les particularités des populations ultramarines. L'article 72-3 de la Constitution dispose que : « la République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité. » Les articles 76 et 77 de la Constitution font référence aux « populations de la Nouvelle-Calédonie » de manière distincte par rapport au reste des Français. Ces articles constitutionnalisent l'Accord de Nouméa de 1998 qui affime l'existence du « peuple kanak ».

À la reconnaissance constitutionnelle de la diversité des populations s'ajoute l'établissement de statuts et de régimes juridiques variés pour les entités ultramarines. En effet, les statuts et régimes juridiques régissant les territoires ultramarins sont divers et laissent place à une autonomie plus grande qu'en métropole. La Guyane[50] et la Martinique[51] constituent à la fois des régions et des départements français. Ce sont des collectivités uniques régies par l'article 73 de la Constitution. Les deux autres « vieilles », la Guadeloupe[52] et la Réunion[53], possèdent des statuts soumis au même article de la Constitution ; toutefois, les régions et les départements n'y ont pas fusionné. Mayotte est depuis 2011 devenu une collectivité ultramarine appelée « département de Mayotte », mais réunit les compétences d'un département et d'une région. De plus, Saint-Pierre et Miquelon[54], Wallis-et-Futuna[55], Saint-Barthélemy[56] ainsi que Saint-Martin[57] constituent des collectivités d'outre-mer au sens de l'article 74 de la Constitution. De manière plus singulière, la Polynésie est une collectivité d'outre-mer qualifié de pays d'outre-mer[58]. La Nouvelle-Calédonie est également un pays[59], mais bien davantage autonome que la Polynésie[60]. Enfin, les Terres australes et antarctiques françaises ainsi que Clipperton sont des territoires à statut particulier[61].

---

[50] CGCT, article L7111-1.
[51] CGCT, article L 7211 –1.
[52] CGCT, article 5911-1.
[53] Loi n° 46-451 du 19 mars 1946 tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et de la Guyane française, article 1 ; loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, articles 1 ; 19 et 59.
[54] CGCT, LO 6411-1.
[55] Ces îles sont appelées « territoire des îles Wallis-et-Futuna » (loi n° 61-814 du 29 juillet 1961, conférant aux îles de Wallis-et-Futuna le statut de territoire d'outre-mer, article 1, alinéa 1), mais doivent être considérées comme des collectivités territoriales d'outre-mer depuis la réforme constitutionnelle de 2003 créant l'article 72-3 de la Constitution.
[56] CGCT, LO 6211-1.
[57] CGCT, LO 6311-1.
[58] Voir la loi n° 2004-192 du 27 février 2004,portant statut d'autonomie de la Polynésie française, article 2.
[59] Loi n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, article 24.
[60] Constitution, titre XIII.
[61] Loi n° 55-1052 du 6 août 1955, portant statut des Terres australes et antarctiques françaises et de l'île de Clipperton, n° 55-1052. Si les premières ont la personnalité morale et une autonomie administrative (article 1), la seconde est placée sous l'autorité directe du

Jean-Yves Faberon montre que : « la République française est plurielle. Elle accorde à ses citoyens différents les divers régimes auxquels ils aspirent dans la liberté, l'égalité et la fraternité qui les lient tous ensemble »[62]. Les particularités de l'organisation de ces parties du territoire français invitent à y chercher quelques traces de fédéralisme. La brièveté de cette contribution n'irait pas de pair avec l'établissement d'une typologie exhaustive de tous les aspects de fédéralisme présents sur le territoire français ultramarin. Il s'agit ici de discuter de cette hypothèse en ouvrant quelques pistes de réflexion.

Tout d'abord, l'article 73 de la Constitution dispose que : « dans les départements et les régions d'outre-mer [DROM], les lois et règlements sont applicables de plein droit. » Le même article prévoit également que ces mêmes normes : « peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités. »

Cette adaptation est parfois effectuée à Paris, les pouvoirs exécutif et législatif nationaux prévoyant alors des dispositions particulières pour l'Outre-mer. Les lois d'adaptation sont strictement contrôlées par le Conseil constitutionnel[63]. L'adaptation est en d'autres cas effectuée par les DROM concernés, par l'infléchissement de normes nationales à leurs spécificités ou, s'ils le demandent[64], par l'adoption de leurs propres normes dans une matière en principe échue aux autorités étatiques[65]. Les pouvoirs réglementaires et législatifs nationaux peuvent en effet habiliter les collectivités demanderesses à adopter des actes juridiques qui leur appartiennent en principe[66]. Cette possibilité est juridiquement limitée[67] et fort complexe[68] à mettre en place en pratique. Ceci a mené l'ancienne ministre des outre-mer George Pau-Langevin a considérer que la procédure d'habilitation est une « impasse »[69]. Elle existe néanmoins dans plusieurs matières, par exemple en ce qui concerne l'énergie[70]. Elle est donc importante pour comprendre la gouvernance des DROM. Un récent rapport sénatorial propose de « simplifier la procédure d'habilitation » des collectivités afin de les laisser davantage adapter les normes qui s'appliquent au sein de leurs ressorts territoriaux respectifs[71].

Les normes que les DROM commettent dans le cadre de l'adaptation prévue à l'article 73 de la Constitution sont le fruit d'une étroite

Gouvernement (article 9).

[62] Jean-Yves Faberon, « La France et son outre-mer : un même droit ou un droit différent ? », *Pouvoirs*, vol. 113, n° 2, 2005, p. 20.

[63] Conseil constitutionnel, décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *loi relative aux libertés et responsabilités locales*.

[64] Constitution, article 73 alinéa 6.

[65] Constitution, article 73 alinéa 3.

[66] Constitution, article 73 alinéa 2.

[67] Cette possibilité est limitée *ratione loci* puisque la Réunion en est exclue (Constitution, article 73 alinéa 5), *ratione materiae* puisque certaines matières en sont exclues (Constitution, article 73 alinéa 4) et *ratione temporis* puisque les habilitations ont toujours une échéance (CGCT, article LO 4435-6).

[68] Michel Magras, *Différenciation territoriale outre-mer : quel cadre pour le sur-mesure ? – Rapport d'information n° 713*, Paris, Sénat, 2020, p. 28 et s.

[69] George Pau-Langevin, avis sur le projet de loi de finances pour 2021, 2020, p. 30.

[70] Le législateur français a par exemple donné une compétence à la Guadeloupe en cette matière (loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer, article 69). Cette habilitation a été renouvelée jusqu'à aujourd'hui.

[71] Michel Magras, *Différenciation* (…), *op. cit.*, p. 28 et s.

collaboration entre eux et l'État. Quel que soit le procédé utilisé pour adapter les législations nationales, leur matière porte à la fois la marque de la volonté de l'État – qui a édicté la norme à adapter et qui a fixé les limites à l'adaptation territoriale – et du DROM qui a opéré l'adaptation. Les deux personnes morales en jeu collaborent donc sans cesse pour l'établissement de la matière des normes applicables. Lorsqu'un administré demande « à qui dois-je obéir ? » en lisant une norme d'adaptation, il peut lui être répondu : « à l'État et à votre DROM ».

Devant de tels phénomènes de collaboration, on pourrait être tenté de dire, à la suite de Charles Eisenmann, que la France a créé un « système dans lequel la maîtrise de l'action administrative locale appartient à un organe suprême – ou à plusieurs, il n'importe – composé d'un organe d'État et d'un organe non-centralisé »[72] ; autrement dit, que la France a créé une organisation semi-décentralisée dans le cas ici visé. Il est également possible d'affirmer que la France a utilisé, dans le domaine restreint des procédures normatives d'adaptation, un « système d'interconnexions entre les niveaux politiques »[73] de l'État et des DROM. Rejoignant une définition du fédéralisme coopératif communément dans des États fédéraux, comme – parmi d'autres – l'Allemagne [74] ou l'Australie [75] la France se révèle ici en partie fédérale. En effet, le fédéralisme coopératif ne se limite pas à des procédures législatives. Il apparaît potentiellement à tous les niveaux normatifs, et particulièrement au niveau administratif dans les États fédéraux qui, comme les États-Unis, possède une administration fédérale très étendue[76]. Au surplus, la pratique de cette sorte de fédéralisme implique des débats, des relations, parfois saines, parfois houleuses, mais toujours soutenues entre l'État et les DROM. L'État discute avec une position de force, mais discute bel et bien avec ces collectivités. Il serait bien exagéré d'affirmer que la France a changé de nature, qu'elle n'est plus un État unitaire. Néanmoins, il serait inexact d'occulter cette hybridation fédérale qui, même si elle est infime par rapport à son schéma général d'organisation, la caractérise.

De surcroît, d'autres marques fédérales peuvent être observées en France. En ce sens, les populations d'outre-mer ont le droit de déterminer elles-mêmes le régime sous lequel elles désirent vivre[77]. Elles doivent être consultées par le biais de consultations populaires locales pour qu'un changement de statut affecte les collectivités au sein desquelles elles vivent. Le Conseil constitutionnel vérifie la validité de ces consultations[78]. Par exemple, les Guadeloupéens ont refusé le 7 décembre 2013 que leur collectivité soit régie par l'article 74 de la Constitution.

---

[72] Charles Eisenmann, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948, p. 87.
[73] Sabine Kropp, *Kooperativer Föderalismus und Politikverflechtung*, Berlin, Springer, 2010, p. 9 et s.
[74] *Ibid*.
[75] Geoffrey Sawer, *Australian Government Today*, Melbourne, Melbourne University Press, 1956, p. 8 et s.
[76] Murray Forsyth, Union of States, Leicester, Leicester University Pres, 1981, p. 60 et s.
[77] Constitution, article 72-4.
[78] Conseil constitutionnel, décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*.

Félicien Lemaire parle à ce sujet de droit à la libre détermination des populations d'outre-mer. Si elles ne possèdent pas de droit à changer de statut, elles peuvent s'opposer à tout changement important[79]. Les statuts administratifs régissant toutes les collectivités ultramarines résultent donc du truchement de deux volontés : celle de l'État qui les adopte par le biais d'une loi organique et celle de la population concernée qui l'accepte en ne s'y opposant pas. On pourrait une fois de plus être tenté de qualifier cette situation juridique de semi-décentralisée, les DROM et les COM possédant ce que Charles Eisenmann appelait un droit de « consentement opposition »[80]. Il est également possible de percevoir des formes de fédéralismes coopératif et politique pour les mêmes raisons que précédemment. *A fortiori*, l'État est dans une position moins surplombante par rapport aux collectivités ultramarines que dans le cas de l'adaptation des normes nationales. La pratique politique qui en résulte est celle d'un dialogue moins inégal, est celle d'un fédéralisme politique plus effectif.

Enfin, comment ne pas voir une forme de fédéralisme dans une personne morale possédant son propre pouvoir législatif[81], disposant d'une compétence de principe par rapport à son État tutelle[82], et dont les actes sont contrôlés par la juridiction constitutionnelle de celui-ci[83] ? Comment ne pas observer un trait de fédéralisme dans une personne publique laissant aux entités qui la composent une large autonomie[84] et les laissant participer à ses procédures législatives[85] ? Comment ne pas distinguer l'idée de fédéralisme en Nouvelle-Calédonie ? Florence Faberon montre en ce sens que : « les concepts du fédéralisme imprègnent les constructions juridiques initiées par les accords de Matignon et par l'Accord de Nouméa »[86].

Elle ajoute que l'idée de fédéralisme est :

> « propre à se décliner dans des contextes extrêmement divers. [Elle] est capable de s'adapter à notre capacité d'imagination. C'est bien là sa force pour les États en général et peut-être demain pour la Nouvelle-Calédonie en particulier »[87].

En ce sens, quel que soit le futur de la Nouvelle-Calédonie, il est possible d'imaginer que ses liens avec la France s'inspirent plus de l'idée fédérative qu'aujourd'hui. Les États s'en sont souvent inspirés au cours de l'histoire de la décolonisation[88]. Ils s'en inspirent aujourd'hui encore souvent[89]. Ainsi, la Nouvelle-Calédonie pourrait être extrêmement

---

[79] Félicien Lemaire, *Le principe d'indivisibilité de la République — Mythes et réalités*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, p. 154 et s.
[80] Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982, tome 2, p. 375 et s.
[81] Loi n° 99-209 organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, article 107.
[82] *Ibid*., article 99.
[83] *Ibid*., article 107.
[84] *Ibid*., article 157 et s.
[85] *Ibid*., article 62 et s.
[86] Florence Faberon, « Le fédéralisme, solution française de décolonisation : le cas de la Nouvelle-Calédonie », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 101, n° 1, 2015, p. 64.
[87] Ibid.
[88] Voir par exemple François Borella, « Le fédéralisme dans la Constitution française du 4 octobre 1958 (titres XII et XIII) », *Annuaire français de droit international*, 1958, p. 659 et s. ; voir sur le même sujet Marcel Prélot, *Pour comprendre la nouvelle Constitution*, Paris, Le Centurion, 1958, p. 57 et s.
[89] Voir par exemple Léa Havard, *L'État associé : recherches sur une nouvelle forme de l'État*

autonome, plus qu'elle ne l'est aujourd'hui, au sein de la puissance de l'État français ou bien, devenir souveraine en acceptant de voir son pouvoir obéré par des traités internationaux contraignants. Elle pourrait être liée à la France par un *foedus* moderne, spécifiquement adapté aux contraintes factuelles, aux déterminismes historiques et aux rapports de force qui président aux destinées de ces deux entités politiques. Celles-ci pourraient ainsi être liées par un pacte fédératif par définition ni tout à fait constitutionnel ni tout à fait conventionnel[90]. Elles formeraient donc une sorte de Fédération distincte de l'État fédéral qui, comme tout édifice fédéral, internaliserait les relations de ses membres[91] et créerait un espace politique ouvert, désirable, ou tout moins acceptable, pour la Nouvelle-Calédonie comme pour la France.

La crise politique succédant aux blocages politiques nés des référendums successifs sur l'indépendance néo-calédonienne a une issue incertaine. En plus d'être présent aujourd'hui et face à cet avenir incertain, le fédéralisme semble être une idée pérenne et utile pour le futur en France en général et de la Nouvelle-Calédonie en particulier[92].

dans le Pacifique Sud, Thèse soutenue à l'Université de Bordeaux, 2016, p. 437.

[90] Sergio Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Turin, Giapichelli, 1993, p. 241 et s.

[91] Olivier Beaud, *Théorie*…, *op. cit.*, p. 269 et s.

[92] Alain-G. Gagnon, *L'âge des incertitudes — Essai sur le fédéralisme et la diversité nationale*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2011, notamment p. 1 et s.

2. La décentralisation en France : retour sur un édifice inachevé

Jean-Christophe Cervantès

Doctorant en droit public, chargé d'enseignement
à l'Université Clermont Auvergne (CMH – UR 4232)

« L'un et l'autre ont en un sens des droits propres ; mais tandis que les droits propres de l'État sont exercés par lui en vertu de sa seule volonté et puissance, ceux de la commune ne peuvent s'exercer effectivement qu'avec la permission et conformément à la loi de l'État ».

Carré de Malberg, Contribution à la théorie de l'État, Paris, 1920, Sirey, p. 188.

La décentralisation est en France un vaste sujet dont on pourrait penser que tout a été dit et écrit. La doctrine juridique a beaucoup débattu pour définir le phénomène, expliquer ses motivations, circonscrire ses contours ou mettre à jour ses principes au fil des réformes. Le nombre de publications sur les différentes périodes décentralisatrices démontre à quel point le processus intéresse et fait débat. L'actualité récente, liée à la crise sanitaire, indique par ailleurs que la décentralisation est loin d'avoir réglé les difficultés qui persistent dans les relations entre l'État central et les collectivités territoriales. De très nombreux commentaires mettent en lumière une omnipotence et une omniprésence d'un État pointé du doigt pour ne pas accorder sa confiance aux élus locaux. Les décisions centralisatrices du Conseil d'État autour du port du masque et des pouvoirs de police du maire ont encore une fois mis le focus sur une volonté étatique de tenir à distance les collectivités locales. Celles-ci sont ainsi invitées à ne pas « compromettre la cohérence et l'efficacité des mesures prises par l'État dans le cadre de ses pouvoirs de police spéciale »[1].

Les débats qui ont précédé le vote de la loi n°2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, à la décentralisation, à la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action locale (loi 3DS) ont fait largement ressortir les différentes visions décentralisatrices. L'État est toujours accusé de ne pas aller assez loin et de manquer d'ambitions en matière de décentralisation. Le communiqué de la commission des lois du Sénat appuie fortement sur le fait que

> « les mesures de décentralisation proposées par le Gouvernement souffrent de deux écueils majeurs : d'une part, elles sont d'une ampleur particulièrement limitée et, d'autre part, leurs modalités, peu ambitieuses, amoindrissent leur portée. »[2]

Cette relation conflictuelle, qui persiste entre le « centre et la périphérie », fait apparaitre la décentralisation comme un travail dont le chantier est toujours inachevé. On pourrait alors la comparer à un édifice

[1] Conseil d'État, ordonnance, 17 avril 2020, *Commune de Sceaux*, n°440057
[2] Voir dossier législatif sur le site du sénat : Différenciation, décentralisation, déconcentration et simplification - Sénat (senat.fr)

en perpétuelle construction, déconstruction et reconstruction. La décentralisation en tant qu'édifice juridique et politique est alors le chantier permanent de l'État qui occupe tout à la fois les fonctions d'architecte, de maitre d'ouvrage et d'artisan. Ici aussi, les débats parlementaires autour de la loi 3DS montrent que le chantier n'est pas vraiment dans la phase des finitions. D'ailleurs, on serait amené à penser, au regard de l'histoire de la décentralisation, que l'État n'a pas vraiment intérêt à achever son œuvre. La décentralisation et donc avec elle l'organisation même de l'État est régie par une sorte de principe de mutabilité qui permet au maître d'ouvrage d'adapter la construction en fonction de ses propres besoins et des évolutions de la société. Il apparait clairement que c'est bien l'État qui garde précieusement la main sur les clés de l'édifice.

Il suffit d'apercevoir quelques définitions de la décentralisation pour se rendre compte que l'État façonne lui-même, selon ses volontés et les contingences politiques du moment, les contours architecturaux du bâtiment. À la fin du XIXe siècle, Maurice Hauriou décrivait très bien la décentralisation comme « une manière d'être de l'État qui se résout en un certain nombre de personnes administratives qui ont la jouissance de droits de puissance publique et assurent le fonctionnement des services publics en exerçant des droits, c'est-à-dire en édictant des actes administratifs »[3]. Plus tard, André de Laubadère nous indiqua que la décentralisation ramène à une certaine forme d'autonomie locale impliquant « l'idée d'une collectivité locale qui, bien qu'englobée dans une autre plus vaste, s'administre elle-même, gère elle-même ses propres affaires »[4].

Le gros œuvre de la décentralisation consiste donc pour l'État à opérer un transfert de compétences en direction de personnes morales de droit public distinctes de lui. Ces dernières sont incarnées par les collectivités territoriales qui bénéficient de compétences, de moyens financiers, d'organes élus au suffrage universel et d'une assise territoriale. La personnalité morale concédée par l'État est une pièce centrale dans l'édifice décentralisateur dans la mesure où elle permet de solidifier le ciment de l'autonomie locale et d'écarter la soumission hiérarchique entre l'État et les autorités décentralisées. Cette part d'autonomie engendrée par la personnalité morale se traduit pour les collectivités par le droit d'ester en justice, celui d'être propriétaire de leurs biens et d'avoir une vie juridique propre et distincte de celle de l'État.

Mais il n'en demeure pas moins que, dans cette logique d'ensemble, les collectivités territoriales ont l'obligation de se conformer au droit édicté au niveau national. L'article 72 de la Constitution précise clairement que « dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus ». Pour apporter le contrepoids et les limites à la libre administration évoquée, l'alinéa 6 de l'article 72 de la Constitution précise bien que « le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ». Si le préfet n'a plus le pouvoir d'annuler directement les actes administratifs des

[3] Maurice Hauriou*, Répertoire Becquet,* t. 9, 1891.
[4] André de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1953, p. 64.

collectivités décentralisées, il reste bien le garant de la légalité et du respect des intérêts de l'État. Autrement dit, la décentralisation, tout en accordant plus d'autonomie aux collectivités, n'est pas synonyme de libre réglementation ou de libre organisation.

C'est bien dans cet esprit que se définit la décentralisation à la française selon laquelle, finalement, les collectivités territoriales ne doivent leur existence qu'à la volonté de l'État. C'est lui qui décide de les maintenir au sein de l'édifice, de les faire exister ou de les affaiblir. L'article 34 de la Constitution rappelle la compétence exclusive du législateur pour déterminer les principes fondamentaux « de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ». La décentralisation, manière d'être de l'État, est pleinement inscrite dans le cadre de l'État unitaire. Elle en respecte les contours et les principes, comme l'égalité et l'indivisibilité.

Par la décentralisation, les collectivités territoriales constituent alors autant de centres de décisions sur l'ensemble du territoire national. Elle permet de rapprocher l'administration des administrés afin de rendre la décision administrative plus acceptable. La démocratie est renforcée par l'élection des assemblées délibérantes chargées de délibérer sur les affaires locales. Concrètement, la décentralisation consiste à confier à des organes élus l'administration d'intérêts locaux afin de répondre au plus près aux besoins publics qui s'expriment. Tocqueville voyait dans la commune l'école de la démocratie, tandis que François Mitterrand, faisait les louanges des 500 000 conseillers municipaux qui sont « 500 000 personnes qui s'occupent des autres, bénévolement de façon générale »[5].

Jacques Baguenard rappelait qu'avec la décentralisation « on pose le postulat que la multiplication des centres de décision entraîne une plus grande efficacité dans la gestion »[6]. Pourtant selon le même auteur, ces espérances peuvent être vite déçues puisque

> « l'éclatement du pouvoir de décision et l'enchevêtrement de textes confus peuvent contribuer à dénaturer une gestion locale d'autant plus difficile à mettre en œuvre que la nouvelle répartition des compétences exige un véritable déploiement des ressources locales. »[7]

De son côté, Bertrand Faure précise que si la décentralisation reste une technique de familiarisation du pouvoir qui permet à l'État de décentraliser

> « mieux son emprise sur la société. Il accoutume ses citoyens à l'obéissance à l'autorité publique et ses contraintes dont les éléments sont les mêmes au niveau des collectivités territoriales : ordre public, puissance publique et intérêt général ». L'auteur ajoute ainsi « qu'en cela la décentralisation démultiplie au niveau local, le modèle de domination étatique, le pouvoir local apparaissant comme plus supportable car plus proche. »[8]

---

[5] François Mitterrand, Président de la République, Allocution sur le rôle des maires, leurs difficultés, la décentralisation et les qualités nécessaires au chef de l'État, Paris, 17 novembre 1994.
[6] Jacques Baguenard, *La décentralisation*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2000, p. 12.
[7] *Ibid*.
[8] Bertrand Faure, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Dalloz, 5ème éd., 2019, p. 5-6.

On voit donc que le maître d'ouvrage n'entend pas partager ses prérogatives et garde jalousement son pouvoir normatif initial pour poser les principes propres à la répartition des compétences entre lui et les collectivités territoriales, pour déterminer leur niveau d'autonomie et allouer les moyens financiers nécessaires au bon déroulement – ou non – du chantier. Cette méthode de travail permet à l'État de diriger les équipes de la décentralisation et de modeler l'édifice en fonction des styles architecturaux du moment. La crise économique des années 1970 a ainsi poussé le pouvoir central à accélérer la construction à partir de 1982 afin d'adapter le modèle de l'État providence aux circonstances économiques et sociales de l'époque. Dans les années 2000, la mondialisation et la construction européenne puis la crise financière de 2008, ont amené les plans de la décentralisation à évoluer vers une nouvelle vision des territoires axée sur la concurrence territoriale, dont la métropolisation est certainement le signe le plus apparent de cette construction.

Ainsi, l'édifice décentralisateur est surtout une technique d'organisation de l'État régulant ses relations avec des collectivités territoriales organisées par catégories à l'intérieur desquelles l'organisation et les compétences sont en principes identiques entre elles. Le niveau d'autonomie se distingue très nettement de l'autonomie que l'on retrouve dans un État fédéral et dans une moindre mesure dans un État régional. Le fédéralisme est une superposition des ordres juridiques et politiques dans lequel coexiste une multiplicité de sources normatives. Les États membres possédant leur propre Constitution, des pouvoirs législatif et judiciaire. Il y a ainsi autant d'organisations spécifiques, de législations différentes qu'il y a d'États fédérés. Quant à l'État régional, il se situe entre l'État fédéral et l'État unitaire décentralisé, dans la mesure où les collectivités de ce type d'État « se voient reconnaitre une certaine autonomie par la Constitution elle-même » [9]. Les compétences des collectivités de l'État régional sont inscrites directement dans le texte suprême. Mais à la différence de l'État fédéral, si les régions espagnoles ou italiennes ne disposent pas de Constitutions, celles-ci disposent de compétences propres dont l'énumération est faite directement par la Constitution. Evidemment, tout cela n'existe pas au niveau d'un État unitaire, même décentralisé. En France, il n'y a qu'un seul ordre constitutionnel, les collectivités territoriales possèdent des compétences définies par le législateur et n'ont pas le pouvoir de confectionner la loi. Néanmoins, il y a dans cette construction une exception notable avec la Nouvelle Calédonie qui possède un statut bien particulier amenant la République unitaire non des frontières du fédéralisme. Toutefois, pour la clarté du propos et rester sur les grandes logiques ayant surtout prévalu sur le territoire métropolitain, nous n'évoquerons ici ni la Nouvelle Calédoni ni les différents statuts des départements, régions et collectivités d'Outre-mer que l'on retrouve dans les articles 73 et 75 de la Constitution.

Enfin, pour être précis, l'édifice de la décentralisation ne doit pas être confondu avec celui, tout aussi imposant, de la déconcentration. Si les

[9] Laetitia Janicot, Michel Verpeaux, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, LGDJ, 2019, p. 25.

deux chantiers sont limitrophes, il convient de bien souligner que leurs terrains présentent des reliefs bien différents.

> « La déconcentration est la remise d'un certain pouvoir de décision à des agents de l'État répartis sur le territoire et subordonnés à l'autorité centrale par un lien de nature hiérarchique. Le préfet est la figure centrale de la déconcentration, représentant de l'État au plan local. L'autorité déconcentrée agit sous l'autorité du pouvoir central, impliquant un pouvoir hiérarchique. »[10]

La déconcentration consiste pour l'État à s'organiser localement, au niveau de circonscriptions départementales et régionales à travers des autorités administratives qui le représentent. Odilon Barrot résumait parfaitement la déconcentration quand il déclarait « que c'est le même marteau qui frappe mais on a raccourci le manche ». C'est donc à l'intérieur de la même personne morale que s'organise l'opération de déconcentration à l'échelle, par exemple, du département dirigé par le chef de chantier en la personne du préfet. Celui-ci est nommé et révoqué par le pouvoir central dont il représente les intérêts localement. Le lien hiérarchique est ainsi la caractéristique principale de la déconcentration. Mais au fil du temps les échafaudages de la déconcentration et de la décentralisation se sont rapprochés pour devenir indissociables et complémentaires. L'article 1er de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 souligne bien que « l'administration territoriale de la République est assurée par les collectivités territoriales et par les services déconcentrés de l'État ».

À travers ces rapides rappels, la décentralisation, comme édifice, pose les questions de sa hauteur, de sa grandeur, de sa densité actuelle et de l'avenir du chantier. Pour tenter d'apercevoir l'ampleur du gros œuvre réalisé depuis 1789 et pour comprendre les enjeux actuels et futurs, on présentera dans une première partie les plans imaginés par l'architecte-maître d'ouvrage à travers le processus de décentralisation pour voir un édifice en construction permanente (I). La lecture et la compréhension des plans et de la structure des fondations permettront alors d'envisager les évolutions du chantier. Ainsi, les orientations en matière de différenciation territoriale, observées depuis 2003, pourront nous permettre de voir l'extension de la décentralisation (II).

I. Un édifice en construction permanente

L'édifice de la décentralisation est depuis la Révolution française en perpétuelle construction. Avec des périodes fastes, des moments de doutes ou des phases de recul, la décentralisation s'est toutefois embellie et consolidée, notamment au sortir du XIXe siècle. C'est certainement dans l'ensemble du processus observable depuis 1789 que l'on découvre les plans d'un édifice dessiné par l'État en tant qu'architecte et maître d'ouvrage (A). Plusieurs étapes ont donc été nécessaires pour disposer de ces plans et dégager le principe de libre administration comme fondation de l'édifice (B).

[10] Jacques Bourdon, Jean-Marie Pontier, Jean-Claude Ricci, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, PUF, Thémis, 2e ed., 1998, p. 11.

A. Le processus de décentralisation, les plans de l'architecte – maître d'ouvrage

On pourrait largement remonter au Moyen-âge et aux communautés d'habitants pour procéder au récit de la décentralisation. Mais on préfère ici penser que les plans actuels trouvent leurs principales sources d'inspiration dans l'œuvre de la Révolution française. Avec l'abolition des privilèges et l'émergence de principes comme l'unité, l'indivisibilité ou l'égalité, un nouveau schéma administratif s'est mis en place en 1789 engendrant clairement des ruptures juridiques, politiques et administratives avec l'ordre ancien. La Révolution a exprimé le rejet de la société organisée en ordres telle qu'elle prévalait depuis l'époque féodale. Cette organisation engendrait de profondes inégalités entre les individus et à l'intérieur de la société. Aussi, en matière d'organisation administrative, l'œuvre des révolutionnaires porta essentiellement dans la construction d'une administration locale rationalisée, se situant à l'opposé de l'enchevêtrement institutionnel qui dominait sous l'Ancien régime.

Si la monarchie avait bien tenté de réformer l'administration locale et provinciale, cela n'a pas suffi à régler les difficultés rencontrées dans la société française. Les réformes intervenues à partir de 1780 affichaient une centralisation plus affirmée avec la tentative d'uniformiser les cadres administratifs. Comme le souligne l'historien Michel Biard,

> « à la veille de la Révolution de 1789, l'État en France avait amorcé un processus de rationalisation, d'uniformisation en tant qu'appareil administratif, avec la concentration du pouvoir décisionnel dans la capitale et une certaine uniformisation des institutions administratives sur tout le territoire »[11]. Mais l'auteur apporte une nuance fondamentale puisque « le processus de démocratisation fut un échec en raison des racines absolutistes et des contradictions inhérentes aux systèmes des privilèges. »[12]

Les réformes d'Ancien régime n'ont en rien modifié ses fondements inégalitaires.

La Révolution de 1789 procéda à un changement profond de logiques en transférant d'abord la souveraineté du roi vers la nation et en lançant les chantiers juridiques et administratifs de l'organisation territoriale. Le rapport Thouret du 29 septembre 1789 présentait une organisation administrative géométrique et mathématique à partir d'une base territoriale, de population et de contribution. Le découpage était dominé par des divisions égales entre elles se concrétisant par un royaume divisé en 80 parties (départements), divisées en 9 districts (communes) soit 720 au niveau national, chaque district en 9 cantons de 4 lieues sur 2 donc 6 480 cantons. L'objectif était bien de lutter contre les particularismes locaux et de permettre au principe d'égalité de se diffuser grâce à l'unité du royaume. Rolland Debbasch a ainsi très bien rappelé que pour Thouret le plus important « c'est la subordination de toutes les parties au grand tout national »[13]. Les citoyens français doivent ainsi être réunis en une seule

[11] Michel Biard, *Les lilliputiens de la centralisation. Des intendants aux préfets : les hésitations d'un « modèle français »* Seyssel, Champ Vallon, 2007, 412 p.
[12] *Ibid*.
[13] Roland Debbasch, Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, 484 p.

famille, sous une même loi et un seul mode de gouvernement.

Des débats se sont alors ouverts sur la question du découpage pertinent. Mais au mois de décembre 1789 un compromis fut alors trouvé entre une vision purement mathématique défendue par Thouret et une approche « par la réalité » évoquée par Mirabeau. Le décret du 14 décembre prévoyait une même organisation pour chaque ville, bourg, paroisse ou communauté de campagne. Selon l'article 49 du décret

> « les Corps Municipaux auront deux espèces de fonctions à remplir ; les unes propres au Pouvoir Municipal, les autres propres à l'Administration générale de l'État, et déléguées par elle aux Municipalités. »

Par ailleurs, le découpage en 83 départements intervint avec les lois des 22 décembre 1789, 26 février et 4 mars 1790. Les circonscriptions départementales servaient à la fois de base à l'élection des députés et à la mise en place d'une administration du département divisé en districts et cantons. Le conseil général est l'assemblée délibérante du département qui désigne un président et un directoire comme exécutif chargé d'exécuter les décisions du conseil général. Le département se voit chargé d'exécuter les lois au nom du Roi.

Cette nouvelle organisation visait à rapprocher l'administration des citoyens et surtout à construire l'unité nationale indispensable pour l'émergence du « grand tout ». Selon Sieyès, il fallait « éviter de voir le royaume se déchirer en une multitude de petits États sous forme républicaine ». Le principe d'unité et d'indivisibilité est donc central dans la nouvelle construction puisque pour les révolutionnaires, le fédéralisme et les particularismes doivent absolument être combattus. Les administrations de département sont chargées de répartir toutes les contributions directes, de veiller au soulagement des pauvres et à la police des mendiants et vagabonds ; à l'inspection et à l'amélioration du régime des hôpitaux, hôtel-Dieu, établissements et ateliers de charité, prisons, maisons d'arrêt et de correction, à la surveillance de l'éducation publique et de l'enseignement politique et moral ou encore d'entretenir les églises, presbytères et autres objets nécessaires au service du culte religieux.

Si l'on peut entrapercevoir une certaine forme de décentralisation dans le système administratif et territorial imaginé, la Convention amorça un virage centralisateur afin de sauver la Révolution des dangers externes et internes. À partir de 1792 des représentants en mission sont envoyés dans les départements pour faire respecter les lois et maintenir l'ordre. Un système hiérarchisé s'imposa par la Constitution du 5 fructidor an III avec des municipalités subordonnées aux départements et des départements subordonnés aux ministres pouvant annuler les actes pris par les exécutifs locaux.

Le régime napoléonien et la loi du 28 pluviôse an VIII accentua l'hyper centralisation symbolisée par la figure du préfet, seul chargé de l'administration dans le département. Il est entouré d'un conseil général chargé de questions fiscales et d'un conseil de préfecture s'occupant du contentieux administratif. Le mouvement centralisateur de l'an VIII redonna vie à l'échelon municipal constitué par un conseil municipal avec un maire nommé par le préfet dans les communes de moins de 5 000

habitants et par le Consul pour les autres. C'est ainsi un système très centralisé et hiérarchisé qui s'établit dans la mesure où le maire est subordonné au préfet, lui-même sous le contrôle du pouvoir central.

Le chantier de la décentralisation est donc remis en cause et arrêté jusqu'au milieu du XIXe siècle où plusieurs lois ont alors permis au maître d'ouvrage de remettre timidement en œuvre les travaux. Le principe électif et la personnalité morale de la commune et du département ont alors été placés dans les fondations de la décentralisation. Ce sont deux piliers indispensables pour le développement futur des libertés locales que l'on retrouve à travers la loi du 21 mars 1831 qui prévoyait l'élection des conseils municipaux pour 6 ans renouvelable pour moitié tous les trois ans au suffrage censitaire. La loi du 22 juin 1833 fit une œuvre similaire avec l'élection dans les cantons des conseils généraux de départements élus pour 9 ans, renouvelables tous les trois ans par tiers au suffrage censitaire. Par ailleurs, pour consolider les murs de la commune, la loi du 18 juillet 1837 lui a reconnu la personnalité civile ce qui lui donna accès au statut de propriétaire puisqu'elle pouvait désormais posséder un patrimoine propre. De manière implicite, la loi du 10 mai 1838 reconnut au département la personnalité morale puisque celui pouvait aussi posséder des biens propres.

La IIIème République et les lois des 10 août 1871 et 5 avril 1884 participèrent à donner de la hauteur à l'édifice et à ancrer plus précisément l'idée d'une décentralisation comme étant « une manière d'être de l'État ». Si la personnalité morale avait accordé au département et à la commune dans les phases précédentes du chantier, les deux lois départementales et municipales s'imposèrent comme les chartes fondamentales traçant les grands traits des plans de la construction. L'édifice se stabilise et n'évolua guerre durant presqu'un siècle. Dans un climat tendu, lié aux évènements de la Commune de Paris, la loi départementale est rapidement votée. Chaque département est composé d'un conseil général qui se dote d'une commission départementale. La loi acte l'élection des membres du conseil général, par canton, pour une durée de six ans, renouvelable pour moitié tous les trois ans. L'exécutif est le préfet comme représentant de l'État dans le département. Il est chargé de préparer les réunions du conseil général et d'exécuter ses décisions. Le conseil général règle, par ses délibérations les affaires du département qui sont énumérées (vote du budget, répartition des contributions directes, gestion des affaires mobilières et immobilières, classement et déclassement intéressant la voierie départementale…). Le préfet est l'autorité de tutelle administrative et financière qui se matérialise par un contrôle *a priori* des actes de la collectivité. Par ailleurs, sous le contrôle du préfet, le conseil général peut émettre des vœux portant sur l'administration ou l'économie du département.

La loi sur les communes du 5 avril 1884 est le reflet des difficultés pour l'architecte-maître d'ouvrage de concevoir un bâti autonome. Il reste méfiant vis-à-vis des autonomies locales et demeure échaudé par la commune de Paris opposée à la loi. Comme pour le département, la loi de 1884 prévoit l'élection du conseil municipal au suffrage universel avec un maire élu par les conseillers municipaux. L'article 61 donne une assise législative à ce qui deviendra la clause générale de compétence puisque

celui-ci précise que « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune ». L'importance de cette disposition réside dans le fait pour la commune de pouvoir intervenir sur des besoins locaux qui peuvent émerger. Le maire dispose d'une double fonction – ou d'une double casquette – puisqu'il est à la fois le représentant de l'État et celui de la commune. Les actes des communes sont soumis à la tutelle administrative du préfet qui exerce un contrôle *a priori* pouvant aussi bien se traduire dans le domaine de la légalité que de l'opportunité.

La première partie du XXe siècle n'a finalement connu que peu d'évolutions en matière de décentralisation. L'étude de la région laisse en revanche percevoir des revendications régionalistes présentes dans le débat politique du début du XXe siècle. Porté par des personnalités aussi diverses que Jean-Charles Brun, Proudhon ou Charles Maurras, le régionalisme sera regardé avec grande méfiance par l'État, tant il fait appel aux provinces et particularismes de l'Ancien régime.

La Constitution de 1946 puis celle de 1958 gravèrent dans le marbre constitutionnel l'existence des collectivités décentralisées. Mais il faut attendre la fin des années 1960 et la politique d'aménagement du territoire pour que le chantier de la décentralisation soit réellement rouvert. En 1969, le général de Gaulle déclarait que « l'effort multiséculaire de centralisation, ne s'impose plus désormais »[14]. Si le référendum du 27 avril 1969 relatif à la réforme régionale s'est conclu négativement, l'édifice se construit par pierres successives. Le rapport « Vivre ensemble » de 1975 rassembla tous les matériaux pour que le chantier s'accélère au début des années 1980.

Avec le changement de majorité intervenu en 1981, le Gouvernement ouvre les grands travaux de la décentralisation pour en changer les contours et acter dans le droit des évolutions importantes. Lors de la campagne de l'élection présidentielle, François Mitterrand et la gauche avaient promis de constituer la décentralisation comme chantier majeur du septennat afin de faire grandir considérablement l'édifice. Dans ses « 110 propositions pour la France », le futur chef de l'État, affichait clairement la volonté de créer « des contre-pouvoirs organisés » et « un État décentralisé ». Pour construire et atteindre l'objectif de la proposition n° 54 du programme, « la décentralisation de l'État » devait se traduire par l'élection des conseils régionaux au suffrage universel avec un exécutif et un président élu parmi les conseillers. Il fallait aussi supprimer « la fonction d'autorité des préfets sur l'administration locale » avec le transfert de l'exécutif départemental au président du conseil général. Avec une telle mesure, l'objectif était de garantir au département une plus grande autonomie vis-à-vis de l'État. Enfin et surtout, le programme socialiste prévoyait explicitement la suppression de la tutelle sur les actes des actes des autorités décentralisées. La décentralisation devait donc être approfondie pour mieux conférer aux collectivités locales les moyens de leur émancipation face à l'État en leur transférant d'importantes compétences en matière d'économie, d'urbanisme, d'aménagement ou encore de transport, etc.

[14] Charles de Gaulle, Président de la République discours prononcé à l'occasion de l'inauguration de la 50ème foire internationale de Lyon le 24 mars 1968.

Après la victoire de la gauche, le chantier ne tarda pas à se mettre en place. Tous les matériaux étaient alors réunis pour redonner des couleurs à la façade de l'édifice. Les débats parlementaires commencèrent dès le 27 juillet 1981 avec l'examen du projet de loi relatif aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. La discussion parlementaire permit d'annoncer la vision du maître d'ouvrage. Ainsi, pour Gaston Defferre, ministre d'État, ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation,

> « la centralisation dominatrice a engendré une administration et une réglementation étatiques, tatillonnes, bureaucratique, un dirigisme étouffant pour les élus et pour les entreprises. »[15]

On peut alors percevoir que la décentralisation est d'abord mise au service d'une réforme de l'État. Ainsi, pour le ministre « c'est renforcer l'État que de l'alléger d'une partie des tâches dont il s'est encombré progressivement et qu'il n'arrive pas à accomplir de manière satisfaisante. C'est lui permettre de se consacrer pleinement à ce qui lui revient de droit pour faire mieux »[16]. Plus loin Gaston Defferre place deux principes essentiel au cœur de l'édifice de la décentralisation, « deux principes qui se complètent, sont à la base de cette grande transformation politique et administrative : la liberté et la responsabilité »[17].

Ce qui est ensuite devenu la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés de communes, des départements et des régions, modifiée et complétée par la loi n° 82-623 du 22 juillet 1982 a profondément changé la physionomie de l'édifice républicain. Désormais, les actes administratifs des autorités décentralisées sont exécutoires dès après avoir notifiés ou publiés et transmis au représentant de l'État dans le département. Les collectivités peuvent depuis décider librement de leurs actes sans que leurs décisions ne soient soumises à un contrôle préalable ou à la censure d'une autorité de tutelle. Le contrôle administratif *a priori* disparait et devient *a posteriori*. La logique étant que le préfet perd son pouvoir d'annulation de l'acte administratif et qu'il doit désormais déférer celui-ci devant le juge administratif qui devient, en conséquence, l'autorité de droit seule compétente pour procéder à l'annulation pour cause uniquement d'illégalité. Ainsi, tout contrôle d'opportunité est proscrit. C'est ce qu'indique parfaitement la circulaire du 5 mars 1982 relative au contrôle de légalité des actes administratifs des autorités communales, départementales et régionales puisque

> « ce contrôle s'exerce exclusivement *a posteriori*, les actes des autorités communales, départementales et régionales sont exécutoires de plein droit et leur exécution ne dépend plus dans aucun cas d'une décision d'approbation préfectorale ou ministérielle ; ce contrôle ne porte plus que sur la légalité et tout contrôle en opportunité est désormais exclu. »

Par ailleurs, le département voit sa présidence transférée du préfet à un Président élu par l'assemblée délibérante tandis que la région accède enfin au rang de collectivité territoriale avec sa première élection en 1986.

---

[15] *JORF*, Compte rendu intégral, Assemblée nationale, séance du 27 juillet 1981.
[16] *Ibid*.
[17] *Ibid*.

En 1983 et selon une logique de blocs de compétences, l'État procéda à de nombreux transferts renforçant la commune compétente dans l'urbanisme réglementaire, le département dans le domaine social et la région dans le développement économique et l'aménagement du territoire.

Les lois Defferre dessinèrent des formes cohérentes à l'édifice et lui permirent d'exister sans l'échafaudage que l'État n'avait pas encore voulu retirer. Il connaitra d'autres évolutions en 1992, 1999 et 2010 avec l'essor de l'intercommunalité de projet. Aussi, la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 est venue consacrer les avancées de la décentralisation en inscrivant la région en tant catégorie constitutionnelle, en reconnaissant un pouvoir réglementaire aux collectivités ou en admetant un principe de subsidiarité. Ce dernier vise essentiellement à indiquer au législateur une méthode dans la répartition des compétences en l'invitant à laisser aux collectivités les mieux placées « des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon »[18]. Globalement, l'autonomie des collectivités territoriales a été renforcée durant les différentes phases décentralisatrices. C'est d'ailleurs à travers le principe de libre administration que l'on est tenté de voir les fondations de la décentralisation.

B. Le principe de libre administration comme fondation de l'édifice

Le Littré évoque la fondation comme « l'action d'asseoir les fondements d'un bâtiment ». Pour Le Robert les fondations se définissent comme « les travaux et ouvrages destinés à assurer la stabilité d'une construction ». Les fondations constituent la partie essentielle du bâti puisqu'elles lui assurent sa stabilité, sa solidité et sa résistance dans le temps. Le sol sur lequel repose la construction étant souvent instable, on peut facilement se représenter l'importance des fondations qui devront permettre de faire face à d'éventuels mouvements de terrains, à des conditions climatiques dégradées ou encore à des épisodes sismiques réguliers. La fondation est amenée à supporter l'ensemble d'un édifice avec tous les aléas que celui-ci va rencontrer tout au long de son existence.

Pour la décentralisation, sa fondation doit aussi être suffisamment ferme, épaisse et protectrice pour affronter les changements d'humeur de l'État, les foudres du législateur ou encore les instabilités politiques. En ce sens, le principe de libre administration assure à la décentralisation une protection indéniable et lui permet de se développer malgré les tentations du Parlement ou du pouvoir réglementaire de rogner sur l'autonomie concédée aux autorités locales au fil des réformes. Le principe de libre administration peut clairement et facilement être assimilé aux fondations de l'édifice de la décentralisation. À ce titre, la libre administration décrite à l'article L. 1111-1 du code général des collectivités territoriales [19] « constitue le socle sur lequel repose l'ensemble du droit de la décentralisation en France »[20].

[18] Article 72 al. 2 de la Constitution qui introduit le principe de subsidiarité dans le droit des collectivités territoriales.

[19] Article selon lequel « les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus ».

[20] Olivier Gohin, Michel Degoffe, Alexandre Maitrot de la Motte, Charles André Dubreuil, *Droit*

C'est donc sur lui que repose désormais la construction décentralisatrice imaginée par le maître d'ouvrage. La Constitution de 1946 mentionnait déjà le principe tandis que l'article 34 du texte de 1958 indique aussi que « la loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ». Le juge constitutionnel lui a conféré en 1979 une valeur constitutionnelle[21], ce qui implique qu'il s'impose au législateur.

L'article 34 de la Constitution dispose aussi que le pouvoir réglementaire ne détient pas de compétence pour imposer des sujétions ou des obligations aux collectivités territoriales. Le principe de libre administration se présente donc comme une puissante protection contre d'éventuelles attaques du pouvoir réglementaire contre les libertés locales. Par ailleurs, l'article 72 de la Constitution, réécrit en 2003, dispose que « 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 leurs compétences ». Ainsi, le principe de libre administration implique que toutes les collectivités sont dotées d'un conseil élu et d'attributions effectives pour gérer les affaires locales.

Selon la jurisprudence du Conseil d'État, *Commune de Venelle*, la libre administration est considérée comme une liberté fondamentale [22]. Louis Favoreu et André Roux expliquent en ce sens que

> « la libre administration met l'accent, de son côté, sur l'existence de libertés locales, attachées au groupe humain, à la société de citoyens constituant la collectivité territoriale, lesquelles doivent être préservées non seulement des empiètements de l'État lui-même mais aussi de ceux pouvant émaner d'autres personnes publiques. »[23]

Toutefois, la définition et les contours sont difficiles à cerner. Dans son rapport public de 1993 le Conseil d'État définissait la libre administration comme le fait pour la collectivité territoriale de

> « conduire sans être soumis à des contraintes excessives, et sans interférer avec les pouvoirs législatif, gouvernemental et judiciaire, diverses catégories d'opérations, et prendre dans les mêmes conditions diverses catégories d'actes, qui, eu égard à leur caractère administratif peuvent faire l'objet d'un encadrement par la loi et d'un contrôle par le juge administratif. »[24]

De manière rapide on peut rappeler que le principe de libre administration permet aux collectivités territoriales de recruter et gérer leurs personnels, d'édicter le règlement intérieur de leurs assemblées délibérantes en ne rendant, par exemple, pas publique les séances de la

---

des collectivités territoriales, Paris, Cujas, 2ème ed., 2015, p. 136-137.

[21] Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État*.

[22] Conseil d'État, Section, 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, n° 229247.

[23] Louis Favoreu et André Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2002, n° 12.

[24] Rapport public du Conseil d'État, 1993, *Considérations générales : Décentralisation et ordre juridique*, EDCE, n° 45, 1994, p. 40-41.

commission permanente du conseil régional, de contractualiser ou de posséder un minimum d'attributions.

Mais eu égard aux différentes réformes qui ont entraîné des « flux et reflux de la décentralisation »[25], le bêton de la fondation n'a pas été coulé avec précision puisque son contenu reste difficile à cerner et semble fluctuant en fonction des moments. L'équilibre entre un degré d'autonomie plus ou moins développé et les limites du principe semble difficile à trouver. Ces limites sont essentiellement liées au respect des prérogatives étatiques puisque la libre administration n'est pas synonyme de libre organisation ou de libre réglementation. C'est en substance ce que rappelait le Conseil constitutionnel dans sa décision du 25 février 1982 en considérant

> « qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 72 de la Constitution que si la loi peut fixer les conditions de la libre administration des collectivités territoriales, c'est sous la réserve qu'elle respecte les prérogatives de l'État » et « que l'intervention du législateur est donc subordonnée à la condition que le contrôle administratif prévu par l'article 72, alinéa 3, permette d'assurer le respect des lois et, plus généralement, la sauvegarde des intérêts nationaux ».

Les collectivités territoriales sont ainsi tenues de respecter la loi et le règlement, la libre administration ne permet pas d'atteindre les niveaux d'autonomie rencontrés dans les États régionaux.

Il faut également observer que les évolutions de la jurisprudence constitutionnelle, notamment par le chemin de la QPC, ne permettent pas de conclure à une consolidation du principe. L'exemple de la clause générale de compétence et de sa suppression opérée par la loi n° 2015-793 du 7 août 2105 portant nouvelle organisation territoriale de la République (loi NOTRe), nous fait constater que la fondation se fissure. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion, par l'intermédiaire d'une QPC, de préciser les termes de la relation entre la libre administration et la clause générale de compétence. Dans cette décision, il a d'abord considéré que

> « le troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution 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. »

Il a aussi constaté que

> « compte tenu de l'étendue des attributions dévolues aux départements par les dispositions législatives en vigueur, qu'il s'agisse de compétences exclusives, de compétences partagées avec d'autres catégories de collectivités territoriales ou de compétences susceptibles d'être déléguées par d'autres collectivités territoriales, les dispositions contestées ne privent pas les départements d'attributions effectives ». Ainsi, « par conséquent, le grief tiré de la méconnaissance du principe de libre administration des collectivités territoriales doit être écarté. »[26]

---

[25] Marie-Laure Tréguier, « Flux et reflux de la décentralisation », *Revue française de droit administratif*, 1994, p. 703.

[26] Décision n° 2016-565 QPC du 16 septembre 2016, *Assemblée des départements de France.*

Pour être plus clair, la clause générale de compétence n'est pas une composante de la libre administration des collectivités territoriales. Cela conduit Laetitia Janicot à penser que

> « la QPC n'a pas renouvelé le droit des collectivités territoriales. Elle illustre, au contraire, une jurisprudence prudente du Conseil constitutionnel, aboutissant à réduire fortement la force normative des droits fondamentaux des collectivités, et plus précisément leur libre administration. »[27]

Il faut bien avouer que la fondation de l'édifice, tout en paraissant solidement ancrée, présente quelques fragilités dans la mesure où la précision de son contenu reste difficile à cerner et où les évolutions de la jurisprudence constitutionnelle, notamment par le chemin de la QPC, ne permettent pas de voir une consolidation du principe.

II. Un édifice à la recherche d'une extension stabilisée

Le constituant dérivé de 2003 a souhaité poursuivre le chantier en confortant l'édifice par une l'inscription de la décentralisation dès l'article 1er de la Constitution et par une refonte importante de son titre XII. Cette révision et les nouvelles dispositions peuvent ici être vues comme les murs porteurs de la construction (A) qui vont largement supporter la décentralisation et ses évolutions. À ce sujet, on peut voir dans ces dernières des perspectives importantes pouvant représenter une extension de l'édifice voire la construction d'un nouveau bâtiment (B).

A. La révision constitutionnelle de 2003 : le mur porteur de l'édifice

Le Littré évoque le terme de « gros mur » qui est « un des principaux murs sur lequel porte tout le bâtiment ». Le Robert n'indique pas autre chose puisque le mur porteur, sert de support à la construction. Tout au long de son histoire, la décentralisation a pris de l'ampleur, de l'épaisseur, de la consistance. Mais pour consolider réellement l'édifice, il a fallu que le constituant dérivé procède à une imposante réforme du titre dédié aux collectivités territoriales. Avec le recul, l'œuvre de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 pourrait constituer le mur porteur de la construction décentralisatrice dans la mesure où la Constitution intègre ouvertement l'organisation décentralisée de la République dès son article 1er. Elle étoffe aussi considérablement le titre XII de dispositions protectrices qui supportent aujourd'hui l'ensemble de la charpente.

Mais le mur porteur dont nous parlons peut paraitre pour certains déjà bien fragile et fissuré sous la pression de mouvements contradictoires. On pourrait ainsi percevoir un certain paradoxe dans le fait de déclarer, dans le texte constitutionnel, que la République est décentralisée alors que celle-ci se déclare indivisible et que l'État reste plus que jamais unitaire. Au premier regard, le principe d'indivisibilité ne semble pas pouvoir cohabiter avec la décentralisation. Mais il ne faut pas oublier que celle-ci reste justement l'œuvre de l'État unitaire et qu'elle est plus que jamais l'une de ses manières d'être, pour reprendre les termes de Maurice Hauriou. Passée cette nécessaire clarification, on peut considérer à l'instar

[27] Laetitia Janicot, « Question prioritaire de constitutionnalité et autonomie locale des collectivités métropolitaines », *Revue générale du droit en ligne*, 2019, n° 39801.

d'Olivier Gohin que le constituant dérivé a souhaité constitutionnaliser la jurisprudence constitutionnelle et administrative.

> Ainsi « dans un pays de droit écrit, il y a le souci que le pouvoir constituant dérivé s'approprie, en quelque sorte, cette jurisprudence, en assurant sa stabilité dans le temps dès lors que la solution retenue n'est plus susceptible d'être exposée à l'évolution ou au revirement des décisions du Conseil constitutionnel et qu'elle est ainsi durablement protégée par la rigidité de la loi constitutionnelle. »[28]

La décentralisation étant devenue incontournable – les faits ayant prouvé son efficacité –, c'est donc pour lui donner encore plus de stabilité, que le constituant dérivé de 2003 a souhaité inscrire la décentralisation et ses principes dans la Constitution. C'est ici pour cette raison que l'on peut considérer que cette révision importante revêt les formes d'un mur porteur, celui qui va supporter l'ensemble de la construction engagée en 1789, construite tout au long du XIXe siècle et largement consolidée dans les années 1980.

Ainsi, de la révision de 2003,

> « il résulte donc un État unitaire dont les modalités d'organisation administrative sont reprises en profondeur, tant en ce qui concerne le droit commun de la décentralisation qu'en ce qui concerne les collectivités territoriales d'outre-mer, la Nouvelle-Calédonie exceptée »[29].

Si un certain nombre des nouvelles dispositions inscrites au cœur de l'article 72 de la Constitution relevaient de l'ordre des faits, la révision de 2003 visait

> « à casser le moule de l'uniformité en permettant d'élargir les marges dont le droit administratif doit disposer pour la mise en œuvre de la nouvelle République décentralisée. »[30]

La refonte complète du titre XII de la Constitution a d'abord été profitable aux collectivités ultramarines. Ainsi a-t-il d'abord reconnu et approfondi juridiquement la diversité des collectivités territoriales d'Outre-mer par une plus grande prise en compte de leurs particularités propres. L'article 72-3 de la Constitution dispose ainsi que « la République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ». Les articles 73 et 74 de la Constitution donnent aux départements et collectivités d'outre-mer de nouvelles possibilités d'adaptation. Ils ont ainsi été remaniés et approfondis pour leur ouvrir des palettes de possibilités d'ajustements étendues et d'adapter le droit et leurs institutions à leurs particularités propres.

La révision de 2003 a également permis la consolidation du principe de libre administration selon lequel les collectivités territoriales disposent certes de conseils élus mais aussi et surtout d'un pouvoir réglementaire

---

[28] Olivier Gohin, « La révision du titre XII : pouvoir constituant et jurisprudence constituant », in Yves Gaudemet, Olivier Gohin (dir.) *La République décentralisée*, Paris, ed. Panthéon Assas, 2004, p. 27.
[29] Olivier Gohin, « Avant-propos », in *La République décentralisée op. cit.,* p. 9.
[30] Olivier Gohin, *op. cit.*, p.10.

pour l'exercice de leurs compétences. Cela signifie qu'un tel pouvoir est reconnu mais aussi protégé par le texte constitutionnel. Toutefois, ce pouvoir réglementaire reste un pouvoir réglementaire de « bout de chaine »[31]. Pour Jean-Bernard Auby, ce n'est pas un pouvoir initial mais un pouvoir d'attribution et subordonné. Il doit ainsi bénéficier d'une habilitation du législateur et il ne peut intervenir qu'à la suite du pouvoir réglementaire national chargé de l'application des lois.

Plus loin, le constituant a aussi transcrit le principe de subsidiarité à l'alinéa 2 de l'article 72 de la Constitution selon lequel « 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 ». C'est ici un principe de subsidiarité implicite qui doit permettre au législateur de choisir le meilleur niveau de collectivité pour l'exercice des compétences. Il s'agit d'une certaine vision managériale de l'action publique locale avec l'introduction d'une idée d'efficacité des collectivités décentralisées puisque le législateur est invité à distribuer les compétences en fonction de l'échelon le plus efficace.

Aussi, même si elle avait déjà été actée par la loi, la notion de collectivité chef de file a été constitutionnalisée et permet de désigner les collectivités territoriales chargées d'organiser les modalités de l'action commune entre plusieurs collectivités. La loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales mais surtout la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (MAPTAM) désignèrent, par exemple, la région comme chef de file en matière de développement économique, d'aménagement du territoire ou de planification écologique. Ensuite, le principe de non-tutelle, comme contrepoids à la subsidiarité et au chef de filâ est la traduction du principe d'égalité entre collectivités territoriale. On retrouve ici le principe selon lequel la décentralisation n'accepte pas de hiérarchie entre les collectivités territoriales.

Par ailleurs, la révision 2003 a porté une vision extensive des catégories de collectivités en donnant une consécration constitutionnelle à la région et en intégrant la notion de collectivité territoriale à statut particulier. Cette dernière avait reçu un accueil favorable du Conseil constitutionnel en 1982 lorsque le juge suprême avait, concernant la Corse, reconnu que le législateur pouvait créer une collectivité territoriale ne comportant qu'une seule unité[32]. L'inscription à l'article 72 de la Constitution de la catégorie de collectivité à statut particulier donne au mur porteur une forte couleur différencialiste. La création de collectivités *sui-generis* n'est pas sans percuter certains principes comme le principe d'égalité dont découle le principe d'unité des catégories de collectivités. La collectivité à statut particulier permet effectivement de moduler le principe d'égalité qui prévaut à l'intérieur d'une même catégorie et qui implique une unité organique et matérielle. Si la collectivité à statut particulier a été conçue pour recevoir des compétences spécifiques et adaptées aux circonstances locales, elle déséquilibre tout de même l'édifice unitaire et

[31] Jean-Bernard Auby, *La décentralisation et le droit*, LGDJ, Paris, 2006.
[32] Décision n° 82-138 DC du 25 février 1982 relative à la loi portant statut particulier de la région de Corse.

égalitaire de la décentralisation. On assiste ainsi à une multiplication d'enclaves territoriales constituant autant de statuts particuliers et de dérogations au principe d'égalité. Outre la Corse, le législateur a déjà profité des possibilités offertes directement par la Constitution. En 2014, à l'occasion de la loi MAPTAM du 27 janvier 2014, il a agrandi la brèche différencialiste, en consacrant juridiquement la métropolisation avec la création de la métropole de Lyon, collectivité à statut particulier issue de la fusion de la communauté urbaine de Lyon (CU) et du département du Rhône sur le périmètre de la CU. On voit donc clairement que la façade de la décentralisation change de nature et qu'elle revendique aujourd'hui une teinte différencialiste qui n'était pas forcément envisageable il y a encore quelques années.

Dans le même mouvement, le droit de l'expérimentation locale a aussi participé à instiller de la différenciation au cœur de l'édifice de la décentralisation. Il figurait parmi les priorités du constituant dérivé qui souhaitait dépasser la limite posée en 2002 par la Conseil constitutionnel au sujet du statut de la Corse. Dans sa décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, le juge suprême a ainsi considéré

> « qu'en ouvrant au législateur, fût-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déférée est intervenue dans un domaine qui ne relève que de la Constitution. »

Il fallait donc au constituant aller au-delà et introduire un alinéa 4 à l'article 72 de la Constitution qui dispose désormais que

> « 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 ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. »

Les collectivités peuvent ainsi être habilitées à déroger, à titre expérimental, et pour une durée limitée, à des dispositions réglementaires ou législatives. Il s'agit aussi d'un pas supplémentaire vers plus de différenciation territoriale dans la mesure où il permet aux collectivités de déroger, certes de manière temporaire, à des normes nationales. La loi organique de 2003 prévoyait notamment que les mesures expérimentées puissent être soit abandonnées soit généralisées afin de respecter le principe d'égalité. Si le succès n'a pas été au rendez-vous, l'expérimentation locale a fait récemment l'objet d'une nouvelle loi organique n° 2021-467 du 19 avril 2021 qui assouplit nettement le régime des expérimentations en ouvrant une troisième issue par la pérennisation des mesures expérimentées aux seules collectivités ayant participé au processus. On voit bien ici que le droit de l'expérimentation locale change quelque peu la nature de la décentralisation.

La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a bien permis de soutenir la charpente de l'édifice de la décentralisation mais elle a aussi ouvert le « champ des possibles » pour d'éventuelles extensions amenant vers une décentralisation qui intègre en elle-même plus de différenciation.

B. La différenciation territoriale : extension de l'édifice ou fondations d'un nouvel édifice ?

C'est dans la voie de la différenciation territoriale et du pragmatisme que se sont engagées la réforme territoriale, avec les différentes lois intervenues entre 2010 et 2017, et les apports de l'actuelle majorité en matière de décentralisation. Avec la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, les compétences des autorités décentralisées ont été redistribuées et réparties selon une technique différente que celle dite des blocs de compétences qui a prévalu en 1983. Il ne s'est plus s'agit uniquement de transferts entre l'État et les collectivités mais entre collectivités elles-mêmes. L'objectif était alors d'accroître les délégations de compétences et la contractualisation entre collectivités. La spécialisation du département et de la région a été actée, ces deux collectivités ne disposant plus de la clause générale de compétence. Enfin, la réforme territoriale a revu les périmètres des régions pour en réduire le nombre et a procédé à une reformulation de la carte des intercommunalités pour en diminuer le nombre de près de 40 %.

On constate bien que la décentralisation a muté avec l'introduction d'une dose de différenciation territoriale dans l'édifice qui questionne l'organisation administrative de la République et la forme unitaire de l'État. L'étape actuelle de la décentralisation est marquée par une revendication affirmée d'un droit à la différentiation territoriale et la volonté d'assouplir au maximum le principe d'égalité. C'est ce qu'affirme très ouvertement un rapport remis par les députés Jean-René Cazeneuve et Arnaud Viala qui proposent, avec la différenciation territoriale, de repousser les limites de ce qui est possible aujourd'hui en rendant moins stricte l'application du principe d'égalité. Ainsi s'agit-il clairement « d'assouplir le contrôle du juge constitutionnel sur le fondement du principe d'égalité, de sorte qu'il soit plus facile au législateur de procéder à l'avenir »[33].

Il faut rappeler que le principe d'égalité n'a jamais été synonyme d'uniformité puisque le Conseil d'État depuis le début du XXe siècle puis le Conseil constitutionnel ont clairement établi que des situations différentes puissent être traitées de manière différente à condition de justifier d'une différence objective de situation ou d'un motif d'intérêt général. Cette faculté pour le législateur a permis le développement d'une plus grande territorialisation du droit, sans toutefois reconnaître explicitement un droit à la différence – si l'on excepte le droit de l'Outre-mer. Mais depuis 2017, l'exécutif a fait du droit à la différenciation territoriale la pièce maitresse de sa politique décentralisatrice.

L'article 10 du projet de loi constitutionnelle du 29 aout 2019 propose d'inscrire dans le texte suprême ce droit à la différenciation. Deux ajouts majeurs sont proposés. Le premier permet à certaines collectivités territoriales d'exercer, en nombre limité, des compétences dont ne disposent pas les autres collectivités de la même catégorie. Le second ouvre un assouplissement radical du droit à l'expérimentation normative introduit à l'article 72 al 4. Il est prévu une faculté, pour les collectivités territoriales, de déroger, lorsque la loi ou le règlement l'ont prévu, aux

[33] Rapport de la Mission « flash » sur *l'expérimentation et la différenciation territoriale*, communication des députés Jean-René Cazeneuve et Arnaud Viala, 9 mai 2018.

dispositions législatives ou réglementaires régissant l'exercice de leurs compétences, le cas échéant après une période expérimentale telle que le prévoit l'actuel article 72 al 4 de la Constitution. Ces deux dispositions représentent de réelles ruptures juridiques avec les principes d'unité normative et d'unité des catégories de collectivités territoriales.

Mais devant l'impossibilité manifeste de réviser la Constitution, c'est à droit constitutionnel constant que l'exécutif et le Parlement ont agi pour introduire plus de différenciation en libéralisant le droit à l'expérimentation comme on l'a déjà évoqué ou en créant une collectivité européenne d'Alsace, fruit de la fusion de deux collectivités et par le vote de la loi 3 DS.

Ainsi avec la fusion des départements du Haut-Rhin et du Bas-Rhin et la création de la collectivité européenne d'Alsace (CEA) le Gouvernement a souhaité tester grandeur nature la différenciation des compétences à l'intérieur de la catégorie départementale. Cette nouvelle collectivité reste bien un département avec des compétences particulières, différentes des autres départements. La CEA, créée pour répondre, selon les élus locaux, à un « désir d'Alsace », possède des compétences aussi variées que la coopération transfrontalière, la gestion de concessions autoroutières ou l'enseignement de la langue régionale. Le Gouvernement et le législateur se sont appuyés sur la proximité avec l'Allemagne, les flux routiers et autoroutiers et les enjeux économiques importants pour justifier la différence de traitement de ce « super département ».

Ici, la différenciation territoriale est au service d'une plus grande adaptation du droit aux réalités locales. Elle se traduit donc par une différenciation organique (avec la collectivité à statut particulier), une différenciation matérielle (les compétences) et normatives (avec le droit à l'expérimentation). Elle est justifiée par un objectif managérial d'efficacité de l'action publique locale.

L'édifice décentralisateur, en acceptant des formes architecturales différentes pourrait ainsi perdre en cohérence et se retrouver face à certains dangers. Parmi eux, une remise en cause du principe d'égalité et une probable accentuation des inégalités territoriales. Avec le droit à l'expérimentation, on peut penser que seules les collectivités les mieux dotées financièrement pourraient profiter pleinement de cette faculté. Avec une différenciation accrue des compétences à l'intérieur d'une même catégorie, une forte complexification se profile par la multiplication de droits d'exception et la construction d'un édifice asymétrique.

Pour conclure, la décentralisation en France est aujourd'hui un édifice qui bénéficie d'une assise constitutionnelle solide. Le juge constitutionnel a porté une attention particulière à la protection du bâtiment. Non pas que l'édifice menaçait ruine, mais il a semblé important, pour la jurisprudence, de prémunir la décentralisation contre les tentations du législateur, voire du pouvoir réglementaire, de dénaturer l'ouvrage et de changer trop radicalement le style.

Toutefois, en parallèle, la décentralisation paraît se fragiliser par le lancement de différents chantiers réintroduisant des formes de recentralisation. C'est le cas avec la réforme de la fiscalité locale qui, de la suppression de la taxe professionnelle en 2010 à la réforme de la taxe d'habitation aujourd'hui, est progressivement remplacée par des dotations

étatiques. À cela s'ajoute le fait que l'État pose sur la voûte de la décentralisation une pression importante marquée par l'amplification de l'inflation normative et de la complexification du droit. Cette action, loin de guérir une décentralisation « malade de ses normes »[34], complexifie un peu plus son architecture globale. Eu égard aux différentes perspectives élaborées par le maître d'ouvrage, on n'est pas loin de perdre de vue le cahier des charges initial du constructeur selon lequel, la décentralisation doit être un vecteur de liberté, d'égalité et de démocratie à tous les échelons.

[34] Bertrand Faure, Le droit des collectivités territoriales « malade de ses normes », *Revue française de droit administratif*, 2014, p. 467.

3. Aide sociale à l'enfance : les complexités du social entre territoires et acteurs

Hervé Rihal

Professeur émérite de droit public à l'Université d'Angers, Centre Jean Bodin – Équipe d'accueil 4337

Dans les secteurs des personnes âgées et handicapées, le département est avant tout un « tiroir-caisse » aux côtés des agences régionales de santé ; ses véritables initiatives ne portent que sur le domaine des centres d'information que sont les centres locaux d'information et de coordination gérontologiques.

Le grand intérêt de l'aide sociale à l'enfance est de mettre en scène une multitude d'acteurs et surtout une grande quantité de politiques publiques, de telle sorte que, quarante ans après, la question reste posée de savoir si la décentralisation opérée par la loi du 22 juillet 1983 était une bonne idée pour ce secteur. En effet, non seulement le département dispose de pouvoirs de police dans ce domaine : autorisation, contrôle, fermeture des établissements publics et surtout des maisons d'enfants à caractère social, non seulement il dispose de pouvoirs budgétaires et de tarification desdits établissements, mais encore c'est lui qui décide, dans bien des cas, où placer les enfants, en tout cas dans telle ou telle maison d'enfants à caractère social ou chez tel ou tel assistant familial. Ainsi se trouve-t-il confronté, outre à son propre personnel, à celui des établissements, y compris privés, de l'aide sociale à l'enfance dont il n'est pas juridiquement l'employeur mais qui lui demandent des comptes dans la mesure où la tarification emporte des conséquences sur ses rémunérations. Face à ces acteurs nombreux, l'État ne peut rester les « bras croisés » : existe un secrétariat d'État à l'enfance aujourd'hui directement rattaché à la Première ministre et le législateur a fixé les politiques de l'aide sociale à l'enfance dans trois lois successives en 2007, 2016 et 2022.

Les missions de l'aide sociale à l'enfance sont sensibles et toujours plus nombreuses, de telle sorte que le chef de file qu'est le département doit collaborer avec un grand nombre d'acteurs. Cependant, les textes ne prévoient pas tout et des chevauchements de compétence ont lieu entre l'État et les départements, d'autant que le premier en demande toujours plus aux seconds notamment aujourd'hui en ce qui concerne les jeunes majeurs.

I. Un chef de file devant collaborer avec de nombreux acteurs

De nombreuses missions sont exercées avec le concours de nombreux acteurs.

A. Un chef de file doté par la loi d'une pluralité de missions

L'article L. 221-1 du code de l'action sociale et des familles (CASF) dispose que « Le service de l'aide sociale à l'enfance est un service non personnalisé du département chargé des missions suivantes ». Suit une énumération de missions dont on doit rappeler la substance et la variété.

- Apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique aux mineurs et jeunes majeurs et à leur famille dès lors que des difficultés risquent de mettre en danger la santé, la sécurité, la moralité ou de compromettre gravement l'éducation ou le développement des enfants au niveau physique, affectif, intellectuel et social.

- Prévenir la marginalisation dans les quartiers en difficultés (prévention spécialisée).

- Protéger les mineurs en urgence.

- Pourvoir à l'ensemble des besoins des mineurs confiés, qu'ils le soient par le juge des enfants, par leurs parents ou qu'ils soient pupilles de l'État ou encore mineurs non accompagnés.

- Organiser le recueil d'informations préoccupantes grâce à la cellule de recueil et d'évaluation des informations préoccupantes (CRIP). Des lois récentes ont ajouté l'obligation d'apporter une attention particulière aux mineurs qui se livrent à la prostitution et à ceux condamnés pour maltraitance animale ou dont les responsables l'ont été.

- Veiller au maintien des liens d'attachement de l'enfant placé avec sa fratrie mais aussi avec l'ensemble de son entourage.

- Veiller à la stabilité de son parcours et à l'adaptation de son statut sur le long terme.

- Aider les femmes enceintes en difficulté, au besoin en organisant leur hébergement ainsi que les femmes ayant des enfants de moins de trois ans qui vivent une situation de précarité.

- Verser des aides financières sous la forme de secours.

- Enfin, même si cela est prévu par d'autres dispositions du CASF (art. L. 225-1 et s.) agréer les familles qui souhaitent adopter un enfant et organiser l'adoption.

Telles sont les redoutables missions confiées à des élus au scrutin binominal qui ne connaissent pas toujours le secteur de l'enfance. De plus en plus, ces élus ont compris l'intérêt de s'y investir pleinement, même s'ils ne sont pas préparés : ainsi, depuis les élections de 2021, bien des départements qui avaient une vice-présidence pour l'ensemble du secteur social en ont une, voire deux, spécialement dédiées à l'enfance. Au sein de l'administration du département, existent généralement des directions générales de la solidarité (ou du développement social) et en leur sein des directions enfance famille qui regroupent notamment l'aide sociale à

l'enfance et la protection maternelle et infantile. Ces directions sont d'importants employeurs du département car elles emploient, selon un organigramme souvent complexe et mainte fois révisé, outre des agents administratifs (inspecteurs, assistants), de nombreux travailleurs sociaux, sans compter les très nombreux assistants familiaux qui travaillent à domicile.

Le coût de l'aide sociale à l'enfance ne serait facile à évaluer que si l'ensemble des départements utilisaient une comptabilité analytique. En effet, outre les coûts de prise en charge des enfants placés ou bénéficiant de mesures préventives, il faudrait parvenir à regrouper l'ensemble des frais de structure (personnel, informatique, locaux). Il semble que ce coût avoisine 10 milliards d'euros par an. Pour coordonner cette action, les départements disposent d'un outil, le schéma départemental, qui apprécie les besoins, détermine les objectifs et les perspectives de l'offre, définit les critères d'évaluation des actions mises en œuvre.

Chef de file, le département ne peut mener son action qu'avec nombre d'acteurs publics et privés.

B. Une collaboration avec quantité d'acteurs

Une énumération doit, là aussi, permettre de s'en convaincre.

- La Protection judiciaire de la jeunesse (PJJ) dépendant d'une direction du ministère de la Justice. Elle s'occupe des mineurs délinquants ou en danger.

- Le parquet : il peut veiller à la pertinence d'un signalement au besoin avec l'aide de la police, mais aussi prononcer le placement en urgence avec l'obligation de saisir le juge des enfants dans les huit jours.

- Le juge des enfants : c'est lui qui prononce le placement sauf accord des familles, ainsi que toute mesure d'action éducative en milieu ouvert. C'est surtout lui qui fixe la durée de la mesure de placement ou d'action éducative et les personnes chargées de la mettre en œuvre. Il peut ainsi indiquer au département le mode de placement souhaité. Les différends existent avec les départements dans la mesure où le juge des enfants n'est pas toujours satisfait des rapports écrits des travailleurs sociaux auxquels ils reprochent de ne pas constituer une aide efficace à la décision. Il peut aussi décider de confier l'enfant à un autre membre de la famille, à un tiers digne de confiance, à un bénévole ou à un établissement sanitaire. Il peut modifier ses décisions à tout moment. Indirectement, c'est donc bien lui qui, en prescrivant telle ou telle mesure, engage les finances départementales.

- Les médecins : pour faciliter les relations entre le département et le corps médical, la loi du 14 mars 2016 oblige tous les départements à désigner en leur sein un médecin référent. Les médecins sont obligés de signaler toute situation qui leur paraît suspecte à l'aide sociale à l'enfance, au juge ou au parquet.

- L'éducation nationale : elle doit signaler les enfants en danger ou en risque de danger et se préoccuper de la protection des enfants placés.

- Les agences régionales de santé sont très largement compétentes s'agissant des enfants handicapés dès lors qu'ils sont partiellement ou totalement pris en charge par l'assurance maladie.

Tous ces acteurs (et d'autres comme des représentants des universités et de la recherche) sont regroupés au sein des observatoires départementaux de la protection de l'enfance (ODPE). Les départements ne consacrent pas tous la même « énergie » et le même budget à l'aide sociale à l'enfance, à tel point que l'on se demande si la décentralisation a été profitable.

Par les lois de 2007, 2016 et 2022, le législateur a repris en main l'aide sociale à l'enfance en imposant toujours davantage aux départements. Cet enchevêtrement de compétences, preuve de la complexité du social, a conduit à deux contentieux qui nous paraissent emblématiques.

II. Deux contentieux emblématiques

D'une part, des difficultés entre les départements et l'État se sont produites à propos de la prise en charge des femmes enceintes et des jeunes mères. D'autre part, l'État tente de faire en sorte que les jeunes majeurs, qui ont été aidés par l'aide sociale à l'enfance soient pris en charge par les départements, là où ces derniers résistent.

A. Le contentieux de l'hébergement des femmes enceintes et des jeunes mères

À trop superposer les dispositifs, on finit par ne plus savoir qui fait quoi. Comme indiqué plus haut, au sein des missions du département, figure celle de l'hébergement des femmes enceintes et jeunes mères isolées dont l'enfant a moins de trois ans et ce, quand bien même ces dernières sont sur le sol français de manière irrégulière et ne possèdent pas de titre de séjour : il en va de la santé de l'enfant à naître ou né. Le département qui refuse la prise en charge se voit sévèrement condamné comme ce fut le cas de celui du Loiret[1]. La loi du 25 mars 2009 a mis à la charge de l'État un droit à l'hébergement d'urgence pour les familles qui connaissent de graves difficultés économiques et de logement, à l'exception des femmes enceintes et mères d'enfants de moins de trois ans, âge auquel l'État doit prendre le relais du département. En revanche, cette obligation ne s'applique ni aux demandeurs du droit d'asile qui ont été déboutés ni aux personnes se trouvant sous le coup d'une obligation de quitter le territoire français. Cependant, – exception à l'exception –, le Conseil d'État a admis dans un arrêt du 30 mars 2016[2] (confirmé par cinq arrêts de sa section du contentieux du 13 juillet 2016[3]), l'intervention supplétive du département lorsque la sécurité des enfants, leur santé, leur entretien ou leur éducation la rend nécessaire. Comme écrit à l'époque, le chef de file se transforme alors en « bon Samaritain »[4]. Le juge estime que le département doit exercer un devoir d'assistance et de secours. Il s'agit de protéger l'intérêt de l'enfant en évitant toute rupture de prise en charge.

---

[1] CE, 1er juillet 2020, n° 435974 ; *AJDA*, 2021, p. 97, note Vianney Cavalier.
[2] *Département de Seine-Saint-Denis*, n° 382437 ; *RDSS*, 2016, p. 521, concl. Jean Lessi.
[3] N° 382317 et 4 ordonnances en référé-liberté (nos 400074, 399836, 399834, 399829, *AJDA*, 2016, p. 2162, note Hervé Rihal ; *JCP* Adm., 2016, n° 2124, concl. Jean Lessi.
[4] Hervé Rihal, note préc., *AJDA*, 2016, p. 2162.

Mais, retour au droit commun, le Conseil d'État, dans ses arrêts du 13 juillet 2016, a prévu qu'en cas de carence de prise en charge par l'État d'une famille obligeant l'intervention supplétive du département, le second pourrait demander au premier le remboursement des sommes dépensées. C'est ce qu'a fait le département du Puy-de-Dôme qui a obtenu satisfaction sur ce point. La cour administrative d'appel de Lyon l'a en effet condamné à indemniser le département à hauteur de 1,2 millions d'euros pour la prise en charge de 102 familles entre 2012 et 2016. Pourtant, la capacité de l'État pour l'hébergement d'urgence dans ce département était passée de 49 à 273 places durant cette même période[5].

Ainsi, la superposition des dispositifs entraîne des confusions préjudiciables à la prise en charge de familles défavorisées : il y a bien un enchevêtrement entre l'État, chef de file de l'hébergement d'urgence et le département, chef de file de la protection de l'enfance et, plus globalement, entre la mission de solidarité de l'État à l'égard des personnes dépourvues de logement et la mission de fraternité des départements pour l'aide sociale à l'enfance.

S'agissant des jeunes majeurs, l'État se fait incitatif.

B. La prise en charge des jeunes majeurs : une obligation vidée de sa substance

Les lois du 14 mars 2016[6] et 7 février 2022[7] ont souhaité renforcer l'obligation des départements de prendre en charge les jeunes de 18 à 21 ans, notamment ceux suivis auparavant par les services de l'aide sociale à l'enfance. Afin de renforcer la continuité des parcours, le législateur prévoit un entretien un an avant la majorité – entretien dit des dix-sept ans – avec l'élaboration d'un plan d'accès à l'autonomie. Surtout, suivant l'article L. 222-5 CASF, un accompagnement est proposé aux jeunes majeurs pris en charge antérieurement afin de leur permettre de terminer l'année scolaire engagée. Ainsi, une nouvelle mission est-elle confiée aux départements, quand bien même la formation n'aurait pas un caractère diplômant. Ceci s'applique aux jeunes majeurs sans qu'il soit tenu compte du fait de savoir s'ils étaient ou non mineurs non accompagnés.

Le 13 février 2019, le conseil des ministres a prévu d'accélérer cette prise en charge, sachant qu'un quart des jeunes issus de l'aide sociale à l'enfance vivent dans la rue peu après la majorité, au moment de la rupture de leur prise en charge et que 70 % environ sortent sans diplôme du système scolaire. Pour cela, le Gouvernement recourt à la « carotte » classique en octroyant 12 millions d'euros à répartir entre les départements acceptant de souscrire des contrats avec les jeunes majeurs.

---

[5] CAA Lyon, 30 septembre 2021, *Département du Puy-de-Dôme*, n° 19Ly2979 ; *AJDA*, 2022, p. 357, note Arnaud Duranthon, confirmé depuis par CE, 22 décembre 2022, Ministre des Solidarités et de la Santé, c/ département du Puy-de-Dôme, n° 458724, *AJDA*, 2023, p. 1018, note M. Long et H. Rihal.

[6] Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection des enfants, *JO* du 15 mars 2016, texte n° 1.

[7] Loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants, *JO* du 8 février 2022, texte n° 2 ; voir Hervé Rihal et Donatien Lecat : « *Une nouvelle réforme de l'aide sociale à l'enfance* », *AJDA*, 2022, p. 977.

Mais le juge administratif a relativisé l'efficacité du dispositif en retenant que les contrats jeunes majeurs ne constituaient pas de véritables contrats[8]. En l'espèce, la ville de Paris a accepté une prise en charge d'un ancien mineur non accompagné durant son CAP puis renouvelé cette prise en charge alors qu'elle n'en avait plus l'obligation dans le cadre d'un contrat jeune majeur. Cependant, ce jeune homme sème le désordre dans les hôtels où il est hébergé et part à l'étranger sans prendre soin d'en avertir son référent. La ville de Paris décide de mettre fin à cette prise en charge. Le Conseil d'État relève que ce contrat avait seulement pour objet de formaliser les relations entre le jeune et les services de l'ASE et ne plaçait pas celui-ci dans une situation contractuelle. Pourtant, ce contrat comportait des obligations : suivre une formation, se rendre aux rendez-vous, avoir une bonne conduite, accepter un suivi médical. Là où l'État promeut le contrat, le juge suprême indique que celui-ci n'a aucun effet juridique. L'État demande toujours plus aux départements mais ceux-ci ne peuvent agir à fonds perdus.

À travers cet exemple de l'aide sociale à l'enfance, quarante ans après les lois de décentralisation du 2 mars 1982, bien des problèmes liés à la décentralisation sont loin d'être réglés. Le département n'est pas le seul acteur à devoir jouer son rôle. La mise en scène oblige à intégrer bon nombre d'autres acteurs dont l'État qui tente toujours d'impulser ses politiques.

[8] CE, 22 juillet 2020, *Ville de Paris*, n° 435974 ; *AJDA*, 2021, p. 34, note H. Rihal.

4. La République en France

Jean-Marie Pontier

Professeur émérite d'Aix-Marseille Université

Qu'est-ce que la république, qu'est-ce que la république française ? À quoi renvoie ce terme à la fois si familier et au fond si peu clair lorsque l'on cherche à approfondir un peu cette question ? Nous voudrions commencer en mettant en exergue une formule bien connue de Charles Péguy : « La République une et indivisible, c'est notre royaume de France »[1]. Cette formule peut, *a priori*, paraître provocante, ou choquante, à tout le moins intrigante, elle télescope si l'on peut dire ce qui paraît s'opposer. En réalité, pour quiconque connaît un peu Péguy, une telle formule ne peut surprendre, elle résume bien les convictions de cet auteur, et l'on comprend aussi pourquoi de Gaulle fut un grand lecteur de Péguy. Cette formule va trouver sens dans le développement qui suit, et nous y reviendrons éventuellement à la fin de notre exposé.

Le point de départ ne peut être constitué que par la formule constitutionnelle, qui reprend d'ailleurs des formulations antérieures à la Constitution de 1958. L'article 1er de cette dernière dispose, dans sa première phrase :

> « La France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion » (la suite de cet article nous intéresse moins pour cet exposé).

Nous allons commenter certaines dispositions de ces deux phrases, plus particulièrement les qualificatifs que l'on trouve dans la première phrase.

Puisque nous allons parler de la République française, il nous faut préciser au départ, même de manière partielle et simplificatrice, ce qu'il convient d'entendre par « république ». La notion ou le concept ne va pas de soi, et il n'est pas certain qu'il en existe une signification univoque dans le monde, on peut même penser qu'il n'est pas possible de parvenir à une définition commune entre tous les peuples, tant cette notion semble revêtir des sens différents selon les pays mais également selon les moments de l'histoire.

Ainsi, par exemple, notre conception de la république est très éloignée de celle que l'on trouve dans *La République*, de Platon : dans le dialogue entre Socrate et Glaucon, il est question d'abord de la sagesse, qui caractérise la cité, au point que certains auteurs ont parlé de « sophocratie » pour désigner cette « république ». Et Platon développe surtout les qualités requises pour les « gardiens » de la cité. Cela ne signifie pas que cette réflexion ne présente plus d'intérêt pour nous, bien au contraire, mais cela ne nous est pas très utile pour la définition de la République. Un autre auteur pourrait être cité, Jehan Bodin et ses six livres

[1] Formule que l'on trouve dans « L'argent (suite) »*, Cahiers de la quinzaine*, 1913, 238 p. ; L'argent suivi de L'argent suite a été publié chez Gallimard en 1991, 250 p.

sur la République[2]. En simplifiant, la république, pour Bodin, c'est l'État, définition qui, aujourd'hui, ne peut nous satisfaire puisque les États que nous connaissons peuvent prendre des formes extrêmement diverses.

Retenons alors, tout en reconnaissant le caractère limité et contestable de la « définition » ainsi donnée, mais pour les besoins de la démonstration, que la république se définit négativement, comme étant un régime qui n'est ni la monarchie ni l'empire, c'est-à-dire qui n'a pas de chef d'État héréditaire.

Ces préalables étant posés, il nous faut examiner brièvement les républiques de la France avant de chercher à caractériser la république qui est la nôtre, la Cinquième du nom, avec la Constitution de 1958 qui nous régit[3].

La première république naît, comme chacun le sait, au moment de la Révolution. Elle succède à la monarchie constitutionnelle qui aura duré fort peu de temps. L'avènement de la république s'explique par différents facteurs que nous n'allons pas reprendre puisqu'il ne s'agit pas de refaire un cours d'histoire constitutionnelle et politique. On peut simplement se souvenir, pour comprendre, qu'en cette période d'août 1792 la monarchie est déconsidérée après la fuite à Varennes, que les Tuileries ont été envahies, que des émeutes ont lieu à Paris. Plus encore, la situation militaire est grave, après toutes les défaites essuyées par les armées de la Révolution. C'est à ce moment-là que se place la première victoire, Valmy, essentielle moins par l'importance de l'engagement militaire que par son caractère fortement symbolique. Et c'est au lendemain de Valmy que, le 21 septembre 1792, est proclamée la république.

Cette république va connaître deux constitutions très différentes. La première, rédigée par les conventionnels, est la constitution du 24 juin 1793, avec une nouvelle déclaration des droits. Cette constitution a fait rêver, fantasmer, mais l'on peut se demander pourquoi, puisqu'elle n'a jamais été appliquée : une constitution peut être belle tant qu'elle n'est pas confrontée au réel, tant que les institutions qu'elle institue ne fonctionnent pas, l'histoire montrant que précisément ce fonctionnement n'est jamais tout à fait (et parfois à l'opposé) ce qui avait été prévu. Après le passage à l'échafaud des conventionnels les plus ardents et des contre-révolutionnaires les plus résolus, les « modérés » (ou les médiocres, selon certains historiens) rédigent une nouvelle constitution, celle du 22 août 1795. Un aspect mérite d'être relevé, le fait qu'elle comporte, non pas seulement une déclaration des droits, mais également une déclaration des devoirs (c'est la seule dans notre histoire). Cette république prend fin avec le coup d'État du 18 brumaire an VIII (9 novembre 1799).

La deuxième République s'explique par les événements qui précèdent. La Monarchie de Juillet, qui avait commencé à libéraliser les institutions avec un début de parlementarisme, ne fut jamais un régime démocratique (les deux notions pouvant ne pas coïncider), ce fut à l'inverse un régime ultra-censitaire. Et ce fut une réforme restreignant encore le droit de suffrage qui déclencha un vaste mouvement d'opposition (avec, entre

[2] *Les Six Livres de la République*, Paris, Jacques Du Puys, 1576, 759 p.
[3] Pour plus de détails, nous renvoyons à notre ouvrage : *La République en France,* Paris, Dalloz, 1998, 146 p.

autres, la « campagne des banquets »). Le roi quitte le pouvoir, et la première partie de l'année 1848 présente des aspects très contrastés : les journées de février sont des journées de quasi-unanimité nationale (c'est rare dans notre pays) avec ces images que nous avons des autorités civiles, politiques et religieuses allant ensemble planter « l'arbre de la liberté » ; tout change avec les émeutes, le soulèvement populaire et les journées de juin 1848. Sur cette période il faut lire les *Souvenirs* de Tocqueville[4], qui sont les réflexions d'un observateur lucide, avec quelques portraits parfois impitoyables des personnages politiques du temps.

Une constitution est adoptée le 4 novembre 1848. Elle prévoit une assemblée unique et un président de la République élu au suffrage universel direct pour quatre ans. Les élections ont lieu le 10 décembre et Lamartine, qui escomptait devenir président de la République après le rôle qu'il avait joué, ne recueille que 18 000 voix, tandis que Louis-Napoléon Bonaparte est élu avec environ 5,5 millions de voix… La constitution comportait une faiblesse qui causa sa perte : le président n'était pas immédiatement rééligible. Il était clair que le président sortant n'allait pas tranquillement attendre 4 années pour se représenter. Le 2 décembre (jour anniversaire d'Austerlitz) 1851, Louis-Napoléon Bonaparte fait un coup d'État. C'est la fin de la deuxième République, une république attachante par bien des aspects, ne serait-ce que par le bouillonnement intellectuel qui la caractérisa.

La IIIe République va naître d'une défaite et va disparaître à la suite d'une autre défaite. L'Empire, dans les années 1860, commence une timide (mais intéressante) libéralisation. Le 8 mai 1870 un plébiscite a lieu sur les réformes entreprises depuis 1860, il obtient une majorité écrasante de « oui » et Gambetta, découragé, aurait déclaré : « l'Empire est plus fort que jamais ». Mais, selon la formule bien connue, la roche tarpéienne est proche du Capitole. La guerre engagée avec la Prusse ne se déroule pas du tout comme prévu : on avait escompté une guerre courte (elle le fut…) mais le résultat fut inverse de celui attendu, avec la France battue et l'empereur fait lui-même prisonnier. Dans son *Histoire de la Troisième République* (t. 1 *L'enfance de la Troisième*[5]), Jacques Chastenet décrit bien la stupéfaction des Parisiens à cette annonce. Les événements vont très vite : le 4 septembre 1870 est proclamée la République.

Ce n'est pas encore la Troisième République (comme on le voit parfois écrit), c'est « la » République, avec des régimes intermédiaires qui vont se succéder jusqu'en 1875. Du point de vue constitutionnel et politique cette période « d'entre-deux » ne manque pas d'intérêt, ni d'un certain pittoresque : l'assemblée élue dans une France en partie occupée est majoritairement monarchiste (les électeurs désorientés se retournent vers les autorités traditionnelles), elle va très vite se méfier de « l'homme fort », Thiers, et va chercher à l'écarter par toute une série de lois destinées à l'entraver (le « cérémonial chinois » par exemple). C'est au cours de cette période que se situe l'un des événements les plus tragiques de notre histoire, la Commune de Paris (18 mars-28 mai 1871) férocement réprimée par Thiers. Rappelons également qu'est votée, le 15 février 1872, cette

[4] Paris, Calman-Levy, 1893, 431 p.
[5] Paris, Hachette, 1964, 364 p.

curieuse loi appelée « Loi Tréveneuc » (relative au rôle éventuel des conseils départementaux dans des circonstances exceptionnelles), toujours en vigueur (théoriquement) puisqu'elle n'a jamais été abrogée, et ceci volontairement.

Thiers démissionne le 24 mai 1873, il est remplacé le même jour par Mac-Mahon. La question du régime demeure toujours posée, les monarchistes attendant (vainement) l'acceptation du comte de Chambord qui, par son entêtement, fait perdre définitivement à la monarchie le trône. C'est dans l'espoir du retour du roi qu'est votée la loi du 20 septembre 1873 dite « loi du septennat », qui confie pour sept ans le pouvoir exécutif à Mac-Mahon. Cette durée du mandat présidentiel sera conservée jusqu'en 2000 et l'adoption du quinquennat (on peut penser, d'ailleurs, au passage, que c'est là une mauvaise réforme et que mieux eût valu un septennat non renouvelable).

La lassitude dans l'attente d'un roi qui ne revient pas, l'arrivée à l'Assemblée de républicains à l'occasion d'élections partielles, conduisent à l'adoption de cet amendement célèbre, dit « amendement Wallon », du nom de son auteur, le 30 janvier 1875. La IIIe République est née. Elle présente, du fait des circonstances de son adoption, une particularité notable : il n'y a pas une constitution, mais trois lois constitutionnelles. La première loi est celle sur l'organisation du Sénat, votée le 24 février 1875, la deuxième, la loi sur l'organisation des pouvoirs publics, adoptée le 25 février 1875 (l'amendement Wallon devenant l'article 2 de cette loi), la troisième, la loi sur l'organisation des pouvoirs publics, adoptée le 16 juillet 1875.

Le principe de ces lois est celui d'un régime parlementaire bicaméral, avec un exécutif fort, le président de la République. Mais très vite les relations du président avec la Chambre des députés vont se dégrader. Mac-Mahon avait été élu pour sept ans (donc il n'y avait pas lieu à élection), mais il fallait élire les députés. Les élections de 1876 donnèrent une majorité républicaine à la Chambre. Plusieurs facteurs créèrent une tension de plus en plus vive entre le président et la Chambre. C'est ce que l'on a appelé « la crise de 1877 ». Mac-Mahon prononça la dissolution de la Chambre et, juridiquement, il en avait parfaitement le droit. Mais les élections ayant redonné une majorité républicaine, il ne restait plus au président, selon la formule utilisée par Gambetta durant la campagne électorale, qu'à « se soumettre ou se démettre ». Dans un premier temps Mac-Mahon se soumit, dans un second temps il se démit. Le même jour (30 janvier 1879) un nouveau président fut élu, Jules Grévy (lequel, lorsqu'il était député, en 1848, avait déposé une proposition de loi tendant à la suppression de la présidence de la République…).

La présidence de Grévy eut une influence décisive sur l'évolution du régime, mais négative, en ce sens que Grévy eut une conception minimaliste de sa fonction de président. Il affaiblit la présidence de la République, au point que l'on a pu parler, même si juridiquement cela est inexact, de « constitution Grévy », formule qui désigne une pratique par laquelle le président accepte sa soumission à la Chambre et ne fait pas usage des pouvoirs qui lui sont constitutionnellement attribués. De plus, si le premier mandat de Grévy se déroula sans problème, il n'en fut pas de

même du second. Du fait du « scandale des décorations » auquel était mêlé son gendre (Wilson), il fut contraint à la démission en 1886.

La présidence de la République devint ainsi « une magistrature d'apparat et d'apparence », selon la formule de François Goguel. L'affaiblissement du président de la République eût dû (ou pu) profiter au président du conseil (qui ne prit d'ailleurs ce nom que tardivement, il correspond à notre Premier ministre), mais ce ne fut malheureusement pas le cas, Grévy ayant dès le début de son mandat contribué à cet affaiblissement (la logique aurait été qu'il choisît le vainqueur des élections, Gambetta, à la forte personnalité, mais il le détestait et choisit un homme à la personnalité effacée). François Goguel, l'un des meilleurs connaisseurs de la IIIe République (notamment avec son ouvrage *La politique des partis sous la IIIe République*[6]) a écrit que « la Chambre a constamment prise sur le gouvernement alors que le gouvernement n'a pas prise sur la Chambre des députés ».

Ce déséquilibre entre la Chambre des députés et le gouvernement n'eut pas trop de conséquences sur le fonctionnement du régime jusqu'à la Première Guerre mondiale. Après celle-ci, les défauts du système s'aggravèrent. Ils consistèrent, en premier lieu, dans l'instabilité gouvernementale, la durée moyenne d'un gouvernement passant, entre 1920 et 1940, à six mois. Cette instabilité se doubla, en deuxième lieu, d'une *discontinuité* (nous empruntons le terme à François Goguel), en ce sens qu'après une élection à la Chambre d'une majorité déterminée (« de gauche ») il y avait ensuite une recomposition de la majorité parlementaire, suite à une décomposition de la majorité élue (et sans que les électeurs aient été amenés à se prononcer). En troisième lieu, ces dysfonctionnements politiques se sont accompagnés d'un dérèglement institutionnel, avec la pratique de plus en plus répandue des décrets-lois.

La victoire du Front populaire, en 1936, fait naître un grand espoir. Mais le gouvernement Blum constitué après cette victoire se défait moins d'un an plus tard, les radicaux-socialistes « lâchant » le gouvernement. Trois gouvernements se succèdent en huit mois et le second gouvernement Blum, en mars 1938, dure un mois. Avec le retour au pouvoir de Daladier, le 9 avril 1938, c'est la fin du Front populaire. Jacques Chastenet parle de « morne période » et ajoute « la carence de l'autorité est totale ». La guerre éclate en septembre 1939. Paul Reynaud succède à Daladier, il est lui-même remplacé, après la « débâcle », par le maréchal Pétain, investi président du conseil le 16 juin 1940. Le 10 juillet les deux chambres réunies en Assemblée nationale confient (par 569 voix contre 80 et 17 abstentions) « tous pouvoirs » au maréchal Pétain. La IIIe République est morte.

Entre 1940 et 1944, il y a deux France, la France de Vichy et la France de la Résistance, cette dernière gagnant peu à peu sa légitimité. Un texte important est publié le 21 avril 1944 par de Gaulle, chef du gouvernement provisoire. Cette ordonnance prévoit la convocation d'une assemblée nationale constituante. Mais c'est également cette ordonnance qui, pour la première fois dans notre histoire, reconnaît le droit de vote aux femmes (contrairement à ce qui est parfois écrit, les femmes ne se voient pas

[6] Paris, Seuil, 1958, 566 p.

reconnaître le droit de vote en 1945 mais en 1944, la première votation ayant lieu, elle, en 1945).

Le gouvernement provisoire est confronté évidemment à mille difficultés, mais la grande affaire, du point de vue politique, est celle des institutions : retour à la IIIe République ou fondation d'un nouveau régime ? Les Français, appelés à en décider, se prononcent le 21 octobre 1945 contre le retour à la Troisième et pour une limitation des pouvoirs de l'assemblée constituante. Les élections se traduisent par un bouleversement du paysage politique. Trois partis arrivent à peu près à égalité : le parti communiste qui, à cette date, devient le premier parti de France, la SFIO (Section française de l'Internationale ouvrière, socialiste), le MRP (Mouvement républicain populaire), qui est un tout nouveau parti (et qui a disparu aujourd'hui).

Il faut un chef de gouvernement et « on n'imagine absolument personne d'autre que le Général de Gaulle » écrit Jacques Chapsal (*La vie politique et les partis en France depuis 1940*[7]). Mais très vite de Gaulle se heurte à l'assemblée sur de nombreux points et, le 20 janvier 1946, il démissionne. Commence alors le temps de ce que l'on a appelé le tripartisme. Cette assemblée élabore un projet de constitution qui est soumis au peuple français, et celui-ci, lors du référendum du 5 mai 1946, le rejette. C'est la première fois dans notre histoire qu'un projet référendaire de constitution est rejeté.

Il faut donc, en application de la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945, élire une nouvelle assemblée constituante. Les élections ont lieu le 2 juin 1946, avec une composition légèrement différente de la précédente assemblée (le MRP devient le premier parti). Un nouveau projet de constitution va être préparé et c'est durant cette période que de Gaulle prononce le « discours le Bayeux », le 16 juin 1946. Le 13 octobre 1946 les Français adoptent (à une petite majorité) le projet, malgré l'opposition de de Gaulle, et la Constitution est promulguée le 23 octobre 1946. La IVe République est née.

Ce régime aura eu une existence relativement brève, moins de 12 ans. Le contraste est fort entre le développement économique (nous entrons dans les « Trente Glorieuses ») et les difficultés politiques qui vont être la cause de la chute du régime. L'idée du constituant était qu'un « contrat » devait être passé entre le président du Conseil (le président de la République ayant constitutionnellement un rôle second) et l'Assemblée. Cela supposait qu'une majorité se dessinât à l'Assemblée et qu'un accord se fît sur un programme de gouvernement. Or le tripartisme de départ ne dura pas : le 5 mai 1947 le président du Conseil Ramadier (socialiste) congédie les ministres communistes (qui avaient voté, à l'Assemblée, le cumul des fonctions étant possible, contre le gouvernement dont ils faisaient partie…), les communistes entrant dès lors dans l'opposition (ils n'en sortiront qu'en 1981).

La recherche d'une majorité va être rendue aléatoire, avec la nécessité de rechercher l'appui de petits groupes. Par ailleurs le mécanisme de désignation du président du Conseil a présenté de graves inconvénients,

[7] Paris, Les cours de droit, 1961, 3 fascicules.

et les mécanismes adoptés pour assurer la stabilité du gouvernement n'ont pas fonctionné. Il en est résulté une instabilité ministérielle aggravée. Les crises tant extérieures qu'intérieures vont peser sur la IVe République et la conduire à sa perte. Le 13 mai 1958 Pierre Pflimlin, pressenti pour être président du Conseil, va démissionner, quelques jours après les manifestations d'Alger. Dans cette situation de crise le président de la République, René Coty, annonce alors qu'il va faire appel au « plus illustre des Français », c'est-à-dire de Gaulle. Ce dernier obtient la confiance de l'Assemblée le 1er juin 1958, il devient ainsi le dernier président du Conseil de la IVe République. La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 va permettre le passage à la Ve République.

Ce bref rappel de nos républiques étant fait, nous allons commenter certaines dispositions de l'article Ier de notre Constitution en retenant trois aspects, tous ne pouvant être traités : la France comme État de droit, la France comme république laïque, la France comme république sociale.

I. La France comme État de droit

Deux remarques préalables avant de s'interroger sur l'État de droit qu'est ou que prétend être la France. D'une part, ce trait, cette caractéristique, n'est pas affirmé explicitement par le texte constitutionnel, il découle tant du Préambule de la Constitution (texte très court mais qui, par les renvois qu'il opère, est extrêmement riche) que des dispositions de la Constitution. Si l'on peut dire beaucoup de choses sur l'État de droit, nous allons y procéder ici en nous bornant à trois caractéristiques qui nous paraissent essentielles.

A. La hiérarchie des normes

La démocratie, quelles qu'en soient les formes et les modalités, postule une hiérarchie des normes, l'existence d'une telle hiérarchie est l'un des signes à partir desquels on reconnaît une démocratie.

Dans un régime d'absolutisme ou de dictature (les deux termes ne sont pas entièrement synonymes) toutes les normes procèdent de l'autorité suprême qui peut être (en théorie) une assemblée, un groupe ou une personne, en fait presque toujours une personne. Il peut s'agir d'un dictateur, d'un roi – et encore que certains font valoir que l'absolutisme royal, dans l'ancienne France, était tempéré par l'existence de lois fondamentales du Royaume que le roi devait respecter. Mais il ne s'agissait là que de tempéraments à un absolutisme qui pouvait se manifester par bien des manières.

Il ne suffit pas, non plus, dans un pays, d'énoncer une hiérarchie des normes, encore faut-il que cette hiérarchie puisse être respectée, c'est-à-dire qu'il existe un ou plusieurs organes habilités à effectuer ce contrôle de la hiérarchie et à en imposer le respect. Il ne manque pas de régimes, dans l'histoire mais également encore aujourd'hui sur la planète, dont l'apparence peut donner le sentiment de l'existence d'une hiérarchie des normes, et dont la réalité est toute autre, parce que la hiérarchie proclamée n'est pas respectée, qu'elle est impossible, de fait, à faire respecter.

En ce qui concerne la France, où une (voire plusieurs, car les choses se sont complexifiées au fil du temps) hiérarchie existe, et des institutions

destinées à la faire respecter, deux considérations sont de nature à éclairer les questions qui se posent aujourd'hui.

D'une part, et pour des raisons historiques auxquelles nous avons fait allusion dans l'introduction, nous avons été marqués, jusqu'à une période récente, en fait jusqu'à la Cinquième République, par la conviction de la toute-puissance de la loi, à laquelle a été associée, historiquement parlant, l'incontestabilité de la loi.

L'explication de cette situation, qui a tout de même duré plus d'un siècle et demi, trouve sa source dans la Révolution française. Réagissant contre les excès de la monarchie, contre l'absolutisme royal (avec, comme illustration qu'apprennent tous les écoliers, les célèbres « lettres de cachet »), les révolutionnaires vont se tourner vers la loi comme garantie des droits et libertés. Mais ils vont également avoir tendance à sacraliser la loi, le sacré (auquel, d'une manière ou d'une autre, n'échappe aucune société) se déplaçant du roi à la loi. Les révolutionnaires vont être influencés, ce faisant, par ce que l'on a appelé la philosophie des Lumières (sur laquelle, aujourd'hui, certains portent un regard critique), en particulier par les idées de Jean-Jacques Rousseau.

Ce dernier est l'auteur d'une œuvre importante, en particulier *Du Contrat social*[8], sur lequel les commentateurs, aujourd'hui encore, ont tendance à se diviser (ce qui est précisément un signe de cette importance). Quoi qu'il en soit, pour Rousseau, et en résumant, la loi est l'expression de la Volonté générale, et celle-ci ne peut pas se tromper. Par conséquent la loi ne peut pas, non plus, se tromper (Rousseau va jusqu'à dire que la minorité doit reconnaître qu'elle a eu tort). L'on a tiré de cette conception la supériorité de la loi sur les autres normes et son incontestabilité : comment admettre que la loi puisse être contrôlée si elle ne peut pas se tromper ? C'est pourquoi s'il y eu, à plusieurs reprises, au cours de notre histoire, des tentatives pour instituer des organes en vue d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois, il n'y a jamais eu, jusqu'en 1958, de véritable contrôle de constitutionnalité des lois. Et cette conviction était si répandue que l'on ne s'est rendu compte qu'au bout de quelques années de fonctionnement que le Conseil constitutionnel n'était pas un simple organe d'enregistrement des volontés du pouvoir politique mais exerçait effectivement un contrôle de la loi.

La Constitution de 1958 a rompu, en instituant ce contrôle de constitutionnalité des lois, avec cette tradition républicaine héritée de la Révolution, d'une certaine manière elle a rétabli ou complété la « pyramide » des normes, sans discuter ici du point de savoir si cette notion de pyramide continue de rendre compte des relations entre les normes (ce qui est largement discuté). En quelques années le Conseil constitutionnel a « pris ses marques » comme l'on dit (l'année 1971 étant un nouveau point de départ avec la décision sur la liberté d'association), même si, naturellement, les critiques de toutes sortes n'ont pas cessé, et même s'il est souhaitable, effectivement, qu'un regard critique soit porté sur le Conseil constitutionnel, comme d'ailleurs sur d'autres institutions.

[8] Amsterdam, Marc Michel Rey, 1762.

B. Les droits et libertés

L'État de droit n'est pas seulement le respect de la hiérarchie des normes, il suppose également le respect des droits et libertés. Cela peut sembler évident et ne va cependant pas de soi, y compris dans les États les plus démocratiques. L'existence d'une hiérarchie des normes est insuffisante, par elle-même, pour assurer ce respect des droits et libertés. On ne peut plus penser l'État de droit sans référence à ces derniers.

La célèbre Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à laquelle il faut toujours revenir, dispose dans son article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ». L'affirmation, très forte, signifie que le système normatif doit protéger les droits des individus, des personnes. L'histoire politique et administrative de la France conduit de ce point de vue à faire deux observations.

D'une part, pendant longtemps, et pour les raisons indiquées précédemment, le niveau juridique le plus élevé pour les droits et libertés a été celui de la loi. On a considéré que celle-ci était la seule norme pouvant effectivement et efficacement assurer cette protection, et ceci est tout à fait vrai si l'on oppose la norme législative aux normes produites par l'administration : cette dernière ne peut être vue comme pouvant assurer les droits et libertés, il suffirait qu'elle change d'avis (ce qui est fréquent) pour qu'il y ait absence de protection. D'ailleurs les autorisations données par l'administration sont souvent des autorisations précaires et révocables, on peut penser par exemple à l'occupation du domaine public. Signe également de cette supériorité de la loi, les principaux droits et libertés que nous connaissons ont été consacrés par des lois, notamment à la fin du XIXe siècle.

Avec la consécration effective de la supériorité de la Constitution sur les autres normes (et sans évoquer les difficultés que cela soulève pour certaines d'entre elles) et, notamment, sur la loi, une distinction est désormais faite entre deux catégories de droits et libertés. Il y a ceux qui sont considérés comme « fondamentaux », et qui sont de valeur constitutionnelle, et les autres qui sont de valeur législative, en écartant naturellement les droits reconnus seulement par des normes administratives. Les étudiants apprennent cette évolution qui a conduit le Conseil constitutionnel (ainsi que le Conseil d'État) à reconnaître la valeur constitutionnelle, non seulement de la Déclaration des droits, mais également des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », dont le principe (mais non la liste) figure au Préambule de la Constitution de 1946.

D'autre part, il ne faut pas oublier, non plus, dans ce nécessaire respect par les autorités publiques des droits et libertés, les principes généraux du droit. La plupart de ces principes ont été « découverts » par le juge administratif (en fait ils sont plutôt « inventés », car on rechercherait en vain un fondement de certains de ces principes dans la Déclaration des droits de l'homme) pour protéger les droits des citoyens. Car, dans tous les pays, quels qu'ils soient, c'est principalement, parmi les institutions publiques, l'administration qui est de nature à porter atteinte aux droits et libertés. La puissance de l'administration est partout considérable, parfois

redoutable. La tentation est grande, de la part d'une administration, d'abuser de ses pouvoirs. L'État de droit est d'abord, peut-être, la subordination de l'administration au droit, le respect par l'administration des règles de droit.

C. L'organisation de la justice

La justice est l'autre composante du Bien commun avec l'ordre, mais elle est autrement plus difficile à assurer que le ce dernier et, depuis des siècles, des millénaires même, on débat et on discute de ce qu'est la justice, et comment l'assurer.

Nonobstant ces difficultés, qui sont considérables, une bonne organisation de la justice prise en tant qu'institution et non plus en tant que finalité, est une condition de l'État de droit et de la démocratie. Il ne sert à rien de consacrer dans un texte constitutionnel de grands principes si les juridictions sont aux ordres du pouvoir politique, si les citoyens n'ont aucun espoir raisonnable d'obtenir gain de cause contre l'administration, contre l'État (contre un autre particulier c'est en principe plus facile, mais tout dépend des États), même si et lorsque leur demande est juste et justifiée. Combien de pays, encore, à l'heure actuelle, où cet espoir n'est pas assuré ? Combien de pays, même dits démocratiques, où les juges sont aux ordres du pouvoir politique, ou facilement influencés par lui ? Si l'on s'en tient à notre pays, l'organisation de la justice soulève plusieurs séries de questions, que l'on n'épuisera pas ici.

La première série de questions, la question fondamentale, est celle de l'indépendance des juges, de la justice. C'est une question qui est sensible dans tous les pays, aucun, dans le monde, ne peut prétendre être parvenu à assurer cette indépendance de manière absolue, des progrès sont toujours possibles, et souhaitables. Pour la France, nous allons envisager les aspects suivants dans cette perspective d'indépendance de la justice et également de justice démocratique.

Le statut des juges est l'un des éléments permettant d'assurer cette indépendance. Cette question du statut présente plusieurs composantes. L'une des composantes les plus déterminantes est de nature juridique, avec ce que l'on appelle *l'inamovibilité*. Celle-ci a donné lieu à un nombre très élevé d'écrits de toutes sortes. L'inamovibilité, avec toutes ses insuffisances et ses défauts, est consacrée en droit français, ce qui n'est pas le cas dans tous les pays. Ce n'est certes pas une garantie absolue, elle ne s'applique d'ailleurs pas à tous les juges, mais elle est de nature à favoriser ou à faciliter cette indépendance.

Un autre aspect, très important également, est l'aspect financier : il faut que les juges perçoivent une rémunération qui les soustrait à l'envie – laquelle est nécessité dans certains pays – e de se rémunérer autrement, notamment, en France, par ce que l'on appelait autrefois les « épices », lesdites épices pouvant, hier comme aujourd'hui et demain, prendre des formes diverses. L'indépendance financière peut être considérée comme assurée en France même si, naturellement, les magistrats souhaiteraient avoir des rémunérations plus élevées. Mais cela vaut pour plusieurs autres catégories d'agents publics, qui ne perçoivent pas des primes aussi élevées que les magistrats.

Par ailleurs, il faut bien voir que toutes les garanties ne peuvent rien contre les tentations de tous ordres que peuvent éprouver les juges comme n'importe quel autre agent public placé à un certain niveau de responsabilité. Ainsi que l'écrivait fort justement Georges Burdeau : « L'inamovibilité est parfaite en ce qu'elle supprime la crainte, elle est insuffisante contre l'ambition ». Et l'on pourrait ajouter à l'ambition les honneurs, auxquels les personnes sont plus ou moins sensibles. Au fond les juges sont les « gardiens » modernes de la cité de Platon et une question lancinante court à travers les siècles et n'a pas vraiment de réponse : *qui custodet custodes ?* (qui gardera les gardiens ?).

Une deuxième question, plus spécifique à la France, est celle de l'organisation juridictionnelle. La France se caractérise, chacun le sait, par la dualité d'ordres juridictionnels (en mettant à part le Conseil constitutionnel), avec les juridictions de l'ordre judiciaire et les juridictions de l'ordre administratif. Une telle organisation est-elle une entaille à l'État de droit, au caractère démocratique de notre système juridictionnel ? Certains, en France, le pensent et l'affirment. Et si la France n'est pas le seul pays au monde à présenter cette dualité, elle est la première à l'avoir instituée, et elle est le pays dans lequel cette dualité est la plus forte. Le débat ne comporte aucune réponse incontestable.

Nous nous bornerons à trois observations rapides. En premier lieu, d'un point de vue réaliste, il paraît difficile, même si on le voulait, de revenir sur cette situation historique, les inconvénients risqueraient d'être supérieurs aux avantages. En deuxième lieu, un juge spécialisé dans le contrôle de l'administration n'est pas nécessairement moins sévère envers celle-ci que le juge habituel. On peut même penser le contraire, parce que le juge administratif connaît mieux l'administration que le juge judiciaire, il sait en quelque sorte jusqu'où il peut aller trop loin. En troisième lieu, et même si cela est relativement récent dans l'histoire, le juge administratif est devenu un bon protecteur des citoyens, son image dans le public est meilleure que celle du juge judiciaire, et il suffit de voir le nombre de recours en référé qui ont été engagés depuis le début de la crise sanitaire pour se convaincre de la confiance qu'il inspire.

Une dernière observation peut être faite à propos de la justice, concernant un aspect auquel on ne songe pas spontanément, il s'agit de la publicité des décisions de justice. Il ne manque pas de pays, dans le monde, dans lesquels des juridictions sont instituées, qui rendent des décisions de justice, mais ces décisions ne sont pas publiques, ce qui est de nature à alimenter tous les doutes, toutes les suspicions. Il paraît difficile, dans ce cas, de parler d'État de droit, alors qu'en apparence le système juridictionnel répond aux critères de ce dernier.

II. Une république laïque

On parle beaucoup (trop ?) de la laïcité, aujourd'hui, ce qui serait peut-être une raison suffisante pour éviter d'en parler, de crainte de ne pas avoir assez de recul, alors qu'il est nécessaire de réfléchir à cette question le plus froidement possible (nous savons déjà que cela est particulièrement difficile, et l'histoire nous le montre également). La Constitution française affirme que la France est une république laïque, ce qui est une raison déterminante pour en parler. La question de la laïcité est très vaste, elle

comporte une multitude d'aspects, dont il est impossible de rendre compte en quelques mots. Nous nous contenterons de présenter brièvement le problème de notre point de vue.

A. Une conception de la laïcité héritée de l'histoire

Tout d'abord, remarquons que la laïcité n'existe pas partout dans le monde et que, même en Europe, elle n'est pas le modèle dominant. Par ailleurs il n'est pas certain que tous ceux qui parlent de laïcité mettent le même contenu sous ce terme, il faut donc préciser ce que l'on entend par là. Enfin, si l'on s'en tient à la France – ce qui est indispensable car l'histoire comme la vision de la laïcité sont trop différents selon les pays pour en parler au singulier – la laïcité n'a pas toujours existé puisque, sous l'Ancien Régime, il n'y avait pas de séparation entre l'Église et l'État, ce qui n'empêchait les relations entre l'Église (catholique) et l'État d'être souvent tumultueuses. La laïcité est d'abord en France un produit de l'histoire, c'est pourquoi nous revenons sur cette histoire dont la connaissance est indispensable pour comprendre la situation d'aujourd'hui.

Un point de départ possible est la Révolution. Ainsi que l'a écrit un grand historien, André Latreille, la Révolution commence en France « dans une atmosphère presque messianique d'accord entre la nation et l'Église gallicane ». L'auteur parle d'Église gallicane dans la mesure où il y a eu, dans notre histoire, cette doctrine et cette pratique que l'on a qualifiées de gallicanisme, ce dernier désignant une conception politique (apparue avec la Pragmatique Sanction de Bourges de 1438) selon laquelle l'autorité du roi n'est pas soumise à celle du pape, ceci aboutissant également (puisqu'il n'y avait pas de séparation entre l'Église et l'État) à reconnaître à l'Église catholique de France une certaine indépendance à l'égard du pape.

L'euphorie dont parle André Latreille ne dure pas. Elle reposait sur un malentendu. Pour les prêtres favorables à la Révolution, le gallicanisme signifiait surtout l'autonomie à l'égard de la papauté. Pour les parlementaires révolutionnaires, le gallicanisme signifiait un resserrement de la subordination du clergé à l'autorité gouvernementale (les rois ont presque toujours cherché à se subordonner l'Église en raison de la puissance qu'elle représentait). La « constitution civile du clergé », du 12 juillet 1790 est, pour nombre d'historiens, le point de bascule de la Révolution. Celle-ci n'est plus seulement antimonarchique, elle devient anticatholique, et cela se manifeste notamment par son côté iconoclaste au sens propre du terme (l'iconoclaste est celui qui détruit les images, donc les représentations) : les rois de pierre (qui étaient les rois de Judée, non pas les rois de France) de la « galerie des rois », à Notre-Dame de Paris, sont décapités, la flèche de la Sainte Chapelle est détruite, etc.

Un deuxième temps que l'on peut retenir va de l'Empire à la République. Napoléon ramène la paix religieuse et un concordat est signé le 15 juillet 1801 entre la France et le Saint-Siège. Qu'est-ce qu'un concordat ? C'est un traité international entre le Saint-Siège (en termes non juridiques on dit le Vatican ; le Saint-Siège est évidemment un État très particulier qui ne répond pas à la définition classique de l'État) et un État et portant sur la condition des catholiques dans cet État. Ce concordat va régler les relations entre la France et le Saint-Siège jusqu'en 1905.

Passons sur certains épisodes pour en arriver à la IIIe République. Lors de la naissance de celle-ci (en 1875, donc, comme nous l'avons vu) les évêques, qui étaient majoritairement monarchistes, multiplient les erreurs et, lors des élections de 1877, Gambetta, que nous avons évoqué dans l'introduction, et qui est le chef de l'opposition à Mac-Mahon, a cette phrase devenue célèbre : « le cléricalisme, voilà l'ennemi ». La victoire des républicains devient une défaite pour l'Église. Plusieurs événements vont contribuer à tendre encore un peu plus les relations entre l'Église catholique et l'État : c'est la proclamation de l'infaillibilité pontificale par le concile Vatican I en 1870 ; c'est, plus encore peut-être, l'Affaire Dreyfus, où la majorité des catholiques se range dans le camp des antidreyfusards.

Un troisième temps est la marche vers la Séparation. La lutte anticléricale va passer par plusieurs étapes. La loi de 1901 sur la liberté d'association devenue, comme on le sait, une loi de liberté, est moins, au départ, dans l'esprit de ses auteurs, une loi sur la liberté d'association qu'une loi contre les congrégations religieuses (une congrégation étant un institut de religieux, hommes ou femmes, qui vivent en se soumettant à une même règle et qui prononcent des vœux). Ces congrégations ne peuvent en bénéficier (elles vont être soumises à une législation spécifique). La lutte anticongrégationniste passe par l'interdiction de nouvelles congrégations et par l'expulsion des congrégations qui n'étaient pas en règle avec la législation en vigueur.

La lutte anticléricale culmine avec l'adoption de la loi du 9 décembre 1905 (complétée par la loi du 7 janvier 1907, qu'il ne faut pas oublier) qui consacre la séparation des Églises et de l'État. Cette loi est adoptée dans un climat de passion extrême. La séparation est apparue inévitable, mais elle n'était pas voulue par le gouvernement, qui aurait préféré conserver un contrôle sur l'Église catholique. Elle donne lieu, lors de son adoption, et dans les mois qui suivent, à de violents incidents. Mais cette loi a eu des effets inattendus. D'une part, l'Église catholique française en est ressortie plus unie à Rome, le gallicanisme qui avait caractérisé la France depuis des siècles disparaît quasi-totalement. D'autre part, avec le temps, les catholiques se sont accommodés de cette loi, d'autant que les associations cultuelles prévues par la loi, et refusées par le pape, présentent, pour les catholiques, une spécificité comme nous allons le voir.

B. Les caractéristiques de la laïcité dite à la française

Que signifie – ou qu'a signifié, jusqu'à aujourd'hui, c'est-à-dire jusqu'à la loi actuellement en discussion devant le Parlement – la laïcité ? Nous nous plaçons évidemment sur le plan du droit, et pas sur les convictions personnelles que chacun peut avoir. Il est possible de résumer cette conception française en disant qu'elle consiste en un principe, la non-reconnaissance par l'État du fait religieux, avec des exceptions qui, comme toujours, sont inévitables. Reprenons ces deux points.

En premier lieu, la laïcité de l'État est la non reconnaissance officielle par ce dernier des religions. La loi de 1905 a mis fin au régime concordataire, ce régime concordataire existant toujours dans un certain nombre de pays d'Europe, par exemple l'Allemagne, la Belgique, l'Italie. La loi de 1905 dispose dans son article 1er : « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes ». Cette

affirmation signifie que chacun est libre de croire ou de ne pas croire ; elle implique par conséquent la liberté de culte.

Cela emporte deux conséquences. D'une part, l'État doit respecter et faire respecter la liberté de conscience et le libre exercice des cultes. Le Conseil constitutionnel a reconnu à la liberté de conscience la valeur d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (donc à valeur constitutionnelle : CC, décision n° 87-DC, 23 novembre 1977). D'autre part, les croyances religieuses sont pour l'État placées sur le même plan ; l'État ne privilégie aucun culte car il est, philosophiquement, indifférent à tous. C'est pourquoi la loi de 1905 affirme dans son article 2 que « la République ne reconnaît, ni ne subventionne aucun culte ».

Mais il est plus facile de proclamer une abstention, celle de s'occuper des cultes, que de faire respecter un principe. Car, par définition, le libre exercice des cultes implique la possibilité pour les fidèles de se réunir pour célébrer un culte, les pratiques cultuelles par rassemblement des croyants étant l'une des caractéristiques d'une religion. Or l'État ne peut se désintéresser de ces réunions tout simplement parce que, d'une manière ou d'une autre, l'ordre public peut être concerné, et il peut être troublé.

Le législateur de 1905-1907 a donc voulu, pour les raisons qui viennent d'être exposées, définir un cadre juridique pour l'exercice des cultes. Il a institué à cette fin des « associations cultuelles ». Ces associations – distinctes de celles de 1901 – sont uniquement chargées d'organiser le culte et elles sont affectataires des biens (notamment immobiliers) utilisés par le culte. L'affectation est ici le procédé juridique par lequel l'État désigne la destination d'un bien (un édifice du culte) en vue de son usage cultuel, la collectivité publique propriétaire (les communes le plus souvent) ne pouvant modifier cette affectation (sinon il n'y aurait pas de respect de la liberté des cultes).

Le législateur avait décidé le principe de l'élection, par les membres de l'association (autrement dit les fidèles) du président de ladite association. Un tel principe était inacceptable pour le Saint-Siège, le pape condamnant, par l'encyclique *Vehementer Nos*, les associations cultuelles et demandant aux catholiques français de ne pas en constituer. On s'est donc trouvé dans une situation étrange qui n'était satisfaisante ni pour les croyants ni pour l'État puisque le culte catholique s'exerçait sans aucun cadre juridique (tout au moins vu du côté du droit français), était un pur fait. Il fallait bien trouver une solution. Celle-ci a été acquise après la Première Guerre mondiale, où les tensions étaient quelque peu apaisées. Elle a consisté à prévoir dans les associations cultuelles une sous-catégorie, celle des associations diocésaines, constituées, ainsi que leur nom l'indique, à l'échelon de chaque diocèse, et dont la particularité est que l'évêque dudit diocèse (donc nommé par Rome) en est le président de droit. Ceci a permis de régler le problème d'une manière acceptable pour les deux parties.

Mais il y a eu, en 1905, un autre problème, que l'on peut imaginer facilement, c'est celui des lieux de culte, plus précisément des établissements de culte. Ceux-ci sont principalement représentés par des églises (donc des établissements de culte catholiques), de manière plus limitée par des synagogues et des temples (autrement dit il n'y avait pas,

à cette date, de mosquée, la grande mosquée de Paris, qui est un cas très particulier, est inaugurée en 1926). Lorsque les catholiques français ont refusé de constituer les associations cultuelles prévues par la loi, le législateur, par mesure de rétorsion, a décidé le transfert, sans indemnité, de la propriété des édifices de culte catholiques, églises et bâtiments attenants (par exemple les presbytères) aux personnes publiques. 70 cathédrales ont été transférées à l'État, les milliers d'églises existantes ont été transférées aux communes.

C'est là une situation juridique très particulière, qui n'a pas, à ma connaissance, d'équivalent et qui, comme souvent dans l'histoire, n'est pas perçue de la même manière aujourd'hui que lors de l'adoption de ces mesures. Car, sur le moment, cette privation de propriété est apparue comme une catastrophe pour l'Église catholique française. De nombreux conflits ont éclaté à l'échelon local lorsque le maire était anticlérical, certains maires, qui détenaient les clés de l'église et du clocher, puisque la commune devenait propriétaire, interdisant l'accès à l'église, ou les sonneries de cloches pour les cérémonies religieuses. Le contentieux administratif des années qui ont suivi porte témoignage de ces conflits avec, outre le cas des églises précitées, celui des processions, qui a donné lieu à une jurisprudence abondante.

Aujourd'hui, si ces conflits n'ont pas entièrement disparu (sur la question de l'occupation de certains locaux, notamment), les choses ont changé considérablement. D'une part, les catholiques français, bien moins nombreux qu'ils ne l'étaient au début du XXe siècle, s'accommodent assez bien de la propriété publique des églises car si l'entretien incombe aux fidèles, les réparations incombent au propriétaire, c'est-à-dire à la personne publique. Celle-ci ne peut refuser de faire les réparations car si l'édifice du culte devenait dangereux pour l'exercice du culte la responsabilité de la collectivité (le plus souvent la commune) pourrait être engagée. Il y a dans notre jurisprudence administrative quelques exemples célèbres en ce sens.

Par ailleurs, il existe dans notre droit un mécanisme assez particulier dénommé « fonds de concours », et qui consiste, pour des personnes privées (mais cela vaut également pour des personnes publiques) à proposer à la personne publique de contribuer, en espèces ou en nature, à la réalisation d'une opération d'intérêt public pour la collectivité. En ce qui concerne les édifices du culte, les fidèles peuvent ainsi proposer à la commune de contribuer à des travaux sur l'édifice, et le Conseil d'État a jugé, dans un arrêt un peu ancien mais célèbre, que la commune ne pouvait pas refuser. C'est le seul exemple de contrat administratif obligatoire pour la collectivité que nous connaissons.

D'autre part, les préoccupations et les questions qui se posent ont également beaucoup changé. L'idéologie anticléricale n'a pas disparu, mais elle est devenue secondaire et ne produit plus les mêmes effets, d'autres idéologies ont pris la suite, comme l'idéologie (ou les idéologies) écologiste(s). Par ailleurs, les pouvoirs publics sont confrontés aux questions soulevées par la présence en France d'une religion qui était pratiquement inexistante au moment de la séparation, la religion musulmane, et certains ont fait valoir que l'interdiction faite aux collectivités publiques de subventionner le culte devait être adaptée pour permettre la

construction de mosquées (certaines communes cherchant d'ailleurs à aider cette construction par des moyens détournés).

Nous avons présenté le principe, dont nous venons de voir rapidement quelques applications et les questions que cela soulevait, mais il y a également des exceptions. Dès le départ, c'est-à-dire dès le vote de la loi, en 1905, il y a eu des atténuations et des exceptions. Les unes et les autres étaient inévitables parce que les croyants, quelle que soit leur religion, sont également des citoyens, qu'ils forment, pour chaque religion, un groupe plus ou moins important, plus ou moins homogène, mais aucun gouvernement ne saurait ignorer ce qui est une donnée non pas seulement religieuse mais également sociale, économique et politique.

Passons sur certaines particularités, mais il nous faut rappeler que la séparation ne s'applique pas, en effet, sur tout le territoire français. En ce qui concerne la Guyane, pour laquelle le décret d'application n'a jamais été pris, nous renvoyons à l'article écrit par Florence Faberon dans cette même revue[9]. La séparation ne s'applique pas non plus dans les trois départements d'Alsace et de Moselle, pour des raisons historiques évidentes (ces départements étaient allemands au moment de la séparation). Le Conseil constitutionnel a reconnu la constitutionnalité de ce régime d'exception (au sens juridique du terme, CC, n° 2012-297 QPC, 21 février 2013). Aujourd'hui, des débats ont lieu sur le maintien de ce régime, à la suite de la décision du conseil municipal d'attribuer une subvention (tout à fait légale) pour la construction d'une mosquée.

En dehors de ces cas particuliers, des liens sont inévitables, nous en citons quelques-uns, sans être exhaustif. Il faut bien qu'il y ait des relations entre la France et le Saint-Siège, dont nous avons vu qu'il s'agissait d'un État, même s'il est très particulier. Après 1905, il y a eu rupture des relations diplomatiques. Ce n'était satisfaisant pour personne et après la guerre, avec l'arrivée au pouvoir d'hommes plus conciliants, tels Aristide Briand, ces relations ont été rétablies. Les ambassadeurs du Saint-Siège portent un nom particulier, on les appelle des nonces apostoliques. Une autre atténuation, sur laquelle nous ne nous étendrons pas, est la reconnaissance d'aumôneries, c'est-à-dire la présence de ministres du culte, trois domaines étant principalement (mais inégalement) concernés : l'école, les hôpitaux, l'armée.

C. Le renouveau des débats sur la laïcité

L'école entendue génériquement, et que nous venons de citer, représente en France un cas très particulier, qui illustre les débats très vifs qui ont eu lieu, qui reprennent, sur la laïcité. La question comporte différents aspects.

Il y a en France, historiquement parlant, ce que l'on a appelé « la question scolaire ». De quoi s'agit-il ? En simplifiant, dans tous les pays il y a d'un côté l'enseignement public et de l'autre l'enseignement privé. Dans la plupart des pays, l'existence de l'enseignement privé ne soulève aucun problème, quel que soit l'ordre d'enseignement considéré et si l'on prend par exemple – car il est très significatif – le cas de l'enseignement

[9] « Les principes constitutionnels ne prospèrent pas à l'encontre du régime rémanent des cultes en Guyane », *Sociétés, cultures et politiques*, n° 1, 2020.

supérieur, dans de nombreux pays l'enseignement privé est plus important (en nombre d'établissements) que l'enseignement public. Précisons également, car c'est un point essentiel, que ce qui a été à l'origine de ce que l'on appelle aussi la « querelle scolaire » : ce n'est pas l'enseignement privé en tant que tel, c'est l'enseignement privé confessionnel.

Cette « querelle scolaire », qui est en fait une autre facette de l'opposition entre l'Église catholique et l'État et qui a été un point de cristallisation privilégié de la lutte anticléricale sous la IIIe République, s'explique par des considérations historiques qu'il serait trop long de retracer. Disons simplement que l'une des particularités françaises tient à la fois au rôle historique que l'Église a eu dans le domaine de l'enseignement et au fait que ce dernier a été considéré dans notre pays comme étant une affaire d'État, l'affaire de l'État. D'ailleurs la décentralisation de l'enseignement est très limitée, les collectivités territoriales n'ont pas, en ce domaine, de véritables compétences, elles ont des responsabilités (terme utilisé par la loi), qui se ramènent principalement à un financement, mais la pédagogie et, plus encore peut-être, le statut des enseignants est un statut national.

En 1945-1946 encore, la question scolaire occupe le champ politique, les débats lors des deux constituantes portent largement sur elle. L'ampleur de ces débats contraste avec la faiblesse des débats sur d'autres points, notamment le « droit à la santé » que nous allons développer plus loin. L'alinéa 11 du Préambule, moins marqué que le texte du projet d'avril 1946 (qui avait été rejeté par référendum), affirme cependant que : « L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État » (le terme de « devoir » étant d'ailleurs mal choisi car relevant du « moral », et une « personne morale » ne peut agir, nonobstant la dénomination, que selon des normes juridiques).

La question scolaire avait paru s'apaiser avec des lois de compromis adoptées sous la IVe République, en particulier, d'abord les lois Marie et Béranger, de 1951, ensuite et surtout au début de la Ve, la « loi Debré » du 31 décembre 1959. Cependant, comme un accès de fièvre qui revient régulièrement, la question scolaire a resurgi après 1981 avec force. C'est ce que l'on a appelé le « projet de loi Savary » et qui a porté officiellement la dénomination de « grand service public unifié et laïque de l'éducation nationale », cet intitulé donnant bien l'orientation, qui consistait à inclure l'enseignement privé dans ce « service public unifié ». La première version du texte est de décembre 1982, le projet de loi fut adopté en janvier 1984. Cela déclencha de vives réactions, notamment la manifestation du 24 juin 1984, la plus importante depuis 1968. Face à cela le président de la République (François Mitterrand) prit lui-même la décision (ce qui était possible mais inédit) de retirer le projet en discussion devant l'Assemblée nationale. Pour la petite histoire, le Premier ministre (Pierre Mauroy) et le ministre de l'Éducation nationale (Alain Savary) apprirent cette décision en regardant la télévision… On peut penser qu'un tel projet, s'il était représenté un jour, serait inconstitutionnel.

Ceci étant, on peut penser qu'il y a réellement un renouveau de la question (ou des questions) touchant à la laïcité. Ce renouveau s'est produit d'abord à propos de comportements et de pratiques de vie, et c'est

l'école qui a été le cadre de ces expressions à propos desquelles les pouvoirs publics ont estimé indispensable d'intervenir.

De quoi s'est-il agi ? Du port, à l'intérieur de certains établissements d'enseignement public, par des élèves de confession musulmane, de ce que l'on a appelé, même si le terme est impropre, le « foulard ». Un peu désarçonné par ces comportements, le gouvernement s'est tourné vers le Conseil d'État, qui a rendu le 27 novembre 1989 un avis. Le Conseil d'État a estimé que le port d'un signe d'appartenance religieuse était lié à la liberté de conscience, mais que certaines obligations tenant à la vie scolaire (obligations d'assiduité, de sécurité, d'ordre, etc.) pouvaient entraîner des restrictions. Il a ainsi admis les restrictions apportées par le règlement intérieur d'un établissement scolaire à condition qu'elles ne constituent pas une interdiction générale et absolue (cf. notamment CE, 12 novembre 1992, *Kherouaa*, et CE, 10 mars 1985, *M. et Mme Aoukili*).

Mais après un vif débat public, le législateur a estimé qu'il devait intervenir et il a adopté la loi du 15 mars 2004 qui comporte un article unique (c'est rarissime, c'est pourquoi on peut le souligner) :

> « Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit ».

Pour la petite histoire et sur un plan un peu humoristique on se souviendra que l'on a assisté au Parlement à des échanges entre parlementaires, dictionnaires à l'appui, sur le point de savoir s'il convenait de retenir le mot « ostensible » ou « ostentatoire » (le Québec, lui, a choisi ce dernier terme).

D'autres dispositions ont encore été adoptées par la suite, qui élargissent les restrictions en dehors des établissements scolaires. C'est d'abord le décret du 19 juin 2009 dit décret « anti-cagoules » qui est relatif à l'incrimination de dissimulation du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique. Le Conseil d'État, saisi d'un recours, a jugé ce décret légal (CE, 23 février 2011, *Syndicat national de l'enseignement du second degré*). Ensuite, le législateur est intervenu de nouveau avec la loi du 11 octobre 2010 qui interdit de manière générale la dissimulation du visage dans l'espace public. Cela n'a pas mis fin aux difficultés comme l'a montré, par exemple, l'affaire, très médiatisée, dite « Baby Loup ».

Enfin, il convient de signaler, parmi les nombreux textes adoptés, la loi du 24 août 2021 « confortant le respect des principes de la République ». Initialement le texte portait le nom de « Projet de loi de lutte contre les séparatismes ». Le mot « séparatisme » a disparu de l'intitulé, mais il figure dans l'exposé des motifs. Le texte parle « des » séparatismes parce qu'il serait inconstitutionnel de viser une seule religion ou une seule famille de pensée, mais il est clair qu'il vise d'abord ce qu'il appelle lui-même « l'islam radical », soupçonné de favoriser ou/et de soutenir des actions terroristes, et considéré par le gouvernement, dans son communiqué, comme une « idéologie hostile aux principes et valeurs qui fondent la République ». Dans la mesure où le texte s'applique à toutes les croyances et toutes les religions (ce qui est logique et constituait une condition de sa constitutionnalité), il a suscité l'inquiétude des institutions religieuses et les représentants des trois Églises chrétiennes représentées en France

(catholiques, protestants, orthodoxes) ont publié un communiqué commun pour exprimer leurs craintes quant aux effets ou conséquences possibles de ce texte.

Ce qui paraît certain, c'est que cela (le texte en question, mais également bien d'autres aspects de la vie sociale) traduit une crise profonde de l'identité française. Un auteur (Jérôme Fourquet) a parlé de « l'archipélisation » de la France. C'est un mot assez bien trouvé pour caractériser la situation de la France d'aujourd'hui.

III. La France, une république sociale

Que veut dire la formule selon laquelle la Constitution affirme que la France est une république « sociale » ? Remarquons d'abord que le terme « social » est un terme extraordinairement vague. Il peut avoir toutes sortes de significations. On trouve souvent dans des lois, comme une formule qui revient rituellement, la triade « économique, social et culturel », notamment lorsqu'il s'agit de dire (ce n'est pas une énumération, donc on ne peut pas dire « énoncer ») les compétences des différentes collectivités territoriales (voir en ce sens les dispositions du CGCT). Les frontières du social avec les autres domaines sont incertaines : on parle régulièrement du « socio-économique » comme on parle du « socioculturel », ce qui ne facilite pas la caractérisation du terme.

Nous pourrions consacrer une intervention entière à la définition de ce terme « social » sans épuiser la question. Là n'est pas notre propos, nous voulons seulement souligner au départ le caractère vague du terme et, donc, les difficultés et, plus encore, les malentendus qui risquent de surgir lorsque l'on parle de social.

Ceci étant nous voudrions évoquer, sans prétendre du tout à l'exhaustivité, deux aspects qui nous paraissent caractériser cette qualification de « sociale » que la Constitution attribue à la République française : il s'agit du droit à la santé et de la protection sociale, en précisant qu'il n'y a pas de hiérarchie entre eux. Nous suivons simplement l'ordre du Préambule. Ceci fait, nous nous interrogerons, dans un troisième point, sur ce qui paraît être des fondements ou tout au moins des principes de référence des interventions publiques dans ces deux domaines.

A. Le droit à la santé

Le droit à la santé est considéré comme découlant de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 (qui a valeur constitutionnelle). Rappelons le texte de cet alinéa 11 avant de le commenter :

> « Elle [il s'agit de la Nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. »

C'est cette formule qui fonde ce que l'on qualifie aujourd'hui de « droit à la santé » et qui appelle les éclaircissements suivants.

Mais avant même d'analyser ce « droit à la santé », et pour comprendre, il faut s'interroger sur ce qu'est la santé. Qu'est-ce donc que la santé ? Comme souvent les réponses sont moins évidentes que ce qu'il

paraissait au premier abord. N'importe quel lecteur aura remarqué que l'alinéa 11 ne définit pas la santé. La santé, nous en sommes tous persuadés, est quelque chose d'essentiel et, lors des vœux que nous nous adressons chaque année (à plus forte raison depuis que nous connaissons la crise sanitaire qui sévit dans nos pays) nombreux sont ceux qui disent « et surtout la santé ». Un film très drôle que les étudiants qui lisent ce texte n'ont sans doute pas vu était intitulé « *Tant qu'on a la santé* » (c'est un film de Pierre Etaix, de 1966, qui se situe dans la veine des films de Jacques Tati).

Il faut encore relever que la préoccupation de santé n'est pas du tout une préoccupation récente et que, depuis longtemps, depuis tout temps est-on tenté de dire, les hommes (pris naturellement au sens générique) cherchent à préserver leur santé, lorsqu'ils le peuvent. Dans l'Antiquité déjà on trouve toutes sortes de conseils pour préserver sa santé et se préserver en bonne santé. Bien des siècles plus tard on trouve chez des auteurs comme Aldebrandin ou Bacon des conseils qui vaudraient encore aujourd'hui.

Ces préalables étant donnés, si l'on cherche une définition de la santé on en trouve une, elle a été donnée par l'OMS (Organisation mondiale de la santé). Selon cette définition, souvent donnée :

> « La santé est un état de complet bien-être, physique, mental et social, et pas seulement l'absence de maladie ou d'infirmité. »

Diable !, est-t-on tenté de s'écrier. Car cette définition de la santé est extraordinairement ambitieuse, à vrai dire elle est un peu, si nous pouvons utiliser ce terme, déprimante… Car qui peut prétendre être dans « un état de complet bien-être », qui plus est à la fois physique, mental et social ? Il ne doit pas y avoir beaucoup de personnes, sur notre planète, qui peuvent être dans cette situation. Une telle définition n'est donc guère satisfaisante puisqu'elle ne peut représenter qu'une sorte d'idéal dont on s'approche plus ou moins (et, dans beaucoup de pays, plutôt moins que plus). Son seul mérite, mais il faut le reconnaître, est d'exister.

Nous pouvons maintenant nous interroger sur le droit à la santé, ce qui nous conduit à faire trois séries d'observations.

En premier lieu, le droit à la santé n'est pas un droit isolé, c'est ce que l'on appelle un « droit créance », ce qui appelle quelques explications rapides (et forcément un peu simplificatrices). Dans un premier temps qui correspond, en gros, au XIXe siècle, les droits revendiqués et proclamés sont des « droit de ». En d'autres termes, les individus (principalement) revendiquent à partir de la fin du XVIIIe siècle des droits tels que le droit d'aller et venir, d'habiter là ils veulent (dans la mesure où, naturellement, ils en ont la possibilité, ce qui n'est pas le cas de tous, et de loin, dans une région comme la Guyane), d'exprimer librement leurs opinions et de pouvoir les imprimer, de vaquer librement à leurs occupations, etc. Ce sont des « droit de » qui impliquent le droit *de* faire telle ou telle chose librement (pour autant que ce ne soit pas contraire à la loi) et qui impliquent, le plus souvent, l'abstention de l'État : on demande à ce dernier de *ne pas* intervenir, de *ne pas* entraver les activités des personnes privées. La revendication et l'acquisition de ces droits correspondent, *grosso modo*, à la période dite de « l'État gendarme ».

Puis surviennent de grandes transformations, des bouleversements, liés aux transformations technologiques, aux crises, aux guerres, à l'urbanisation, tous facteurs qui vont se conjuguer pour changer radicalement la donne. La révolution industrielle qui se produit au XIXe siècle (ce n'est pas la première dans l'histoire, voir par exemple Jean Gimpel, *La révolution industrielle du Moyen Âge*[10]), qui commence en Grande Bretagne puis arrive en France et va produire ses effets à partir de la moitié du XIXe siècle, bouleverse les rapports sociaux. L'égalité théorique des contractants supposée par le législateur révolutionnaire (avec, notamment, ces deux textes essentiels que sont le « décret d'Allarde » et la « loi Le Chapelier », bien connus) va rapidement se révéler un leurre, les travailleurs sont exploités, c'est le temps des « misérables » et, d'ailleurs, l'espérance de vie diminue en France comme en d'autres pays dans la seconde moitié du siècle.

Tout cela, à quoi s'ajoutent les drames liés aux crises et aux guerres, bouleverse les rapports entre les individus et le pouvoir. Ce qui est demandé par les individus au pouvoir, ce n'est plus de s'abstenir, c'est, à l'inverse, d'agir, d'intervenir, pour modifier l'état des choses, pour venir en aide aux personnes. C'est cela que l'on appelle les « droits-créances » : les individus disposent d'une sorte de « créance » à l'encontre de la société, dont l'expression est l'État. Et celui-ci va intervenir de plus en plus, quelles que soient les motivations de cette intervention, d'où l'expression d' « État-Providence ». Le droit à la santé est donc l'un de ces droits-créances, comme l'on va parler, également, de droit à l'instruction, de droit à la culture, etc.

En deuxième lieu, le droit à la santé, tel qu'il figure à l'alinéa 11, n'est pas aussi clair qu'il le paraît, ou qu'on le prétend parfois. L'expression « droit à la santé » n'y figure pas, il est dit simplement que la nation garantit à tous « la protection de la santé », ce qui est un peu différent. C'est nous qui, aujourd'hui, disons que le Préambule institue un « droit à la santé ». Mais est-ce justifié ?

Pour obtenir une réponse ou, tout au moins, quelques éclaircissements, nous nous portons tout naturellement vers les travaux parlementaires, qui éclairent (pas toujours) les dispositions figurant dans la loi. Mais si l'on se reporte aux travaux de la Constituante (en fait *des* Constituantes puisque nous avons vu qu'il y en avait eu deux qui se sont succédé en 1945-1946), on éprouve une grande surprise, parce que l'on ne trouve pratiquement rien. Autrement dit, la formule qui figure dans l'alinéa 11 a été adoptée sans débat (notons que la même observation vaut pour un autre droit créance, le « droit à la culture »).

Qu'est-ce que cela signifie ? Cela signifie que le Constituant n'avait pas d'idée précise sur cette question, comme sur la question de la culture. En d'autres termes, le Constituant n'a pas réfléchi à la portée que pouvait avoir cette affirmation, qui était pour lui symbolique, il n'a pas du tout entendu en faire une obligation à la charge de l'État. D'ailleurs tout au long de la IVe République, et à part quelques exceptions (d'autant plus

[10] Paris, Seuil, 1975, 244 p.

remarquables), on va considérer que le Préambule de la Constitution a une portée philosophique, politique, mais certainement pas juridique.

Qu'est-ce que cela a impliqué ? Deux choses. D'une part, du fait du caractère très vague de l'affirmation, il est impossible de s'en prévaloir directement devant un juge, le droit à la santé n'est pas un droit directement invocable. On voit mal, d'ailleurs, comment un juge pourrait appliquer cette disposition, il serait extrêmement embarrassé pour l'appliquer. D'autre part, et dans la mesure où, aujourd'hui, on considère que le Préambule a une valeur juridique, qui est une valeur constitutionnelle, c'est au législateur qu'il revient de dire ce qu'il faut entendre (c'est-à-dire ce que lui entend) par « droit à la santé », le contenu qu'il veut donner à ce dernier. Le juge ne peut faire droit aux demandes des justiciables sur le fondement du droit à la santé que s'il existe un texte législatif et dans les conditions prévues par ce texte.

Mais, et c'est la troisième remarque qu'il convient de faire, désormais le droit à la santé est souvent invoqué, parce que les conceptions ont changé, parce que de nombreuses législations sont intervenues, qui font explicitement référence au droit à la santé. Ce fut le cas, par exemple, lors de l'adoption de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, ce fut encore le cas lors de l'adoption de la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (dite pour cette raison loi HPST : hôpital, patients, santé, territoires).

Il est encore plus caractéristique, sans doute, que le droit à la santé ait été invoqué à plusieurs reprises dans des affaires portées devant le juge administratif depuis le début de la crise sanitaire que nous connaissons avec la Covid-19. Cela a été le cas, en particulier, à propos de certains médicaments comme l'hydroxychloroquine dont les pouvoirs publics ont interdit l'utilisation en dehors des cas pour lesquels elle avait été prévue. Le Conseil d'État a débouté les requérants en considérant que le droit à la santé, invoqué par les requérants, n'était pas méconnu[11]. Ce faisant, même s'il s'est agi d'un rejet des demandes, le juge a reconnu l'existence de ce droit à la santé. Mais il en découle, comme dit plus haut, que le droit à la santé est ce que le législateur veut qu'il soit. C'est le législateur qui en fixe le champ d'application et les limites.

B. La protection sociale

La protection sociale découle de plusieurs alinéas du Préambule de 1946. Elle recouvre aujourd'hui un ensemble énorme et extrêmement diversifié de dispositifs qu'il est évidemment impossible de passer en revue. Nous voudrions simplement souligner les points suivants, qui nous paraissent illustrer l'affirmation constitutionnelle de république « sociale ».

En premier lieu, et la même remarque vaut pour la santé, que nous avons examinée ci-dessus, le rôle principal est tenu en ce domaine par l'État, ce qui ne veut pas dire que les collectivités territoriales auraient un rôle secondaire à jouer : ce rôle est second mais pas secondaire. Il est

[11] Pour aller plus loin, voir les articles que nous avons écrits à la *Revue de droit sanitaire et social*.

compréhensible que l'acteur principal de la protection sociale soit l'État, pour les raisons suivantes.

Tout d'abord, en France, à partir du moment où une personne publique intervient, cette personne est l'État. C'est là, non pas l'expression d'une préférence, mais un simple constat, tiré de notre histoire : il se trouve que dans notre pays, depuis des siècles, l'État occupe une place essentielle dans la société. C'est peut-être en France qu'est né l'État moderne, comme le font valoir certains historiens. C'est vers l'État que se tournent spontanément les citoyens, que ce soit pour demander ou pour récriminer. Depuis les années 80 on avait assisté à un recul de l'État, l'épidémie manifeste un retour de l'État, qui ne s'était jamais totalement absenté.

Ensuite, seul l'État est en mesure d'assurer l'égalité de tous les citoyens ou, tout au moins, puisque personne ne peut prétendre que cette égalité est réalisée, de la rechercher. Il se trouve – et c'est là un autre trait qui caractérise notre pays – que les Français sont très attachés à l'idée d'égalité, beaucoup plus que d'autres pays qui ont tendance à privilégier la liberté à l'égalité. Nul plus que Tocqueville n'a su percevoir, comprendre et décrire cet attachement des Français à l'égalité, et il n'est pas utile de rappeler certaines de ses formules, connues de tous.

On voit bien combien cette revendication d'égalité est prégnante, et va à l'encontre d'autres évolutions, notamment la décentralisation territoriale. Bien que beaucoup refusent de le voir, de l'accepter, la décentralisation implique des transferts importants de pouvoirs, de compétences, ceci appelle ou implique la différenciation. La loi du 21 février 2022 s'apelle précisément « loi relative à la différenciation, à la décentralisation, à la déconcentration, et portant diverses mesures de simplification de l'action publique » (ou encore, dans le jargon, « loi 3DS »). Mais cette « différenciation territoriale » est bien timide et, quoi que l'on dise, et quoi que l'on veuille, la différenciation implique inéluctablement une certaine inégalité ou des inégalités (nous ne pouvons ici développer cette idée, nous l'avons fait dans plusieurs articles que nous avons écrits). On ne peut vouloir, à la fois, une décentralisation très poussée et l'égalité la plus forte possible. C'est pourquoi, dans le domaine de la protection sociale, c'est l'État qui conserve le rôle principal.

Pour autant, les collectivités territoriales ont un rôle important à jouer. Ce rôle est tenu traditionnellement par les départements et cela pour des raisons historiques. Les départements sont créés, on le sait, à la Révolution, mais ils ne reçoivent leur organisation que sous l'Empire. Les départements sont alors plus une circonscription de l'État qu'une collectivité locale (on ne parle pas, à cette époque, de collectivité territoriale, et nous préférons cette expression de « collectivité locale », mieux adaptée aux départements et aux communes ; pour la région c'est différent). Le préfet est alors maître en son département. L'État va confier à cette collectivité qui n'en est pas vraiment une des fonctions sociales et, lorsque le département va devenir une véritable collectivité locale, il va conserver cette marque de fabrique originelle.

Quant à la commune, ses fonctions sociales sont anciennes parce que la commune est la collectivité la plus proche des citoyens, les textes eux-mêmes parlent de « collectivité de proximité ». Certaines institutions

sociales ont pour finalité de venir en aide aux citoyens de la commune : c'est le cas par exemple des centres communaux ou intercommunaux d'action sociale (qui ont succédé aux bureaux d'aide sociale qui existaient auparavant), c'est également le cas de cette institution originale que sont les caisses de crédit municipal, qui ont pris la suite de cette vieille institution qu'étaient les « monts de piété ». Et, pour faire une référence à l'actualité, depuis le début de l'épidémie les maires ont fait preuve d'une remarquable réactivité et d'une grande inventivité, que ce soit sur le plan de la santé ou sur le plan strictement social.

En deuxième lieu, le système français de protection sociale est constitué essentiellement d'un ensemble de régimes légaux, à savoir, le *régime général*, qui couvre la plupart des salariés et d'autres catégories (comme les étudiants), les *régimes spéciaux* de certains salariés non agricoles, qui assurent une protection contre certains risques particuliers (généralement la vieillesse, les autres risques étant couverts par le régime général), le *régime agricole*, le *régime chômage* qui vise tous les travailleurs salariés et qui est géré par des organismes paritaires, les *régimes de retraite complémentaires.*

Tout cela est extrêmement complexe et, du point de vue juridique, il y a un enchevêtrement extraordinaire de règles de droit public et de règles de droit privé. Nous présentons juste une explication partielle de cette situation. Le régime général est institué en 1945. Il avait vocation à protéger l'ensemble de la population, mais sa généralisation s'est heurtée à l'opposition de salariés de certaines branches d'activité qui avaient déjà leur propre régime et qui voulaient le conserver, parce qu'il était plus favorable (on est toujours d'accord s'il s'agit d'accroître les avantages, rarement s'il s'agit de les réduire). C'est ce qui explique qu'à l'heure actuelle encore il subsiste des régimes spéciaux, tels celui de la SNCF, bien plus favorables que le régime général et qui, normalement, auraient dû disparaître.

Le régime général repose sur une hiérarchie d'organismes locaux, régionaux et nationaux, structurés par nature de risque, gérés paritairement et placés sous la tutelle du ou des ministres chargés de la sécurité sociale. Ce régime général a été organisé, historiquement, en quatre branches : la branche maladie, maternité, paternité, invalidité, décès ; la branche accidents du travail et maladies professionnelles ; la branche vieillesse ; la branche famille. Aujourd'hui la sécurité sociale comporte six branches : la branche famille (allocations familiales) ; la branche maladie (assurance maladie) ; la branche accidents du travail ; la branche retraite (gérée par l'assurance maladie) ; la branche autonomie (gérée par la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie) ; la branche recouvrement.

Ceci nous conduit à une troisième remarque. Depuis des années on parle d'une « cinquième branche » qui couvrirait ce que l'on appelle le *risque dépendance*, lequel n'est pas vraiment couvert par l'actuelle cinquième branche « autonomie ». Ce risque est lié à l'augmentation constante de l'espérance de vie depuis trois quarts de siècle (même si en 2020 et 2021 on va observer un léger recul du fait bien entendu de l'épidémie de Covid-19). De plus en plus de personnes atteignent un âge avancé, ce qui est une nouveauté dans l'histoire (il y a toujours eu des

personnes qui atteignaient un grand âge, mais elles constituaient une infime partie de la population). L'avancée en âge s'accompagne presque inéluctablement d'une perte d'autonomie et la survenance de handicaps. Si tout le monde est d'accord sur le constat, la grande difficulté est de savoir comment financer ce risque. Depuis plus de dix ans les gouvernements y réfléchissent sans avoir trouvé la solution (ils se transmettent le problème ou, pour employer une formule familière, ils passent à leurs successeurs ce qui peut être comparé à une « patate chaude »).

C. Les références : la *fraternité* et la *solidarité nationale*

En arrière-plan d'un certain nombre de dispositions à caractère sanitaire ou/et social, on trouve, sinon des fondements – cette notion de fondements mériterait d'être explicitée ; nous l'écartons ici car pouvant être discutée – tout au moins des principes ou des références qui conditionnent l'intervention des pouvoirs publics ou la déterminent dans une certaine mesure. Ces principes sont au nombre de deux, ce sont la *fraternité* et la *solidarité nationale*.

La *fraternité* est, chacun le sait, le troisième terme de la devise nationale. La République française s'affirme fraternelle mais, au-delà de l'image qui est belle, de tout ce que l'on peut dire d'émouvant sur l'idée de fraternité dont on aimerait qu'elle caractérise tous les êtres humains et les relations entre eux et entre les peuples, qu'y a-t-il concrètement, c'est-à-dire juridiquement ? La fraternité est-elle autre chose qu'un motif à de beaux discours ?

Tout d'abord il faut rappeler que, lorsque la République est fondée, dans notre pays, donc sous la Révolution, comme nous l'avons rappelé en introduction, la devise républicaine n'inclut pas le terme de fraternité, comme on le croit souvent, et même si, effectivement, les discours révolutionnaires, notamment à l'assemblée, font fréquemment référence à la fraternité. La devise républicaine est alors « Liberté, égalité, propriété ». Il n'y a rien d'étonnant à trouver dans la devise républicaine, à cette date, la propriété. Les révolutionnaires sont très attachés à la propriété privée qui fait partie des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme » comme le rappelle la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et qui est « un droit inviolable et sacré » (art. 17 de la Déclaration).

La fraternité n'entre dans la devise républicaine qu'en 1848, avec l'avènement de la IIe République. Celle-ci entendait effectivement être sociale, nombre de dispositions et d'affirmations de cette période témoignent de cette aspiration à la fraternité. C'est également l'un des traits qui rend cette république si attachante.

La fraternité va être reprise par la suite régulièrement dans les constitutions républicaines. Elle figure aujourd'hui dans notre devise républicaine. Cependant, jusqu'à une date récente, on éprouvait quelques difficultés à lui donner un contenu : la fraternité apparaissait comme une exigence morale devant concerner tous les Français, sans que l'on puisse en tirer de conséquences sur le plan normatif.

Les choses ont un peu changé avec la décision du Conseil constitutionnel du 6 juillet 2018 (décision n° 2018-717/718 QPC) rendue par ce dernier sur renvoi de la de la Cour de cassation à propos des dispositions de la loi qui modifiait dans un sens restrictif le code d'entrée et de séjour des étrangers en France et instituait un délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées. Il a été reproché, notamment, à ces dispositions, de méconnaître le principe de fraternité. Et, pour la première fois, le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle de ce principe. Toutefois, la portée de cette consécration est limitée car, dans la même décision, le Conseil constitutionnel rappelle qu'aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national et, en outre, l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe, selon le Conseil, de la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, et il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre le principe de fraternité et la sauvegarde de l'ordre public.

Un autre principe, dont nous allons voir qu'il est mieux assuré que le principe de fraternité, et qui a pris une place considérable dans nos dispositifs législatifs et réglementaires, est le principe de *solidarité nationale*. Une triple question apparaît lorsque on veut en parler : qu'est-ce que la solidarité ? De quelle solidarité parlons-nous ? La solidarité est-elle invocable et quelle place tient-elle dans notre législation ?

Qu'est-ce que la solidarité ? La solidarité c'est ce qui unit, ce qui lie, qui maintient. Le terme a des significations très larges et très diverses. On peut parler par exemple, dans une machine, de la solidarité entre les divers éléments. Ce qui nous intéresse ici, dans un sens très différent, c'est la solidarité appliquée aux groupes humains. Ainsi entendue comme champ d'application, la solidarité signifie l'entraide et le secours que le groupe apporte à celui parmi ses membres qui est dans le besoin, qui a besoin de cette aide. La solidarité implique donc une prise de conscience de ce qui nous unit aux membres du groupe et l'acceptation par les membres du groupe de porter aide et assistance à celui ou ceux qui sont en difficulté.

Une deuxième question est de savoir de quelle solidarité il s'agit. Nous laissons volontairement de côté, parce qu'elle n'existe plus aujourd'hui, cette forme de solidarité de groupe que l'on a pu trouver au Moyen Âge dont les historiens ont montré l'importance (nous pensons à des auteurs tels que Philippe Ariès, Jean-Louis Flandrin ou encore Alphonse Dupront), notamment dans le cadre des corporations. Nous laissons également de côté certaines formes de solidarité comme la solidarité syndicale, pour la simple raison qu'elle ne concerne, éventuellement, qu'une toute petite partie de la population. Si l'on se place dans une perspective historique trois formes de solidarités se manifestent, et qui existent aujourd'hui à des degrés divers.

L'une des plus anciennes formes de solidarité, si nous mettons à part la solidarité tribale qui, selon certains anthropologues, serait antérieure et première (mais tout cela est discuté), est la solidarité *familiale*, et cela quelle que soit la forme de famille considérée. Pendant des siècles la famille est venue en aide à ceux de ses membres qui étaient en difficulté. Mais aujourd'hui, et quel que soit le « jugement » que l'on peut porter sur

cette évolution, la situation s'est complètement inversée : compte tenu des transformations économiques et sociétales qui se sont produites, c'est la famille qu'il faut désormais aider.

Une deuxième forme de solidarité qui pourrait nous retenir est la solidarité *locale*, c'est-à-dire, en fait, celle qui se manifeste à l'échelon d'une commune. On ne peut oublier que la commune est l'héritière, sur la forme (la dénomination) comme sur le fond (les missions) des communautés qui existaient autrefois et qui étaient des rassemblements de famille. Et il est vrai que la commune – entendons par là essentiellement les communes rurales – a été un cadre de solidarité, et il demeure vrai qu'à l'heure actuelle encore les communes viennent en aide aux habitants nécessiteux.

Mais l'on pourrait faire à propos de la solidarité locale la même remarque que celle qui a été faite pour la solidarité familiale : la solidarité locale s'est largement perdue. Cela tient à une multitude de facteurs : les transformations des communes, l'urbanisation, les changements des rapports sociaux, les nouvelles pratiques de vie, etc. Le législateur parle bien, dans plusieurs textes, de « solidarité territoriale » ou de « solidarité de proximité » mais, d'une part, cela s'applique plus aux rapports entre collectivités qu'aux rapports entre une collectivité et les personnes physiques qui la composent, d'autre part, ces affirmations demeurent, comme bien d'autres dispositions législatives, largement théoriques.

Reste la solidarité *nationale*. Elle est aujourd'hui l'une des expressions les plus significatives de la République sociale qu'affirme être la France. Nous voudrions faire les quelques observations suivantes à propos de la solidarité nationale, sur laquelle nous avons beaucoup écrit.

En premier lieu, le principe de solidarité nationale n'est pas sorti d'un coup de l'imagination des penseurs ou du législateur. Deux remarques sont à faire à cet égard. D'une part, l'idée de solidarité a fait l'objet de nombreuses réflexions à la fin du XIXe siècle. On peut notamment citer un auteur aujourd'hui bien oublié, Léon Bourgeois qui, en 1896, écrit un ouvrage intitulé « *Solidarité* »[12]. Léon Bourgeois était convaincu que la solidarité était un renouvellement des conceptions sur les relations entre les citoyens et l'État, il proposait d'ailleurs de remplacer le mot fraternité, dans la devise républicaine, par le mot solidarité, et l'on a parlé de « solidarisme » pour désigner cette idéologie. Puis ses (et ces) idées sont passées de mode. D'autre part, lors de la guerre de 1914, l'un des plus grands juristes de son temps, Carré de Malberg, cherchant un fondement possible à la réparation des dommages de guerre, estimait qu'il fallait trouver un *jus novum*, et il proposait en ce sens la solidarité nationale.

En deuxième lieu, en 1945, un certain nombre de juristes et d'hommes politiques avaient en tête des écrits sur la solidarité, ils avaient également à l'esprit des situations dans lesquelles le législateur avait dû intervenir pour accorder des aides (notamment en cas de calamités) et où l'on s'était interrogé sur le fondement de ces aides, il y avait encore le précédent de 1918 où le législateur avait adopté une loi sur les dommages de guerre. C'est pourquoi nous trouvons la solidarité nationale consacrée dans le

[12] Paris, Colin, 156 p.

Préambule de 1946. C'est l'alinéa 12, dont le texte est le suivant : « La nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales ». Il y a dans ce texte un point que nous n'avons pas le temps de développer, mais qui est important, c'est la distinction entre l'égalité et la solidarité. Le droit français connaît depuis longtemps le principe d'égalité, la jurisprudence sur ce point est énorme. Nous nous bornons à dire que la solidarité n'est pas l'égalité (comme certains auteurs ont pu l'affirmer), elle est au-delà de l'égalité, elle intervient lorsque celle-ci ne peut plus jouer.

En troisième lieu, la question à laquelle il est le plus difficile de répondre est double, mais les deux aspects sont étroitement liés : quelle est la valeur du principe de solidarité nationale, et que recouvre cette dernière ? Il est facile de répondre au premier volet (c'est pourquoi nous avons présenté la question dans cet ordre) : le principe de solidarité nationale a valeur constitutionnelle puisqu'il est clairement énoncé dans le Préambule. Mais la formule est faussement claire, plus exactement elle soulève une vraie difficulté. En effet le constituant affirme que la solidarité nationale doit jouer en cas de « calamité nationale ». Mais qu'est-ce qu'une calamité nationale ? Nous avons écrit il y quelques années un livre sur « *Les calamités publiques* »[13] et cette notion de « calamité publique », que l'on retrouve dans plusieurs dispositions législatives, est plus large que celle de « calamité nationale ». En fait, et les débats qui ont eu lieu devant les deux constituantes le montrent, le constituant pensait avant tout (voire exclusivement) à la guerre en parlant des calamités nationales, la guerre étant la calamité majeure. Il ne pensait pas – et il pouvait difficilement penser – aux autres types de « calamités » qui pourraient survenir par la suite.

Ainsi, la solidarité nationale n'est pas invocable directement devant un juge. Comme pour d'autres principes ou d'autres droits consacrés par le Préambule et dont nous avons vu quelques-uns, on est renvoyé au législateur. C'est à lui qu'il revient de dire ce qui relève ou peut relever de la solidarité nationale. C'est ainsi que, fort logiquement, le premier article du code de la sécurité sociale, l'article L. 111-1, dispose : « L'organisation de la sécurité sociale est fondée sur le principe de la solidarité nationale ».

Le législateur a étendu le champ de la solidarité nationale, on ne voit pas comment il aurait pu faire autrement, et sa démarche est parfaitement légitime. Depuis trois quarts de siècle environ, le législateur a décidé de réparer des dommages subis au titre de la solidarité nationale. Cela a été le cas pour les victimes d'actes de terrorisme où, le plus souvent, on ne trouve pas de responsable au sens juridique du terme : les terroristes, lorsqu'ils sont pris, sont évidemment insolvables et l'on voit mal comment un juge pourrait, en un tel cas, consacrer la responsabilité, même sans faute, de l'État. Seule la solidarité nationale peut constituer un fondement à une telle réparation, le terme même de réparation étant d'ailleurs inadéquat et devant être remplacé par celui d'indemnisation.

Dans l'affaire dite du « sang contaminé », qui a donné lieu à tous les recours possibles devant les deux ordres de juridictions, le législateur a adopté, nonobstant les condamnations déjà prononcées par des juges,

[13] Paris, Berger-Levrault, 1980, 204 p.

une loi en vue de réparer les dommages subis par les personnes contaminées par le virus du sida à la suite d'une transfusion sanguine. La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des patients et à la qualité du système de santé consacre également la solidarité nationale dans une disposition devenue l'article L. 1142-1 du code de la santé, et selon lequel :

> « un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient au titre de la solidarité nationale ».

Les citoyens se sont facilement habitués à cette idée de solidarité nationale, celle-ci apparaît un peu comme une formule magique pour répondre à des difficultés qui touchent un nombre plus ou moins important de personnes, qu'il s'agisse du plan de la santé, ou du plan économique, ou du plan social. Et la crise sanitaire que nous connaissons ne peut que renforcer ce sentiment des Français. La question est donc plutôt : jusqu'où peut aller la solidarité nationale, quelles sont ses limites ? Il apparaît que les seules vraies limites sont les limites financières. La solidarité nationale est fonction de la richesse collective d'une société.

Peut-on, doit-on, conclure ? Trois remarques suffiront simplement. En premier lieu, la République est une réalité évolutive, on ne peut la comprendre comme on l'appréhendait en 1848 ou dans les années 1900, parce que les problématiques ne sont pas les mêmes, elles ont profondément changé. En même temps, en deuxième lieu, on se rend compte que certains problèmes d'autrefois ressurgissent, mais d'une autre manière. Cela veut dire que l'on n'en a jamais fini avec l'histoire, d'où l'importance de la connaître en évitant les anachronismes, dans lesquels certains sombrent actuellement. En troisième lieu, il apparaît également que la République, qui se confond aujourd'hui largement avec la démocratie, est fragile, elle implique, pour perdurer, un minimum d'accord sur ce que nous sommes et sur ce que nous voulons. C'est là, désormais, l'un des enjeux les plus importants.

5. La laïcité : une histoire

Julien Bouchet

Professeur agrégé, chargé d'enseignement à l'Université Clermont Auvergne, docteur en histoire contemporaine et membre associé au Centre d'Histoire « Espaces et Cultures » (EA 1001)

Pour la plupart de nos contemporains, la laïcité renvoie à un état juridique inégalement opératoire en fonction des territoires (sa constitutionnalisation en droit français, une non-reconnaissance dans le droit européen et international), à plusieurs principes réputés intangibles par leurs défenseurs (la liberté de conscience, la neutralité de la fonction publique) et à une mémoire à étapes selon laquelle la conflictualité inhérente aurait été dépassée par un équilibre social et politique désormais fragile. Cette sédimentation culturelle convoque de manière récurrente plusieurs repères chronologiques. Ceux-ci sont souvent galvaudés, quand ils ne servent pas à donner un gage de sérieux à des propositions idéologiques faussement empiriques.

Le recours à une analyse historique permet donc de reconstituer une partie des racines de la laïcité, une réalité ancienne pour plusieurs sociétés politiques. L'environnement de son développement n'était sur ce point pas le même que le nôtre ; et le chemin « français » fait plus figure de cas singulier que de loi, à considérer la marche variée de notre monde. Au temps d'une « ultramodernité » qui met de nouveau au centre le religieux[1], un retour sur le passé paraît ainsi heureux pour apprécier plusieurs dynamiques et enjeux contemporains qui continuent à structurer, autour de la question laïque, le champ politique et social, à diverses échelles.

I. Les termes de la réflexion

La laïcité est un substantif de plus en plus insaisissable (A), en dépit d'une densité bibliographique qui lui est associée. Le régime laïque ne caractérise pas aujourd'hui l'ensemble des rapports entre la puissance publique et les cultes (B), ce qui amène à réfléchir à plusieurs questionnements qui structurent les débats autour de la laïcité (C).

A. Un mot ouvert

Souvent, lorsque l'on évoque la laïcité et son histoire, plutôt qu'une définition clairement synthétique viennent à l'esprit des termes associés à ce principe (un contenu de pensée, une règle) et/ou cette valeur (un principe que l'on a particulièrement à cœur de défendre)[2] : la « liberté », le « pluralisme religieux »[3], pour certains la « République » et pour d'autres la « tolérance », pourtant si différente de la laïcité en cela que ses

[1] Philippe Portier et Jean-Paul Willaime, *La Religion dans la France contemporaine. Entre sécularisation et recomposition*, Paris, Armand Colin, 2021, 316 p.

[2] Dans un tweet du mois de février 2020, Nicolas Cadène, rapporteur général de l'Observatoire de la laïcité, précisait que la laïcité n'est pas une valeur mais bien un principe autorisant l'existence d'autres valeurs.

[3] Julien Bouchet, « Les enjeux historiques à l'égard de la citoyenneté », in Florence Faberon (dir.), *Laïcité et pluralisme religieux*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 63-76.

partisans supportent plus qu'ils ne défendent la différence en matière religieuse et philosophique.

Cette imprécision lexicale, que d'aucuns considèrent comme la manifestation d'une aporie théorique, révèle en fait le caractère ouvert du terme « laïcité ». L'un des moyens pour retrouver du sens est de se pencher sur son étymologie, non pas pour entamer une critique génétique ou ésotérique du mot substantivé en langue française au moment même de la mise à l'ordre du jour parlementaire de la laïcisation à la fin des années 1870, ce qui montre bien la communication de plusieurs champs, mais bien pour retrouver « l'âme » de l'une de ses racines civilisationnelles. « Laïque » est issu du grec *laos* qui désigne le peuple, un groupe, une communauté, un collectif singulier d'abord parce qu'il n'est pas religieux. En ce sens, l'histoire de la laïcité est, d'emblée, celle de l'autonomisation de la société du religieux, une émancipation autorisée, dans un premier temps, par une possibilité de liberté pour celles et ceux qui étaient prisonniers de rets illibéraux (la religion d'État avec ses injonctions coercitives, notamment la poursuite des blasphémateurs et la mise à l'écart de minorités religieuses non reconnues), puis par la reconnaissance d'un espace pour les laïcs, espace profane qui deviendra progressivement l'espace civil à la fin du XVIIIe siècle. Cette construction est réputée d'autant plus essentielle qu'elle a fondé la nation en France. La laïcité est donc constitutive d'une progressive libération de la société à côté et, parfois, face au religieux, en particulier ses émanations institutionnelles. Cette évolution, très associée, en France, à l'histoire républicaine depuis plus de deux siècles, n'a pas été un processus. Il y eut en effet des ruptures (la décapitation du roi Louis XVI en janvier 1793 constitue une brisure de sacralité sans possibilité de retour ni de « Salut », les députés du pouvoir temporel et civil ayant donné l'ordre d'assassiner un chrétien ayant reçu une onction supérieure), des réactions (la nouvelle confessionnalisation de la société français au moment de la restauration monarchique du milieu des années 1810), et trois périodes principales d'accélération de la laïcisation : les années 1880 avec l'œuvre législatrice des républicains dits « opportunistes », les années 1900 au moment du combisme qui associe les radicaux et les socialistes réformistes[4], une troisième séquence au milieu des années 1920 avec, de nouveau, une politique radicale.

La laïcité est donc issue de plusieurs chronologies, de décisions parfois fondamentales, et d'arbitrages juridiques qui la rendent complexe par ses diverses stratifications politiques et sociales. Elle est en cela une et diverse, structurelle et dynamique, centrale et périphérique. Elle imprègne plusieurs cultures politiques.

B. Des situations plurielles

Les évolutions politiques et juridiques empruntées dans le monde ont configuré différentes situations relatives à la liberté des cultes. La laïcité républicaine en régime séparatiste, le système adopté en France avec la loi de séparation des Églises et de l'État de 1905, implique une stricte distinction entre ces Églises et l'État manifestement indifférent à leurs

[4] Julien Bouchet, *La République irréductible*, Neuilly, Atlande, collection « Références », 2018, 442 p.

présences. La pratique religieuse relève alors de la vie privée et n'apparaît légalement dans la vie collective que dans des situations prévues par la loi commune, sous couvert du maintien de l'ordre public (des pratiques autorisées comme les processions, des marques de distinction comme le port d'un signe religieux discret). Cette potentielle restriction en vue de préserver l'ordre public, même en régime répressif, peut entraîner de lourdes contractions pour les libertés publiques, comme nous l'avons constaté lors de l'épidémie de la Covid-19, certes sous un régime juridique exceptionnel. La religion ne disparaît pas pour autant de l'espace public. Si la République ne reconnaît pas les cultes, elle doit, pour le moins, considérer leurs manifestations sociales quand celles-ci s'expriment dans l'espace commun. La France n'est pas la seule nation concernée par une indifférence publique certaine en matière religieuse : le Portugal, dans une certaine mesure le Mexique, relèvent de cette situation d'apparente indifférence. En Europe, la laïcité française relève d'une voie qui n'est cependant pas majoritaire. Elle n'apparaît pas pourtant comme une exception, mais plutôt comme une spécificité dans l'environnement de l'Union européenne.

Il existe en effet d'autres situations, dominantes en Europe et dans le monde. Celles-ci relèvent de quatre principaux modes de relations entre la puissance publique et les cultes. La confusion entre le pouvoir et la religion concerne, premièrement, plus d'une dizaine d'États aujourd'hui. C'était quasiment la règle dans les temps anciens. Mais ce type de rapports existe toujours, notamment au Vatican, au sein de pays musulmans de tradition juridique chiite (la République islamique d'Iran) ou sunnite (le royaume d'Arabie saoudite). Dans l'espace moyen-oriental, cette confusion a même été à l'origine de la fondation de nouveaux empires (l'État islamique). La diffusion de la dynamique à l'Afrique sahélienne est notable. D'autres aires culturelles comme la Thaïlande sont concernées par l'imbrication politico-religieuse, même dans ses périphéries touristifiées comme Phuket où trône depuis quelques années Big Bouddha Maravijaya. Dans ces territoires, le religieux imprègne la société qu'il constitue en quelque sorte. Il est un principe légitime et de légitimation, un filtre de socialisation et d'identité.

Le deuxième modèle a-laïque est le choix d'une religion d'État, une option écartée en France dès la révolution orléaniste de 1830, mais qui a été privilégié par son voisin anglais pour la religion anglicane un siècle plus tôt, ou par la Suède au bénéfice de la religion luthérienne. Au sein de ces nations, l'État entretient une relation privilégiée avec une religion reconnue et acceptée comme « dominante » dans la hiérarchie juridique et des valeurs, ce qui ne signifie pas que les autres confessions, comme le plus souvent dans le premier modèle, ne puissent pas être librement pratiquées.

Le confessionnalisme renvoie, troisièmement, à l'hypothèse où une religion imprègne la vie sociale alors même que l'État est, en principe, neutre : tel est le cas en Israël depuis sa proclamation en 1948. La religion juive n'y a pas le statut de religion d'État. Plusieurs associations de Juifs dits « laïques » ont essayé dans les années 1970 et 1980 d'importer le « modèle français », sans succès pérenne, surtout depuis le recul des progressistes. Le dernier modèle est celui de la reconnaissance de

plusieurs religions par une puissance publique en rien indifférente à leur influence. Il permet la mise en place d'un régime juridique d'égalité entre les différentes confessions. Ce système a été choisi par l'Allemagne fédérale qui est encore partagée entre l'influence protestante au nord, et la tradition catholique au sud, dans un environnement de plus en plus sécularisé, comme en témoignent les demandes de retrait des registres de baptême. Les présences religieuses y existent, même dans le registre symbolique : la Constitution allemande mentionne « Dieu », tout comme celle des États-Unis d'Amérique d'ailleurs. En Irlande est légal un pluralisme religieux plus ferme : la Constitution manifeste notamment l'imprégnation chrétienne dans la vie sociale avec la mention de la « Sainte Trinité ».

L'un des moyens pour singulariser la voie laïque est de la replacer dans une économie générale des rapports entre la puissance publique et le religieux. Ces rapports ne sont pas toujours indifférents ou conflictuels, loin s'en faut.

C. Plusieurs questions fondamentales

L'étude critique de la laïcité et des faits laïques conduit à plusieurs réflexions. Tout d'abord, l'autonomisation laïque plus ou moins ancienne peut-elle être considérée comme un *take off* social et culturel, voire politique, que l'historien peut repérer dans le temps et caractériser ? Se pose ici l'enjeu de la relation entre diverses « campagnes laïques » et l'histoire des sociétés destinataires de ces mots d'ordre, engagements et parfois politiques. Force est de constater que le lien n'est pas toujours évident entre l'émancipation religieuse et celle de la société. Et le « décollage » n'est demeuré, en fait, rarement définitif. En France, une nation souvent considérée comme précurseur des changements en matière de laïcisation et de sécularisation, en tout cas dans les États d'influence latine, la promesse républicaine d'une laïcisation présentée comme le préalable aux réformes sociales à la fin du XIXe siècle ne s'est pas véritablement réalisée[5]. Elle fut même à peine esquissée dans le monde colonial où une Marianne-Janus régna en maîtresse d'un ordre asymétrique. Pourtant, c'est une idée politique qui avait émergée dans les années 1870 et qui eut cours pendant quarante ans, jusqu'aux tranchées de Verdun en quelque sorte. Cette promesse renvoyée à des calendes grecques fut ensuite remplacée par plusieurs missions « généreuses » de l'État social, une génération plus tard, les prémices de l'État-Providence.

Deuxième exemple, la société républicaine turque des années 1920 et 1930, volontairement autonome par rapport au religieux de l'Empire ottoman, était une Turquie républicaine et volontairement « laïque » au moment du kémalisme (1925-1940), une singularité recherchée par Atatürk pour se distinguer dans son environnement oriental. Depuis une décennie, cet héritage est gommé au nom d'une réaction nationaliste confortée par le religieux. La mémoire du parti kémaliste est, à cette fin, pour partie réécrite.

---

[5] Julien Bouchet, « L'avenir impossible : la crise du projet laïc à la fin du XIXe siècle », VIIe Congrès de la SERD, 20 janvier 2016 : https://serd.hypotheses.org/le-xixe-siecle-au-futur

Troisième exemple, dix ans après les « printemps arabes », des émotions radicales plus que de véritables révolutions en définitive, la Tunisie des années 2020 est bien plus confessionnelle que celle des années 1970. Plusieurs « avancées » laïques n'y ont donc pas déterminé un futur progressiste sans possibilité de retour. Au contraire, elles ont autorisé le développement de noyaux de contestation du pluralisme religieux qui ont pu éclore en des contestations porteuses car elles renouaient avec une fraternité communautaire en pointant les impérities de l'État, oppositions qui ont dépassé ses frontières. La diffusion réticulaire des Frères Musulmans est un cas d'école depuis plusieurs générations dans le Maghreb oriental. Lorsque la tradition étatique est moindre que la coutume tribale, à l'image de la situation afghane, l'activisme radical est encore plus facilité.

La seconde grande question est le rapport entre l'éclosion de politiques de laïcité et l'usage de la violence, fût-elle symbolique : la marche laïque a-t-elle procédé, de manière récurrente, de ruptures coercitives ? La société post-religieuse est-elle ensuite parvenue à domestiquer la violence associée ? On pourra citer les ruptures sanglantes (la décollation de Louis Capet en 1793), les exils forcés, qu'ils soient individuels (des prédicateurs jugés trop radicaux comme en Espagne lors de la Seconde République) ou collectifs (des congrégations au début des années 1900), et des exclusions plus symboliques (plusieurs formes d'iconoclasmes). Cette question renvoie plus largement à une autre interrogation : doit-on exclure les représentants de la religion dominante d'un temps pour « progresser » ? La société du consensus peut-elle être une société de la concorde après un temps de dissension à fondement religieux ? Le cas du congréganisme au cours du XIXe siècle est un exemple de récurrente mise à l'écart[6], au moment où l'on construit la nation française sans les Jésuites considérés comme inféodés au pape, et sans le clergé régulier aux vœux ignorés par le droit ayant rompu avec l'Ancien Régime.

II. Les lieux et les symboles de la laïcité « française » contemporaine

Pétrie de plusieurs choix politiques, constructions historiques et appropriations culturelles, la laïcité française de notre temps est désormais plus territoriale (A) et patrimoniale (B) qu'un vecteur de politisation ou bien un marqueur identitaire, ce qui constitue une rupture certaine avec des temps plus anciens, notamment celui qui l'a fait émerger au tournant du XXe siècle. Cet écart est responsable d'incompréhensions et de déconvenues pour certains animateurs d'associations « laïques ». Le passé réanimé dans ces structures militantes est désormais à considérer à l'aune d'un présent plus « ultra-moderne » (C).

A. L'accumulation des lieux : une laïcité stratifiée

La laïcité française contemporaine est d'abord territoriale, avant de désigner un état avancé de sécularisation. Cette dernière notion désigne plutôt l'indifférence sociale en matière religieuse, une indifférence prégnante seulement à partir des années 1960 dans la société française,

[6] Julien Bouchet, « Le congréganiste hors la société ? Les dynamiques de laïcisation de la République radicaliste au prisme d'une approche d'anthropologie politique (France, 1902-1906) », *AMNIS. Revue de civilisation contemporaine Europes/Amériques*, n° 11, 2012.

certes inégalement. Cette évolution suscitait alors plusieurs prises de conscience, spécialement chez les Églises catholiques où l'on commanda plusieurs enquêtes diocésaines, à l'image de celle de Clermont sous l'épiscopat de Monseigneur de La Chanonie, pour essayer de comprendre ce qui se passait[7].

Cinq principaux « lieux »[8] hébergent aujourd'hui la laïcité. Le premier est la « maison commune », la mairie, avec sa mission de comptabilité nationale au travers de l'état civil. Pour être rigoureux, la mise en place du registre des naissances, des mariages et des décès a précédé la fondation républicaine de l'automne 1792. Le recensement municipal remplace celui de la paroisse depuis plus de deux siècles. Cette opération administrative a permis l'existence juridique de sujets du roi qui appartenaient aux minorités religieuses dont certaines, spécialement les Juifs, n'étaient pas à reconnaître en tant que telles, même aux yeux de révolutionnaires comme Clermont-Tonnerre, l'absence de distinction étant justifiée par l'unité nationale : « Il faut tout refuser aux Juifs comme nation ; il faut tout leur accorder comme individus ; il faut qu'ils soient citoyens »[9]. On capte aussi alors le mariage, un rite chrétien, que l'on « laïcise » et réalise dans la « maison commune » placée souvent à proximité de l'église. En raison de sa centralité, réelle et symbolique, la mairie devient progressivement un objet de monumentalisation publique, souvent républicaine. Une volonté de créer une architecture concurrente au religieux est réelle[10], ce qui se manifeste également dans l'accumulation sculpturale dans les centres urbains et les petits bourgs (groupes statuaires, fontaines).

Le deuxième lieu d'existence de la laïcité est l'école. L'enjeu de la formation de la jeunesse est prégnant au moins dès la fin de l'Ancien Régime. Dans une conférence à la salle Molière dite le 10 avril 1870, la France étant encore une terre d'Empire, Jules Ferry constatait la persistante importance de cet enjeu :

> « L'éducation du peuple est, depuis la Révolution française, au cœur de toute idéologie, au nom d'un principe que l'on peut formuler ainsi : qui éduque contrôle. »

Le député d'opposition à Napoléon III évoquait le rapport entre l'État et la famille, et les perspectives d'une éducation « nationale », partant unificatrice, un enjeu qui n'est pas encore abandonné aujourd'hui, en dépit de la reconnaissance de particularismes et du caractère propre d'établissements scolaires. La séparation de l'Église et de l'École commence véritablement par l'application des lois scolaires de la première moitié des années 1880[11], sous l'action spéciale de l'entourage de Jules Ferry et de Charles de Freycinet[12]. Une correspondance entre la fondation institutionnelle de la Troisième République et la promotion de

---

[7] *Réalités religieuses du Puy-de-Dôme*, deux tomes, Clermont, publication interne, mars 1968.
[8] Le terme « lieu » est préféré à celui « d'espace » pour souligner l'inscription physique et géographique de la laïcité.
[9] Séance de l'Assemblée constituante du 23 décembre 1789.
[10] *Art laïque et architecture civile dans le Puy-de-Dôme, 1789-2005*, Clermont-Ferrand, Conseil général du Puy-de-Dôme, 2005, 139 p.
[11] Pierre Chevallier, *La Séparation de l'Église et de l'École* : Jules Ferry et Léon XIII, Paris, Fayard, 1981, 485 p.
[12] Julien Bouchet, *Charles de Freycinet*, Neuilly, Atlande, à paraître.

l'école laïque est établie ; certes les effets des lois promulguées sont de long terme sur les mentalités et les cultures politiques, la morale, désormais civique mais toujours empreinte de religiosité, n'étant pas évacuée. Du reste, en 1914, beaucoup d'écoles rurales de filles sont encore gouvernées par des religieuses, ce qui ne constitue pas, en soi, un problème grave même si, dans le registre symbolique, Marianne est encore munie d'une cornette dans certaines campagnes.

Le troisième ensemble de lieux, plus insolites en apparence, sont les espaces d'ensevelissement et de sépultures, les cimetières communaux, qui entretiennent un rapport spécial au sacré. La municipalisation des cimetières est menée dans les années 1880, puis vient la laïcisation des pompes funèbres sous le gouvernement Combes (1902-1905) : les Libres penseurs peuvent enfin bénéficier d'un service neutre qui n'est pas le privilège d'une confession religieuse.

Le quatrième lieu est constitué des établissements publics qui, au cours du second XXe siècle qui est celui de l'extension des missions de l'État, deviennent de nouveaux terrains de la laïcité. Celle-ci entre progressivement dans les salles de sport, les piscines et les centres administratifs.

Enfin, la laïcité est celle de l'espace public. Cette laïcité est certes plus discrète et moins stricte en regard des règles dans d'autres espaces comme les établissements scolaires. Elle constitue un enjeu politique de ces trente dernières années. Celui-ci donne lieu à des éclosions médiatiques récurrentes, il y a une génération au sujet des prières de rues ou bien du foulard à l'école et, aujourd'hui, autour des présences religieuses dans les espaces communs (tenue vestimentaire, attitude). Mais ce sujet est bien plus ancien, pour preuve les polémiques associées au déplacement des prêtres pour porter l'Extrême Onction « en habit », ou bien les processions religieuses au moment de la Belle époque de l'anticléricalisme républicain.

La laïcité est donc visible dans plusieurs espaces républicains. Elle est d'autant plus prégnante qu'elle est parfois associée à un univers métaphorique qui la dépasse.

B. La porosité des figures : une laïcité méta-symbolique ?

Même si elle se tient aux portes du sacré, devant le temple (*pro-fanum*) que ses chantres les plus radicaux se font un principe de ne pas considérer comme tel alors qu'il existe bel et bien, la laïcité est très associée à l'univers symbolique collectif, en l'occurrence républicain, un domaine difficile à appréhender car il est foisonnant et complexe. Celui-ci désigne un ensemble de matérialités, objets et signes qui renvoient à des idées plus ou moins invisibles aux yeux de certains, notamment les étrangers, ce qui manifeste l'imprégnation sociale de l'acculturation nationale. La laïcité produit ainsi parfois un ensemble de codes animés par des pratiques : certains éléments ont été intégrés au patrimoine, la mention du principe sur des bâtiments public par exemple. Ces codes forment au

besoin un lexique qui sert à légitimer, rassurer et/ou singulariser la France et certains de ces segments aux yeux d'autres ensembles[13].

Cependant, ce qui peut paraître singulier est que la laïcité en France n'a pas créé, ne serait-ce que par le positionnement théorique d'indifférence en matière religieuse et le renvoi à la sphère privée des expressions de religiosité, un nouvel ordre symbolique à part entière. Elle s'est en fait associée à d'autres systèmes de référence, et plus largement aux représentations collectives dominantes, partant à la culture politique de la nation, déclinée en modernité libérale durant la première moitié du XIXe siècle, puis en République du progrès dès la seconde moitié de ce siècle. La laïcité s'est, cependant, incarnée en des personnages représentatifs (la figure du fondateur avec Ferdinand Buisson, celle de l'irréductible avec Émile Combes [14], celle du prolongateur avec Édouard Herriot), et des acteurs collectifs comme les partis radicaux en France et en Angleterre au début du XXe siècle, puis diverses fédérations des gauches (le Bloc espagnol à la fin des années 1900) qui se sont transformées en « camp laïque », en particulier dans la « guerre scolaire » (serment de Vincennes de 1959 contre la loi Debré, union de 1984 contre le projet Savary). Ce « camp laïque » est désormais réputé conservateur en ce sens qu'il souhaite, d'abord, préserver les « acquis » et les « conquêtes » du passé.

La laïcité est donc non seulement visible mais signifiante par son association à diverses grammaires de l'altérité civique et républicaine. Cette place pose l'enjeu de son adaptation à des logiques de court terme, et aux mutations de la société.

C. Le passé laïque à l'aune d'un présent « ultra-moderne »

L'histoire peut être appelée au chevet de débats contemporains qui portent principalement sur quatre objets de controverses : les frontières de la neutralité publique en matière de relation avec des croyances et des systèmes religieux parfois en confrontation, les échelles d'exécution de la législation laïque, sa morale, enfin sa force mécanique et dynamique.

L'État peut-il être neutre face aux « séparatismes » ? La question de la neutralité publique n'est en fait pas nouvelle. Elle a traversé les générations de l'État moderne post-révolutionnaire. La politique religieuse de Napoléon Bonaparte privilégiait les cultes reconnus au terme d'accords diplomatiques pour l'Église catholique ou même de recréations institutionnelles pour les Israélites ; la monarchie restaurée des Bourbons puis le Second Empire privilégièrent le catholicisme avant que des logiques nationalitaires dans le monde latin, plus particulièrement le soutien français apporté à une indépendance italienne finalement réalisée contre le pape, n'éloignent les bonapartistes des « cléricaux ». Le « séparatisme », ce mot si utilisé aujourd'hui, un mot-valise qui charrie souvent plusieurs ensembles de différenciations et de problèmes, désigne pour sa part plusieurs logiques de partition, de segmentation de l'unité

[13] Régis Debray et Didier Leschi, *La Laïcité au quotidien : guide pratique*, Paris, Gallimard, 2015, 154 p.
[14] Julien Bouchet et Pierre Triomphe (dir.), *Émile Combes : cent ans après*, Bordeaux, Le Festin, 2021.

nationale au bénéfice de communautés plus ou moins constituées et autonomes. L'État peut-il être donc neutre face aux « séparatismes » ? Cette interrogation peut trouver une première réponse dans une autre question, plus historienne, et ses prolongements chronologiques : l'État fut-il neutre lorsque le religieux était constitutif d'une socialisation et de la constitution de groupes qu'il était censé gouverner ? La réponse est non.

L'État accompagna ensuite la marche laïque, avant que de nouvelles religiosités ne traversassent une partie de plus en plus notable de ses missions. Si les fonctionnaires ont pour obligation, réalisable, de faire montre de neutralité, l'État en général et la politique en particulier ne peuvent au mieux que tendre vers elle. La République n'est pas neutre en tant que telle face aux religions, elle ne l'a jamais été. Loin d'être une inconséquence, la neutralité est donc fortement bornée, ne serait-ce qu'en raison de la coexistence citoyenne et du respect d'un « ordre » public essentiellement mu par des impondérables du temps politique, fussent-ils configurés par des principes communs à une société politique.

Ce temps est celui d'une société désormais mondialisée et connectée. Avant d'être un péril inquiétant, c'est un fait. Or la laïcité peut-elle, encore, se penser essentiellement comme « nationale », et donc être placée à la base d'un « vivre-ensemble » signifiant, d'abord, à l'échelle d'un pays dans lequel l'État a son action limitée par des réalités qui lui échappent ? L'incidence de l'échelle est déterminante car la politisation nationale en matière laïque fut pensée à cette échelle, certes transcendée par un optimisme plus ouvert. La question de l'universalisme est posée ; et celle des échecs passés de cette généreuse projection ; de même les impacts de nouvelles communautés qui ne sont souvent que la manifestation post-moderne, ou ultra-moderne, de la distinction de groupe. Les tensions entre le domaine de la souveraineté nationale et la sphère internationale ne sont certes pas nouvelles, en particulier pour ce qui concerne l'universalisme. On peut citer les inconséquences et parfois les contradictions entre le républicanisme révolutionnaire émancipateur et conquérant au cours des années 1790 ; la laïcité promue dans un environnement républicain mais colonial et impérialiste un siècle plus tard[15] ; ou bien, il y a soixante-dix ans, la diffusion des libertés publiques et de l'ingérence « occidentale » dans certaines périphéries comme le Proche-Orient.

La morale nationale ou plus universelle est souvent au cœur de l'entreprise de légitimation des enjeux laïques. Sur ce point, la morale publique peut-elle se passer du « secours » de la religion ? Le traitement de l'hyper-individualisme et de l'anomie par une culture politique républicaine désormais plus laïcisée reste périlleux. Se pose en cette matière l'enjeu de la « réanimation » de la laïcité, une exigence pour certains, le substantif désignant à la fois une nouvelle vitalisation et la recherche d'une nouvelle âme. Peut-on finalement vivre sans religiosité ? Se manifestent ici les concours de la « religion » qui est dans le même temps une forme de lien social, un ensemble de pratiques et un agrégat de « scrupules » qui fondent un rapport individuel ou plus collectif à l'altérité et au monde.

---

[15] Pierre Vermeren, *La France en terre d'islam. Empire colonial et religions, XIXe-XXe siècles*, Paris, Belin, 2016, 430 p.

Ce monde change. Or la laïcité est-elle (toujours ?) un socle fait d'acquis et/ou une dynamique politique, un vecteur de changement social ? Ce point est peut-être l'origine d'incompréhensions entre plusieurs militants et des responsables politiques ; le déterminant, aussi, de velléités de qualification de la laïcité dans le champ médiatique et politique[16].

Ainsi, la laïcité a une histoire, longue, complexe, faite d'à-coups et d'interactions parfois heureuses. Elle n'est pas seulement française, loin s'en faut, mais elle est souvent perçue comme pétrie de l'histoire particulière de cette nation. Cette histoire fut souvent mêlée à celle de choses qui dépassaient la diffusion puis l'actualisation de ce principe hébergeur de valeurs dans un ensemble français singulier : le parcours d'autres nations, les recompositions de l'idée républicaine en Europe, les velléités de dominations ultramontaines du catholicisme.

Aujourd'hui, la laïcité, prise en tant que telle, paraît souvent fondamentale, mais finalement un peu périmée. On peut s'interroger sur cet apparent paradoxe. Cette situation s'explique, d'abord, par l'évolution des temps. Le régime laïque fut développé à la fin du XIXe siècle et affiné dans le premier XXe siècle, à un moment où le collectif citoyen faisait sens, de même qu'une morale civique, et où les modes d'information et de formation étaient contrôlés par des corps intermédiaires dûment constitués en partis, organisations et associations. Faut-il donc devenir nostalgique de ce temps, pourtant si pluriel ? Peut-on accepter de ressentir de manière persévérante un spleen ? Il serait peut-être heureux de réfléchir à l'insertion de ce socle historique et juridique, qui n'est pas seulement territorial et patrimonial, dans un environnement qui est, désormais, européen et mondial ; également, de prendre garde aux effets de discours convenus et misérabilistes : la laïcité, constitutionnalisée en France depuis 1946, est reconnue. Elle dispose d'une force d'inertie qui la protège plus qu'on ne le dit d'attaques de notre temps, un temps qui n'est, sur ce point, pas seulement belligène.

[16] Julien Bouchet, *La Laïcité républicaine*, Clermont-Ferrand, Presses universitaires Blaise Pascal, 2019, p. 40-41.

6. La laïcité à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis sur la liberté religieuse[1]

Michaël Rioux

Docteur en droit public, enseignant contractuel à l'Université d'Avignon

Un observateur pourrait être étonné en constatant que la Constitution américaine n'inclut aucune référence à Dieu ou à la religion, à l'exception de son article VI qui interdit les serments religieux pour l'accès aux emplois dans l'administration fédérale[2]. James Madison, Père fondateur et 4ème Président des États-Unis d'Amérique, considérait que

> « tout homme qui devient membre d'une société civile particulière, doit le faire en conservant son allégeance à l'Universel Souverain ». Cela impliquait pour lui que « la religion soit totalement exclue [de la sphère civile]. »[3]
>
> De fait, « l'histoire des États-Unis, du moins telle que la content ses tribunaux, est marquée dès l'origine par une volonté de séparation institutionnelle entre l'Église et l'État. »[4]

Le fondement juridique de cette séparation institutionnelle entre l'Église et l'État jugée nécessaire à la liberté de religion se trouve dans le premier amendement de la Constitution des États-Unis.

---

[1] Ce chapitre s'appuie sur les deux articles suivants : Michael Rioux, « Chronique du premier amendement : nécrologie anticipée de la jurisprudence Smith », *Revue francaise de droit constitutionnel*, vol. 126, n° 2, 4 mai 2021, p. 141-164 et Michael Rioux, « L'insoluble articulation entre convictions laïques et religieuses dans le premier amendement des États-Unis », *Revue de droit international et de droit comparé*, n° 2, 2021, p. 209-229.

[2] « Les sénateurs et représentants susmentionnés, les membres des diverses législatures des États et tous les fonctionnaires exécutifs et judiciaires, tant des États-Unis que des divers États, seront tenus par serment ou affirmation de défendre la présente Constitution ; mais aucune profession de foi religieuse ne sera exigée comme condition d'aptitude aux fonctions ou charges publiques sous l'autorité des États-Unis. » [*'The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution; but no religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States'*.] (article VI, troisième alinéa de la Constitution des États-Unis).

[3] *'Every man who becomes a member of any particular Civil Society, [must] do it with a saving of his allegiance to the Universal Sovereign »*, *« Religion is wholly exempt from [Civil Society's] cognizance'* (James MADISON, *Memorial and Remonstrance against Religious Assessments*, 20 juin 1785 URL : https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-08-02-0163. Consulté le 30 août 2021 *in* Philip B. KURLAND et Ralph LERNER, « The Founders' Constitution », *volume 5, Amendment I (Religion), Document 43*, 30 mai 2000. URL : http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendI_religions43.html. Consulté le 30 août 2021).

[4] Thomas Hochmann, « Constitution et religion : analyse de la jurisprudence américaine relative au créationnisme », *Revue francaise de droit constitutionnel*, n° 80, n° 4, 2009, p. 765.

Celui-ci prévoit que « le Congrès ne fera aucune loi relative à l'établissement d'une religion ou à l'interdiction de son libre exercice »[5]. Thomas Jefferson, autre Père fondateur des États-Unis, considérait que le premier amendement entendait dresser un « mur de séparation » entre l'Église et l'État[6]. Cet amendement ne précisant nullement

> « si la séparation avait comme but de protéger les citoyens d'une religion étatique, de protéger l'État d'une religion en particulier ou de la religion en général, ou de protéger en priorité la conscience libre des citoyens »[7]

fut à l'origine de nombreux désaccords concernant l'interprétation et les limites de la liberté de religion.

C'est en 1878, avec l'affaire *Reynolds v. United States*[8], que la Cour Suprême aborda pour la première fois la liberté d'exercice de la religion issue du premier amendement. George Reynolds, le requérant de cet arrêt, était le secrétaire particulier de Brigham Young, le successeur de Joseph Smith en tant que président de l'Église de Jésus-Christ des saints des derniers jours. Il s'était converti aux idéaux mormons, ce qui lui valut, en 1875, une condamnation de travaux forcés de deux ans pour bigamie. Cette sentence fut confirmée un an plus tard par la Cour suprême du territoire de l'Utah[9]. La Cour suprême fédérale fut alors saisie afin de trancher sur la constitutionnalité de la loi réprimant cette pratique religieuse en vigueur aux États-Unis depuis plus de 30 ans.

La solution de la Cour permit de clarifier le droit constitutionnel des États-Unis sur

> « la place de la religion et l'interprétation du premier amendement » et « sur les garanties constitutionnelles d'impartialité et sur leur encadrement » [10]. De « l'interprétation de la clause de liberté religieuse c'est-à-dire du premier amendement »[11], la Cour déduisit deux principes[12].

Premièrement, la « clause de non-établissement » [*'Establishment Clause'*] interdit au gouvernement de décider des questions religieuses. Ainsi le Congrès ne peut adopter de lois promouvant spécifiquement une

---

[5] *'Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof'*.

[6] *'In the words of Jefferson, the clause against establishment of religion by law was intended to erect a wall of separation between church and State.'* (*McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 203, 211 (1948)).

[7] Blandine Chelini-Pont et Gregory Mose, « La laïcité américaine aujourd'hui ou la bataille du premier amendement », *Revue du droit des religions*, n° 4, novembre 2017, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, p. 83-103.

[8] *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878).

[9] *United Sates v. Reynolds*, Utah 1:319 (1876).

[10] Arnaud Coutant, « Commentaire sur l'arrêt Reynolds v. U.S. », in *Histoire constitutionnelle des États-Unis, tome 2, Fédération ou démocratie ? : 1860-1937*, Paris, Mare & Martin, 2013, p. 371.

[11] *Ibid.*, p. 362.

[12] Allen D. Hertzke, « A Madisonian Framework for applying Constitutional Principles of Religion », in *Religious Freedom in America: Constitutional Roots and Contemporary Challenges*, First edition, Norman, Oklahoma : University of Oklahoma Press, 13 janvier 2015, p. 3-32.

religion ou établir une religion officielle[13]. Cette interdiction va même plus loin puisque ni les États fédérés ni l'État fédéral ne

> « peuvent voter de lois qui aideraient une religion, qui aideraient toutes les religions, ou qui préfèreraient une religion à une autre »[14].

L'objectif est d'empêcher

> « qu'une communauté religieuse particulière soit favorisée, privilégiée, devienne officielle, « établie » par l'État, et donc que les membres des autres groupes religieux soient défavorisés, discriminés voire, au pire, persécutés. »[15]

Secondement, la « clause de libre exercice » [*'Free Exercise Clause'*] interdit toute atteinte à la liberté religieuse. Toutefois la clause distingua au sein de ce libre exercice la liberté de croyance ou conscience [*'freedom to believe'*] et la liberté d'agir [*'freedom to act'*]. Si la loi ne peut pas par principe interférer avec la liberté de croyance, ce principe cesse lorsque la loi, fondée sur des motifs relatifs à l'ordre public [*'public policy exception'*], limite certaines pratiques religieuses.

De cette dichotomie sont nés deux courants de pensée qui s'opposent sur la portée de chacune de ces deux clauses[16] et expliqueront les différentes fluctuations dans la jurisprudence de la Cour. Concernant la clause de non-établissement c'est-à-dire la relation entre les organisations religieuses et l'État, on distingue les « accommodationistes » et les « séparationistes ». Les « séparationistes » perçoivent la religion comme une affaire essentiellement privée et estiment que la religion devrait être hors de portée de l'État. À l'inverse, les « accommodationistes » pensent que l'État doit soutenir les religions de manière non discriminatoire afin de concilier le service public avec les besoins spirituels[17].

On retrouve également une fracturation entre deux courants de pensée dans la portée de la clause de libre exercice. On peut distinguer ainsi

---

[13] Cornell Law School, « Establishment Clause », *Legal Information Institute*. URL : https://www.law.cornell.edu/wex/establishment_clause. Consulté le 30 août 2021.

[14] *Everson v. Board of Educ.*, 330 U.S. 1, p. 15 (1947). L'interdiction de connivence entre religion et État va même au-delà des religions classiques. Ainsi dans l'affaire *Malnak v. Yogi*, plusieurs écoles secondaires publiques du New Jersey avaient proposé un cours sur la « Science de l'intelligence créative » [*'Science of Creative Intelligence'*] en utilisant un manuel écrit par son fondateur et en enseignant la « Méditation transcendantale » [*'Transcendental Meditation'*] comme moyen de se connecter à la « pure intelligence créative » [*'pure creative intelligence'*] qui serait à la base de toute vie. Bien que l'État soutînt que le matériel et les pratiques (notamment un chant puja issu de l'hindouisme) étaient entièrement séculaires, la cour d'appel des États-Unis pour le troisième circuit a considéré que la science de l'intelligence créative et les pratiques enseignées dans le cadre du cours constituaient une religion au sens du premier amendement (*Malnak v. Yogi* (3d Cir. 1979) 592 F.2d 197).

[15] Guy Haarscher, « La Constitution des Etats-Unis impose-t-elle de traiter à égalité la religion et l'irréligion ? », *Observatoire des Religions et de la Laïcité*, 24 décembre 2014. URL : https://o-re-la.ulb.be/index.php/analyses/item/1090-la-constitution-des-etats-unis-impose-t-elle-de-traiter-%C3%A0-%C3%A9galit%C3%A9-la-religion-et-l%E2%80%99irr%C3%A9ligion-. Consulté le 30 août 2021.

[16] Mary Segers, Ted G. Jelen et Clarke E. Cochran, *A Wall of Separation?: Debating the Public Role of Religion*, Oxford : Rowman & Littlefield Publishers, 27 août 1998, p. 57 ; Ted G. Jelen et Clyde Wilcox, *Public Attitudes Toward Church and State*, New Ed, Armonk, N.Y : Routledge, 31 août 1993, p. 24.

[17] *'Accommodates the public service to their spiritual needs'* (*Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306, 314 (1952)).

l'approche « communaliste » de celle « libertarienne » de la clause de libre exercice.

Les tenants de l'approche « communaliste » souhaitent que le gouvernement interdise les exemptions religieuses à la loi. Les tenants de l'approche « libertarienne » considèrent que les individus devraient au contraire pouvoir bénéficier d'exemptions religieuses pour pouvoir exercer librement leur culte. Ainsi, pour les libertariens, la polygamie, normalement interdite par la loi, pourrait néanmoins être autorisée, par dérogation, lorsqu'elle est constitutive d'une pratique religieuse. De même, la consommation de certaines substances hallucinogènes interdites pourrait être autorisée aux personnes l'utilisant dans un cadre religieux.

		Clause d'établissement	
		Accommodationiste	Séparationiste
Clause de libre exercice	Communaliste	**Préférence chrétienne** *Souhaite que l'État soutienne les religions mais que certaines pratiques religieuses soient néanmoins limitées.* Dans les faits, il s'agit d'aide aux religions souvent majoritaires et d'interdictions de pratiques de religions minoritaires, non conformes aux valeurs chrétiennes communément admises.	**Restriction maximale des religions** *Souhaite réduire le rôle de la religion dans la vie publique.* L'État ne doit pas aider la religion et celle-ci ne doit obtenir aucune dérogation.
	Libertarien	**État sans préférence religieuse** *Souhaite que l'État soutienne de manière neutre les religions tout en permettant que celles-ci puissent s'exprimer un maximum dans l'espace public.*	**Espace de liberté totale des religions** *Souhaite que l'État demeure entièrement neutre vis-à-vis des religions.* Il ne doit ni empêcher le prosélytisme ni limiter les pratiques religieuses.

Source : Tableau construit à partir de l'article de Ted G. Jelen, Clyde Wilcox, *Public Attitudes Toward Church and State*, Armonk, N.Y., M.E. Sharpe, 1995, p. 25.

Les « accommodationistes » peuvent être « communalistes » ou « libertariens ». Il en va de même pour les « separationistes ». On obtient donc quatre idéologies considérant de manière très différente la liberté de religion aux États-Unis.

Un « séparationiste communaliste » souhaite restreindre au maximum le poids de la religion : pas de lien avec l'État, pas de dérogation à la loi pour les pratiques religieuses. À l'inverse, un « accommodationiste libertarien » est favorable à un soutien financier de la part de l'État ainsi que de nombreuses dérogations pour pratiquer sa religion.

Entre ces deux courants de pensée, il existe deux positions intermédiaires qui s'avèrent néanmoins de véritables positions idéologiques.

Un « séparationiste libertarien » souhaite que l'État n'impacte pas les religions mais permette la mise en place d'une liberté religieuse totale. L'État doit rester neutre et laisser les religions et leurs pratiques se développer. De fait, une telle position favorise les religions minoritaires ou émergentes.

À l'inverse, un « accomodationiste communaliste » souhaite que l'État aide la religion sans toutefois autoriser des exemptions. Dans les faits, une telle position favorise la religion majoritaire chrétienne, déjà implantée dans le pays, plus susceptible d'obtenir des aides d'État et dont les pratiques religieuses sont quasiment devenues laïques : le dimanche est chômé, les jours religieux déjà fériés, la polygamie est interdite comme les drogues conformément à la religion ou morale chrétienne.

La position de la Cour dans l'arrêt *Reynolds* sur le

> « premier amendement a créé un héritage historique durable, non pas tant pour la clause de libre exercice que pour la disposition de non-établissement du premier amendement. »[18]

L'interprétation de la clause de non-établissement qui interdit au gouvernement de s'impliquer dans les questions religieuses est indubitablement une victoire des partisans des thèses « séparationistes ». Bien que l'interprétation de la clause du libre exercice puisse être vue comme « libertarienne » car limitant spécifiquement la clause du libre exercice aux lois pénales[19] – celles-ci restent par principe hermétiques à toute exemption liée à une croyance religieuse[20] – , la solution est avant tout la démonstration d'une position « communaliste ». La Cour y affirme que la clause du libre exercice ne protège pas les pratiques religieuses entrant en conflit avec une loi générale adoptée pour des raisons d'ordre public.

L'arrêt *Reynolds* pose ainsi le principe que le religieux n'impacte pas les pouvoirs publics fédéraux, protégés par un véritable « mur de séparation ». Débute alors une période allant des années 40 aux années 70 pouvant être décrite comme une « ère séparationiste »[21]. À partir des

---

[18] Donald L. Drakeman, « Reynolds v. United States: the historical construction of constitutional reality », *Constitutional Commentary*, vol. 21, nº 3, 22 décembre 2004, Constitutional Commentary, Inc., p. 698.

[19] L'arrêt *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925) montrera les limites de la portée de la clause de libre exercice. Dans cet arrêt, la Cour a annulé une loi de l'Oregon interdisant la scolarisation des élèves dans des écoles privées. Elle a conclu que l'Oregon avait usurpé le pouvoir légitime des Églises de gérer des écoles et des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs propres croyances religieuses.

[20] La Cour rationalise cette conclusion avec deux arguments. Premièrement, cette exception religieuse causerait une certaine « supériorité des croyances religieuses sur la législation étatique » (*Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 169 (1878)) puisque « l'application de la loi [reposerait] sur le bon vouloir de la personne, ce qui impliquerait une supériorité de l'individu sur la loi, et conduirait à la fin de l'ordre juridique » (Coutant, *op. cit.* (note 10), p. 366.). Deuxièmement, elle occasionnerait une distinction irrationnelle dans les lois pénales : « ceux qui ne font pas de la polygamie une partie de leur croyance religieuse pourraient être déclarés coupables, mais d'autres pourraient être acquittées » (*Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 166 (1878)). En autorisant « une personne à agir contre la loi au nom de sa religion, cela constituerait une rupture d'égalité avec une autre personne qui ferait la même action, mais sans lien religieux, et qui serait punie pour cette action » (*Ibid*., p. 365.).

[21] « Separationist era » (K. D. Wald et A. Calhoun-Brown, Religion and Politics in the United States, Sixth Edition, Lanham, Md : Rowman & Littlefield Publishers, 16 septembre 2010, p. 88.).

années 80, la Cour prit une direction beaucoup plus « accommodationiste », en abaissant ce « mur de séparation » entre la religion et l'État (I).

Parallèlement à ces évolutions concernant la clause de non-établissement, la Cour modifie également sa jurisprudence à propos de la clause de libre exercice. Elle maintient dans un premier temps sa position « communaliste », puis, en 1963, fait volte-face. Elle rend alors un certain nombre de décisions dans lesquelles elle juge que la clause de libre exercice peut exempter des pratiques religieuses de l'application d'une loi[22]. En 1990, la Cour opère de nouveau un revirement et rétablit sa doctrine « communaliste »[23] forgée par l'arrêt *Reynolds*[24]. Ce retour a suscité de très vives critiques négatives de la part du Congrès américain et de certaines législatures d'État qui ont en réaction adopté plusieurs lois visant à offrir une meilleure protection à la liberté religieuse[25] (II).

I. La clause de non établissement : du « séparationisme » fondateur à l' « accommodationisme » conservateur

L'arrêt *Reynolds* pose le principe que le religieux n'impacte pas les pouvoirs publics fédéraux, protégés par un véritable « mur de séparation ». À partir des années 40, ce principe s'étend à tous les gouvernements fédérés. La période débutant par l'arrêt *Reynolds* et se terminant à la fin des années 70 peut être décrite comme une ère séparationiste impliquant une relative neutralité de l'État dans la religion.

C'est à partir des années 80 que la clause de non-établissement s'est fissurée. L'État n'est alors plus aussi étanche à la religion qu'il le fut. L'interprétation de la clause de non-établissement comme imposant une interdiction structurelle de relation entre l'État et toutes formes de religion[26] est aujourd'hui devenue minoritaire[27]. Les juges conservateurs de la Cour rejettent l'idée d'un mur séparant l'Église et l'État. Pour Antonin Scalia,

---

[22] *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

[23] George E. Garvey, Bette Novitt Evans, Ted G. Jelen, Clyde Wilcox, Rachel Goldberg, Elizabeth A. Hull, Mark Rozell et Molly W. Andolina, *Piety, Politics, and Pluralism: Religion, the Courts, and the 2000 Election*, Lanham : Rowman & Littlefield Publishers, 20 mars 2002, p. 207.

[24] *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

[25] *Religious Freedom Restoration Act of 1993*, Pub. L. No. 103-141, 107 Stat. 1488 (16 novembre 1993) ; The *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA), Pub.L. 106-274 (22 septembre 2000).

[26] Noah Chauvin, *Unifying Establishment Clause Purpose, Standing, and Standards*, Rochester, NY : Social Science Research Network, 29 avril 2019, p. 8-13. URL : https://papers.ssrn.com/abstract=3385189. Consulté le 30 août 2021 ; Hochmann, *op. cit.* (note 4), p. 765-766 ; Erwin Chemerinsky, « Why Church and State Should Be Separate », *William & Mary Law Review*, vol. 49, n° 6, 1 mai 2008, p. 2204-2209 ; Carl Esbeck, « The Establishment Clause as a Structural Restraint: Validations et Ramifications », *University of Missouri School of Law Scholarship Repository*, XVIII:2, 2002, p. 456-471.

[27] Comme d'autres interprétations de cette clause telles que celle s'appuyant sur des écrits d'universitaires et de juges du début du XVIIIe siècle (*Elk Grove Unified School Dist. v. Newdow*, 542 U.S. 1, 49-51 (2004)) qui prône une vision fédéraliste et considère la clause de non-établissement comme une clause qui empêche seulement le gouvernement fédéral de prendre des mesures liées à la religion, mais qui ne limite aucunement les États et les localités d'établir une religion si tel est leur choix.

ancien juge conservateur « accommodationiste » influant à la Cour Suprême, la clause de non-établissement du Premier Amendement

> « n'exige nullement que l'État soit neutre par rapport à la religion et à l'irréligion. D'ailleurs, remarque-t-il, la Constitution ne parle pas de l'athéisme ou de l'agnosticisme. »[28]

Pour les conservateurs partageant sa vision, la clause de non-établissement ne protège que les droits des individus à ne pas dépendre des institutions religieuses : ceux-ci ne doivent pas être placés dans une position où ils se sentiraient contraints d'agir contre leur conscience dans le domaine de la religion[29]. Les conservateurs, majoritaires à la Cour Suprême depuis 35 ans, se sont appuyés sur le test *Lemon*, mis en place en 1971 par une Cour Suprême pourtant « séparationiste » en en diminuant toutefois considérablement la rigueur[30], pour porter cette nouvelle position « accommodationiste » dans une série de décisions qui a débuté à la Cour Rehnquist (1986 à 2005) et qui s'est poursuivie à la Cour Roberts (depuis 2005).

Par exemple, en 1993, la Cour décida que la clause d'établissement n'empêche nullement que l'aide financière d'un programme de réadaptation professionnelle de l'État soit utilisée pour l'instruction religieuse[31]. La même année, elle affirma qu'un district scolaire est obligé de fournir un interprète en langue des signes à un lycéen sourd continuant ses études dans un lycée catholique[32].

Néanmoins, la décision charnière fut *Agostini v. Felton* de 1997[33] qui, contrairement aux assouplissements précédents[34], concerne des personnes morales et non des particuliers. Cette décision revient sur une décision antérieure de 1985. La Cour considère dorénavant que la clause d'établissement n'est pas violée lorsque des organisations religieuses bénéficient d'aides de la part de programmes gouvernementaux neutres ne les visant pas spécifiquement. L'aide ainsi accordée est considérée comme indirecte et donc conforme à la Constitution. Au cours des deux décennies suivantes, des écoles religieuses ont donc pu bénéficier de prêts fédéraux[35] et des écoles privées catholiques de chèques scolaires

---

[28] Haarscher, *op. cit.* (note 15).

[29] De ces points de vue divers sur la portée de la clause de non-établissement découlent notamment des conséquences juridiques concrètes telles que la position des juges concernant la qualité pour agir du demandeur. Un juge pro « mur de séparation » aura tendance à considérer la qualité à agir automatiquement remplie puisque toute relation entre le gouvernement et la religion viole par définition la clause. Au contraire un juge considérant que la clause n'agit qu'au niveau fédéral privilégiera le rejet de toute qualité à agir aux requérants en cas de conflits infrafédéraux (*Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State*, 454 U.S. 464 (1982)). Enfin, un juge considérant que la clause protège les droits individuels fera valoir que seules les personnes lésées devraient avoir qualité pour agir.

[30] John W. Connolly, III, « Mueller v. Allen: A New Standard of Scrutiny Applied to Tax Deductions for Educational Expenses », 1984, p. 1000.

[31] *Witters v. Washington Department of Services for the Blind*, 474 U.S. 481 (1986).

[32] *Zobrest v. Catalina Foothills School Dist.*, 509 U.S. 1 (1993).

[33] *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997).

[34] Il est à noter qu'au nom de la liberté d'expression, en 1995, la Cour a considéré comme constitutionnel le financement d'un journal évangélique par une université d'État (*Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995)).

[35] *Mitchell v. Helms*, 530 U.S. 793 (2000).

financés par l'État et destinés couvrir les frais de scolarité[36]. La Cour Suprême considère que l'État ne finance pas la religion mais l'enseignement et seulement de manière indirecte. Une telle politique est donc conforme à la clause d'établissement.

En 2017, revenant sur une ancienne jurisprudence[37], la Cour va plus loin : l'aide de l'État n'a plus à être indirecte pour être constitutionnelle. Et surtout la Cour ne considère plus cette aide comme étant autorisée, mais pour la première fois comme étant imposée par la Constitution[38]. Elle fonde son interprétation sur la clause de libre exercice issue du premier amendement de la Constitution des États-Unis : un programme d'aides publiques qui refuse une subvention à une école religieuse pour le resurfaçage d'une cour de récréation, tout en accordant des subventions à des groupes non religieux se trouvant dans une situation similaire, viole la liberté de religion garantie par cette clause[39]. De la même manière, et toujours en vertu de la clause de libre exercice, la Cour a statué en 2020 qu'un programme de bourses d'État qui fournit des fonds publics pour permettre aux étudiants de fréquenter des écoles privées ne peut pas discriminer les écoles religieuses[40].

Dorénavant la Cour interprète la clause de libre exercice de la Constitution comme pouvant contraindre un État à fournir des fonds publics aux organisations religieuses. Cela signifie essentiellement que les communautés de culte auront le droit de participer à des programmes de subvention financés par les contribuables au même titre que les organisations laïques. La seule limite semble de devoir justifier l'utilisation de ces fonds comme étant à des fins laïques. Une digue qui sautera vraisemblablement bientôt[41] et n'empêche nullement, en attendant, les organisations religieuses d'utiliser les fonds économisés grâce aux dotations publiques pour des programmes religieux.

---

[36] *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639 (2002).

[37] En 2004, à propos d'un étudiant souhaitant utiliser sa bourse d'État pour suivre une formation religieuse, la Cour affirmait que « l'intérêt de l'État à ne pas financer le suivi d'une formation religieuse est substantiel » et que « s'il existe une marge entre les deux clauses religieuses, elle doit être là » [*'The State's interest in not funding the pursuit of devotional degrees is substantial* […] *If any room exists between the two Religion Clauses, it must be here.'*] (*Locke v. Davey*, 540 U.S. 712 (2004)).

[38] *'Even when finding that a particular form of assistance was permissible, never did the Court suggest that it might be constitutionally required'* (Erwin Chemerinsky et Barry McDonald, *Eviscerating a Healthy Church-State Separation*, Rochester, NY : Social Science Research Network, 2019, p. 1032. URL : https://papers.ssrn.com/abstract=3304235. Consulté le 30 août 2021.).

[39] *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*, 582 U.S. ___ (2017).

[40] *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, 591 U.S. (2020).

[41] Comme le souligne Chemenrisky et McDonalds, trois membres de la Cour Suprême ont déjà fait part de leur volonté de pouvoir doter les organisations religieuses de fonds publics même lorsque les fonds seront utilisés à des fins religieuses (Chemerinsky et McDonald, *op. cit.* (note 38), n. 6.).

II. La clause de libre exercice : du « communalisme » constitutionnel au « libertarien » législatif

Parallèlement aux évolutions concernant la clause de non-établissement, la Cour a modifié également sa jurisprudence concernant la clause de libre exercice. Jusqu'en 1963 sa position « communaliste », issue de la jurisprudence *Reynolds* de 1878, est maintenue. Ainsi, en 1940, la Cour confirme cette solution dans sa décision *Gobitis*[42].

Cette affaire concernait l'obligation, dans les écoles, de saluer le drapeau et d'effectuer le serment d'allégeance. Durant les années 30 à 60, de nombreuses affaires concernèrent des témoins de Jéhovah. Ceux-ci demandaient à être exemptés de lois générales sur le fondement de la clause de libre exercice. C'est le cas ici. Ils considéraient qu'il s'agissait d'une idolâtrie et demandaient à être exemptés de salut au drapeau.

La Cour rejeta leur recours et jugea que les écoles pouvaient obliger leurs élèves à effectuer ces saluts. La Cour affirma que

> « les objections morales n'ont pas, au cours de la longue lutte pour la tolérance religieuse, libéré l'individu de l'obéissance à une loi générale qui ne vise pas à promouvoir ou à restreindre l'appartenance religieuse. »[43]

En 1963, la Cour fait volte-face. Elle rend alors un certain nombre de décisions dans lesquelles elle juge que la clause de libre exercice peut couvrir non seulement les croyances religieuses, mais aussi la conduite religieuse[44]. Ainsi est-il dorénavant possible d'exempter des pratiques religieuses de l'application d'une loi pourtant générale. L'arrêt de principe est l'arrêt *Sherbert c. Verner*[45].

Il s'agissait d'une adventiste qui avait été licenciée pour avoir refusé de travailler le samedi et qui se voyait ainsi privée d'allocations chômage. La Cour estima qu'il y avait là une violation de la clause de libre exercice justifiant un contrôle strict de constitutionnalité.

La Cour, modifiant profondément sa jurisprudence, jugea que « tout fardeau accessoire sur le libre exercice » [*any incidental burden on the free exercise*] de la religion doit être « justifié par un 'intérêt d'État impérieux' » [*justified by a 'compelling state interest'*][46]. Il « incombe [alors] à l'État de démontrer qu'il n'existe aucune autre forme possible de réglementation »

---

[42] *Minersville Sch. Dist. v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).
[43] *Minersville Sch. Dist. v. Gobitis*, 310 U.S. 586, 594 (1940).
[44] Voir l'opinion dissidente du juge Scalia dans *Texas Monthly, Inc. v. Bullock*, 489 U.S. 1, 38 (1989) : « Dans des affaires telles que *Sherbert v. Verner*, *Wisconsin v. Yoder*, *Thomas v. Review Bd. of Indiana Employment Security Div.* et *Hobbie v. Unemployment Appeals Comm'n of Fla.*, nous avons estimé que la clause de libre exercice du premier amendement exigeait que les croyances religieuses soient prises en compte en accordant des exemptions spécifiques à la religion par rapport aux lois autrement applicables » [*In such cases as Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963), Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972), Thomas v. Review Bd. of Indiana Employment Security Div., 450 U.S. 707 (1981), and Hobbie v. Unemployment Appeals Comm'n of Fla., supra, we held that the Free Exercise Clause of the First Amendment required religious beliefs to be accommodated by granting religion-specific exemptions from otherwise applicable laws.*].
[45] *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).
[46] *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 403 (1963).

[*incumbent upon the [state] to demonstrate that no alternative forms of regulation would combat such abuses*][47] pour promouvoir cet intérêt.

Ainsi, cette décision oblige constitutionnellement les États soit à prévoir une exception pour les personnes qui ne sont pas en mesure de respecter la loi en raison de leurs convictions religieuses, soit à satisfaire un « test d'intérêt impérieux ».

S'appuyant sur une analyse critiquable voire « révisionniste » du juge Brennan[48] de l'affaire *West Virginia Board of Education v. Barnette*[49], la Cour décida d'accorder un régime favorable à la liberté religieuse et de permettre à des citoyens d'être exemptés de lois d'application générale. L'existence de telles exemptions est pourtant source de discordes importantes pour certains universitaires et juges de la Cour Suprême[50] puisque l'objectif du premier amendement n'était sans doute pas de permettre de telles exemptions religieuses[51]. La lettre du premier amendement ne l'autorise par ailleurs nullement.

En 1972, cette position fut pourtant confirmée par la décision *Wisconsin c. Yoder* à propos de l'absence obligatoire d'enseignement secondaire pour les enfants Amish.

Dans cet arrêt, la Cour affirma

> qu'« il existe des domaines protégés par la Free Exercice Clause du premier amendement et hors du pouvoir de contrôle de l'État, même en vertu d'une loi d'application générale » [*there are areas of conduct protected by the Free Exercise Clause of the First Amendment and thus beyond the power of the State to control, even under regulations of general applicability*][52] et que « seuls les intérêts essentiels et ceux qui ne peuvent pas être protégés autrement permettent de contrebalancer les revendications légitimes du libre exercice de la religion » [*only those interests of the highest order and those not otherwise served can overbalance legitimate claims to the free exercise of religion*][53].

L'arrêt *Sherbert v. Verner*[54] est resté célèbre pour avoir posé une présomption d'inconstitutionnalité qui frappait toute loi d'État créant une charge ou entravant une pratique religieuse et qui obligeait l'État à devoir

---

[47] *Ibidem*, 407 (1963).
[48] James M. Oleske, *Free Exercise (Dis)Honesty*, Rochester, NY : Social Science Research Network, 8 novembre 2019, p. 706. URL : https://papers.ssrn.com/abstract=3262826. Consulté le 30 août 2021.
[49] *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).
[50] Vincent Phillip Muñoz, *The Original Meaning of the Free Exercise Clause: The Evidence from the First Congress*, Rochester, NY : Social Science Research Network, 2008, p. 1083. URL : https://papers.ssrn.com/abstract=1150780. Consulté le 30 août 2021.
[51] Les archives du premier Congrès semblent en effet indiquer qu'une telle interprétation de la clause de libre exercice n'était pas envisagée. Par exemple, lors de la rédaction du deuxième amendement, le premier Congrès a rejeté un droit constitutionnel à l'exemption du service militaire fondée sur la religion. De plus, lorsque fut envisagée la possibilité d'exemptions fondées sur la conscience, aucun membre du Congrès n'a suggéré que de telles exemptions pourraient découler du premier amendement (*ibid.*, p. 1085.).
[52] *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 220 (1972).
[53] *Ibidem*, 215 (1972).
[54] *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

se justifier préalablement avant de pouvoir faire exécuter ses lois. L'héritage de cet arrêt est le « test d'intérêt impérieux » qui pose un raisonnement en trois temps :

(a) la loi litigieuse porte-t-elle atteinte au droit d'une personne à librement exercer de son culte ?

(b) la loi sert-elle « un intérêt d'État impérieux » [*compelling interest*], c'est-à-dire un intérêt tel qu'aucune autre institution de la société n'aurait plus d'avantages que l'État à le poursuivre [*the interest must be one such that no other institution in society has a significant advantage over government in pursuing that interest*][55] ?

(c) la loi n'est-elle pas disproportionnée, autrement dit satisfait-elle cet intérêt par les moyens les moins restrictifs pour la liberté religieuse ?

Néanmoins cette position jurisprudentielle pouvant être interprétée comme octroyant une possibilité d'exemption religieuse chaque fois qu'une loi limitait la liberté de culte doit être relativisée. Si le « test d'intérêt impérieux » peut apparaître comme extrêmement strict en théorie, il fut employé souplement en pratique entre 1963 et 1990[56]. La Cour se contenta souvent de rejeter les arguments du requérant sans mettre ce test en œuvre, ce qui témoigne de l'absence véritable d'application de ce test. Ainsi dans l'arrêt *Lee*, un employeur Amish a poursuivi le gouvernement fédéral des États-Unis alléguant que l'imposition des taxes de sécurité sociale qu'il n'avait pas payées violait sa liberté de conscience. En réponse, la Cour se limita à affirmer que « les taxes imposées aux employeurs en matière de Sécurité sociale doivent s'appliquer de la même manière à tous » [*the tax imposed on employers to support the Social Security system must be uniformly applicable to all*][57] plutôt que d'opposer l'intérêt impérieux du Gouvernement à ne pas permettre d'exemptions fiscales.

Dans les faits, la Cour appliquait ce que l'on pourrait considérer comme un « bilan coût/avantage » [*balancing test*]. Les tribunaux examinaient l'atteinte à l'exercice de la pratique religieuse au regard de l'intérêt public et l'intérêt public au regard de l'atteinte à l'exercice de la pratique religieuse[58]. Un véritable « test d'intérêt impérieux » opérant un « contrôle maximal » sur les refus des autorités publiques aux exemptions religieuses aurait entrainé un nombre bien trop important d'exemptions que ce que la société américaine aurait été prête à tolérer[59].

L'existence d'une telle « balance » diminuant la rigueur du « test d'intérêt impérieux » semble évidente lorsque la Cour analyse la « valeur »

---

[55] Robert T. Miller, « What is a Compelling Governmental Interest? », *Journal of Markets & Morality*, vol. 21, nº 1, 30 juillet 2018, p. 71-93.
[56] Michael McConnell, « Free Exercise Revisionism and the Smith Decision », *University of Chicago Law Review*, vol. 57, nº 4, 1 septembre 1990, p. 1126 ; Christopher L. Eisgruber et Lawrence G. Sager, « The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct », *University of Chicago Law Review*, 1994, p. 1247.
[57] *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982).
[58] Kent Greenawalt, *Religion and the Constitution. 1, Free exercise and fairness*, Princeton, États-Unis d'Amérique : Princeton University Press, cop 2006, p. 202 cité par Oleske, *op. cit.* (note 48), p. 712.
[59] Oleske, *op. cit.* (note 48), p. 714.

de la religion ainsi que la communauté qui la supporte alors que le test « d'intérêt impérieux » ne le requiert pas.

Dans la décision *Wisconsin v. Yoder*[60], la Cour pointe l'existence des Amish en tant que « communauté autonome et identifiable depuis 200 ans » [*sharply identifiable and highly self-sufficient community for more than 200 years in this country*] aux États-Unis, de même que leur longue histoire en tant que « segment prospère et autonome de la société américaine » [*the Amish community has been a highly successful social unit within our society*], et leurs « qualités Amish de fiabilité, d'autonomie et de dévouement au travail » [*the Amish qualities of reliability, self-reliance, and dedication to work*]. Les Amish sont par ailleurs décrits comme « productifs et très respectueux des lois » [*Its members are productive and very law-abiding members of society*][61].

Une telle appréciation élogieuse de cette communauté religieuse laisse entendre que la Cour ne serait sans doute pas aussi bienveillante à l'égard d'opinions religieuses considérées comme moins attrayantes[62] – même si une telle position irait à l'encontre d'une vision américaine qu' « il n'existe pas de religion préférée, ou plus noble qu'une autre » et que « toutes reçoivent la même reconnaissance »[63]. En ne mettant pas toutes les religions sur le même pied d'égalité, la Cour rejette l'idée d'un simple test objectif et strict « d'intérêt impérieux ». Elle apprécie subjectivement la possibilité d'une exemption en se laissant une plus grande latitude pour la refuser.

La retenue de la Cour dans l'octroi d'exemptions pour motifs religieux est confirmée par l'adoption de lois par le législateur « corrigeant » les jurisprudences jugées trop défavorables à la liberté religieuse.

Ce fut par exemple le cas avec l'arrêt *Goldman v. Weinberger*[64] de 1986 dans lequel la Cour a refusé tout ajout de signes ostensiblement religieux à l'uniforme militaire arguant que le port d'une Kippa « porterait atteinte à l'uniformité recherchée par les règlements vestimentaires » [*would detract from the uniformity sought by dress regulations*]. Un an après, le Congrès rendit nulle cette position en votant une loi disposant qu' « un membre des forces armées peut porter un vêtement religieux tout en portant l'uniforme de ses forces armées » [*a member of the armed forces may wear an item of religious apparel while wearing the uniform of the member's armed force*][65].

En 1990, la Cour opère de nouveau un revirement avec la décision *Employment Division v. Smith*.

Les faits de l'espèce étaient simples. M. Alfred Smith fut licencié du centre de réhabilitation pour toxicomanes dans lequel il travaillait, au motif qu'il avait consommé un produit stupéfiant, le peyotl. Il s'agit d'une plante

[60] *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).
[61] *Ibid.*, 222-225 (1972).
[62] Nicholas Nelson, 'A textual approach to harmonizing Sherbert and Smith on free exercise accommodations', *The Notre Dame law review*, vol. 83, 1er janvier 2008, p. 812.
[63] Élisabeth Zoller, « La liberté d'expression aux États-Unis », in *La liberté d'expression*, Paris, Dalloz, 2 décembre 2015, p. 221.
[64] *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503, 503 (1986).
[65] 10 U.S. Code § 774 - Religious apparel: wearing while in uniform.

contenant des substances hallucinogènes utilisées dans les rites de certaines tribus amérindiennes. La loi interdit la consommation de substances hallucinogènes mais a comme conséquence secondaire l'interdiction de l'exercice d'une pratique religieuse : la consommation de peyotl. Selon la jurisprudence *Sherbert*, c'est à l'État de démontrer la nécessité de cette loi.

Ce n'est pourtant pas la position de la Cour en l'espèce qui rétablit ici sa doctrine « communaliste » forgée par l'arrêt *Reynolds* de 1878. Elle juge que la clause de libre exercice ne peut s'opposer aux lois « neutres, généralement applicables » ayant pour conséquence une réglementation indirecte de la conduite religieuse. La loi ne vise pas la religion amérindienne mais la consommation de drogue : il n'y a pas de possibilité d'exemption.

Sauf que depuis les années 70, l'interprétation du premier amendement est devenue un objet de clivage politique et la liberté religieuse un thème de clivage et de mobilisation politique majeur[66]. En renversant l'arrêt *Sherbert*, qui imposait au gouvernement de démontrer l'intérêt impérieux d'une loi d'application générale restreignant les pratiques religieuses, la Cour a adopté une jurisprudence qui s'est avérée totalement contre-productive.

La classe politique a rejeté quasi-unanimement cette nouvelle jurisprudence. Ce qui a engendré la création d'une protection législative diminuant la propre compétence de la Cour Suprême.

D'une part, les effets d'espèce de la décision *Smith* furent rapidement limités par l'adoption de textes visant à permettre la consommation de peyotl[67].

D'autre part, le Congrès américain et certaines législatures d'État, soutenus par une très large coalition d'universitaires, d'avocats, d'élus et de représentants religieux, ont en réaction adopté plusieurs lois visant à offrir une meilleure protection à la liberté religieuse.

- Le *Religious Freedom Restoration Act (RFRA)* adopté en 1993 à l'unanimité à la Chambre des représentants et avec seulement trois votes contre au Sénat[68] ;

- Le *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act (RLUIPA)* adopté en 2000 à l'unanimité des deux chambres[69].

Au niveau fédéral ou au niveau fédéré en cas d'utilisation de fonds d'origine fédéral, il est possible d'utiliser ces lois pour demander une exemption religieuse selon l'ancienne jurisprudence *Sherbert*.

---

[66] Chelini-Pont et Mose, *op. cit.* (note 7), p. 90.
[67] En 1991, l'État de l'Oregon a modifié sa loi sur les substances réglementées afin de permettre l'usage religieux du peyotl (OR. REV. STAT. § 475.992 (Supp. VI 1994). En 1994, le Congrès a modifié l'*American Indian Religious Freedom Act* afin d'y inclure une protection pour l'usage rituel du peyotl par les Amérindiens (42 U.S.C.S. § 1996a (Supp. 1995)).
[68] *Religious Freedom Restoration Act*, Pub.L. 103-141, 107 Stat. 1488 (1993).
[69] *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, Pub.L. 106–274, codifié au 42 U.S.C. § 2000cc (2000).

Ce fut le cas au niveau fédéral, dans l'affaire *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficiente Uniao Do Vegetal*[70]. Il s'agissait en l'espèce de membres brésilo-américains de l'Union du végétal, une secte de 130 membres, utilisant un thé hallucinogène appelé hoasca dans leur service de communion. Lorsque les inspecteurs des douanes ont saisi un chargement de hoasca, l'Union du végétal a poursuivi plusieurs fonctionnaires fédéraux, dont le procureur général, en vertu de la RFRA. À l'unanimité, les juges de la Cour Suprême ont considéré que le Gouvernement n'avait pas réussi à démontrer un « intérêt impérieux » dans l'interdiction du hoasca pour des raisons religieuses.

Au niveau fédéré, dans l'arrêt *Cutter v. Wilkinson*, des prisonniers de l'Ohio pratiquant des religions « peu courantes » (un pratiquant de l'Église suprémaciste blanche de Jésus Christ-Chrétien, un sataniste, un asatrù et un wiccan) se sont appuyés sur la RLUIPA pour se plaindre de l'impossibilité d'exercer leur religion. La Cour a jugé que les établissements pénitentiaires devaient permettre aux prisonniers d'exercer correctement leur religion, quelle qu'elle soit[71].

De même, dans l'affaire *Holt v Hobbs*[72], la Cour suprême s'est appuyée sur la RLUIPA pour rendre son verdict. Il s'agissait en l'espèce d'une interdiction générale absolue du port de la barbe dans les établissements pénitentiaires de l'État de l'Arkansas. Pour les autorités pénitentiaires, cette interdiction était impérative pour raisons de sécurité. La Cour suprême a conclu que cette interdiction portait une atteinte excessive à la liberté de religion des détenus de confession musulmane même au regard de l'objectif de maintien de la sécurité dans les établissements pénitentiaires.

La réaction à la jurisprudence *Smith* s'est même étendue à la législation des États fédérés. Pour instaurer davantage de protection à la liberté de religion, ces États ont adopté des lois intégrant le contenu de la RFRA dans leur propre droit. Appelée « mini-RFRA », cette codification rend le test « d'intérêt impérieux » de la jurisprudence *Sherbert* applicable aux lois des États fédérés l'ayant adopté. En 2020, 21 États fédérés avaient déjà adopté des « mini-RFRAs » dans leur législation[73]. L'Alabama l'avait même directement intégré à sa Constitution[74].

[70] *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006).
[71] *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005), appliquant le § 3 de la RLUIPA qui prévoit, entre autres, qu' « aucun gouvernement ne doit imposer une charge substantielle à l'exercice religieux d'une personne résidant dans un établissement ou confinée dans un établissement », sous réserve d'un intérêt gouvernemental impérieux mis en œuvre par les moyens les moins restrictifs.
[72] *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. 352 (2015).
[73] Il s'agit des États suivants : Alabama, Arizona, Arkansas, Connecticut, Floride, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiane, Mississippi, Missouri, Nouveau-Mexique, Oklahoma, Pennsylvanie, Rhode Island, Caroline du Sud, Tennessee, Texas et Virginie.
[74] Alabama Constitution of 1901, Art. I, § 3.01.

Conclusion

Le premier amendement est issu d'une vision « séparationiste » dans laquelle Églises et États doivent rester dissociés. Aujourd'hui, pourtant, la position « accommodationiste » de la Cour Suprême semble bien ancrée. Les récentes nominations des juges Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh et Amy Coney Barrett à la Cour Suprême par l'ancien Président Donald Trump confirment cette vision pour les prochaines décisions de la Cour.

L'arrêt *Espinoza v. Montana Department of Revenue*[75] rendu en juin 2020 dans laquelle la Cour suprême a considéré, à 5 voix contre 4 avec le vote déterminant des juges Gorsuch et Kavanaugh, que la Constitution protège le programme de bourses du Montana qui finance indirectement les écoles religieuses va dans le sens d'une plus grande aide de la part de l'État aux institutions religieuses.

L'interrogation se pose sur l'avenir de la clause de libre exercice. Celle-ci détournée par l'octroi de larges possibilités d'exemptions par la RFRA, la RLUIPA et les mini-RFRA n'a plus vraiment d'avenir au niveau constitutionnel. Une possibilité de futur serait d'adapter *Smith* en assouplissant ses conditions.

À ce titre, l'affaire *Fulton v. City of Philadelphia*[76], rendue en 2021, par la Cour aurait pu faire office de véritable ballon d'essai. Le plaignant, une organisation religieuse qui a passé un contrat avec la ville de Philadelphie pour aider à placer des enfants en famille d'accueil, demande d'avoir le droit, en vertu de la clause de libre exercice, de refuser les couples de même sexe. Considérant que, contrairement aux lois, les contrats de placement en famille d'accueil échappaient à l'application de la jurisprudence *Smith*, celle-ci fut écartée. En conséquence, la Cour appliquant un « contrôle maximal » [*strict scrutiny*], se rapprochant du « test d'intérêt impérieux » de l'arrêt *Sherbert,* considéra que la ville de Philadelphie violait la clause de libre exercice en ne permettant pas une exemption religieuse à sa politique anti-discrimination alors que des possibilités d'exemptions étaient prévues dans le dispositif de certification des foyers d'accueil.

Bien que la jurisprudence *Smith* sorte intacte de cette affaire, il n'en demeure pas moins que cette décision va dans le sens d'une plus grande protection de la liberté religieuse face aux lois et d'un affaiblissement de la jurisprudence *Smith*. Une tendance jurisprudentielle que l'on peut faire remonter à trente ans, dès le lendemain de la décision Smith...

[75] *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, 591 U.S. (2020).
[76] *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 US _ (2021).

7. *État de calamité naturelle exceptionnelle* : un nouveau régime « *d'exception* »

Audrey Duton

Docteure au Centre de Recherches et d'Études Administratives de Montpellier (CREAM ; EA 2038), Université de Montpellier, et chargée d'enseignement à l'Université de Guyane

La COP 28[1] s'est achevée en décembre 2023 à Dubaï en aboutissant à des conclusions et des solutions renouvelées – essentiellement autour des énergies fossiles – bien qu'incertaines. Face aux constats répétés de l'accélération du réchauffement climatique et du dépassement des prévisions scientifiques[2], les décisions des États parties tendent à traiter des modalités d'adaptation[3] au changement climatique et ne s'accordent que peu aux enjeux et aux outils impératifs à la lutte contre le réchauffement.

Cette adaptation est donc aujourd'hui un objectif affiché comme prioritaire. Les modifications du climat entraînent de nombreux déséquilibres et catastrophes (famines, inondations, cyclones, incendies…) auxquels doit faire face l'humanité, si l'on envisage un seul constat anthropocentré.

La loi du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale dite 3DS[4] s'inscrit, discrètement, dans ce courant mêlant résignation et pragmatisme. Plusieurs mesures sont effectivement actées en faveur d'une espérée meilleure appropriation par les instances

[1] 28ème Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, texte adopté au Sommet de la Terre à Rio en 1992 qui depuis a été ratifié par 197 pays, États parties qui se réunissent annuellement et « examinent l'application de la Convention et de tout autre instrument juridique qu'elle adopte et prennent les décisions nécessaires pour promouvoir l'application effective de la Convention, y compris les dispositions institutionnelles et administratives » source site UNFCCC.

[2] En ce sens, 6ème rapport du GIEC, volume 3, avril 2022 ou encore Lettre ouverte publiée le 27 octobre 2022 par le groupe d'action climatique Scientist Rebellion regroupant plus de 1 000 scientifiques dont certains auteurs des rapports du GIEC : les scientifiques s'accordent quant au fait que la hausse de 1,5° C sera atteinte dans la décennie prochaine.

[3] Notamment par la création d'un fonds « perte et préjudice » à destination des pays qualifiés de « vulnérables », permettant la concrétisation des engagements annoncés déjà en 2009 (Convention de Copenhague, COP 15, point 8, prévoyant que « les pays développés adhèrent à l'objectif consistant à mobiliser ensemble 100 milliards de dollars par an d'ici à 2020 pour répondre aux besoins des pays en développement ») et en 2015 (Accords de Paris, COP 21, article 9 dans lequel « les pays développés Parties fournissent des ressources financières pour venir en aide aux pays en développement Parties aux fins tant de l'atténuation que de l'adaptation… »).

[4] Loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale.

publiques [5] de la « transition écologique » [6], mais l'adaptation au changement climatique est principalement mise en relief par la création d'un nouveau régime : l'état de calamité naturelle exceptionnelle.

Premières dispositions du titre consacré à l'outre-mer [7] ce régime expérimental et différencié

> « peut être déclaré par décret dans une collectivité mentionnée à l'article 72-3 de la Constitution lorsqu'un aléa naturel d'une ampleur exceptionnelle a des conséquences de nature à gravement compromettre le fonctionnement des institutions et présentant un danger grave et imminent pour l'ordre public, la sécurité des populations, l'approvisionnement en biens de première nécessité ou la santé publique. »

En plus de traiter de manière centrale dans l'article 239 de la vie administrative (objet de cette analyse), ce régime dérogatoire se préoccupe de deux groupes de sujets. L'article 240 dispose en effet qu'en cas de destruction totale ou partielle de bâtiments répondant au régime de la copropriété, les syndics de copropriété se voient soumis à de nouveaux délais pour convoquer et réunir « une assemblée spéciale des copropriétaires dont les lots composent le bâtiment sinistré […] ». Cette assemblée spéciale doit faciliter l'application de la dispositttion prévue par la loi du 19 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis permettant la « reconstruction de ce bâtiment ou la remise en état de la partie endommagée » [8]. D'autre part, l'article 241 créé de nouvelles obligations relatives à l'organisation de mesures d'informations relatives aux aléas naturels prévisibles à destination des travailleurs et des élèves.

Ce nouveau régime permet ainsi aux collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution[9] de bénéficier – *via* l'adoption d'une mesure unique et centrale – de la présomption d'urgence ou de force majeure, condition nécessaire à la mise en œuvre des procédures d'urgence prévues au sein des différentes législations. Elle permet ainsi une action espérée plus rapide des administrations face aux enjeux se rattachant expressément et de manière détaillée à la sécurité publique et plus largement à l'ordre public.

Cette nouvelle mesure doit rigoureusement être distinguée des autres mesures d'urgence déjà adoptées par le législateur et rencontrées ces

---

[5] Dans son avis, le Conseil d'État souligne (point 9) « pratiques et utiles, qui visent, dans des domaines variés, à répondre aux besoins de proximité et d'efficacité exprimés par les élus et les citoyens ».

[6] Titre II de la loi précédemment citée.

[7] Les articles 239, 240 et 241 y sont consacrés.

[8] Article 38 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

[9] « La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité.
La Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion, Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, les îles Wallis et Futuna et la Polynésie française sont régis par l'article 73 pour les départements et les régions d'outre-mer et pour les collectivités territoriales créées en application du dernier alinéa de l'article 73, et par l'article 74 pour les autres collectivités.
Le statut de la Nouvelle-Calédonie est régi par le titre XIII.
La loi détermine le régime législatif et l'organisation particulière des Terres australes et antarctiques françaises et de Clipperton »

dernières années. L'état de catastrophe naturelle récemment réformée[10] ne vise aucunement à un interventionnisme direct des instances publiques, mais vise à établir la reconnaissance par le pouvoir central d'un état particulier ce qui aura pour conséquence d'engager les assurances[11] à indemniser les assurés. C'est pourquoi la loi précise « La déclaration de l'état de calamité naturelle exceptionnelle ne fait pas obstacle au déclenchement de la procédure de constatation de l'état de catastrophe naturelle » : ces deux régimes peuvent ainsi coexister pour un même évènement, sans se substituer l'un à l'autre.

Encore, ce nouveau régime se singularise de l'état d'urgence de la loi de 1955[12], ayant été mis en œuvre lors des attentats et ayant servi de socle au régime organisé face à la crise sanitaire[13]. L'article 1er de la loi de 1955 créant l'état d'urgence permet sa déclaration

> « soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique. »

Le régime de la loi relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale se révèle donc être un nouvel outil intégré dans le corpus juridique. Pour autant, il se rapproche de celui du régime de la loi de 1955 à plusieurs titres, et particulièrement parce que la notion de calamité est l'objet d'ouverture des régimes parce que leurs déclarations valident des procédures exceptionnelles. Ces rapprochements permettraient l'engagement de l'état d'urgence de 1955 pour le traitement des crises environnementales. Mais, le législateur a préféré créer « une exception dans l'exception » comme la qualifie Agathe Van Lang[14]. Et cette exception se distingue notamment en ce qu'elle n'octroie pas aux entités publiques de pouvoirs contraignants sur les libertés publiques. C'est peut-être pour cette raison que ni le Conseil d'État dans son avis[15] ni l'étude d'impact de la loi n'opèrent le rapprochement de ces deux régimes. Il peut être convenu en conséquence que l'état d'urgence de 1955 est un outil d'un rang supérieur[16], dans une perspective d'une ampleur accrue[17], et qui

[10] Loi n° 2021-1837 du 28 décembre 2021 relative à l'indemnisation des catastrophes naturelles.
[11] Article L.125-1 du code des assurances.
[12] Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.
[13] Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.
[14] Agathe Van Lang, « Les catégories de l'état d'urgence en droit administratif sont-elles transposables en droit de l'environnement ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2022/HS21 n° spécial, p. 95.
[15] Qui aurait pu proposer la création d'un réel état d'urgence *sui generis* : voir en ce sens Agathe Van Lang, « Les catégories de l'état d'urgence en droit administratif sont-elles transposables en droit de l'environnement ? », *ibid*., p.95-96.
[16] Et permettant ainsi sa remise en cause : si un outil déjà pertinent existe dans le corpus juridique, pourquoi créer un nouveau régime à l'heure de la simplification du droit ? Voir en ce sens Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues, « L'état d'urgence sanitaire : était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception ? », *D*., 2020, p.891.
[17] Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues précisent dans l'article précédemment cité que la calamité « avait à l'époque été ajoutée par le Gouvernement (dans la loi de 1955), qui avait présent à l'esprit le terrible tremblement de terre d'Orléansville, pour dissimuler le fait que la raison profonde de la loi de 1955 était la lutte contre la rébellion algérienne. »

serait « davantage orienté sur des questions de sécurité et d'ordre public »[18].

Il est à observer le choix du terme de « calamité » caractérisant ce nouveau régime. Ce terme se singularise par l'absence de définition au sein du bloc normatif malgré la fréquence de son emploi. « Calamité agricole », « calamité publique », « calamité nationale »… ou simple « calamité » se retrouvent au sein de différentes législations[19]. L'absence de définition encadrant durablement le terme

> « n'est pas gênante : elle est soit voulue, laissant toute la marge de manœuvre nécessaire pour s'adapter aux circonstances […] soit palliée par une série de critères qui déterminent le périmètre d'application du droit applicable et plus spécifiquement du dispositif d'indemnisation mobilisable » selon Marianne Molinier-Dubost[20] en 2020.

Ce nouveau régime occupe ainsi une place spéciale : il se réapproprie certaines des situations concernées par la loi de 1955 mais de manière partielle.

De plus, cette mesure expérimentale ne concerne qu'une partie du territoire français, les collectivités d'outre-mer. L'étude d'impact de la loi[21] apporte quelques indications à cette précision n'entrainant que peu de conviction. Il est précisé que ces territoires sont particulièrement « confrontés à une conjonction de risques (naturels) »[22]. Ces risques peuvent être inséparables de leurs situations tels les risques volcaniques ou sismiques, mais ils peuvent aussi être en lien avec le changement climatique augmentant notamment la fréquence et la violence des cyclones ou des inondations[23]. L'ensemble des risques pris en compte et l'augmentation des aléas questionnent certains auteurs de doctrine à l'image d'Agathe Van Lang[24]. En effet, l'augmentation de ces aléas en lien avec le réchauffement climatique interroge sur la pertinence du caractère exceptionnel de la mesure.

En dépit de ces interrogations, cet état de calamité naturelle exceptionnelle créé un régime particulier. Quel est-il ? Comment s'articule cet outil qui semble se consacrer à faciliter les vies administratives des territoires touchés par la/les calamité(s) ?

---

[18] Fiche D, principe de création d'un « état de calamité naturelle exceptionnelle », 2 janvier 2020, https://www.guadeloupe.gouv.fr/layout/set/print/Politiques-publiques/Risques-naturels-technologiques-et-sanitaires/Projet-de-loi-sur-les-risques-naturels-majeurs-en-Outre-mer-participez-a-la-consultation

[19] Voir en ce sens Marianne Molinier-Dubost, Catastrophe naturelles, calamités publiques : quelle(s) définition(s) ?, *AJCT*, 2020, p. 388.

[20] Précédemment cité.

[21] Étude d'impact**,** projet de loi relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale, NOR : TERB2105196L/Bleue-1, 12 mai 2021.

[22] Article 75, Étude d'impact précédemment citée.

[23] Des études prouvent que les conséquences du réchauffement climatique sont et seront particulièrement plus intenses sur les régions côtières tropicales – voir l'article '*Broad threat to humanity from cumulative climate hazards intensified by greenhouse gas emissions, Nature climate change'*, cité par Alexandre-Reza Kokabi, « Six questions, six réponses sur le changement climatique, ses effets, et les responsabilités », *Reporterre*, 26 novembre 2018.

[24] Agathe Van Lang, « L'environnement », *RFDA*, 2022, p. 411.

La loi 3Ds présente ce nouveau régime de manière pédagogique, en articulant à la fois les attributs de sa déclaration avant de préciser les mesures induites par cette dernière. Trois articles élaborent ce nouveau régime, ce qui peut sembler à la fois pauvre au regard des enjeux et suffisant pour établir un socle expérimental qui pourra être adaptable aux défférentes circonstances. Elle présente successivement la constitution de la déclaration (I) avant de préciser ses effets (II).

I. La déclaration de l'état de calamité naturelle exceptionnelle

Comme pour toute déclaration de régime d'exception, plusieurs conditions doivent nécessairement être réunies. Deux catégories se singularisent : d'une part celles liées aux conditions justifiant l'enclenchement de la procédure (A) et celles relatives à l'élaboration et à l'existence de la déclaration (B).

A. Les conditions

Le premier alinéa de l'article 239, créant l'état de calamité naturelle exceptionnelle, décrit précisément les conditions devant être réunies pour envisager la déclaration. Il s'agit

> « d'un aléa naturel d'une ampleur exceptionnelle (qui) a des conséquences de nature à gravement compromettre le fonctionnement des institutions et présentant un danger grave et imminent pour l'ordre public, la sécurité des populations, l'approvisionnement en biens de première nécessité ou la santé publique. »

Plusieurs types de conditions se distinguent, d'une part les cumulatives et, d'autre part, les alternatives.

La nature de la calamité est nécessairement un « aléa naturel ». Sans lister de manière exhaustive ces aléas, l'étude d'impact en présente plusieurs qui touchent l'ensemble des territoires et d'autres de manière plus singulière. Par exemple, elle relève que

> « la Guyane est notamment exposée aux glissements de terrain (13 morts en 2004), aux inondations par ruissellement ou débordement de cours d'eau, mais également à des évolutions du trait de côte, qui peuvent atteindre et dépasser 100 m par an sur certaines parties du littoral. »

Mais aucune précision n'est avancée au sujet des aléas de type naturel qui surviennent à la suite d'activités humaines.

« Le caractère exceptionnel enclenche différentes conséquences de nature à gravement compromettre le fonctionnement des institutions ». Le législateur présente ici un renouveau de la définition du caractère exceptionnel. Si ce caractère exceptionnel est présent dans de nombreux pans juridiques (responsabilité administrative[25], droit rural[26]…) le législateur soumet la condition à la gravité et à la nature de ses conséquences. Sans le formuler expressément, une notion d'incertitude quant à la réalisation du risque irrigue ce critère. En effet, il n'est pas question de réellement comparer ce dernier au caractère d'imprévisibilité,

[25] CE, Ass., 24 juin 1949, *Lebon*, p. 307.
[26] Article D. 361-29 du code rural et de la pêche.

mais l'impossibilité de prévenir l'avènement de ce risque transparait ici. En effet, si ce risque était réellement prévisible, l'application du principe de prévention suffirait à empêcher sa réalisation ou à traiter ses conséquences. Ainsi, ce caractère exceptionnel se décrit à la fois à travers l'incertitude de la réalisation du risque et la gravité de sa réalisation, en lien avec les conséquences sur le fonctionnement des institutions.

Le critère de l'atteinte au fonctionnement des collectivités terrritoriales comporte un double préjudice. Elle entraînerait potentiellement une inaction des pouvoirs de polices administratives ainsi qu'une atteinte au principe socle de la continuité des services publics. Les principes de subsidiarité et de la libre administration des collectivités placent ces dernières comme les premières intervenantes, comme les garantes de la puissance publique sur le territoire. Leur fonctionnement en cas d'aléas naturel est ainsi particulièrement nécessaire pour la sauvegarde de l'ordre public, aussi bien pour le traitement des situations d'urgence que pour l'assurance dans le moyen ou le long terme des services publics. L'impossibilité de maintenir un fonctionnement minimal des collectivités traduirait ainsi une absence de sauvegarde de l'ordre public, et donc une atteinte indirecte potentielle à sa préservation.

La réalisation de cet aléa doit présenter « un danger grave et imminent pour l'ordre public, la sécurité des populations, l'approvisionnement en biens de première nécessité ou la santé publique ». Ces critères, présentés comme alternatifs, ne le sont en réalité pas vraiment. En effet, déjà l'atteinte indirecte à l'ordre public par le dysfonctionnement des administrations est une condition nécessaire. Dans cette dernière partie de la définition des conditions, le législateur renforce l'idée d'atteinte. Dans le détail qu'il produit, le législateur n'introduit pas de nouvelles conditions. Il souligne, répète et reformule des composantes de l'ordre public, assurant une importance particulière aux éléments constitutifs de la sécurité et de la salubrité publique.

B. L'encadrement

Face à des circonstances particulières définies dans l'article 239 de la loi relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale, le pouvoir central est en mesure de déclarer par décret l'état de calamité naturelle exceptionnelle. D'une durée initiale ne pouvant excéder un mois, le décret de déclaration doit inscrire la durée exacte d'application du régime ainsi que « les parties du territoire auxquelles […] [il] s'applique »[27]. Il peut être renouvelé par période de deux mois si la situation qui a justifié le premier décret persiste. Peu de précisions quant à sa composition ne sont fournies, hormis la nécessité de délimiter la zone géographique concernée.

La compétence, à l'image des états d'urgence ou encore de la déclaration de catastrophe naturelle, est celle du pouvoir exécutif. La question de la pertinence de l'échelon choisi ne paraît pas particulièrement pertinente. Pourtant, c'est le caractère facultatif de la déclaration qui

[27] Article 239-II de la loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale.

pourrait être questionné. Cette faculté est offerte au Gouvernement et au Président en matière d'état d'urgence issu de la loi de 1955 reprise par l'état d'urgence sanitaire. Ces mesures font effectivement appel à un positionnement politique de la part des gouvernants face à l'interprétation des notions de « péril imminent » ou du caractère de « gravité ». Les aléas ainsi que les discours politiques relatifs à l'état d'urgence sanitaire démontrent que l'appréciation de ces caractères peuvent, en fonction des circonstances, détenir une marge de tolérance. Cette liberté, ce pouvoir d'appréciation laissé au pouvoir exécutif[28] pourrait être éventuellement sanctionné par le juge décelant une insuffisance ou une carence d'action dans le cadre de la protection de l'ordre public ou encore lors de la rencontre avec les urnes.

La situation de l'état de calamité naturelle exceptionnelle ne semble pas s'inscrire dans cette construction. Les conditions précises énoncées ne laissent que peu de marge d'interprétation. De plus, face à ce constat, pour quelles raisons l'État n'adopterait-il pas le décret ? Dans un tel cas, par retard de coordination ou par simple abstention, les autorités locales pourraient user des procédures d'urgence en apportant la preuve de l'urgence (voir *infra* II. A.).

Le législateur, peu prolixe à propos du décret, impose cependant la transmission au Parlement d'un rapport dans les six mois suivant la fin de l'état d'exception. Le Gouvernement se voit ainsi chargé de recenser « les dispositions prises sur le fondement du décret […] et de faire état de toutes les difficultés observées à l'occasion de sa mise en œuvre et évalue son efficacité ». Ce rapport se justifie au minimum à deux titres.

Tout d'abord en tant que mesure expérimentale, le Parlement est l'institution garante des lois. Il lui revient comme rôle de contrôler les mesures expérimentales notamment lorsqu'un pouvoir est octroyé sur une thématique d'une particulière gravité. Ce rapport n'est donc pas une mesure exceptionnelle. Sa transmission est impérative dans l'objectif d'informer le législateur pour enrichir ses réflexions et le préparant à travailler sur l'éventuelle pérennisation du dispositif. Les informations transmises par ce(s) rapport(s) seront complétées par une évaluation de l'expérimentation. L'article ne propose pas de précision supplémentaire quant à cette évaluation. Le rapport « sur sa (la) mise en œuvre » doit comporter

> « notamment les dispositions prises sur le fondement du décret mentionné au I du présent article, fait état de toutes les difficultés observées à l'occasion de sa mise en œuvre et évalue son efficacité. »

Il s'agit donc d'un rapport *a minima*.

En tant que régime d'urgence, le nouvel état de calamité naturelle exceptionnelle allège les obligations relatives à l'information du Parlement

[28] Bien qu'en matière de déclaration de catastrophe naturelle, le juge administratif insiste sur le pouvoir confié à l'exécutif, par exemple : CE, 4 mai 2018, n° 390272, « Considérant, en deuxième lieu, qu'il appartenait aux ministres compétents d'apprécier le caractère anormal de l'intensité des phénomènes de sécheresse et de réhydratation des sols à l'origine de mouvements de terrain différentiels en 2009 et 2010 sur le territoire de la commune de Blaringhem. »

prévues par les textes antérieurs. En effet, l'art 4-1 de la loi de 1955[29] prévoit la communication

> « sans délai des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence. Les autorités administratives leur transmettent sans délai copie de tous les actes qu'elles prennent en application de la présente loi. »

Or en l'espèce, les mesures prises appartiendront aux pouvoirs locaux. Il est difficilement envisageable de transmettre au Parlement « sans délai » un condensé des mesures prises par plusieurs entités administratives aussi éloignées. De plus, la loi de 1955 donne la possibilité au législateur de « requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures », formule non reprise pour le régime d'exception de la loi 3Ds.

En ce qui concerne l'évaluation de l'expérimentation et en la comparant à d'autres mesures liées à d'autres expérimentations, il aurait pu être attendu par exemple la détermination d'indicateurs, d'études comparées[30] ou d'analyses plus approfondies, comme la même loi le prévoit pour d'autres dispositions[31].

Mise en perspective, l'information du Parlement relative à l'engagement de l'état de calamité naturelle exceptionnelle ne semble pas à la hauteur d'un régime d'urgence mais s'inscrit, *a minima*, dans les rapports de mesure expérimentale. Ce constat devrait interpeller le juriste et peser dans le discours doctrinal de la création de nouveau régime d'urgence dont le contrôle est finalement déprécié.

II. Les conséquences à la déclaration

La réunion des critères constatée, le Gouvernement est en mesure de déclarer le régime. Devant faire face aux urgences liées à un aléa naturel et à l'impossibilité pour les administrations de respecter les grandes lois du service public et de maintenir leur fonctionnement, le législateur a doté ce régime de deux attributs simplifiant et allégeant les démarches de l'administration. D'une part, la déclaration du régime entraîne la présomption d'urgence ou de force majeure permettant ainsi aux administrations de délaisser les procédures communes jugées en l'espère trop lourdes et trop longues pour utiliser les procédures d'urgence déjà

[29] Modifié par la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

[30] À l'image de l'article 21 de la loi nº 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets repris par le code de la consommation qui créé une expérimentation prônant l'interdiction de dépôt dans les boîtes aux lettres d'imprimés dès lors qu'il n'est pas explicitement spécifiée l'autorisation.

[31] Par exemple l'article 34 de la loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale repris à l'article 211-7 du code de l'environnement prévoyant la compétence des collectivités et de leurs établissements « entreprendre l'étude, l'exécution et l'exploitation de tous travaux, actions, ouvrages ou installations présentant un caractère d'intérêt général ou d'urgence, dans le cadre du schéma d'aménagement et de gestion des eaux, s'il existe ». L'article 34 de la loi 3Ds propose une expérimentation octroyant aux établissements gestionnaires des bassins des compétences en matière de contribution fiscale leur permettant de lever une taxe. Cette expérimentation fait l'objet d'un rapport « afin de déterminer les conditions d'une éventuelle généralisation » et devant évaluer un certain nombre de critères énumérés.

prévues par les différentes législations (A). C'est cette même question de temporalité face aux besoins de maintien de l'ordre public et particulièrement pour assurer la sécurité et la santé publique qui amène le législateur à prévoir une suspension de certrains délais administratifs (B).

A. La présomption d'urgence ou de force majeure

En tant que régime d'exception en raison du caractère périlleux des aléas naturels, le premier effet à la déclaration de l'état de calamité naturelle exceptionnelle est la création d'une présomption, de « la condition de force majeure ou d'urgence ».

Caractérisant un événement imprévisible irrésistible et extérieur à l'acteur (ici aux administrations publiques), le caractère de force majeure apparait comme une cause exonératoire du respect d'obligations[32]. La réunion des critères pour convenir de la force majeure est particulièrement ardue, sa reconnaissance est un événement rare dans le paysage administratif[33]. La particularité des aléas naturels fait exception. En effet, ces événements remplissent les conditions précédemment citées. Cependant, le juge administratif a précisé la nécessité du caractère exceptionnel de l'aléa, s'attachant ainsi à préciser l'imprévisibilité. En effet, comme le précise Philippe Teneyre, se référant à différentes jurisprudences administratives

> « encore faut-il qu'il s'agisse de phénomènes exceptionnels quant à leur durée et à leur intensité et qu'ils n'aient pas été observés dans la région ou sur le site depuis au moins cent ans. »[34]

L'intérêt principal de cette présomption réside en la déresponsabilisation des administrations. Cette opération emporte donc l'impossibilité pour un éventuel requérant de poursuivre l'administration pour défaut d'application du principe de prévention face à des aléas pourtant envisageable. En effet, cette question de la force majeure interroge, lorsque à la lecture des actes préparatoires sont signalés expressément les aléas potentiels. S'ils sont connus, il est alors possible de les prévenir et ainsi la force majeure ne peut plus se reposer sur son critère d'imprévisibilité[35]. Cette force majeure peut être envisagée en éloignant sa dépendance du caractère pleinement imprévisible des phénomènes. Il serait possible alors de retenir les aléas qui au regard de leur ampleur et de la rapidité de leurs fréquences ne peuvent pas être traités de manière absolue par le principe de prévention de l'article L. 110-1 du code de l'environnement.

Cette complexité d'appréhension explique pourquoi la présomption d'urgence paraît être plus adaptée au sujet. En effet, sa définition à la fois pragmatique et objective[36] délaisse les considérations de prévisibilité ou de caractère irrésistible des événements. Elle se détourne de la question

---

[32] CE, 21 septembre 2016, *Min. des Finances*, nº 386250.
[33] La guerre peut en être une – CE, 2 mars 1956, *Hoang Van Ngoc*, mais les « les difficultés de maintien de l'ordre public à l'île Wallis » n'en sont pas – CE, 18 juin 1982, n° 10156.
[34] Philippe Teneyre, *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, point 374.
[35] CE, 24 avril 1959, *Secrétaire d'État aux Forces armées c/ Ets Forestier*.
[36] CE, 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes et Sté Sud-Est assainissement*, n° 229562, 229563 et 229721.

des responsabilités des acteurs et notamment des autorités publiques. La condition d'urgence se mesure à la situation et à ses conséquences. La jurisprudence présente une riche liste d'exemples de reconnaissance de l'urgence et de sa définition, se recentrant sur la nécessité d'assurer la sécurité des personnes et des biens[37]. L'urgence se prouve avec plus de facilité, mais il parait évident que l'administration travaillera à déclarer la force majeure quand cela est possible au regard de l'intérêt de se déresponsabiliser face à la gestion préalable des conséquences des aléas naturels.

Ce terme d'urgence est un « passe juridique » : c'est l'urgence de la situation constatée qui appelle à l'urgence de l'action et ainsi à la mise en œuvre des procédures d'urgence *via* la reconnaissance de la condition, et concernant le régime de la loi 3DS de sa présomption. La multiplicité de ces urgences n'appelle-t-elle pas à de la précipitation en matière d'action publique ? Justement non. Des procédures préalablement prévues en remplacement des procédures habituelles permettent de maintenir une sécurité juridique nécessaire à la remise en fonctionnement des administrations publiques[38]. La prévention étant un principe inhérent à la discipline juridique, les pouvoirs normatifs ont doté les spécialités estimées prioritaires au regard des enjeux de procédures d'urgences : police administrative, commande publique, gestion des déchets, transport et secours… Ces procédures se singularisent par l'allègement des obligations procédurales[39], par l'augmentation des pouvoirs confiés aux autorités locales[40] ou encore par la précision des missions[41].

Spécialement en cas de force majeure, les procédures dérogatoires se singularisent par la prorogation particulièrement large de certains délais[42].

Ces présomptions allègent les autorités locales de la charge de la preuve qui leur est légalement attribuée et permettent l'utilisation de procédure plus adaptées aux situations sous « contraintes naturelles » afin de

> « rétablir le fonctionnement normal des institutions, l'ordre public, la sécurité des populations et l'approvisionnement en biens de première nécessité ainsi que pour mettre fin aux atteintes à la santé publique ».

L'article maintient fermement l'objectif de ce régime. Il encadre ainsi les administrations et garantit préventivement que l'utilisation à d'autres fins

[37] CE, 26 avril 2013, *Deguine*, nº 365646, sous l'article L. 562-1 du code de l'environnement.
[38] Voir en ce sens la démonstration d'Agathe Van Lang, « Les catégories de l'état d'urgence en droit administratif sont-elles transposables en droit de l'environnement ? », *op. cit.*, p. 88 et 89.
[39] Voir par exemple en matière de commande publique, l'article R. 2122-1 du code de la commande publique.
[40] Voir par exemple en matière de pouvoir spécifique de police administrative, l'article 2215-1-4° du code général des collectivités territoriales.
[41] Voir par exemple en matière de sécurité sanitaire, l'article L. 3131-1 du code de santé publique.
[42] L'étude d'impact donne pour exemple le droit des installations classées pour la protection de l'environnement. L'article R. 512-74 indique qu'en cas de force majeure, les délais sont prorogés de trois ans concernant les délais au terme desquels « un arrêté d'enregistrement ou une déclaration d'installation classée pour la protection de l'environnement devient caduc si l'installation n'a pas été mise en service ».

de ces mesures dérogatoires même actées sous le régime spécial seront sanctionnées.

B. Suspension en matière de délais administratifs

En complément de l'usage des mesures dérogatoires grâce à la présomption de force majeure ou d'urgence, la loi prévoit « sous réserve des obligations qui découlent d'un engagement international ou du droit de l'Union européenne » la suspension de délais administratifs.

> « Jusqu'au terme [du régime] […] les délais fixés par les lois et règlements nationaux à l'issue desquels une décision, un accord, un agrément ou un avis relevant de la compétence des administrations de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics administratifs ainsi que des organismes et personnes de droit public et privé chargés d'une mission de service public, y compris les organismes de sécurité sociale, peut ou doit intervenir ou est acquis implicitement, lorsque ces délais n'ont pas expiré avant la date d'entrée en vigueur du décret prévu au I. »

Il s'agit de l'énumération, *a priori* exhaustive, des délais pesant sur les différentes administrations publiques suspendus en cas de déclaration du régime.

Cette attention légale connait déjà des applications connexes, mais pas identiques. Le régime d'urgence lié à l'épidémie du Covid-19[43] présente deux modèles de suspension des délais. Il s'agit pour certains d'une adaptation des délais et pour d'autres d'une interruption catégorique.

Les lois d'urgence sanitaire ont en effet amplement exercé cet outil de facilitation de la vie administrative. La suspension des délais permet aux autorités de se consacrer prioritairement « à apporter une réponse rapide et adaptée »[44] à la situation si elles ne sont pas « dans l'impossibilité pratique de faire fonctionner normalement les institutions ». Ainsi, les régimes établissent les mesures les plus probablement adaptées aux différentes urgences rencontrées. Pour preuve, durant l'application du régime d'urgence sanitaire, la logique initialement instituée a évolué[45]. À l'origine, seuls certains actes s'achevant durant la période de l'état d'urgence étaient suspendus[46]. Mais ces périodes « protégées » ou « juridiquement protégées »[47] ont muté au fur et à mesure que l'état d'urgence fut prorogé. Il en résulte qu'il n'existe pas de définition précise de ce qu'est une période juridiquement protégée, seul un cadre apparait permettant au pouvoir normatif de modifier les mesures.

---

[43] Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

[44] États des lieux, Cadre général – Étude d'impact**,** projet de loi relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale, NOR : TERB2105196L/Bleue-1, 12 mai 2021.

[45] Voir en ce sens Serge Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile*, chapitre 002 – La procédure civile à l'épreuve de l'état d'urgence sanitaire, 2021-2022, points 002-261 et s.

[46] Article 1-I de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.

[47] Introduction générale, circulaire du 26 mars 2020 de présentation des dispositions du titre I de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période. NOR : JUSC2008608C.

Pour achever cette analyse, il peut être avancé que l'état de calamité naturelle exceptionnelle est un régime d'urgence atténuée. Certes l'urgence est triplement envisagée. En premier lieu de manière à rendre des pouvoirs à l'administration se trouvant dans l'impossibilité d'assurer son fonctionnement normal ; dans un deuxième temps par la préparation des élèves et des travailleurs à la rencontre avec les aléas naturels ; et enfin en adoptant une mesure créant de nouvelles obligations à destination des syndics en cas de destruction partielle ou entière de bâtiments. Il répond à la réunion de critères établissant un risque réel et immédiat pour la sécurité de la population et l'ordre public de manière générale comme l'état d'urgence. Cependant, il se distingue par de nombreux affaiblissements en termes de contrôle ou encore en termes d'effets. Il s'agit d'une mesure probablement transitoire au regard de l'évolution croissante des aléas climatiques.

8. Derrière la partie émergée de la carte, la discrétion d'un outil de communication

Franck Chignier-Riboulon

Professeur de géographie, Université Clermont Auvergne, AgroParisTech, INRAE, VetAgro Sup, Territoires, Clermont-Ferrand

La carte est un dessin devenu commun, bien qu'elle soit une projection concrète, vivante, qui est sa partie émergée. Plus discrète est sa partie immergée, car la carte peut « s'adapter à des montages de toute nature, être mise en chantier par un individu, un groupe, une formation sociale »[1] et, finalement, « on peut la dessiner sur un mur, la concevoir comme une œuvre d'art, la construire comme une action publique ou comme une méditation »[2]. Cet objet à deux faces est très souvent associé à la géographie, une discipline s'intéressant aux sociétés humaines vivant sur la Terre. Comme elle est une des bases de l'analyse géographique, voire elle en est l'essence[3], approcher l'épistémologie de la carte est une ambition nécessaire. S'interroger sur sa construction, sur les représentations qu'elle porte, sur les choix de montrer ou de ne pas montrer, ou de mieux montrer tel aspect qu'un autre n'est pas neutre. En effet, la carte, en tant que produit final présenté à un public, n'est, rappelons-le, que la partie visible d'un processus de construction, moins connu.

L'enjeu d'une observation du dessous des cartes est devenu plus prégnant avec la popularisation de cet outil. Tendanciellement, la carte n'est plus un objet réservé à des élites[4], à des techniciens ou un document affiché dans les salles de classes ; elle a maintenant intégré notre quotidien, dans un premier temps au travers des cartes météorologiques télévisuelles quotidiennes, puis, toujours plus, par la massification et l'instantanéité de l'information numérique. Une massification et une instantanéité plus marquées lors de la médiatisation d'événements, qui en deviennent très suivis : des conflits, telle la reconquête des espaces de Daesh, des enjeux environnementaux (les incendies en Amazonie…) ou des problématiques médicales mondialisées (la pandémie de covid). De fait, la carte accompagne un phénomène donné, lui donnant une importance plus grande, par sa visibilité concrète, qui interpelle tous et chacun.

Elle devient alors un outil populaire de communication ; le terme populaire étant défini ici dans le sens de large ou de généralisé. Or, cette

---

[1] Gilles Deleuze, Félix Guattari, *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, Paris, Les éditions de Minuit, 1980, p. 20.
[2] *Ibid*, p. 20.
[3] Stéphanie Defossez, Monique Gherardi, « La carte, produit final ? Exemple de l'évaluation des vulnérabilités à Leucate, *Comité Français de Cartographie (CFC)*, 235-236, mars-juin 2018, p. 95.
[4] Christian Jacob, *L'empire des cartes, approche théorique de la cartographie à travers l'histoire*, Paris, Albin Michel, 1992, 537 p.

diffusion toujours plus large de la carte participe, peut-être paradoxalement, à son processus de discrétion. En devenant présent au quotidien, facile d'accès, multipliable en de nombreuses versions, l'objet cartographique perd de sa spécificité, voire de son exceptionnalité dans bien des cas, il devient « d'apparence banale »[5]. La banalisation de la carte ne se résume pas aux progrès techniques, à la facilité de diffusion ou à des enjeux conjoncturels, guerriers ou non, elle a bénéficié d'autres apports, telle l'envolée du tourisme et, plus tardivement, les cartes de localisation et leurs données GPS (Googlemap, Waze), un automatisme aujourd'hui, lors d'embouteillages ou pour anticiper les radars. Dans certaines situations, la carte est même devenue l'objet du désir[6], comme c'est le cas avec des romans à succès[7]. *L'ombre du vent*[8] de Carlos Ruiz Zafon ou *Da Vinci Code*[9] de Dan Brown se sont traduits par la production de guides touristiques indiquant les lieux suivis par les héros des livres : Barcelone pour le premier[10], Paris et Londres (essentiellement) pour le second[11].

La carte appartient désormais à nos vies, en toute discrétion. Or, cette discrétion masque son rôle éducatif, voire de propagande, terme devenu péjoré[12], mais pris au sens noble de porter la parole pour convaincre, pour faire sien une personne ou un groupe. En dépit de ce rôle subjectif, la carte se distingue encore, pour l'instant, d'autres moyens de communication, par son image de sérieux et de rigueur ; et les évolutions technologiques récentes ne sont qu'une nouvelle étape d'une histoire marquée du sceau de l'objectivité, une objectivité inscrite dans notre mémoire. Pourtant, son utilisation dans les sujets en débats témoigne plutôt d'une logique carte contre carte. Cette réalité est elle-même alimentée par les diverses possibilités de faire carte ou, pour le dire autrement, des mille façons de construire une carte, d'une manière consciente, mais aussi inconsciente.

I. L'apparente objectivité de la carte

La carte est un héritage culturel renforcé par la généralisation de sa diffusion la transformant de plus en plus en un objet commun. Par-delà sa vulgarisation contemporaine, elle a également dépassé le domaine de la géographie dans le milieu universitaire, sociologues et historiens spatialisant davantage leurs données. Cet élargissement à d'autres sciences humaines, surtout depuis les années quatre-vingt, a accru sa réputation de sérieux autour d'une mise à plat neutre de faits. Ce caractère d'une objectivation par la carte est pourtant un legs de notre histoire, puis une normalisation sociale, confortant nos approches à l'égard de cet outil.

---

[5] Jean-Paul Bord, Nancy Meschinet de Richemond, « Ambivalence de la carte entre visible et invisible », *Comité Français de Cartographie (CFC)*, 235-236, mars-juin 2018, p. 119.
[6] Mauricette Fournier (dir.), *Cartographier les récits*, Clermont-Ferrand, Presses Blaise Pascal, 2016, 242 p.
[7] Michel Houellebecq, *La carte et le territoire*, Paris, Flammarion, 2010, 428 p.
[8] Carlos Ruiz Zafon, *L'ombre du vent*, Paris, Pocket, 2013 (1ère édition 2001), 672 p.
[9] Dan Brown, *Da Vinci code*, Paris, Jean-Claude Lattès, 2004, 571 p.
[10] Sabine Burger, Nellehe Geel, Alexander Schwarz, *Promenades dans le Barcelone de L'Ombre du vent*, Paris, Grasset, 2016, 104 p.
[11] Dan Brown, *Carnet de voyage de Da Vinci Code*, Paris, Jean-Claude Lattès, 2006, 160 p.
[12] Fabrice d'Almeida, « Propagande, histoire d'un mot disgracié », *Mots, les langages du politique*, 69, 2002, p. 137-148.

A. L'objectivation de l'espace par la carte, une construction

La carte est longtemps apparue comme « l'idéal de l'approche scientifique »[13], de la Renaissance à la fin du XVIIIe siècle. À ce moment-là, elle était perçue comme étant à la pointe de la recherche scientifique ; elle était « un des creusets où s'est formé un certain idéal de scientificité »[14]. Si au XIXe siècle elle n'occupait plus cette place de premier plan, dépassée par d'autres sciences plus novatrices, son statut se maintînt en raison de la précision des données présentée et de la rigueur du processus de construction. Son utilisation par les militaires au travers des cartes d'État-Major accrut sa réputation de sérieux. En effet, les cartes topographiques ont eu et gardent cet aspect d'une représentation objective de la réalité, puisque les auteurs s'effacent derrière les mesures et que, pour eux, « La précision de ces mesures est garante de l'exactitude et de la neutralité de la carte »[15]. Dans ces conditions, la partialité des auteurs n'existe pas, seul le chiffre parle ou la toponymie[16].

Une telle objectivation, dans l'esprit, a traversé le temps, aidée par l'entrée de la géographie à l'école. Cet enseignement a longtemps gardé ce côté objectif avec la toponymie, la localisation et la désignation des reliefs, des mers et des lieux habités. Les cartes murales Vidal-Lablache, Kaeppelin et Desfontaines ont bercé des générations d'écoliers, apprenant, voire ânonnant, départements, préfectures, fleuves et montagnes de France ; l'objectif étant de donner une base de savoirs géographiques sur le territoire national[17]. Les recherches historiographiques françaises font remonter ce besoin d'enseigner l'espace français après la défaite de 1871, avec l'idée de mieux connaître cet espace, pour l'aimer, le défendre et préparer une revanche[18].

Ce basculement en faveur de la carte et de la géographie, avec son entrée nationale, nationaliste même, et parfois expansionniste, n'est pourtant pas propre à la France. Si la portée nationale et éducative est similaire dans d'autres États, la chronologie est bien entendu différente. Nicola Todorov[19] pour les États allemands, Lukas Doser-Hofmann et Nathalie Dahn-Singh[20] pour deux cantons suisses montrent que ces États furent plus précoces dans la transmission de ce message, puisque son

---

[13] Henri Desbois, « L'œil et la toise : l'objectivité cartographique du XVIIIe siècle à nos jours », *CFC*, 235-236, mars-juin 2018, p. 68.
[14] *Ibid*.
[15] *Ibid.*, p. 73.
[16] Monique Pelletier, « La France mesurée », *Mappemonde*, 1986/3, p. 26-32.
[17] Jean-Philippe Cassar, « La carte pour tracer un chemin dans des mondes de connaissance », in Patrick Picouet (dir.), *La carte invente le monde*, Lille, Presses du Septentrion, 2018, p. 30-31.
[18] Numa Broc, « L'établissement de la géographie en France ; diffusion, institutions, projets (1870-1890), *Les Annales de géographie*, tome 83, n° 459, 1974. p. 545-568. Voir aussi Isabelle Lefort pour une approche commentée des programmes, « Deux siècles de géographie scolaire », *Espaces Temps*, 66-67, 1998, p. 146-154.
[19] Nicola Todorov, « Enseigner la géographie à l'école primaire et la genèse des identités territoriales en Europe au tournant du XVIIIe au XIXe siècle », *Revue de géographie historique*, 13, 2018, p. 1-20.
[20] Lukas Boser Hofmann, Nathalie Dahn-Singh, « Une patrie de papier : représentations du territoire national pour le milieu scolaire dans les cantons de Vaud et Soleure, 1803-1845 », *Traverse : Zeitschrift für Geschichte*, 24, 2017, p. 18-31.

enseignement débuta dès la première moitié du XXe siècle, avec toujours la volonté de construire ou de renforcer le sentiment patriotique[21]. Cette valorisation de la carte et cette association entre la géographie et le territoire national n'ont pas été démenties au XXe siècle, au fur et à mesure de la création de nouveaux États[22]. Ce phénomène perdure bien entendu au XXIe[23]. Le cadre de l'éducation, scolaire et au-delà toute forme d'acquisition dans une dimension nationale, offre une carte objectivée, non pas qu'elle le soit dans sa réalité vraie, puisqu'elle est construite, mais elle le devient par sa diffusion livresque ou journalistique, par son infusion lente des esprits, et pas uniquement ceux des élèves.

B. Socialisation et normalisation

L'apprentissage des lieux, sous quelque forme que ce soit, des frontières, des espaces constituant le pays (ou une entité non étatique comme pour les Kurdes ou les Palestiniens) ne s'arrête pas à l'acquisition d'informations. La forme des informations transmises donne une certaine vision du groupe et de son territoire, et du reste du monde, avec une hiérarchisation spatiale, du local au mondial. Ces multiples connaissances sur notre environnement, au travers de cartes et de leur intégration à notre mémoire individuelle et collective, génèrent une perception singulière des autres. La carte est alors un des éléments de reconnaissance des temps historiques et sociaux propres au groupe, à l'image des commémorations[24], participant à sa culture, à sa vitalité et à sa différenciation. Cette inclusion d'images cartographiques au sein d'un groupe social est plus ou moins progressive, et appartient à un processus de socialisation. La socialisation dans un milieu particulier donne une culture spécifique pour aborder la perception et la construction des cartes. L'individu voit et lit les éléments perçus sur la carte au travers des acquis de sa socialisation propres à son groupe. Les aspects les plus simples, mais les plus frappants vus de l'extérieur, sont la mise au centre d'un planisphère de son pays, la langue utilisée pour la toponymie (voire l'écriture adoptée), les découpages administratifs. Cette socialisation de la carte (et par la carte) dans une culture donnée amène à un phénomène de normalisation ; peu à peu la carte, apprise de bien des manières, devient une norme.

En sciences humaines et sociales, mais probablement également dans d'autres disciplines, comme le droit, les normes sont des constructions sociales. Dans ce cadre, des phénomènes antérieurement inexistants deviennent progressivement des réalités, puis des normalités socialement actives, c'est-à-dire fonctionnant à un moment donné, sur un espace donné. Les normes sont alors des évidences, des comportements indiscutables, automatiques, répondant à une manière d'être en société. Ces constructions sociales concernent un grand nombre de domaines,

[21] *Ibid*., p. 21.
[22] Par exemple, Étienne Copeaux, *Espaces et temps de la nation turque, analyse d'une historiographie nationaliste 1931-1993*, Paris, CNRS éditions, 1997, 369 p. Ce travail est toujours d'actualité plus de 20 ans plus tard. Voir aussi Francesco Bigagli, « School, ethnicity and nation-building in post-colonial Myanmar », *Research in educational policy and management*, 1(1), 2019, p. 1-16.
[23] Amaël Cattaruzza, *Territoire et nationalisme au Monténégro*, Paris, L'Harmattan, 2010, 312 p.
[24] Voir le numéro 41, 2020-2 de la revue *L'Espace Politique*.

parfois éloignés de la carte, et ne se résumant pas à de la courtoisie ou à du savoir-vivre. Des sujets assez récents sont maintenant des normes, plus ou moins centrales, de nos sociétés, telles que l'invention du social[25], du troisième âge[26], du devoir de mémoire[27]. Plus près de la carte se trouve la question des frontières, dont Michel Foucher a dressé l'histoire de l'invention[28]. Ces normes sont donc des processus, plus ou moins progressifs et longs, avec une durée de vie elle-même variable. Ainsi le mouvement de construction et de déconstruction de normes est perpétuel, remettant en cause des évidences, pour en bâtir de nouvelles[29].

De fait, pour partie, puisqu'elle dépend également des savoirs techniques, la carte est une construction sociale, c'est-à-dire l'émanation d'idées individuelles et collectives, spatialement et temporellement marquées. Ces idées trouvent leur origine dans plusieurs phénomènes : l'héritage historique du lieu de vie, les éducations (nationale, familiale…), les idéologies développées à un moment géographique… Sans tomber dans l'idée que tout est relatif ou que tout n'est que construit, une part l'est et nous dépasse fréquemment, quand elle correspond à notre présent, à l'égard duquel nous manquons de recul. Cette construction sociale rend normal, au sens d'évident, un fait, une manière de faire, un outil, qui ne l'étaient pas auparavant. Suivant cette logique, les auteurs des cartes agissent, en partie, inconsciemment, dans leur conception et réalisation d'une carte, puisqu'ils sont les produits d'une époque, d'une culture, d'une société qui les a modelés.

Avec logique, cette normalisation rend évident pour les uns ce qui ne l'est pas forcément pour les autres. Lors d'un colloque en distanciel sur la Covid-19, en décembre 2020, organisé par une université marocaine, les réactions et les questions portaient davantage, de la part des étudiants, sur la présence du Sahara occidental sur les cartes[30] (car les cartes avaient été travaillées à partir du site de l'ONU) que sur les questions posées par cette pandémie. Une réaction de sensibilité patriotique qui trouve son origine dans l'éducatif, la socialisation et dans sa normalisation, entraînant de temps en temps des incompréhensions, ou pire, avec les non-Marocains.

II. La carte est un discours

Si la carte est issue d'un processus de socialisation et de normalisation, la rendant partiellement aveugle à ceux qui la pensent, la réalisent ou l'utilisent, puisqu'ils ont inconsciemment intégré des éléments la constituant, elle reste malgré tout en partie, avec une part variable selon les cas, un objet construit en conscience. Cette construction en conscience

[25] Jacques Donzelot, *L'invention du social, essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1984, 263 p.
[26] Rémi Lenoir, « L'invention du troisième âge », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, vol. 26-27, mars-avril 1979, p. 57-82.
[27] Olivier Lalieu, « L'invention du 'devoir de mémoire' », *Vingtième Siècle*, n° 69, 2001, p. 83-94.
[28] Michel Foucher, *L'invention des frontières*, Paris, FEDN, 1986, 326 p.
[29] Célia Sadai, « Racisme anti-Noirs au Maghreb : dévoilement(s) d'un tabou », *Hérodote*, n° 180, 2021, p. 131-148.
[30] Pour les Marocains le Sahara occidental n'existe plus officiellement, ils ont intégré cet espace dans leurs provinces du sud. Ce fait n'est bien entendu pas accepté par d'autres États, notamment l'Algérie, par une partie de la population originelle, et par l'ONU.

est le désir de montrer ou de prouver des faits. Pour autant, la réalité est plurielle ; il n'y a pas de manichéisme, avec d'un côté un inconscient actif dont les traductions cartographiques seraient meilleures ou pardonnables et, d'un autre côté, un conscient qui ne serait que stratégies ou défenses culturelles, nationales et territoriales. Dans la majeure partie des cas existe une composition, un mélange plus ou moins net de l'un ou de l'autre. Et l'idée de démontrer n'est pas forcément militante.

Dans ce texte la notion de discours est prise dans un sens très large. Elle englobe tous les moyens qui permettent la diffusion d'une idée, d'une représentation particulière. Ces moyens sont bien entendu les écrits (textes, articles, livres…), les oraux (discours, entretiens, plaidoyers…), mais aussi les communications numériques, de plus en plus instantanées. De même, certains films, spectacles ou des actions collectives, courtes (pétitions, *sit-in*, manifestations…) ou longues (occupations d'un espace, *lobbying*, enseignements…), sont d'autres formes de discours. Et la liste n'est pas exhaustive. Les discours représentent l'expression d'argumentaires en faveur, ou en défaveur, d'une représentation donnée. Leur but est de répandre, de propager une représentation pour en accroître l'assise, la plupart du temps aux dépens d'une autre, concurrente.

A. Représentations et mises en scène

Les géographes ont emprunté la notion de représentation aux sciences sociales[31], puis en ont donné un sens particulier, spatialisé, notamment en géopolitique. Yves Lacoste[32] considère que les représentations sont les idées de la géopolitique, celles qui vont porter l'action. Les représentations sont alors définies comme des idées actives, vivantes puisqu'elles mobilisent. Le terme recouvre des situations variées, certaines altruistes et généreuses, d'autres excluantes ou aberrantes, avec toute une gamme entre les deux. Par ailleurs, ces représentations sont plus ou moins actives, plus ou moins porteuses à un moment donné, en un lieu donné, dans un contexte donné, avec des logiques de leadership, plus ou moins marquées. Les cartes, malgré l'image de sérieux qu'elles véhiculent auprès du grand public, sont, fréquemment et partiellement, l'expression de représentations. Elles sont un outil de discours comme un autre. Les reliefs et les mers, par exemple, sont bien des éléments d'une géographie physique, mais leur appellation, leur possession, leur intégration dans une mémoire collective sont des éléments humains portant un désir, une volonté, un droit de… ou une normalité ancrée, à défendre.

Dans ces conditions, les concepteurs de cartes transmettent, consciemment ou inconsciemment, des représentations, et conséquemment une certaine vision du monde. La socialisation, la normalisation mais aussi diverses formes de stratégie participent à la mise en carte. Pour reprendre les mots d'Yves Lacoste, la carte devient une mise en scène[33], variant en fonction de son auteur, de son époque, et de l'intensité de telle ou telle représentation. Ainsi, sur des sujets en débats,

[31] Antoine Bailly, « Distances et espaces : 20 ans de géographie des représentations », *L'Espace Géographique*, tome 14, n° 3, 1985, p. 197-205.
[32] Yves Lacoste, « Représentations géopolitiques », in Yves Lacoste (dir.), *Dictionnaire de géopolitique*, Paris, Flammarion, 1995, p. 1278-1280.
[33] *Ibid*., p. 1280.

les points de vue sont différents, voire opposés, et les cartes reflètent ces positionnements. Elles expriment également un monde par définition inégalitaire dans lequel les questions médiatisées ou/et soutenues par des lobbies viennent plus aisément à l'esprit : les espaces contestés (et leurs appellations) au sein du conflit israélo-palestinien, le Kurdistan et ses limites, mais aussi, dans d'autres domaines, la lutte contre le projet d'aéroport de Notre-Dame des Landes ou la récurrence des remises en cause des territoires des indiens d'Amazonie[34]. Ces exemples actuels ont leurs pendants dans l'histoire ; entre bien des événements, la conférence de paix de Paris, après la Première Guerre mondiale, a été l'occasion de mettre en avant la hiérarchisation des acteurs, même chez les vainqueurs : certains d'entre eux étant plus considérés, reçus, et écoutés que d'autres[35]. Le remodelage du monde, et des cartes liées, en a témoigné, *a posteriori*. Toutes les contestations frontalières entraînent alors l'établissement de cartes différentes selon les parties prenantes, et la perplexité des extérieurs, par exemple dans les espaces maritimes.

De ces situations conjoncturelles, historiques, spatiales, culturelles… découle la mise en carte, qui est à chaque fois une mise en scène, une cuisine aboutissant à un plat populaire (pizza, couscous…), dont la base est stable, avec des ingrédients aux dosages variables, au gré de l'auteur. Les cartographes, les auteurs et les commanditaires agissent à l'image des metteurs en scène, des directeurs artistiques ou des scénographes ; le texte de Molière est (globalement) conservé, mais le reste est transformable, selon les *desiderata* du temps et des gens. Des choix sont faits, justifiés dans ce cadre, et ils ne reposent pas uniquement sur les règles de la sémiologie graphique. Choisir une couleur ou une police, donner une taille à des lettres ou les mettre en gras valorisent un aspect plutôt qu'un autre. De la même manière, l'absence d'éléments peut être un choix d'en faire figurer certains plutôt que d'autres. Invisibiliser, (sur)visibiliser sont donc des partis-pris ou des évidences, inconscientes de fait. Dans tous les cas, l'objet produit, la carte, parle, affichant une certaine vision de l'environnement humain, datée et contextualisée.

B. Affirmer, s'affirmer, convaincre

Quelles que soient les représentations qui ont conduit à sa réalisation, la carte étant un discours, elle a pour objectif de montrer, et souvent de synthétiser, des informations. Cependant, son ambition est habituellement plus large. Dans cette perspective, l'objectif est de légitimer une position, de la rendre « vraie » par la démonstration cartographique. Une fois de plus cette démarche n'est pas forcément consciente, lorsqu'elle s'intègre aux évidences de la normalisation vécue, telles les frontières, actuelles, de la Guyane française, sur l'Oyapock et le Maroni ou celles de la Nouvelle-Calédonie rassemblant la Grande terre et les îles Loyauté, mais l'histoire aurait pu être différente, donnant d'autres limites et d'autres cartes. Et les évidences d'aujourd'hui en seront d'autres demain. L'avenir modifiera peut-être les frontières, à l'instar des recompositions passées : près de

[34] François-Michel Le Tourneau, « Le Brésil et ses Indiens : une réconciliation impossible ? », *EchoGéo*, 41, juillet-septembre 2017, DOI : 10.4000/echogeo.15027

[35] Daniel Foliard, « Cartes et contre-cartes à la conférence de paix de Paris (1919-1920) : débats cartographiques au sein de la délégation britannique », *CFC*, 228, juin 2016, p. 153-166.

nous l'ex-Yougoslavie, ou, plus lointains, les États italiens avant leur unité. Et cela interroge, car sans carte historique qui se rappelle des formes et frontières de ceux-ci ?

Lorsque les auteurs souhaitent consciemment montrer pour affirmer, convaincre et légitimer toujours plus leur position, la carte est alors un outil à l'appui d'une logique de pouvoir (souvent) assumée. Cette dernière vise à maintenir une réalité ou, à l'inverse, à la modifier. La carte participe à cette action, du désir pour l'une des parties de modifier, ou de figer, un rapport de forces, une situation donnée. Les exemples turco-kurde[36] et franco-canadien fournissent des situations évolutives contemporaines. Ces deux exemples sont quelque peu emblématiques, du moins pour un public français : les Kurdes bénéficient d'une image positive sur une durée longue, celle d'un peuple sans État, soumis aux répressions régulières des États où il vit ; de même, les questions autour de la francophonie touchent l'affect national, avec, dans les deux cas, une sensibilité à la défense de minorités dominées.

En Turquie la question kurde est un sujet récurrent. Sa sensibilité est telle que depuis le recensement de 1965, l'identité ethnique est demandée mais reste confidentielle[37]. Cette sensibilité s'explique par la peur du démembrement, héritée des pertes de l'Empire ottoman, puis de sa disparition après la Première Guerre mondiale. Ce masquage voulu des réalités humaines se traduit par un flou démographique sur lequel joue chacune des parties en présence, et dans lequel le nombre de personnes et leur répartition sont un enjeu politique. Les gouvernements turcs successifs s'appuient officiellement sur la carte de 1965 et tendent à minorer[38] la population kurde, l'estimant entre 9,5 et 11 millions d'habitants[39]. Le président actuel, Recep Erdogan, et ses prédécesseurs, ont une conception très nationaliste de la Turquie[40]. En dehors de quelques périodes d'ouverture, la tendance, depuis 1923, année de création de la République, est à favoriser l'assimilation[41]. Or, justement, la question de l'assimilation complique les difficultés de comptage et de répartition spatiale[42], puisque beaucoup de Kurdes ne parlent plus une

[36] L'article de Karen Culcasi met bien en valeur les représentations des journaux occidentaux dans les représentations cartographiques des problématiques kurdes depuis un siècle. Karen Culcasi, « Cartographically constructing Kurdistan within geopolitical and orientalist discourses », *Political Geography*, 25, 2006, p. 680-706.

[37] Marcel Bazin, Stéphane de Tapia, *Géographie d'une puissance émergente,* Paris, Armand Colin, 2012, p. 48.

[38] Franck Chignier-Riboulon, Anne Garrait-Bourrier, « Introduction », in Franck Chignier-Riboulon et Anne Garrait-Bourrier (dir.), *Les minorités isolées en Amérique du Nord, résistances et résiliences culturelles*, Clermont-Ferrand, Presses universitaires Blaise Pascal, 2013, p. 7-17. Plus largement voir Gilles Deleuze, *Critique et Clinique*, Paris, Les éditions de Minuit, 1993, 187 p.

[39] Cf. l'article, en turc, de Wikipédia, sur la Démographie en Turquie. Il se réfère au journal turc Milliyet reprenant des sources officielles. L'article en anglais, quant à lui, repose davantage sur des sources kurdes. Quand ce ne sont pas uniquement des traductions de la version originale, les articles de Wikipédia offrent, selon la langue, des articles différents, plus ou moins riches, plus ou moins orientés.

[40] Bülent Batuman, « The shape of the nation: visual production of nationalism through maps in Turkey », *Political geography*, 29, 2010, p. 220-234.

[41] Michel Bruneau, *De l'Asie Mineure à la Turquie*, Paris, CNRS éditions, 2015, p. 215-224.

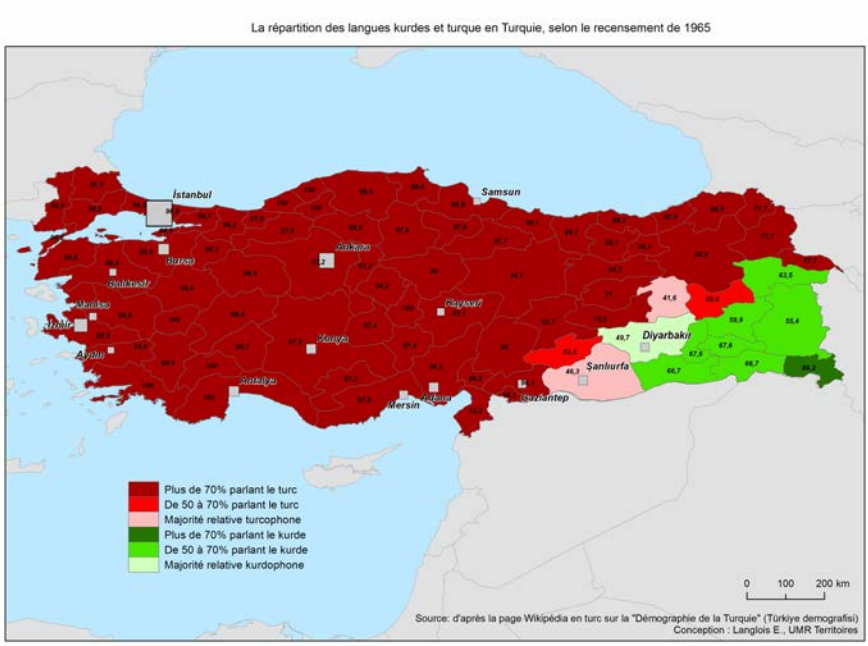
[42] Sinan Zeyneloglu, Yaprak Civelek, Ibrahim Sirkeci, « Inter-regional migration and intermarriage among Kurds in Turkey », *Economics and sociology*, 9, 1, 2016, p. 139-161.

langue kurde, un élément fort de distinction. Cette évolution se combine avec des migrations internes entre le bassin originel de peuplement kurde, au sud-est, et les métropoles du centre et de l'ouest. La pauvreté du sud-est et une croissance naturelle supérieure à la moyenne nationale contribuent à ces flux, et à l'inquiétude des dirigeants turcs, tentant de minorer et minoriser cette population. Pour actualiser et compléter la version officielle, des chercheurs, des journalistes, pas forcément pro-kurdes, mais reprenant souvent des informations kurdes [43], et des institutions, comme la CIA, tentent d'évaluer la population kurde de Turquie[44]. Celle-ci est estimée à 20 millions de personnes par l'Institut kurde de Paris[45], occupant environ 230 000 km², soit un tiers du pays. Elle est estimée à 19 millions en 2000 par Jacques Leclerc de l'Université Laval[46], reprenant des sources kurdes[47], soit 27 % du territoire turc et 29 % de sa population. Certains auteurs, tel Mathieu Guidère, publient des cartes prenant davantage en compte l'incertitude du comptage de la population et de l'occupation spatiale[48].

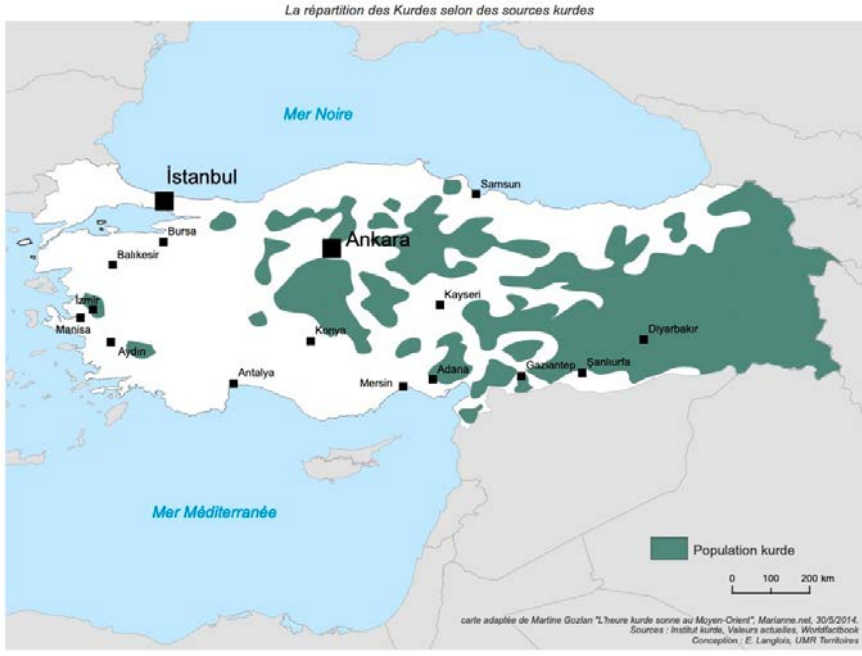
Dès lors, les cartes présentées divergent, puisque la population, sa répartition et les enjeux impliqués diffèrent selon les auteurs et les positions. La carte officielle (carte 1) est alors figée, même si tous les protagonistes la savent fausse. À l'inverse, les cartes réalisées par les Kurdes, ou reprises par des médias ou des instances internationales vont dessiner un espace plus large, et parfois très large, en fonction du militantisme, des informations et de leur interprétation (carte 2).

[43] Par exemple *Courrier International* du 23 octobre 2019 ou *L'Obs* du 2 mai 2018, consultés le 24 juin 2021.
[44] CIA World Factbook donne 19% de Kurdes, soit 15,7 millions en 2021, consulté le 22 août 2021.
[45] https://www.institutkurde.org/, consulté le 13 juillet 2021.
[46] Jacques Leclerc, L'aménagement linguistique dans le monde, CEFAN, Université de Laval, https://www.axl.cefan.ulaval.ca, consulté le 16 juillet 2021.
[47] L'Office franco-kurde.
[48] Mathieu Guidère, *Atlas des pays arabes*, Paris, Autrement, 2015, p. 59.

Carte 1



Carte 2

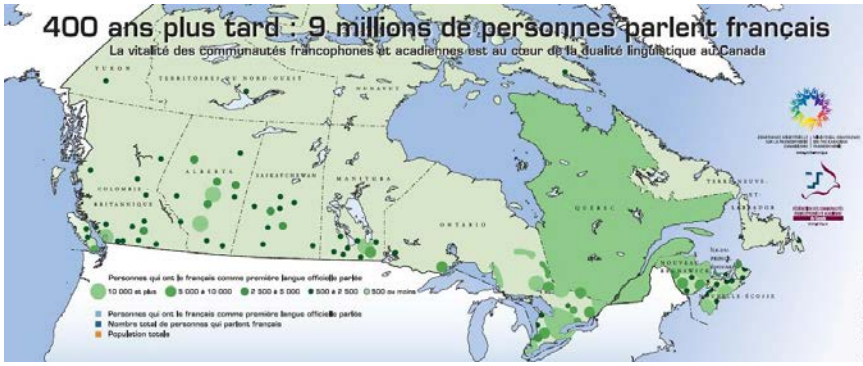


Sur la carte 2 la situation des francophones au Canada est différente par bien des aspects ; malgré cela elle présente des points communs avec les Kurdes : c'est une minorité en quête d'affirmation, voire d'État au

Québec, depuis plus de deux siècles ; et elle détient également une zone de force, le Québec justement, institutionnalisée et toujours revendicative. À l'image des Kurdes, pour cette population, les chiffres, comme les choix cartographiques, sont essentiels en termes d'existence future, notamment pour les francophones hors Québec, dont le poids décline au fil des décennies[49]. Dans ces conditions, les enjeux cartographiques rejoignent, là encore, le besoin de visibilité, pour justifier demandes et mobilisations.

La carte 3 provient du site de la Fédération des Communautés Francophones et Acadiennes (FCFA). Elle figure toujours sur Internet mais n'est plus sur le site de la Fédération, car cet organisme en utilise une autre, très colorée mais moins parlante. Cette carte 3 affirme le poids du Québec comme traditionnel port d'attache du groupe francophone, bien que son projet s'en soit éloigné depuis environ 60 ans[50]. Sur le document, la province du Québec est représentée en vert dans son intégralité ; cependant, l'essentiel du territoire du Québec est inhabité, ou presque, hormis à proximité du Saint-Laurent. Bien que cela soit moins visible, en raison de l'échelle et de la petitesse de la province (à l'échelle des Amériques), le nord et le nord-est du Nouveau-Brunswick sont également coloriés en vert, en raison de la présence d'une majorité francophone.

Carte 3



« avec l'aimable autorisation
de la Fédération des Communautés Francophones et Acadiennes (FCFA)

Dans le reste du Canada figure une constellation de points, plus ou moins larges et foncés[51]. L'idée des auteurs est probablement d'inscrire ces points comme autant d'îles et d'îlots d'archipels provinciaux. L'échelle de la carte leur donne une certaine ampleur, mouchetant des zones. Mieux, dans un premier temps, le processus de visibilisation[52] privilégie la

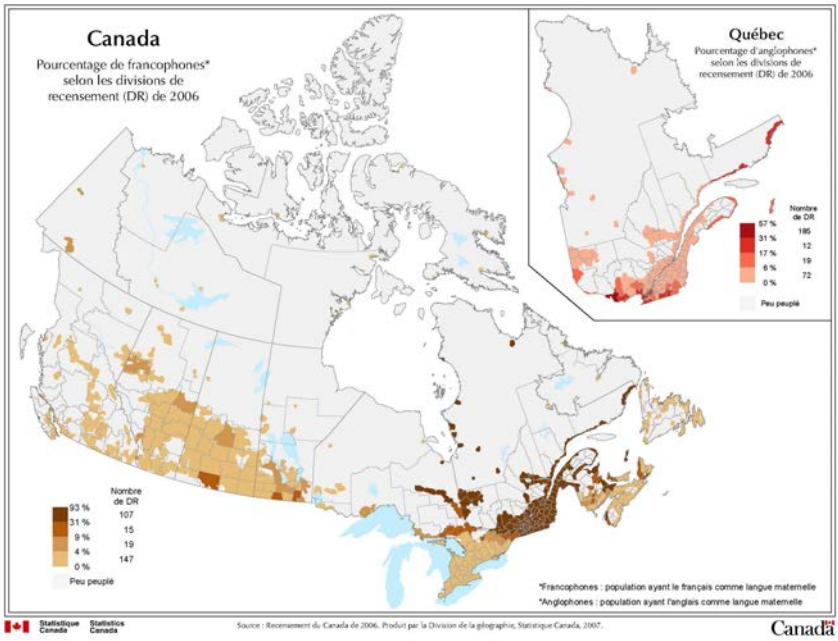
[49] Raymond Mougeon, « Maintien et évolution du français dans les provinces du Canada anglophone », in Salikoko Mufwene, Cécile Vigouroux, *Colonisation, globalisation et vitalité du français*, Paris, Odile Jacob, 2014, p. 215 et 217.
[50] Linda Cardinal, « Ruptures et fragmentations de l'identité francophone en milieu minoritaire ; un bilan critique », *Sociologie et sociétés*, 26 (1), 1994, p. 71-72.
[51] La gradation des tons de vert pourrait d'ailleurs être interrogée.
[52] Karoline Truchon, « Le *digital storystelling*. Pratique de visibilisation et de reconnaissance, méthode et posture de recherche », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 40, n° 1, 2016, p. 125-152.

taille et la couleur des cercles aux dépens de la légende, en captant le regard. Dans un second temps, après lecture de la légende, ces points dispersés révèlent la faiblesse numérique des communautés. En effet, même la classe la plus haute, « 10 000 et plus » est modeste à l'échelle des populations provinciales totales. Les ronds « 10 000 et plus » correspondent ainsi à de grandes villes où, *de facto*, les francophones sont minorisés au sein d'une forte population anglophone. Presque au bas de la hiérarchie, les points « 500 à 2 500 » sont les plus nombreux, et les plus visibles avec leur couleur vert foncé, formant des chapelets. Néanmoins, pour l'essentiel, ces points correspondent à de petites, voire très petites, communautés, souvent des villages. Ces dernières doivent faire face à l'omniprésence de la langue anglaise dans tous les domaines de la vie quotidienne, même pour les plus dynamiques[53]. Cela se traduit par un bilinguisme de fait, et même souvent une meilleure connaissance de l'anglais que du français[54]. Pour résumer l'intention, par-delà les chiffres, cette carte de la FCFA a vocation à être optimiste et pédagogique, montrant l'action spatiale large et militante de la Fédération. Dans ce cadre, la carte s'avère être un outil de reconnaissance plus que de connaissance, pour justifier et poursuivre l'action.

La carte 4 de l'institut fédéral des statistiques (StatCan) date de 2006, car nous n'en avons pas trouvé de plus récente sur le sujet, à l'échelle du Canada. Ce document a des buts différents du précédent, puisqu'il a une fonction officielle. L'institut a construit une carte montrant à la fois la francophonie canadienne et la minorité anglophone au Québec, par souci de respect et d'équilibre entre les deux langues officielles, et des minorités linguistiques provinciales, uniquement francophones hors Québec. Cette carte utilise un zonage de recensement rendant plus précise la distribution spatiale de l'information, avec une utilisation de valeurs relatives. Abstraction faite des espaces les plus septentrionaux, déserts, la présence francophone est répartie sur tout l'espace habité. Malgré tout, de fortes disparités apparaissent.

[53] Franck Chignier-Riboulon, « Notre-Dame-de-Lourdes (Manitoba, Canada), le positionnement stratégique francophone d'un centre de services en milieu rural », *Les Annales de géographie*, 715, 2017, p. 313-332.
[54] Entre autres, Anne Gilbert (dir.), *Territoires francophones, études géographiques sur la vitalité des communautés francophones du Canada*, Québec, éditions du Septentrion, 425 p.

Carte 4



Source : Statistique Canada,
Pourcentage de francophones selon les divisions de recensement (DR) de 2006.
Reproduit et diffusé « tel quel » avec la permission de Statistique Canada.

La légende donne quatre classes ; la plus brune correspond aux zones de force, cependant, elle est très large, représentant de 31 à 93 % de la population des périmètres de recensement retenus, soit un écart de plus de 60 points. Par conséquent cette classe, associant des espaces de domination absolue à d'autres où ces locuteurs ne sont que moins du tiers, accroît l'impression d'une importance spatiale. En dehors du Québec ressortent non seulement le nord et le nord-est du Nouveau-Brunswick, mais aussi les régions ontariennes proches du Québec et l'ensemble Hearst, Kapuskasing et Timmins dans cette même province (au nord-est sur la carte). Les classes 9-31 % et 4-9 % sont peu représentées spatialement ; elles mettent avant tout en avant la faiblesse numérique des populations recensées. La majeure partie de l'espace est occupée par la classe 0-4 %, indiquant que les francophones sont une faible, voire très faible, minorité. De prime abord, cette carte donne donc le sentiment d'un espace occupé, partout où les conditions climatiques le rendent possible. Une lecture plus attentive fait émerger de forts contrastes et questionnements ; les zones de force sont accrues par le choix d'une classe étendue ; les zones de faiblesse sont partiellement masquées par l'importance de la répartition spatiale.

Dans les deux situations cartographiques, sont mises en avant des manières de montrer, plus nettes pour la première carte, traduisant des

stratégies d'affichage de cette minorité ou de respect de l'égalité linguistique, au moins à l'échelle fédérale, pour l'institut.

III. Des jeux géographiques pour représenter

La cartographie est bien un montage, un ensemble de choix, pour montrer, ou pas, consciemment ou non. Ce bricolage sérieux est possible en travaillant sur les statistiques, les couleurs et les classes, et également en jouant sur la géographie, ou du moins sur ses définitions. Les modulations des périmètres viennent parfois à l'esprit, mais plus connues sont les variations de focales ou, autrement dit, le choix des échelles. Peu connues, en revanche, en dehors du cercle des géographes, est la distinction entre espace et territoire ; or, le regard et la force de la carte en sont changés.

A. L'oubli fréquent du sens de l'espace et du territoire

Tendanciellement, le mot territoire[55] s'est imposé aux dépens du terme espace. En France, il est devenu d'usage commun, et les politiques publiques l'utilisent, à toutes les échelles, parlant de « cohésion des territoires », « d'égalité des territoires » ou, tout simplement, des territoires (de la République…) ou de « nos » territoires, sans les définir ou les interroger car cela serait, apparemment, de l'ordre de l'évidence. Cette habitude n'est pas uniquement étatique ; la politique d'aménagement du territoire a contribué à cette évolution et à cette confusion, comme les diverses phases de décentralisation, où chaque collectivité souhaite définir, au sens de découper, « ses » territoires. L'insertion du mot dans le vocabulaire des concepteurs et animateurs de l'aménagement et des politiques publiques entraîne un emploi large du terme, devenu une normalité. Tout devient mécaniquement territoire, y compris les assemblages géographiques quelquefois surprenants nés des dernières réformes des intercommunalités et des régions.

Face à ce phénomène, la plupart des géographes distinguent l'espace et le territoire[56], depuis une quarantaine d'années, donnant une vision plus humanisée au second, le terme espace étant plus générique. Le territoire s'entend, lui, comme un espace territorialisé, c'est-à-dire approprié sentimentalement par ses habitants. Ce sentiment d'appartenance est plus ou moins développé, et plus ou moins sensible, en fonction des lieux et des moments. Plus complexe est le fait que le même lieu est à la fois espace et territoire, du moins fréquemment. Cela signifie qu'il n'est pas perçu de la même façon par les différents acteurs. Habituellement, la carte est pensée spatialement, par un agent d'une administration centrale, d'une collectivité ou par un salarié d'un bureau d'études, bien que le terme territoire apparaisse dans les écrits et les présentations orales. Les habitants, ou une partie d'entre eux, ont une relation différente aux lieux, plus ou moins affirmée, et une conception sentimentalement intégrée de cet espace territorialisé. Leurs perceptions des lieux vécus, aimés, s'en trouve changée, et cela influe sur leurs désirs de permanence ou de changement. Dans les faits, les réalités sont néanmoins plus complexes, des acteurs spatialisent et territorialisent en même temps ; plus ils sont

[55] Antoine Bailly, Robert Ferras, Denise Pumain, *Encyclopédie de la Géographie*, Paris, Économica, 1995, p. 601.
[56] Guy di Méo, *Géographie sociale et territoires*, Paris, Nathan, 1998, 320 p.

proches, en termes de connaissances, d'arpentage, d'entretiens avec les habitants locaux, mieux ils sont en capacité de comprendre le lieu. Plus largement, à la territorialisation d'un lieu ou au territoire, n'est pas attachée, dans ce texte, une échelle de valeurs, rendant la territorialité meilleure que la spatialité, car elle émane des habitants pour l'essentiel. L'attachement, l'identification sont aussi des replis, des refus… des autres, d'équipements, de l'intérêt général. Ce qui importe dans notre propos est la construction de cartes défendant une certaine vision de l'espace/territoire. Et ces cartes ne sont pas les mêmes selon le degré de sentimentalité intégré dans la perception de ces lieux.

Dans le cas de conflits ouverts ou de tensions répétées, telles les situations israélo-palestinienne et indo-pakistanaise, ou azéri-arménienne, la territorialisation des espaces est d'une sensibilité parfois extrême, et les cartes en témoignent, chaque État possédant les siennes, avec sa toponymie, son droit à être présent ou à revendiquer. Il en est de même pour des luttes environnementales ou d'aménagement. Toutefois, hormis ces conflits prenant une envergure large, plus communes sont les cartes dressées par des acteurs spatiaux que par des acteurs territoriaux, bien que se développe une prise en compte, relative, des perceptions et demandes des habitants vivant en ces lieux.

B. Échelles et périmètres

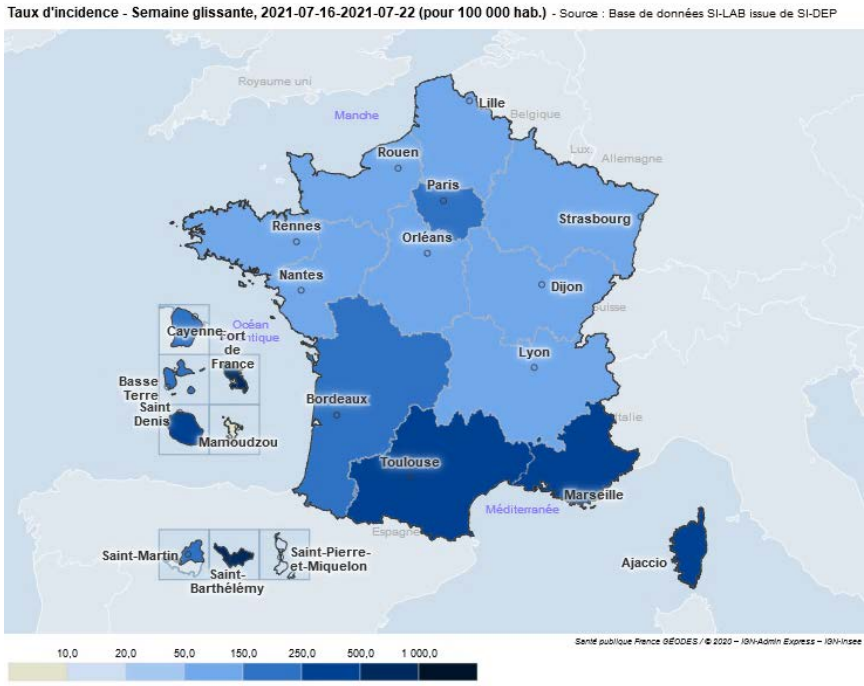
Mettre une échelle sur une carte est une des premières actions apprises à l'école lors de la découverte de la carte. Le rôle de l'échelle ne se résume pourtant pas à un repère pour comprendre le document, elle est un outil de modification d'une réalité. Ainsi, changer l'échelle d'observation c'est changer la réalité présentée, et donc les perceptions des lecteurs.

Par exemple, sur une carte à l'échelle monde présentant les musulmans, en valeurs relatives, ces derniers ne représentent que 14 % de la population de l'Union indienne, et ils peuvent être indiqués avec une couleur claire. En revanche, une carte de l'Union découpée administrativement avec les États indiens donne une autre géographie : le nord (Cachemire) et le nord-est vont davantage ressortir, et le premier nettement car cette religion y est très majoritaire. À l'échelle des districts, au sein des États, une autre géographie se dessine, relativisant des ensembles et pointant des espaces : au nord-est (en premier lieu au Bengale-occidental) et au Cachemire toujours, mais aussi des districts au centre-nord (Uttar-Pradesh), au sud-ouest (Kérala). À un niveau encore plus fin, l'échelle des municipalités ferait elle-aussi ressortir une autre carte. En outre, sur de telles populations démographiques, travailler les cartes en pourcentage ne donne pas les mêmes résultats cartographiques qu'en valeurs absolues. Certes, ce n'est pas une question d'échelle géographique, mais 14 % d'une population indienne se rapprochant de 1,4 milliard d'êtres humains cela aboutit à 200 millions d'individus, plus concentrés en certaines zones.

Les périmètres sont une autre forme de données, fréquemment indissociables des questions d'échelle. Généralement, ce sont des découpages administratifs, allant généralement de soi, car ils appartiennent à notre héritage, ou sont de nouveaux espaces créés

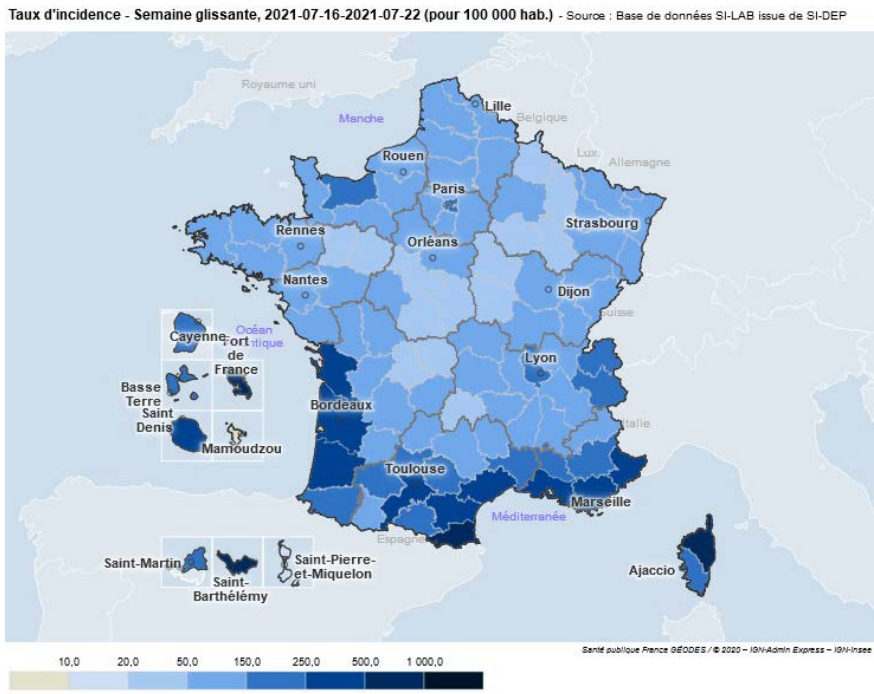
(intercommunalités, régions). Dans tous les cas, ils sont appris à l'école et socialisés par la suite. Quel que soit le pays où nous grandissons, ils s'imposent assez logiquement, rentrant dans la normalité précédemment décrite. Or, les statistiques produites sur un périmètre donné dessinent une certaine géographie et une carte particulière. L'exemple indien peut paraître lointain et exotique, mais l'exercice fonctionne également avec le territoire métropolitain. La diffusion de cartes, très nombreuses, sur les différents aspects de la pandémie de la Covid-19 laisse voir des contrastes, changeant selon l'échelle retenue, régionale ou départementale. Les cartes 5 et 6 donnent les mêmes informations, l'une à partir des régions, l'autre avec les départements.

Carte 5



source : « obtenue à partir de https://geodes.santepubliquefrance.fr **»**

Carte 6



source : « obtenue à partir de https://geodes.santepubliquefrance.fr **»**

Les cartes sont de juillet 2021. La représentation des collectivités d'outre-mer ne permet pas de voir leur échelle, contrairement à la situation en métropole. Sur la carte des régions, le sud de l'espace métropolitain était le plus touché, unissant ces régions. Les périmètres départementaux offrent une vision plus nuancée de la situation. Ce sont principalement les départements côtiers qui étaient les plus frappés par la pandémie. Par ailleurs, plus une région a une superficie vaste, plus elle risque de présenter une situation interne contrastée, comme c'est le cas au nord-est de la Nouvelle-Aquitaine. À l'image de l'exemple de l'islam en Inde, il est possible de trouver sur le site de Santé Publique France[57] des cartes par intercommunalités, voire par communes, mais à l'échelle fournie, la France, la visibilité de la carte n'est pas suffisamment discriminante pour faire ressortir des éléments de compréhension.

S'ils sont indissociables des échelles, les périmètres soulignent aussi les logiques des découpages et surtout des redécoupages[58]. Redécouper les limites d'un espace c'est modifier ce qui est observé, et notamment les données statistiques. Dans les exemples proposés ci-dessus, l'agrandissement des régions depuis 2016 s'est traduit par un traitement

[57] https://geodes.santepubliquefrance.fr

[58] Franck Chignier-Riboulon, « La nouvelle régionalisation, entre mise en marge et renforcement de la marginalisation », in Gabriel Wackermann (dir.), *La France des marges*, Paris, Ellipses, 2016, p. 139-149.

statistique sur des espaces plus vastes. Cette nouvelle organisation administrative tend à créer des agrégats statistiques moyennisant davantage les réalités, c'est-à-dire effaçant ou masquant les situations les plus extrêmes. Cette logique de moyennisation spatiale et statistique est parfois utilisée pour minorer (cas des Kurdes ou des Tibétains par exemple) en incluant des espaces où ils sont absents ou minoritaires, et le chiffre final du périmètre choisi en témoigne. De la même manière, cette stratégie spatiale, conjuguant statistique et cartographie, est utilisée dans les politiques publiques, par exemple en politique de la ville, s'ajoutant parfois au choix des classes, pour minoriser, ou, à l'inverse, surreprésenter. Ainsi, étendre un périmètre c'est rendre moins visible un quartier en grande difficulté. Autre situation proche, au Manitoba, la fusion des municipalités a renforcé la minorisation des populations francophones, et leur anglicisation, comme à Notre-Dame-de-Lourdes aujourd'hui incluse dans celle de Lorne[59].

Conclusion

À l'issue de cet exposé risque d'émerger une image plutôt négative de la carte. Les titres de certains ouvrages peuvent y contribuer, tel *Comment faire mentir les cartes*[60], un livre jouant avec les couleurs, les échelles… affirmant sans détours toutes les subtilités possibles de la mise en scène cartographique, pour le meilleur et pour le pire. L'optique de l'entre-deux, ou plutôt du moins direct, est donnée par un autre titre, *La carte invente le monde*[61]. Une telle annonce, apparemment optimiste, laisse place à tous les desseins. Certes, la diversité humaine et son besoin d'affirmation impliquent que la carte blanche peut être remplie de tant de manières que la perspective carte contre carte est réelle, et bien dans la logique de l'histoire des hommes. Dès lors, il est possible d'écrire que le monde invente la carte qui lui convient. Et le monde étant une mosaïque, cela façonne une infinité de discours… et de cartes.

Pour autant, le lecteur, le spectateur, ne sont pas seulement des regardants ou des écoutants. Ils sont normalement, grâce à une éducation longue, aux médias d'information…, toujours plus en capacité d'analyser, de mettre en perspective, et alors d'avoir un esprit critique analysant la face cachée de la carte. Décrypter la partie immergée n'est ainsi pas de l'ordre de l'impossible ou du divinatoire. Les comparaisons, les lectures, les confrontations d'écrits sont autant de clés pour voir. Mais le souhaite-t-on toujours vraiment, par-delà l'affirmation de circonstance ou la réaction vive, spontanée, sans profondeur, celle de l'internaute donnant son avis, rarement nuancé ? Voir derrière, au-delà de la carte présentée est un acte réfléchi, impliquant du temps, de la culture et de l'humilité, car il s'agit aussi de s'extraire de son contexte de vie, de sa socialisation et normalisation. Et il est toujours plus facile d'avoir du recul sur l'ailleurs ou l'avant.

[59] Franck Chignier-Riboulon, « Notre-Dame-de-Lourdes… », *op. cit*.
[60] Mark Monmonier, *Comment faire mentir les cartes*, Paris, Autrement, 2019, 303 p.
[61] Patrick Picouet (dir.), *La carte invente le monde*, Lille, Presses du Septentrion, 2018, 206 p.

9. La cartographie sensible

Marie Masson

Professeur au Lycée Lama-Prévot, Remire-Montjoly, chargée de mission auprès de l'IA-IPR d'Histoire-Géographie de l'Académie de Guyane, co-fondatrice de l'association Concours Carto[1]

La cartographie sensible, cartographie des émotions, ou cartographie subjective est depuis quelques temps très présente dans les médias et les publications. On utilise plusieurs noms pour des pratiques qui semblent nouvelles mais qui existent depuis longtemps. Ainsi la « Carte du Tendre » qui est une représentation allégorique des différentes étapes de la vie amoureuse, est la première carte des émotions connues. Attribuée à François Chauveau, elle illustrait le roman *Clélie, histoire romaine* de Madeleine de Scudéry en 1654 et permettait aux Précieuses de se frayer un chemin dans les écueils de la vie amoureuse.

Ilustration 1 – Carte du tendre

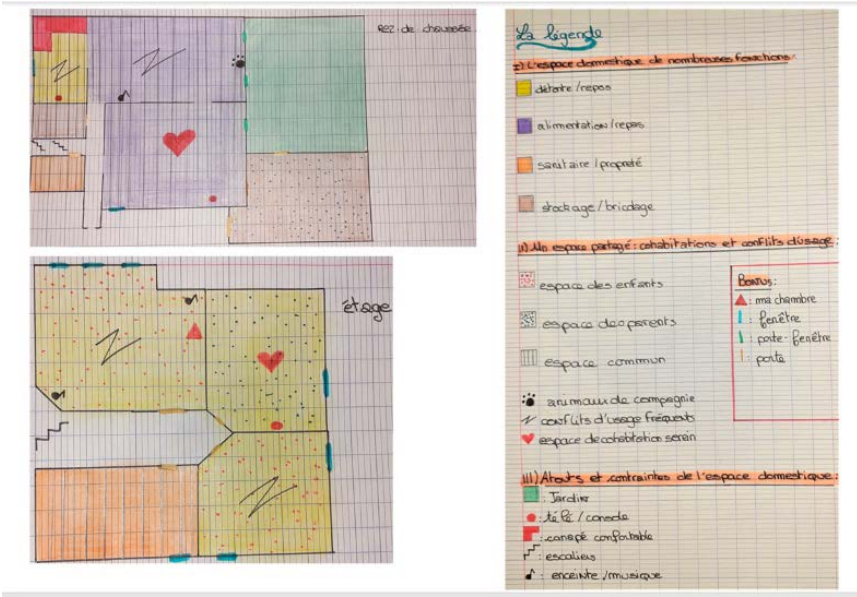
source : La Carte de Tendre, Paris, 1856. BNF

[1] L'association ConcoursCarto a été fondée en 2010 par Olivier Godard et Marie Masson. Son président d'honneur est Christian Grataloup. Elle agit auprès des élèves du CM1 à la classe préparatoire pour promouvoir les usages de la cartographie en classe avec la création de 5 concours et de nombreux projets. En 2021, l'association comptait une trentaine de membre actifs et a fait participer 4 545 élèves à ces concours.

Depuis les débuts de la crise sanitaire, on a vu beaucoup de publications sur les réseaux, de carte de l'espace vécu en confinement. L'œuvre d'une artiste, Ariane Pinel qui représente les deux premiers confinements, permet de montrer les différences de ressentis entre les deux. La lassitude et les difficultés sont bien plus présentes dans la seconde carte. Les cartes peuvent être consultées sur le site d'Ariane Pinel[2].

Pendant cette période, des cartographes, des enseignants [3] ont également utilisé la cartographie pour « raconter » l'espace vécu. Ils ont proposé par exemple aux élèves de dessiner leurs lieux de vie. Au-delà de l'aspect fonctionnel (espace où l'on travaille, où i'on dort, où l'on mange…), les élèves ont également indiqué des émotions (les tensions familiales, les espaces de loisirs, de détente, les moyens de rester en contact avec les amis)

Illustration 2 – Océane, seconde, Extrait de Gabriel Kleszewski, Yannick Mével, Justine Moncomble, Géographie du confinement, 2020



Nous sommes professeure d'Histoire-Géographie, formée à l'histoire antique, à l'instar de beaucoup de professeurs du secondaire, nous avons rencontré la géographie et la cartographie en l'enseignant au collège et au lycée. Et comme souvent en géographie, la sérendipité, la découverte inattendue et par hasard du travail de Catherine Jourdan chez un libraire nantais m'a ouvert à la problématique de la cartographie sensible. Catherine Jourdan a publié des cartes de villes élaborées directement avec les habitants des quartiers. Elle est philosophe de formation, depuis

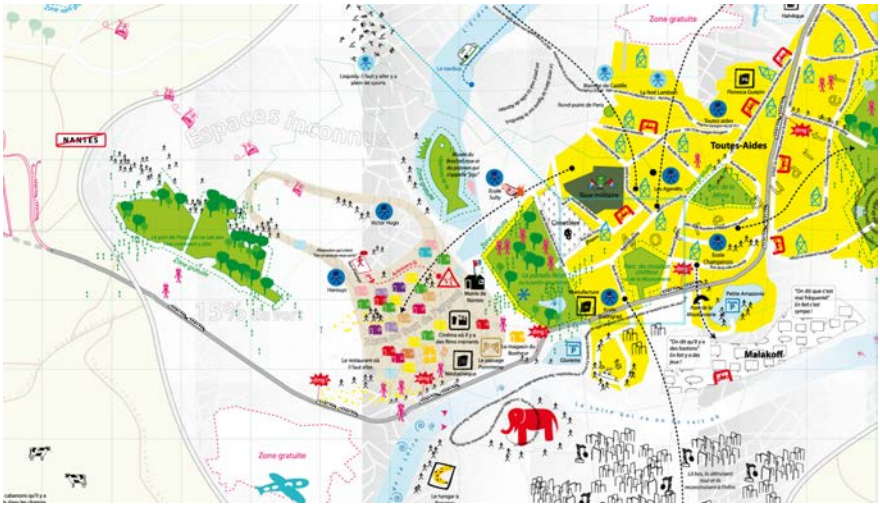
[2] Ariane Pinel : https://arianepinel.com/Confinement
[3] Géographie du confinement, Gabriel Kleszewski, Yannick Mével, Justine Moncomble, 17 avril 2020, https://www.cahiers-pedagogiques.com/Geographie-du-confinement

psychanalyste et artiste documentaire. Elle a mené ces projets de cartographie sensible avec des groupes éphémères d'habitants de quartier de tous les âges. Pour elle,

> « Une carte subjective est une carte réalisée par un habitant ou un groupe d'habitants avec l'aide d'une équipe de géographes du dimanche ou autres artistes. Elle est ensuite imprimée et rendue publique dans les espaces de communication de la ville.[4] »

Parler de carte subjective est pour nous un pléonasme, car toute représentation cartographique est une succession de choix opérés par le cartographe et/ou son commanditaire pour représenter un phénomène. Cependant dans la cartographie subjective, on choisit délibérément d'écouter les représentations, voire de les mettre en avant.

Illustration 3



source : Catherine Jourdan, extrait de la carte subjective de Nantes

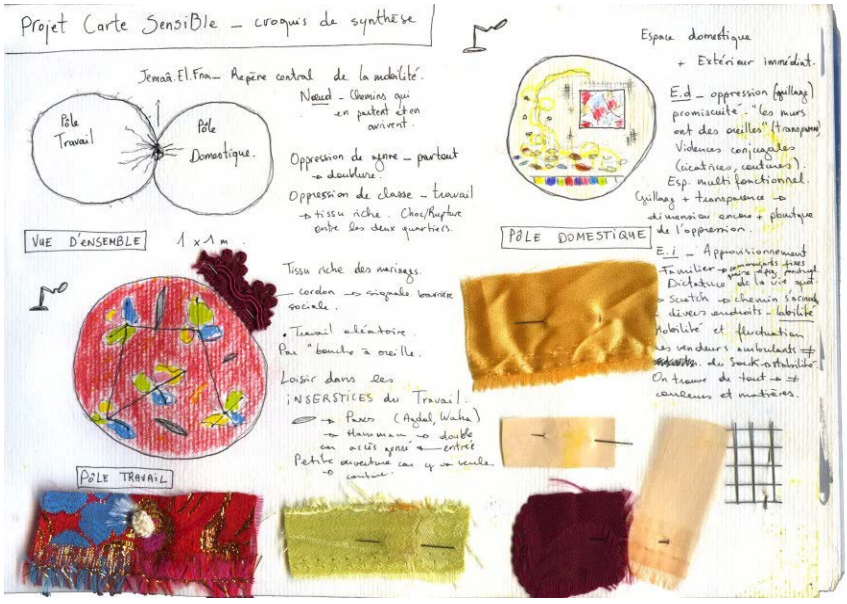
À partir de cette première rencontre, nous nous sommes renseignée sur la cartographie subjective, la cartographie sensible dans les publications universitaires et les travaux des cartographes. Nous avons également été amenée à rencontrer des enseignants qui menaient des projets de cartographie sensible avec des enfants. Ces travaux ont permis de mettre en place un certain nombre d'expériences pédagogiques efficientes pour l'appropriation du langage cartographique par les élèves.

[4] Extrait du site internet de Géographie subjective : geographiesubjective.org

I. La cartographie sensible dans les publications universitaires

Élise Olmedo[5], aujourd'hui géographe, chercheuse postdoctorale à l'Université Concordia à Montréal a fait un travail en 2011 sur le vécu des femmes à Marrakech. La cartographie sensible permet de montrer les déplacements quotidiens, figurer les « fragrances » de ces espaces vécus. Elle a montré dans sa thèse, soutenue en 2015, les liens et les ponts possibles entre art et science. La carte est pour elle un outil de représentation du réel mais les données quantitatives parfois ne suffisent pas, il faut pouvoir retranscrire les données émotionnelles. Ainsi dans son travail sur les femmes de Marrakech, elle utilise les aquarelles et le tissu, pour représenter les espaces vécus. Pour cela il faut s'autoriser à s'éloigner du réel et des règles habituelles pour aller vers sa propre vision du monde. Le projet de la « carte sensible », c'est « décrire graphiquement l'idée » selon les propres mots de Jean-Marc Besse[6]. La carte sensible est souvent utilisée par les paysagistes et les urbanistes pour décrire l'utilisation de l'espace. Ainsi Quentin Lefevre dit que la carte sensible est un « média de restitution de l'expérience du territoire »[7].

Illustration 4



Source : Élise Olmedo, Cartographie sensible : tracer une géographie du vécu par la recherche-création, 2015

[5] https://visionscarto.net/cartographie-sensible

[6] Agrégé de philosophie et docteur en histoire (université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), directeur de recherche au CNRS, où il dirige l'équipe EHGO/UMR Géographie-cités (CNRS/Paris 1/Paris 7.

[7] Quentin Lefevre est un urbaniste, architecte et designer. Il enseigne à Paris. http://quentinlefevre.com/cartographie-sensible/

II. La cartographie sensible : un outil pour la géographie scolaire ?

La géographie scolaire française privilégie l'étude de territoires à petite échelle, selon des modalités qui relèvent d'une pédagogie transmissive. On apprend à nommer, à situer des lieux et des phénomènes géographiques. On analyse l'organisation spatiale à partir de cartes. Jusqu'à récemment, on apprenait des cartes, on ne les faisait pas, or les dernières réformes des programmes et des épreuves du baccalauréat ont introduit plus largement l'apprentissage du langage cartographique afin que les élèves produisent des cartes. Ainsi dans les nouveaux programmes de lycée (2016), les élèves sont amenés à créer une carte et sa légende à partir d'un texte court écrit par les enseignants. Ils sont ainsi invités à passer d'un langage à l'autre. Cette tâche complexe est difficile à appréhender pour des élèves qui, parfois ont fait peu de cartographie au collège et ne voient la carte que comme un exercice de synthèse ou de coloriage. Dans ce contexte, la cartographie sensible peut être un levier pour les initier au langage cartographique dès le plus jeune âge afin que cette tâche complexe abordée au collège et surtout au lycée soit facilitée. On prend alors le parti de s'appuyer sur l'expérience spatiale des élèves pour les initier à la cartographie. Pour illustrer ce propos, voici quelques exemples d'expérimentations pédagogiques.

A. CartoGraphie ton quartier

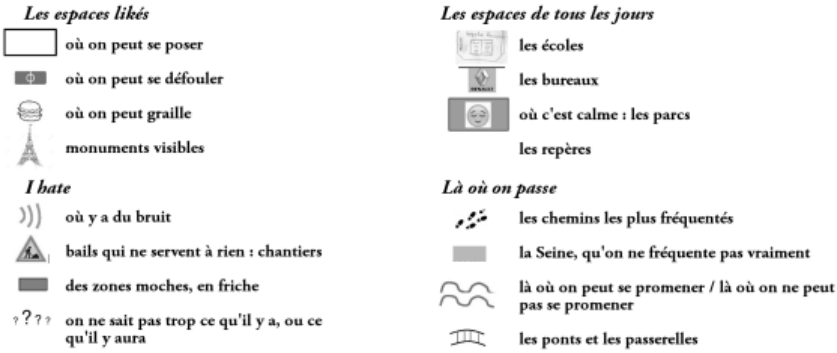
Sophie Gaujal[8], enseignante au lycée de Boulogne Billancourt a utilisé la cartographie sensible avec ses élèves pour analyser le quartier du lycée. Elle a organisé avec le musée de la cité de l'Architecture et du Patrimoine à Paris, un concours de cartographie sensible « CartoGraphie ton quartier ». Il a vocation à permettre aux classes participantes d'élaborer, en commun,une représentation de leur quartier et d'exprimer leur point de vue, en articulant l'élaboration d'une carte sensible à la forme épistolaire.

Cette forme de cartographie sensible participative permet aux élèves d'appréhender l'espace comme un territoire commun. Il prend du temps car les élèves doivent en amont de leur carte échanger, débattre, confronter leurs points de vue pour finalement arriver à une représentation commune de leur espace vécu.

[8] La cartographie sensible et participative comme levier d'apprentissage de la géographie – Mars 2019 https://journals.openedition.org/vertigo/24604

Illustration 5

.



source : Sophie Gaujal,
La cartographie sensible et participative, 2019

B. Le plan subjectif du collège G. Pompidou à Champtoceaux[9]

Partant de ces expériences, nous avons élaboré avec Marie Mottin, professeure de français, et Véronique Lebot, professeure de mathématiques, un projet interdisciplinaire pour une classe de 6ème. L'idée est de mettre en place les codes de la cartographie dès la 6 ème en enlevant pour les élèves qui ne sont pas à l'aise avec cette exercice la contrainte du vrai, de l'académique.

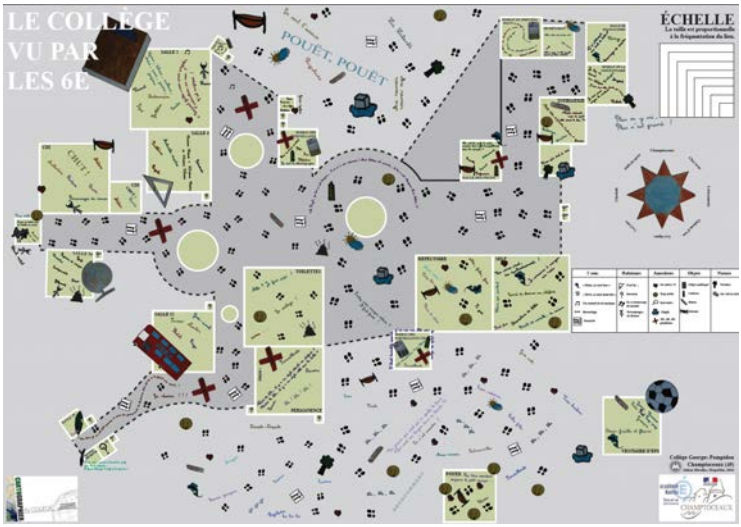
Le travail est collaboratif : les élèves ont mené une enquête dans le collège pour qu'à chaque lieu correspondent des expériences sensibles. Le projet a été mené avec le professeur de français pour apprendre à exprimer les émotions et à décrire les sensations. Le travail avec le professeur de mathématiques a permis de mettre en place une échelle, comme pour toute carte, mais cette échelle correspond non pas au système métrique, mais à l'expérience du territoire et de l'espace.

Illustration 6 – Les élèves de 6ème B finalisent le plan subjectif du collège

[9] Plan subjectif du collège 2012, https://www.pedagogie.ac-nantes.fr/innovation-pedagogique/echanger/une-cartographie-sensible-du-college-1074532.kjsp?RH=1164377091218

Finalement le plan du collège reprend tous les codes de la cartographie : des figurés, une légende organisée, un titre, une orientation, une échelle ; mais ces codes sont ceux inventés par les élèves pour représenter au mieux ce qui fait sens dans leur vision de leur espace vécu. Le travail a duré une dizaine d'heures et en début d'année a également permis aux élèves de s'approprier le territoire du collège. Si cette carte est celle de la 6ème E, elle a gagné une valeur symbolique universelle, car le principal de l'époque l'a accroché dans le hall du collège à côté du plan « officiel ».

Illustration 7 – le collège vu par les 6ème E



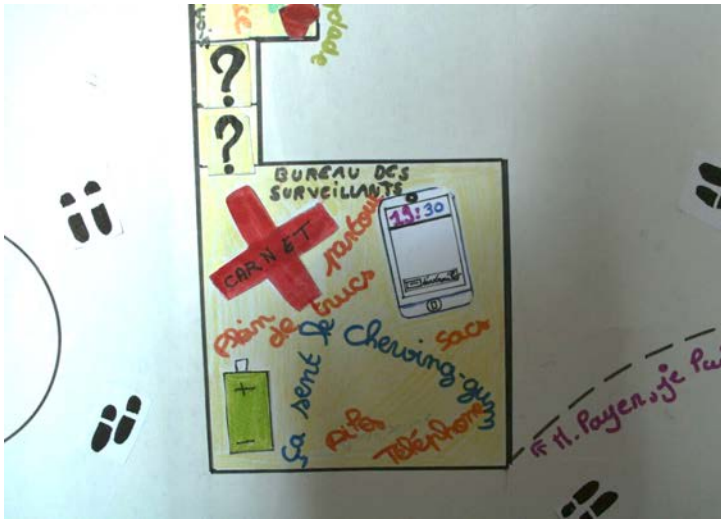
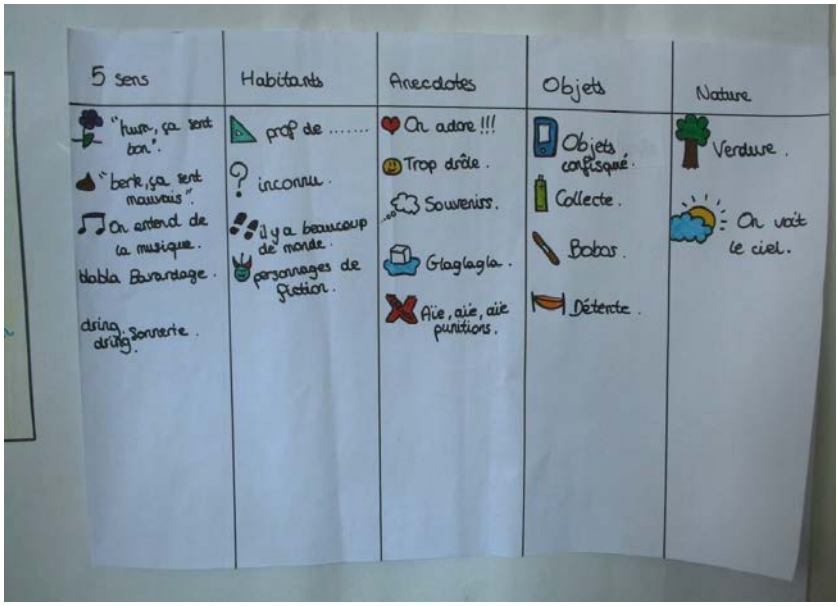


Illustration 8- Détails du plan subjectif du collège.



C. Cartographie sensible et discriminations

À partir de cette expérience, on peut aller plus loin et se servir de la carte pour que les élèves racontent leur vécu au collège. On allie alors un travail de cartographie et un travail en éducation morale et civique sur les discriminations. Des professeurs[10] de l'association Concours Carto ont ainsi fait réaliser par leurs élèves de 5ème un plan de leur collège qui permettait de montrer les espaces dans lesquels il y avait des discriminations. La carte sert alors de support de discussion pour raconter le collège et peut-être pallier les difficultés rencontrées par les élèves dans leur quotidien de collégiens. La carte devient un média de discussion entre élèves mais aussi entre les élèves et les équipes éducatives.

[10] Anaïs LeThiec au collège de Pontvallain (49) puis de beaufort-en-vallée (49) – Rémi Guédon au collège de Trélazé (49) en partenariat avec les éducateurs de la mission locale.

Illustration 9 – Le collège de Beaufort en Vallée,
par une classe de 5ème d'Anaïs le Thiec

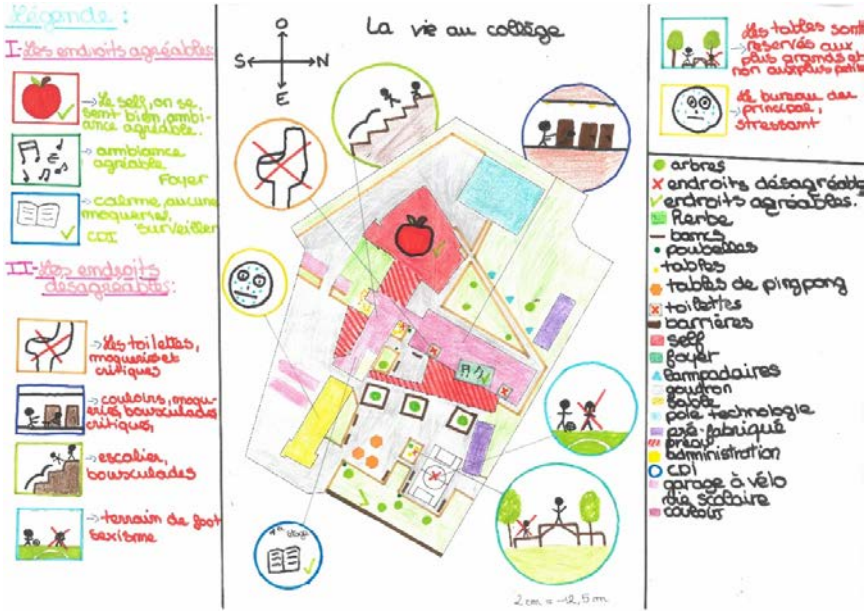


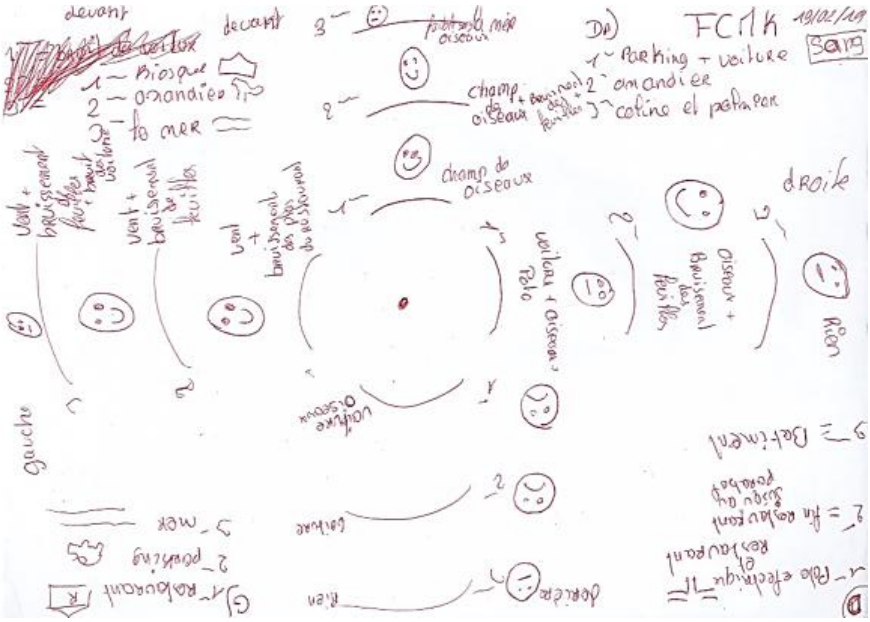
Illustration 10 - Le collège de Trélazé,
par une classe de 5ème de Rémi Guédon

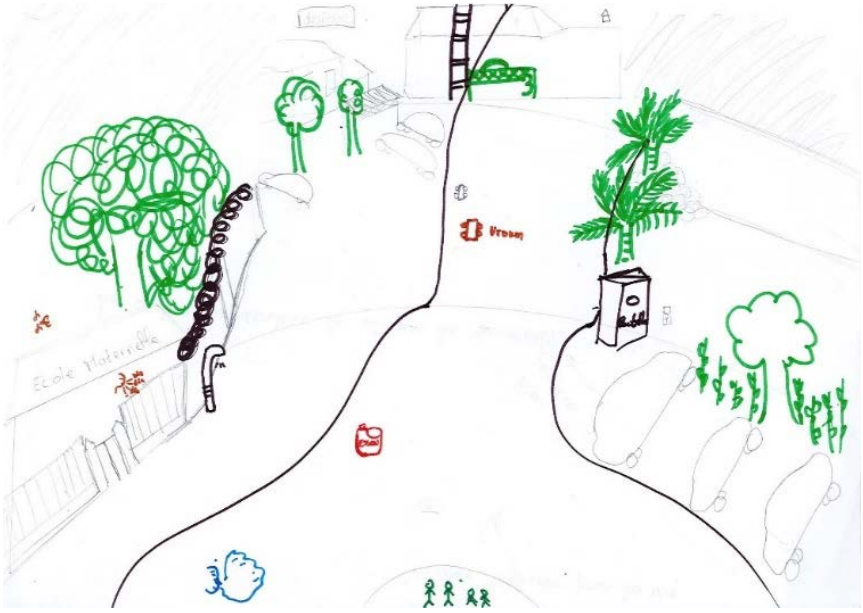
D. Carte sensible de la place des Amandiers à Cayenne

Cette dernière expérience menée en 2019 au lycée Lama Prévôt avec le CAUE (conseil d'architecture, d'urbanisme et de l'environnement) de Guyane à Cayenne montre que cette cartographie sensible peut être un outil d'apprentissage scolaire et d'aide à la décision. Le projet pédagogique visait à faire une carte sensible de la place des Amandiers à Cayenne puis d'utiliser cette carte pour imaginer ce que pourrait être la place des Amandiers si on la réaménageait. Après une enquête sur le

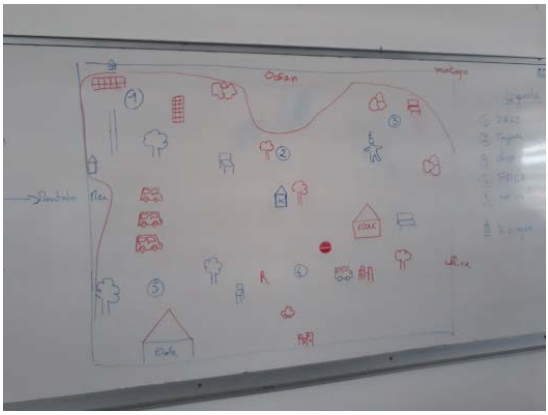
terrain en partenariat avec les architectes du CAUE : les élèves ont dessiné sur place les sensations et les émotions ressenties à différents emplacements.

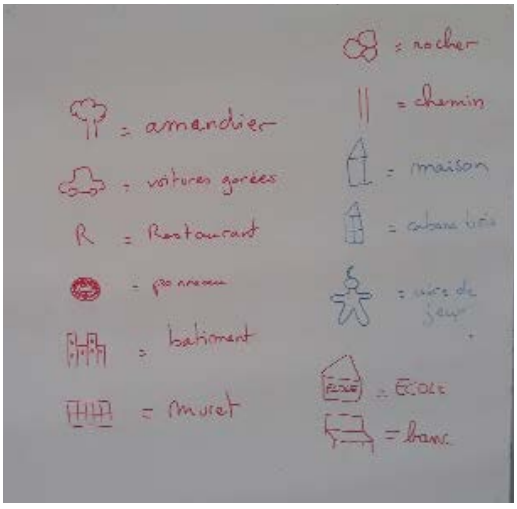
Illustration 11 – Croquis d'élèves de seconde sur la place des Amandiers





Les lycéens ont ensuite échangé et débattu âprement pour arriver à une représentation commune de la place en distinguant ce qui était agréable et ce qui était désagréable (odeur, bruit, chaud, vent, paysage).





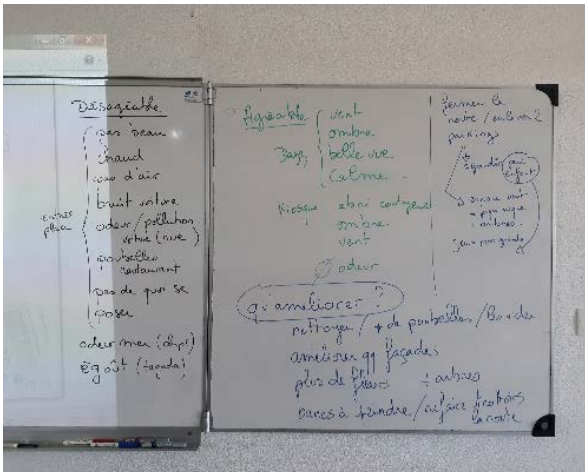
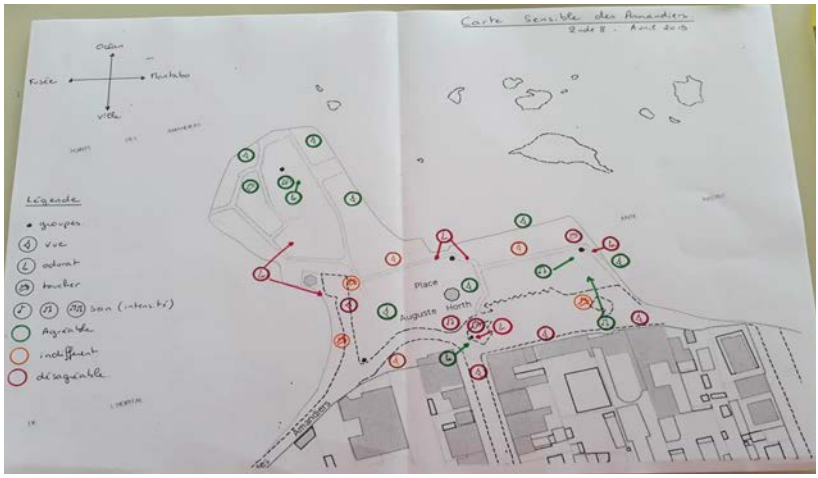
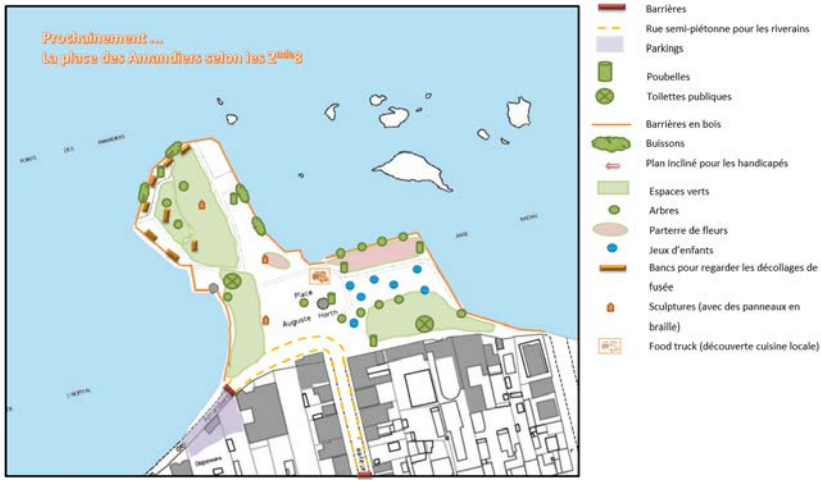


Illustration 12 : carte sensible de la carte des Amandiers à Cayenne



Puis libérés de toutes contraintes financières, contrairement aux architectes, urbanistes et pouvoirs publics, les lycéens ont été invités à redessiner la place de Amandiers. La carte sensible a servi de support à un exercice de prospective. Pour des élèves peu habitués à la ville de Cayenne et à ses contraintes, il a fallu prendre en compte différentes spécificités locales (l'accès à l'école, au restaurant, la géographie particulière du littoral guyanais, envahi de mangrove) et leurs envies d'adolescents déjà très conscientisés. Ainsi ont-ils prévu des espaces récréatifs et gastronomiques mais aussi dans une perspective de développement durable, un parcours artistique et culturel, des panneaux en braille, une rampe pour les personnes handicapées …

Illustration 13 – Projet de réaménagement
de la place par les élèves de seconde



Finalement au fil de l'année, ces élèves, souvent très éloignés des réalités scolaires, ont ainsi pris conscience du lien entre la carte et l'espace vécu qui y est représenté. Ils ont également appris les rudiments de la cartographie. Mais, bien plus important, ils ont compris que la carte est aussi un outil de décision et de débat dont le citoyen peut s'emparer pour faire évoluer son territoire.

Conclusion

La carte sensible est devenue une pratique courante dans la recherche universitaire et parmi les cartographes. À travers ces quelques expériences pédagogiques, on a pu montrer qu'elle est aussi un outil pour la géographie scolaire. Elle permet de renverser l'apprentissage et de partir de l'expérience spatiale des élèves. En commençant par la cartographie sensible, l'enseignant peut faire découvrir au élèves le lien entre la carte et l'espace cartographié, ainsi que les principaux codes de la cartographie. Comprenant mieux les spécificités de cette pratique, ils sont alors plus à même d'employer ce langage, de le décrypter et de construire à leur tour des cartes. Cet exercice a aussi d'autres vertus, comme celle de confronter les élèves au débat oral et de leur montrer que la carte n'est pas uniquement un exercice scolaire mais un outil de recherche pour les géographes, de prise de décision pour les citoyens et leurs représentants. Cette pratique de la cartographie sensible, participative et engagée est assez proche de la cartographie radicale[11] et permet de rendre l'élève citoyen et acteur de son apprentissage.

[11] Sur la cartographie radicale : Nicolas Lambert, https://neocarto.hypotheses.org/15

10. La mise en œuvre de la responsabilité sociale des entreprises d'hôtellerie et son effet sur la fidélité des touristes – l'exemple de la province de Khanh Hoa, Vietnam

Vinh Do Thi Thanh

Professeure associée, docteure en sciences de gestion.

Responsable des projets et formations supérieures francophones.
Enseignante-chercheure, Faculté du Tourisme, Université de Nha Trang

et

Chau Le Ba Quynh

Doctorante en sciences de gestion à l'Université Paris Nanterre.
Enseignante-chercheure, Faculté du Tourisme, Université de Nha Trang

Introduction

Le premier terme *Responsabilité sociale des entreprises* (RSE) est apparu dans le livre *Social Responsibilities of the Businessmen*[1] qui soutient que la RSE est une obligation des hommes d'affaires de proposer et d'appliquer des politiques qui ne portent pas atteinte aux droits et aux intérêts des autres. Alors que la responsabilité sociale des entreprises est devenue un nouveau sujet de recherche au cours des dernières décennies, il existe de nombreux raisonnements sur le sujet. Chaque secteur, organisation et gouvernement considère la RSE en termes de perspective et il existe de nombreuses définitions différentes de la RSE.

Toutefois, si le sujet de la RSE est maintenant relativement bien présent dans les politiques publiques et les débats académiques en Europe et aux États-Unis, sa portée et les modalités concrètes de son déploiement dans le contexte des économies émergentes, notamment au Vietnam, sont moins connues.

L'objectif principal de la recherche est de développer les capacités des entreprises dans le secteur de l'hôtellerie sur le terrain de la province de Khanh Hoa – Vietnam, à soutenir un tourisme socialement responsable pour la fidélité du client. Les auteures ont mis en évidence, par une synthèse de théorie et de pratique de la RSE, les intérêts portés aux entreprises. L'analyse de perspectives de la pratique de la RSE dans le secteur d'hôtellerie dans la province de Khanh Hoa et son impact sur le comportement (satisfaction et fidélité) des clients-touristes illustrerait une nouvelle tendance concernant la mise en œuvre de la RSE des entreprises.

[1] Howard Rothmann Bowen.*Social Responsibilities of the businessman.* New York, Harper & Brothers, 1953, 276 p.

Dans ce contexte, les entreprises doivent trouver les bonnes stratégies pour faire face à cette concurrence qui devient de plus en plus présente.

I. Bases théoriques

La Responsabilité sociale des entreprises (RSE) correspond à l'ensemble des démarches et bonnes pratiques mises en place pour répondre aux différents enjeux du développement durable. Les problématiques de la RSE touchent ainsi à plusieurs domaines à savoir écologique, social, économique, culturel et même éducatif.

Bien qu'une vaste gamme de définitions potentielles soit disponible, celle que la Commission européenne a présentée dans son Livre vert « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises » est la plus souvent utilisée. Le Livre vert (2001) définissait la RSE comme

> « Le concept dans lequel les entreprises intègrent les préoccupations sociales, environnementales et économiques dans leurs activités et dans leurs interactions avec leurs parties prenantes sur une base volontaire. »

En 1999, Carroll[2] a relié la théorie de parties prenantes de Freeman (1984)[3] au concept de RSE, selon lequel la théorie de parties prenantes personnalise la responsabilité sociale en délimitant des groupes ou des individus spécifiques, ainsi que des suggestions que les entreprises devraient prendre en compte dans leur orientation et leurs activités de RSE. Hopkins (2004)[4] soutient également que la RSE consiste à traiter les parties prenantes (tant à l'intérieur qu'à l'extérieur) de l'entreprise de manière éthique ou socialement responsable. À la fin du XXe siècle, la responsabilité environnementale a été intégrée à la RSE.

Les chercheurs concluent qu'il existe une importance stratégique de l'impact des activités de RSE sur la fidélité des clients. Premièrement, les activités de RSE permettent aux clients d'identifier l'entreprise sur la base des perceptions positives qu'ils aperçoivent (Sen et Bhattacharya, 2001)[5]. Deuxièmement, cette évaluation positive des activités RSE d'une entreprise renforce la fidélité des clients. À cet égard, les clients prétendent être plus disposés à acheter des produits ou des services auprès d'entreprises impliquées dans les activités de RSE, entraînant ainsi un impact positif de bouche à oreille et comportement d'achat répété (Stanaland et al., 2011 ; Palacios Florencio et al., 2018)[6]. En outre, Lacey

---

[2] Archie B. Carroll. Corporate Social Responsibility Evolution of a Definitional Construct, *Business Society* 1999, vol. 38, p. 268.

[3] Freeman, E. Strategic management: A stakeholder approach. *Boston: Pitman series in Business and Public policy*, 1984.

[4] Michael Hopkins, Corporate Social Responsibility: An Issues Paper. *International Labour Office Working Paper*, 2004, n° 27.

[5] Sankar Sen and C.B. Bhattacharya. Does Doing Good Always Lead to Doing Better? Consumer Reactions to Corporate Social Responsibility, 2001, vol. 38, Issue 2.

[6] Andrea J. S. Stanaland, May O. Lwin & Patrick E. Murphy. Consumer Perceptions of the Antecedents and Consequences of Corporate Social Responsibility, *Journal of Business Ethics*, 2011, volume 102, p. 47-55.

Beatriz Palacios-Florencio, Julio García del Junco, Mario Castellanos-Verdugo & Isabel María Rosa-Díaz. Trust as mediator of corporate social responsibility, image and loyalty in the hotel sector, *Journal of Sustainable Tourism*, 2018, 17 p.

et *al*. (2015)[7] ont noté que la RSE ne fonctionne que comme un facteur de motivation, cela affecte également les relations avec les clients.

À partir de la référence documentaire et les études empiriques, nous formulons les hypothèses suivantes du modèle de recherche :

Hypothèse 1 : Les perceptions des clients-touristes sur la RSE ont un effet significatif sur la fidélité des clients.

Hypothèse 2 : Les perceptions des clients-touristes sur la RSE ont un effet significatif sur la satisfaction du client.

Hypothèse 3 : La satisfaction des clients-touristes a des effets significatifs sur leur fidélité.

Hypothèse 4 : Le lien entre les perceptions des clients-touristes sur la RSE et leur fidélité est médiatisé par leur satisfaction.

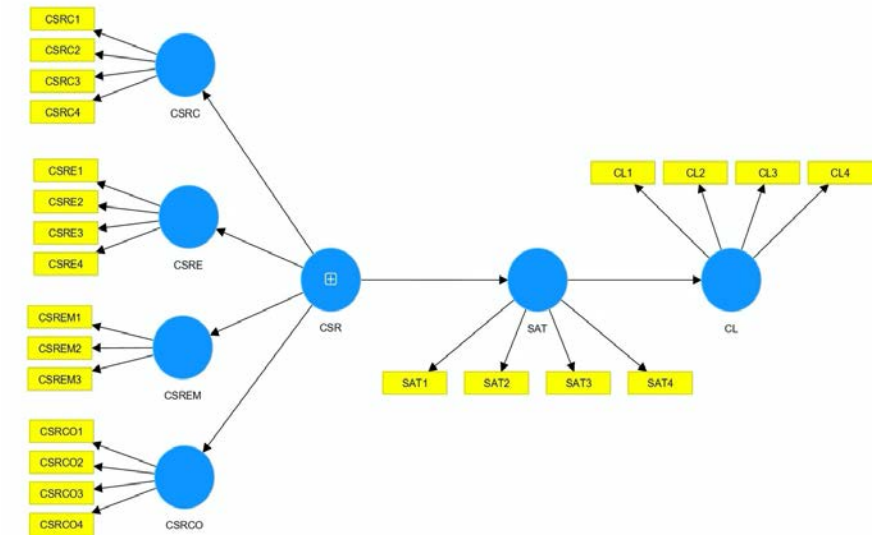


Figure 1 – Modèle théorique de la recherche

II. Perspectives de la mise en œuvre de la responsabilité sociale des entreprises dans le secteur d'hôtellerie de la province Khanh Hoa – Méthodologie de recherche

Situation des entreprises d'hôtellerie de la Province

La province de Khanh Hoa est une destination touristique largement connue au Vietnam. En juin 2003, la baie de Nha Trang est devenue le 29ème membre du Club des plus belles baies du monde. Avant la Covid-19, chaque année, la province a attiré plus de 18 millions touristes parmi

[7] Russell Lacey, Pamela A. Kennett-Hensel & Chris Manolis. Is corporate social responsibility a motivator or hygiene factor? Insights into its bivalent nature, *Journal of the Academy of Marketing Science*, 2015, volume 43, p. 315–332.

lesquels plus de 3,5 millions touristes étrangers. Plus de 1 600 hôtels et resorts (stations de tourisme) ont été construits sur le terrain pour répondre au développement des besoins de services d'hébergement des touristes.

Actuellement, les hôtels/ resorts de luxe sur le terrain sont priés d'appliquer les solutions de la RSE. Cinq parmi plus de trente hôtels/ resorts de 5 étoiles ont le label du lotus vert.

Méthodologie de la recherche

- *Recherche préliminaire* :

Pour éaliser ce travail de recherche, nous avons utilisé un plan de recherche descriptif et causal. Dans un premier temps, nous avons fait usage d'une démarche qualitative en réalisant une vingtaine d'entretiens semi-dirigés auprès de dirigeants des entreprises hôtelières de haute étoile et de membres de comités exécutifs locaux, des enseignants-chercheurs pour élaborer le questionnaire concernant l'implication dans la RSE.

Nous nous sommes basés sur les informations obtenues après des discussions, des modèles et des études antérieures de la RSE, à partir desquels les variables de l'échelle et du questionnaire ont été déterminés en fonction du contexte de recherche des entreprises. Nous avons appliqué la méthode de DELPHI avec un entretien sur environ 40 dirigeants, managers des entreprises hôtelières sur le terrain.

- *Recherche formelle:*

Dans un deuxième temps, nous avons analysé ces résultats ainsi que la revue de littérature pour développer un outil de mesure et valider quantitativement nos hypothèses dans une perspective comparative sectorielle.

La recherche quantitative est basée sur le questionnaire. Les entreprises du secteur hôtelier choisies pour l'enquête sont celles de 4 à 5 étoiles, sous différents types de statut juridique. L'enquête a été effectuée dans plus de 50 hôtels et resorts ayant le niveau à partir de 4 étoiles de la province de Khanh Hoa.

Ce travail a été réalisé sur un échantillon de 500 touristes, provenant des régions nationales ainsi que des pays du monde. Notre recherche a utilisé la technique d'échantillonnage de commodité. L'échantillon est composé de clients ayant récemment visité un hôtel. Les réponses des questionnaires ont été collectées de septembre 2022 à février 2023 directement et en ligne. Certaines informations ont été recueillies via un questionnaire auto-administré distribué aux touristes. La méthode d'analyse du modèle structurel linéaire SEM par le logiciel Smart PLS 3.3.3 (Partial Least Squares SEM) a été utilisée pour vérifier le modèle de recherche.

III. Résultats de recherche

Nous avons distribué les questionnaires à 500 clients-touristes ; 12 réponses étaient incomplètes et ont été rejetées. Ainsi, 488 questionnaires ont été jugés utilisables. Parmi ces questionnaires, il y a 280 répondants qui sont Vietnamiens, 175 Coréens et 33 sont originaires d'autres pays.

Après avoir traité les données recueillies de l'enquête par le logiciel PLS-SEM, nous avons reçu les résultats d'analyse suivants :

- **Les caractéristiques de l'échantillon**

Nous présenterons d'abord les résultats de l'analyse descriptive pour connaître les caractéristiques de l'échantillon.

Tableau 1 : Structure de l'échantillon

Variable	Item	Fréquence	Pourc. (%)
Sexe	Hommes	206	42,2
	Femmes	282	57,8
Revenu par mois	Inférieur à 400 €	45	9,2
	400€ – 800 €	118	24,2
	800€ – 1200 €	136	27,9
	Supérieur à 1200 €	189	38,7
Âge	18-25 ans	38	7,8
	26-35 ans	168	34,4
	36-45 ans	82	16,8
	46-55 ans	45	9,2
	Plus de 55 ans	155	31,8
Niveau d'éducation	Baccalauréat	86	17,7
	Licence	207	42,4
	Master ou plus	191	39,1
	Autre	4	0,8

Profession	Employé/Cadre	181	37,1
	Enseignant/ Professeur	98	20,1
	Directeur	41	8,4
	Freelance	37	7,6
	Autre	131	26,8
	Célibataire	169	34,6
	Marié(e)	308	63,1
	Autre	11	2,3
	Total	488	100

Source : Données traitées par les auteures, 2023

En considérant que l'enquête a été effectuée dans les hôtels ou resorts à partir de 4 étoiles à Khanh Hoa, une destination touristique très connue au Vietnam, le niveau d'étude des visiteurs dans l'échantillon semble relativement très élevé. En effet, nous comptons environ 42,4 % de visiteurs disposant d'un licence et 39,1 % de master ou plus, par rapport à 17,7 % de visiteurs ayant arrêté leurs études au niveau du baccalauréat. Notre échantillon comporte une proportion importante d'employés (37,1 %) et des intellectuels comme : enseignants, professeurs, directeurs, managers (28,5 %). La plupart des client-touristes ont un revenu moyen par mois de plus de 800 euros (66,6 %). Nous supposons que c'est la raison de leur choix d'hébergement dans des hôtels avec un coût élevé.

Ces caractéristiques de l'échantillon est conforme aux catégories de touristes venant séjourner dans des hôtels de luxe sur le terrain. Cela prouve que l'échantillon représente la population totale.

- **L'analyse de la validité et de la fiabilité des facteurs**

Tableau 2 – Analyse de la fiabilité des variables par le coefficient Cronbach's Alpha

Variables	Coefficient alpha de Cronbach
Fidélité du client - **CL**	0,827
Responsabilité sociale des entreprises - **CSR**	0,870
Satisfaction du client -**SAT**	0,924
RSE avec des clients - **CSRC**	0,862
RSE avec la communauté locale - **CSRCO**	0,764
RSE avec l'environnement - **CSRE**	0,878
RSE avec les employés - **CSREM**	0,861

Source : Données traitées par les auteures, 2023

Selon Evrard et *al*. (2003)[8] le seuil de αdoit être de 0,6 pour une étude exploratoire et de 0,7 pour une étude confirmatoire. Vu que toutes les variables ici ont un coefficient de Cronbach'Alpha supérieur à 0,7, nous concluons que la fiabilité est très élevée.

[8] Étienne Evrard, B. Pras et E. Roux, *Market : études et recherches marketing*, 3ème édition, Paris, Dunod, 2003.

Tableau 3 – Analyse de la validité de convergence des variables

Variables	Fiabilité composite (rho_a)	Fiabilité composite (rho_c)	Variance extraite (AVE)
CL	0.871	0.894	0.738
CSR	0.883	0.911	0.718
SAT	0.928	0.946	0.813
CSRC	0.862	0.907	0.71
CSRCO	0.794	0.846	0.582
CSRE	0.884	0.916	0.733
CSREM	0.863	0.916	0.783

Source : Données traitées par les auteures, 2023

La variance extraite (AVE) des variables varie de 0,58 à 0,83 et la fiabilité composite (CR) est supérieure de 0,79 (valeur AVE doit être ≥ 0,5 et CR ≥ 0,7).

Tableau 4 – Analyse de la validité discriminante des variables

Variables	CL	CSR	SAT
CL			
CSR	0.756		
SAT	0.801	0.784	

Source : Données traitées par les auteures, 2023

Ces résultats suggèrent que les variables utilisées dans le modèle de recherche sont fiables et permettent de tester les relations structurelles entre elles.

- **La vérification des hypothèses**

Tableau 5 – Analyse de la corrélation du modèle structurel

	Original sample (O)	Ecart standard (STDEV)	T statistics (|O/STDEV|)	P values	Hypothèse
H2: CSR -> SAT	0.719	0.038	18.817	0	Validée
H3: SAT -> CL	0.732	0.028	25.945	0	Validée
H1: CSR -> CL	0.274	0.046	5.993	0	Validée
H4: CSR -> SAT -> CL	0.527	0.043	12.226	0	Validée

Source : Données traitées par les auteures, 2023

Toutes les corrélations sont significatives à valeur - P < 0,005. Ces résultats montrent que toutes les hypothèses sont acceptées donc on peut conclure que la perception du client de la mise en œuvre de la RSE a une influence positive sur la satisfaction du client (Hypothèse H2). La satisfaction du client elle-même a une influence positive sur la loyauté du client (Hypothèse H3). En effet, nous avons constaté une relation entre la perception du client-touriste et son comportement de fidélité de façon directe (Hypothèse H1) et aussi indirecte, médiatisée par la satisfaction (Hypothèse H4).

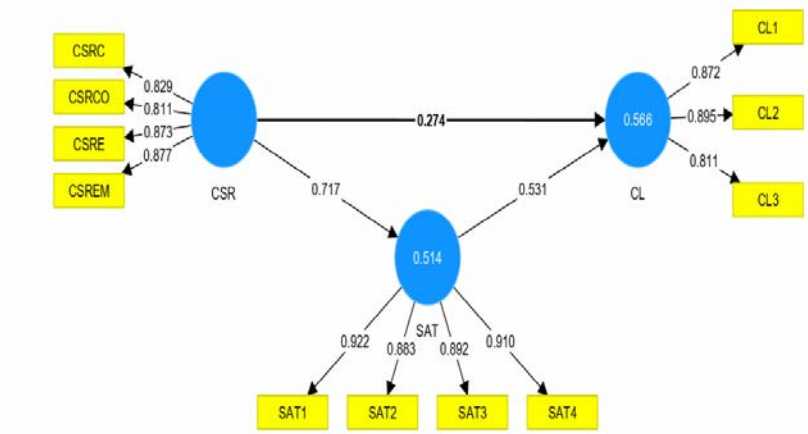


Figure 2 – Résultat d'analyse empirique sur le modèle de recherche

Les résultats de notre recherche ont prouvé que la mise en œuvre de la RSE des hôtels/ resorts dans la province de Khanh Hoa a influencé la fidélité des clients-touristes par le biais de leur satisfaction.

Conclusion et recommandations

L'étude a examiné le rôle des perceptions des clients-touristes des entreprises hôtelières de la province de Khanh Hoa sur la RSE dans l'amélioration de leur fidélisation (CL) en explorant ses effets directs et médiatisés à travers la satisfaction client (SAT). Les résultats affirment que la RSE influence de façon positive et significative la loyauté des clients. La satisfaction du client a été identifiée comme un médiateur important dans le lien de la RSE et la fidélité. Ces résultats sont presque équivalents avec des recherches précédentes[9]. Ce constat est conforme à la théorie de l'identité sociale, qui soutient l'argument selon lequel les clients peuvent s'affilier à des entreprises qui affectent leur identité. Ainsi, lorsque les clients évaluent leur choix d'hôtels, ils peuvent accorder une attention particulière à la RSE. Alors, les activités de RSE peuvent apparaître comme outil stratégique que les hôtels utilisent pour gérer leurs relations avec les clients, car ces activités, en particulier les initiatives de RSE, les aident à envoyer les bons signaux aux parties prenantes et à façonner leurs perceptions de leur réputation.

Nos recommandations s'orientent vers les politiques pour la mise en œuvre de la RSE des entreprises d'hôtellerie ; pour le guide de la RSE des Offices du tourisme, le soutien du Gouvernement, l'aide des associations touristiques et de la communauté des habitants.

Pour réduire l'impact environnementalgénéré en interne, les entreprises d'hôtellerie pourraient appliquer des solutions telles que :

- trier les déchets générés par les collaborateurs ; utiliser les produits moins cher et plus écologiques ; supprimer le plastique ; inciter les déplacements décarbonés ; se lancer dans une écologie digitale ; sensibiliser les collaborateurs, les clients-touristes…

- appliquer les politiques de soutien permettant aux populations locales de se former et d'améliorer leurs perspectives d'emploi ; financerlaplantation d'arbres ; lutter contre l'exploitation sexuelle des enfants ; utiliser du bois issus de forêts gérées durablement ; utiliser des produits éco labellisés...

- mettre en œuvre undialogue au sein de la direction générale afin que la RSE soit l'affaire de tous dans l'entreprise et qu'elle mobilise l'ensemble des salariés ; suivre strictement les réglementations du droit du travail concernant l'assurance sociale, le temps du travail, le salaire et les avantages sociaux… ; développer le modèle « Leader responsable » de façon à améliorer la qualité de vie au travail.

[9] Pérez Martínez and Rodríguez del Bosque. Exploring the antecedents of hotel customer loyalty: a social identity perspective. Journal of Hospitality Marketing and Management, 2015, Vol. 24, n°1, p. 1-23.
Taegoo Kim, Kim, Woo Gon Kim, Hong-Bumm Kim. 'The effects of perceived justice on recovery satisfaction, trust, word-of-mouth, and revisit intention in upscale hotels'. *Tourism Management*, 2009, vol.30, n° 1, p. 51-62.

- développer la « Relation client » pour responsabiliser le client et le rendre acteur de la démarche RSE de l'entreprise.

L'idée innovante à considérer est de regrouper des entreprises d'hôtellerie et de restauration autour d'une charte d'engagement éco-responsable.

Bibliographie

Herman Aguinis, & Ante Glavas. 'What we know and don't know about corporate social responsibility: A review and research agenda'. *Journal of Management*, 38(4), 2012, p. 932-968.

Svetlana Bialkova & Stephanie Te Paske. "Campaign participation, spreading electronic word of mouth, purchase: how to optimise corporate social responsibility, CSR, effectiveness via social media?", *European Journal of Management and Business Economics*, Emerald Group Publishing Limited, vol. 30(1), 2020, p. 108-126.

Howard Rothmann Bowen. 'Social Responsibilities of the businessman*'.* New York, *Harper & Brothers*, 1953, 276 p.

Archie B. Carroll. Corporate Social Responsibility Evolution of a Definitional Construct, *Business Society* 1999, vol. 38, p. 268.

Regina Chen & Chun-Ju Flora Hung-Baesecke. *Examining the internal aspect of corporate social responsibility (CSR): Leader behavior and employee CSR participation*. Communication Research Reports, 31(2), 2014, p. 210-220.

Joonghwa Lee, Soojung Kim and Chang-Dae Ham. 'A Double-Edged Sword ? Predicting Consumers' attitudes Toward and Sharing Intention of Native Advertising' on Social Media, 2016, vol. 60, Issue 12.

Günter Ermlich. *Corporate social responsibility*. Paper presented at ITB Berlin, 2009, 8 p.

Raffaele Filieri and Fraser McLeay. 'EWOM and accommodation: an analysis of the factors that influence travelers' adoption of information from online reviews'. *Journal of Travel Research,* 2013, vol. 53, n° 1, p. 44-57.

R. Edward Freeman, R. E. 'Divergent stakeholder theory'. *Academy of Management Review*, 1999, 24(2), p. 233-236.

Maria Gjølberg. 'Measuring the immeasurable? Constructing an index of CSR practices and CSR performance in 20 countries'. *Scandinavian journal of Management*, 2009. 25. p. 10-22.

Rosario González-Rodríguez, Carmen Díaz-Fernández. 'Customers' corporate social responsibility awareness as antecedent of repeat behaviour intention. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 2020, vol 27, p. 1294-1306.

Pérez Martínez and Rodríguez del Bosque. 'Exploring the antecedents of hotel customer loyalty: a social identity perspective'. Journal of Hospitality Marketing and Management, 2015, vol. 24, n° 1, p. 1-23.

Hopkins M. ‘Corporate Social Responsibility: An Issues Paper’. *International Labour*, Office Working Paper, 2004, n° 27.

Dima Jamali & Ramzi Mirshak. ‘Corporate social responsibility (CSR): Theory and practice in a developing country context’. *Journal of Business Ethics*, 2007, 72(3), p. 243-262.

Jay Kandampully and Dwi Suhartanto. ‘Customer loyalty in the hotel industry: the role of customer satisfaction and image’, *International Journal of Contemporary Hospitality Management*, 2000, vol. 12, n° 6, p. 346-351.

Taegoo Kim, Woo Gon Kim, Hong-Bumm Kim. ‘The effects of perceived justice on recovery satisfaction, trust, word-of-mouth, and revisit intention in upscale hotels’. *Tourism Management*, 2009, vol. 30, n°.1, p. 51-62.

Rui Vinhas Da Silva and Sharifah Faridah Syed Alwi. ‘Online corporate Brand image, satisfaction and loyalty’, *Journal of Brand Management*, vol. 16, n° 3, 2008, p. 119-144.

Sankar Sen and C.B. Bhattacharya. Does Doing Good Always Lead to Doing Better ? *Consumer Reactions to Corporate Social Responsibility*, 2001, vol. 38, Issue 2.

Andrea J. S. Stanaland, May O. Lwin & Patrick E. Murphy. Consumer Perceptions of the Antecedents and Consequences of Corporate Social Responsibility, *Journal of Business Ethics*, 2011, vol. 102, p. 47-55.

Barbache R et Barzi R. Responsabilite sociale de marque et perception du consommateur : Analyse de l’étude qualitative, *Revue Internationale des Sciences de Gestion*, 2021, vol. 4, n° 3, p. 533- 557.

Table des auteurs

Sylvain Bernabeu 57

Magistrat administratif au tribunal administratif de la Guyane

Didier Blanc 101

Professeur de droit public, Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé (IRDEIC), Université Toulouse Capitole

Frédéric Bondil 90

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Guyane, Directeur du DFR SJE

Clara de Bort 65

Ancienne directrice générale de l'ARS de Guyane

Julien Bouchet 253

Professeur agrégé, chargé d'enseignement à l'Université Clermont Auvergne, docteur en histoire contemporaine et membre associé au Centre d'Histoire « Espaces et Cultures » (EA 1001)

Anne-Lyse Chabert 125

Chargée de recherches au CNRS

Jean-Christophe Cervantès 197

Doctorant en droit public, chargé d'enseignement à l'Université Clermont Auvergne (CMH – UR 4232)

Franck Chignier-Riboulon 291

Professeur de géographie, Université Clermont Auvergne, AgroParisTech, INRAE, VetAgro Sup, Territoires, Clermont-Ferrand

Vinh Do Thi Thanh 323

Professeure associée, docteure en sciences de gestion. Responsable des projets et formations supérieures francophones. Enseignante-chercheure, Faculté du Tourisme, Université de Nha Trang

Audrey Duton 279

Docteure au Centre de Recherches et d'Études Administratives de Montpellier (CREAM ; EA 2038), Université de Montpellier, et chargée d'enseignement à l'Université de Guyane

Florence Faberon 3, 13

Professeure de droit public à l'Université de Guyane, Laboratoire Migrations, interculturalité et éducation en Amazonie (UR 7485) et membre associé du Centre Michel de l'Hospital de l'Université Clermont Auvergne (CMH, UR 4232)

Carole Hassoun 13

Maîtresse de conférences de droit privé et sciences criminelles, Université de Guyane, Laboratoire Migrations, interculturalité et éducation en Amazonie (UR 7485)

Dayann Hégésippe 87

Magistrat administratif au tribunal administratif de la Guyane

Robbie Iauko 141

Master holder of Business Management and Tourism. Project Manager Local development consultant Senior Procurement officer Ministry of Education and Training President of Kerygma Youth Association

Guillaume Icher.....81

Docteur en pharmacie et responsable du centre de vaccinations du centre hospitalier de Cayenne de mai 2021 à avril 2022

Chau Le Ba Quynh.....323

Doctorante en sciences de gestion à l'Université Paris Nanterre. Enseignante-chercheure, Faculté du Tourisme, Université de Nha Trang

Mathilde Mâlin 151

Doctorante en astrophysique, Laboratoire d'Études Spatiales et d'Instrumentation en Astrophysique (LESIA), Observatoire de Paris, Université PSL, CNRS, Sorbonne Université, Université de Paris

Laurent Martin.....21

Ancien président du tribunal administratif de la Guyane

Jean-Pierre Massias 175

Professeur de droit, Université de Pau et des pays de l'Adour, membre de l'IE2IA, président de l'IFJD – Louis Joinet

Marie Masson.....309

Professeur au Lycée Lama-Prévot, Remire-Montjoly, chargée de mission auprès de l'IA-IPR d'Histoire-Géographie de l'Académie de Guyane, co-fondatrice de l'association Concours Carto

Frédérique Marty.....113

Doctorante en littérature, Centre de recherche sur la littérature et la sociopoétique (CELIS), École doctorale de l'Université Clermont-Auvergne

Adrien Monat.....185

Maître de conférences de droit public à Sciences po Saint-Germain-en-Laye et membre du Laboratoire d'études juridiques et politiques (LEJEP) de Cergy Paris Université

Inès Moronta 85

Présidente de l'association franco-dominicaine de Guyane, association travaillant dans les quartiers de Cayenne

Guylène Nicolas..... 39

Maître de conférences de droit public, HDR, Aix-Marseille Université, CNRS, EFS, ADES, Marseille, France

Thierry Queffelec 73

Ancien préfet de la région Guyane

Jean-Marie Pontier.....223

Professeur émérite d'Aix-Marseille Université

Hervé Rihal 217

Professeur émérite de droit public à l'Université d'Angers, Centre Jean Bodin – Équipe d'accueil 4337

Michaël Rioux 263
Docteur en droit public, enseignant contractuel à l'Université d'Avignon
Florian Roussel 25
Maître des requêtes au Conseil d'État
Laurent Sermet 165
Directeur de l'AUF Asie-Pacifique
Yves Simoneau 79
Chef d'entreprise

Table des matières

Avant-propos 3

Florence Faberon

Professeure de droit public à l'Université de Guyane, Laboratoire Migrations, interculturalité et éducation en Amazonie (UR 7485) et membre associé du Centre Michel de l'Hospital de l'Université Clermont Auvergne (CMH, UR 4232)

Sommaire 7

I. Guyane

1. Dossier : L'état d'urgence sanitaire en Guyane

Présentation du dossier 13

Florence Faberon

Professeure de droit public à l'Université de Guyane, Laboratoire Migrations, interculturalité et éducation en Amazonie (UR 7485) et membre associé du Centre Michel de l'Hospital de l'Université Clermont Auvergne (CMH, UR 4232)

et

Carole Hassoun

Maîtresse de conférences de droit privé et sciences criminelles, Université de Guyane, Laboratoire Migrations, interculturalité et éducation en Amazonie (UR 7485)

I. Un territoire et des acteurs : entre contraintes et dialogues 14

A. Faire face et innover 15

B. Dialoguer, faire comprendre et convaincre 16

II. Un contentieux entre stabilité et discrétion 17

A. Entre abondance de contentieux au niveau national et application des règles de droit commun 17

B. Un contentieux limité en Guyane : une source d'interrogation 18

Conclusion 19

L'État d'urgence sanitaire en Guyane 21

Laurent Martin

Ancien président du tribunal administratif de la Guyane

Rapport introductif : Le virus, le Conseil d'État et l'outre-mer 25

Florian Roussel

Maître des requêtes au Conseil d'État

I. Les grandes lignes de la jurisprudence du Conseil d'État sur la crise sanitaire 25

A. 2020 : un afflux contentieux sans précédent.....25

1) Les recours visant à contraindre le Gouvernement à prendre des mesures plus efficaces.....26

2) De la restriction de certaines libertés individuelles.....27

3) Protection des données personnelles 28

B. 2021 et 2022 : une mutation des contentieux 29

II. Observations générales sur la jurisprudence du Conseil d'État 31

1. Un triple effort de stabilité juridique, de cohérence des solutions rendues et de pédagogie 31

2. Des critiques de nature très diverse 31

3. Des critiques pour partie liées à des incompréhensions 32

4. L'outre-mer dans la jurisprudence du Conseil d'État 34

Conclusion : Les enseignements de la crise sanitaire 36

I. Penser l'état d'urgence sanitaire

L'état d'urgence sanitaire et les droits fondamentaux : le rôle d'arbitre du Conseil constitutionnel 39

Guylène Nicolas

Maître de conférences de droit public, HDR, Aix-Marseille Université, CNRS, EFS, ADES, Marseille, France

I. La perte de liberté individuelle au profit de la protection de la santé : confinement et isolement 43

A. Un cadre législatif fragile de l'isolement hors période épidémique 43

B. L'isolement de la « quatorzaine » : transposition du cas particulier à la généralité en période de crise sanitaire 46

II. Le partage des données personnelles au profit de la protection de la santé : tracer le virus et les malades 49

A. L'utilisation des données sensibles de santé dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire : la construction d'un équilibre fragile entre sécurité sanitaire et protection de la vie privée..... 49

B. Une jurisprudence traditionnelle de protection de la vie privée confortée par la gestion de la crise de la Covid 52

Et pour quelques requêtes de plus… 57

Sylvain Bernabeu

Magistrat administratif au tribunal administratif de la Guyane

I. La gestion du tribunal administratif de la Guyane lors de la crise sanitaire 58

II. De quelques référés « Covid » en Guyane 59

III. De quelques retombées contentieuses de la crise Covid 62

II. « Vivre en état d'urgence sanitaire »

L'état d'urgence sanitaire et l'ARS de Guyane 65

Clara de Bort

Ancienne directrice générale de l'ARS de Guyane

Le préfet de Guyane et l'état d'urgence sanitaire 73

Thierry Queffelec

Ancien préfet de la région Guyane

Témoignage : l'entreprise et l'état d'urgence sanitaire 79

Yves Simoneau

Chef d'entreprise

Expertise, vaccination et état d'urgence sanitaire 81

Guillaume Icher

Docteur en pharmacie et responsable du centre de vaccinations du centre hospitalier de Cayenne de mai 2021 à avril 2022

L'association franco-dominicaine de Guyane et la gestion de la crise sanitaire 85

Inès Moronta

Présidente de l'association franco-dominicaine de Guyane, association travaillant dans les quartiers de Cayenne

1. Aller rencontrer les familles confinées à leur domicile 85

2. Informer et expliquer la dangerosité du virus 85

3. Expliquer les mesures de protection 85

4. Distribuer les masques 86

5. Sensibiliser à la vaccination contre le covid 86

Conclusions 87

Dayann Hégésippe....87

Magistrat administratif au tribunal administratif de la Guyane

Frédéric Bondil 90

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Guyane, Directeur du DFR SJE

I. La poursuite d'activités avec des adaptations 92
A. L'organisation du maintien d'activités indispensables 92
B. La sauvegarde d'activités opportunes 94
II. Le maintien du lien social 95
A. La protection institutionnelle du lien social 95
B. La protection informelle du lien social.... 96

2. L'Union européenne et la Guyane

L'Union européenne et la Guyane : l'intégration différenciée du droit de l'outre-mer européen....101

Didier Blanc

Professeur de droit public, Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé (IRDEIC), Université Toulouse Capitole

I. L'intégration différenciée du droit de l'outre-mer européen 103

A. La reconnaissance d'un régime spécifique par le droit dérivé....103

B. La reconnaissance du statut de régions ultrapériphériques par le droit primaire 104

II. L'intégration différenciée au prisme de la Guyane 106

A. Une fiscalité dérogatoire....107

B. La politique de cohésion de l'Union en Guyane....108

II. Altérité

1. Handicap

Étude diachronique et littéraire du handicap....113

Frédérique Marty

Doctorante en littérature, Centre de recherche sur la littérature et la sociopoétique (CELIS), École doctorale de l'Université Clermont-Auvergne

I. De l'animalité sans âme à l'infirme doué de raison....113

A. L'infirme au tournant du XVIIe siècle : un animal interrègne ? 113

B. L'infirme : un être sans âme....114

C. L'analyse de Diderot sur la cécité : la Raison mise en évidence par un aveugle 115

D. Les avancées déterminantes de la Révolution pour les infirmes sensoriels 117

II. Infantilisation et eugénisme au XIXe siècle 118

A. Une société repliée sur des idées rétrogrades 118

B. Illustration de la cécité dans la littérature 120

C. Illustrations de l'infirmité physique dans le feuilleton du XIXe siècle : un retour à l'animalité 121

1. La vieille femme/sorcière 121

2. L'enfant boiteux 121

D. L'infirme et la religion : *Lourdes* de Zola 123

Quand la communication est perturbée, quels moyens de détournement au cas par cas ? 125

Anne-Lyse Chabert

Chargée de recherches au CNRS

Introduction

Ruptures de communications versus stratégies mises en place. Essai de phénoménologie 125

I. Premier cas d'étude : les personnes aphasiques 128

II. Deuxième cas d'étude : les personnes souffrant d'infirmité motrice cérébrale (IMC) 132

III. Quelques enjeux philosophiques 135

Conclusion 138

Bibliographie 138

Personnes handicapées et participation inclusive et sociale pour le développement de l'industrie du tourisme au Vanuatu 141

Robbie Iauko

Master holder of Business Management and Tourism. Project Manager Local development consultant Senior Procurement officer Ministry of Education and Training President of Kerygma Youth Association

Remarques préliminaires 141

Introduction 141

I. Un tourisme vanuatais encore difficilement accessible 143

A. Programmes de loisirs et environnements récréatifs 143

B. Zéro exclusion 144

1. Hébergement 144

2. Transport et matériaux (fauteuil roulant, etc.) 145

II. Vers l'inclusion et la participation des personnes en situation de handicap 145

A. Participation, citoyenneté et handicap 145

B. Des professionnels du tourisme 147

Conclusion 147

2. Femmes

La sous-représentation des femmes en sciences : enjeux et défis.....151

Mathilde Mâlin

Doctorante en astrophysique, Laboratoire d'Études Spatiales et d'Instrumentation en Astrophysique (LESIA), Observatoire de Paris, Université PSL, CNRS, Sorbonne Université, Université de Paris

Introduction.....152

I. Les mécanismes qui mènent à la sous-représentation des femmes en sciences.....152

II. La situation au XXIe siècle : de l'enfance à la carrière professionnelle ..156

III. Les solutions mises en place ces dernières années 160

3. Autochtonie

Droits des peuples autochtones en droit international et régional des Amériques 165

Laurent Sermet

Directeur de l'AUF Asie-Pacifique

Introduction.....165

1. Définir la notion de peuples indigènes.....165

2. Approche doctrinale : Martinez Cobo (1986) 166

3. Absence de consensus international : avis consultatif de la CADHP 166

I. Perspective contemporaine sur les peuples autochtones 167

1. La différence culturelle comme un « enchantement » 167

2. La vie indigène dans son drame et sa résilience.....168

3. La critique contemporaine 169

II. Quel est le rôle du droit international quant aux peuples autochtones ? 169

1. Proclamer et contraindre 169

2. Normes et mécanismes internationaux de protection.....170

3. Du fonctionnement du droit international 172

Considérations finales 173

Enfants guyanais autochtones séparés de leur milieu naturel et nécessité d'une commission Vérité 175

Jean-Pierre Massias

Professeur de droit, Université de Pau et des pays de l'Adour, membre de l'IE2IA, président de l'IFJD – Louis Joinet

I. Une autre justice est nécessaire 176

II. Une « autre » justice est possible 178

III. Une autre justice est fondamentale 180

III. *Varia*

1. Vous avez dit unitaire ? Brève réflexion sur l'organisation des territoires ultramarins français 185

Adrien Monat

Maître de conférences de droit public à Sciences po Saint-Germain-en-Laye et membre du Laboratoire d'études juridiques et politiques (LEJEP) de Cergy Paris Université

I. L'apparition d'un fédéralisme sans l'État fédéral 187

II. Quelques points de fédéralisme au sein de l'État unitaire français 191

2. La décentralisation en France : retour sur un édifice inachevé 197

Jean-Christophe Cervantès

Doctorant en droit public, chargé d'enseignement à l'Université Clermont Auvergne (CMH – UR 4232)

I. Un édifice en construction permanente 201

A. Le processus de décentralisation, les plans de l'architecte – maître d'ouvrage 202

B. Le principe de libre administration comme fondation de l'édifice 207

II. Un édifice à la recherche d'une extension stabilisée 210

A. La révision constitutionnelle de 2003 : le mur porteur de l'édifice 210

B. La différenciation territoriale : extension de l'édifice ou fondations d'un nouvel édifice ? 214

3. Aide sociale à l'enfance : les complexités du social entre territoires et acteurs 217

Hervé Rihal

Professeur émérite de droit public à l'Université d'Angers, Centre Jean Bodin – Équipe d'accueil 4337

I. Un chef de file devant collaborer avec de nombreux acteurs 217

A. Un chef de file doté par la loi d'une pluralité de missions 217

B. Une collaboration avec quantité d'acteurs 219

II. Deux contentieux emblématiques 220

A. Le contentieux de l'hébergement des femmes enceintes et des jeunes mères 220

B. La prise en charge des jeunes majeurs : une obligation vidée de sa substance 221

4. La République en France 223

Jean-Marie Pontier

Professeur émérite d'Aix-Marseille Université

I. La France comme État de droit 229

A. La hiérarchie des normes 229

B. Les droits et libertés 231

C. L'organisation de la justice 232

II. Une république laïque 233

A. Une conception de la laïcité héritée de l'histoire 234

B. Les caractéristiques de la laïcité dite à la française 235

C. Le renouveau des débats sur la laïcité 238

III. La France, une république sociale 241

A. Le droit à la santé 241

B. La protection sociale 244

C. Les références : la *fraternité* et la *solidarité nationale* 247

5. La laïcité : une histoire 253

Julien Bouchet

Professeur agrégé, chargé d'enseignement à l'Université Clermont Auvergne, docteur en histoire contemporaine et membre associé au Centre d'Histoire « Espaces et Cultures » (EA 1001)

I. Les termes de la réflexion 253

A. Un mot ouvert 253

B. Des situations plurielles 254

C. Plusieurs questions fondamentales 256

II. Les lieux et les symboles de la laïcité « française » contemporaine 257

A. L'accumulation des lieux : une laïcité stratifiée 257

B. La porosité des figures : une laïcité méta-symbolique ? 259

C. Le passé laïque à l'aune d'un présent « ultra-moderne » 260

6. La laïcité à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis sur la liberté religieuse 263

Michaël Rioux

Docteur en droit public, enseignant contractuel à l'Université d'Avignon

I. La clause de non établissement : du « séparationisme » fondateur à l' « accommodationisme » conservateur 268

II. La clause de libre exercice : du « communalisme » constitutionnel au « libertarien » législatif 271

Conclusion 277

7. *État de calamité naturelle exceptionnelle* : un nouveau régime « *d'exception* » 279

Audrey Duton

Docteure au Centre de Recherches et d'Études Administratives de Montpellier (CREAM ; EA 2038), Université de Montpellier, et chargée d'enseignement à l'Université de Guyane

I. La déclaration de l'état de calamité naturelle exceptionnelle..... 283

A. Les conditions..... 283

B. L'encadrement 284

II. Les conséquences à la déclaration..... 286

A. La présomption d'urgence ou de force majeure..... 287

B. Suspension en matière de délais administratifs..... 289

8. Derrière la partie émergée de la carte, la discrétion d'un outil de communication..... 291

Franck Chignier-Riboulon

Professeur de géographie, Université Clermont Auvergne, AgroParisTech, INRAE, VetAgro Sup, Territoires, Clermont-Ferrand

I. L'apparente objectivité de la carte 292

A. L'objectivation de l'espace par la carte, une construction..... 293

B. Socialisation et normalisation..... 294

II. La carte est un discours..... 295

A. Représentations et mises en scène..... 296

B. Affirmer, s'affirmer, convaincre..... 297

III. Des jeux géographiques pour représenter..... 304

A. L'oubli fréquent du sens de l'espace et du territoire 304

B. Échelles et périmètres..... 305

Conclusion..... 308

9. La cartographie sensible..... 309

Marie Masson

Professeur au Lycée Lama-Prévot, Remire-Montjoly, chargée de mission auprès de l'IA-IPR d'Histoire-Géographie de l'Académie de Guyane, co-fondatrice de l'association Concours Carto

I. La cartographie sensible dans les publications universitaires..... 312

II. La cartographie sensible : un outil pour la géographie scolaire ? 313

A. CartoGraphie ton quartier..... 313

B. Le plan subjectif du collège G. Pompidou à Champtoceaux..... 315

C. Cartographie sensible et discriminations 317

D. Carte sensible de la place des Amandiers à Cayenne 318

Conclusion..... 322

10. La mise en œuvre de la responsabilité sociale des entreprises d'hôtellerie et son effet sur la fidélité des touristes – l'exemple de la province de Khanh Hoa, Vietnam 323

Vinh Do Thi Thanh

Professeure associée, docteure en sciences de gestion.

Responsable des projets et formations supérieures francophones. Enseignante-chercheure, Faculté du Tourisme, Université de Nha Trang

et **Chau Le Ba Quynh**

Doctorante en sciences de gestion à l'Université Paris Nanterre. Enseignante-chercheure, Faculté du Tourisme, Université de Nha Trang

Introduction 323

I. Bases théoriques 324

II. Perspectives de la mise en œuvre de la responsabilité sociale des entreprises dans le secteur d'hôtellerie de la province Khanh Hoa – Méthodologie de recherche 325

III. Résultats de recherche 326

Conclusion et recommandations 332

Bibliographie 333

Table des auteurs 335

Table des matières 339

Sommaire

Avant-propos 3
Sommaire 7

I. Guyane

1. Dossier : l'état d'urgence sanitaire en Guyane 13
2. L'union européenne et la Guyane 99

II. Altérité

1. Handicap 111
2. Femmes 149
3. Autochtonie 163

III. *Varia*

1. Vous avez dit unitaire ?
   Brève réflexion sur l'organisation des territoires ultramarins français 185
2. La décentralisation en France : retour sur un édifice inachevé 197
3. Entre territoires et acteurs : les complexités du social 217
4. La République en France 223
5. La laïcité : une histoire 253
6. La laïcité à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis sur la liberté religieuse 263
7. État de calamité naturelle exceptionnelle : un nouveau régime « d'exception » 279
8. Derrière la partie émergée de la carte, la discrétion d'un outil de communication 291
9. La cartographie sensible 309
10. La mise en œuvre de la responsabilité sociale des entreprises d'hôtellerie et son effet sur la fidélité des touristes – l'exemple de la province de Khanh Hoa, Vietnam 323

Table des auteurs 335
Table des matières 339

Recherches sur la cohésion sociale
ISSN 2780-156X
Prix : 25 euros