Recherches sur la cohésion sociale

N° 1

2020

Sociétés, cultures et politiques

Les cahiers des débats de l'université

I. Autochtonie

II. Décolonisation

III. Régime des cultes en Guyane

IV. Politique et droit de la santé

V. *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 en cours

Décembre 2020

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 publication annuelle : *Sociétés, cultures et politiques. Les cahiers des débats de l'université* (textes de conférences-débats et dossiers documentaires).

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.

Chez le même éditeur

Ouvrages

N° 1 – Florence Faberon (dir.), *De la cohésion sociale : théories et pratiques*, 2020.

N° 2 – Jean-Yves et Florence Faberon (dir.), *Les fédéralismes*, 2020, 495 p.

Revue

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

N° 1, décembre 2020.

Pour contacter l'éditeur

recherches.cohesion@yahoo.com

Éditorial

Voici une nouvelle publication, qui naît dans un contexte universel de pandémie, de redoutables contraintes d'urgence sanitaire, d'entraves inédites à nos libertés essentielles. Dans ces circonstances, notre initiative éditoriale est particulièrement significative. Notre publication *Sociétés, cultures et politiques*, reflet des débats universitaires, apparaît, en 2020, comme la manifestation résolue que notre liberté de penser, notre soif de débats, notre goût des échanges, notre volonté de l'expression de la vie de nos sociétés, dans tous leurs aspects, leurs cultures plurielles, leurs politiques imaginatives et diverses, trouveront toujours comment s'organiser en résistance et pour notre résilience. Devant les sévères contraintes imposées aux contacts en présence, nous avons en effet organisé, depuis Cayenne, à la suite d'un cycle de conférences en présence, un vaste programme de visioconférences avec le soutien de multiples partenaires.

La fermeture des locaux universitaires nous a conduit à animer des visioconférences avec la participation des orateurs les plus réputés. Nombreux sont ceux qui se sont prêtés à notre entreprise d'affirmation, de résistance et de libre expression. Et aujourd'hui, nous en sommes à la résilience : alors que nous espérons tous que le pire est passé, nous vous présentons une sélection de textes témoignant de nos activités de recherches en sciences sociales alors que notre confinement aux multiples formes n'a jamais été celui de nos esprits.

Ces circonstances de la naissance de notre présente revue, sous la forme d'une publication annuelle, « *Sociétés, cultures et politiques – Les cahiers des débats de l'université* », sont des auspices qui montrent notre volontarisme et la soif d'accomplir dans notre mission universitaire de recherches et de libres débats en sciences sociales, culturelles, politiques et donc juridiques.

Ce premier numéro exprime bien notre ambition de refléter les idées qui animent notre société aussi bien dans nos interrogations immédiates autour d'une urgence sanitaire et sociale sans précédent, qu'en remontant évidemment aux problèmes anciens et généraux qui marquent notre société : décolonisation, autochtonie, intersectionnalité… Et entre passé et présent, principes juridiques généraux et spécificités guyanaises, nous examinons le cas si particulier du régime des cultes en Guyane, cette collectivité à nulle autre pareille.

Cette publication existe en version papier comme électronique. Elle peut ainsi accéder partout et elle est celle de tous. Elle est ouverte à toutes les idées et fait place à toutes les controverses scientifiques. Avec vous, elle continue.

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

Avant-propos

Florence Faberon

Professeure de droit public à l'Université de Guyane, Laboratoire Migrations, interculturalité et éducation en Amazonie (EA 7485) et membre associé du Centre Michel de l'Hospital de l'Université Clermont Auvergne (CMH, EA 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, y compris en contexte sanitaire contraint. Nos établissements universitaires, et la jeune université de Guyane, 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'inscrit le programme « Sociétés, cultures et politiques » dont ce numéro accueille une sélection de communications.

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.

Le programme « Sociétés, cultures et politiques », porté par l'Université de Guyane, s'inscrit dans cette dynamique et en a 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, dans ce contexte, 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. Nos universités ne sauraient

aujourd'hui y procéder dans leurs enceintes classiques mais elles sont vivantes de toute part avec chacun d'entre vous, 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. Dans notre situation et avec nos moyens, sachons pratiquer la résistance et préparer la résilience.

Le service public se mobilise avec vous pour que se poursuivent nos missions d'enseignement et de recherche mais aussi culturelles, sportives et d'engagement. Les conférences du programme « Sociétés, cultures et politiques », dont vous trouverez dans ce numéro une sélection, 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, une des réponses à l'agression que nous subissons tous sans exception consiste à conserver tangible la valeur suprême de la liberté d'esprit et à 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. Soyons heureux de servir notre jeune et si vivante Université de Guyane, qui fête en 2020 ses 5 ans, son équipe de gouvernance, son DFR Sciences juridiques et économiques et son laboratoire de recherches Migations, interculturalité et éducation en Amazonie (MINEA) dont nous avons la responsabilité de l'axe « Démocratie et populations ». Nous remercions notre président et nos directeurs pour leur confiance. Nous adressons aussi notre reconnaissance à l'Agence universitaire de la francophonie, l'Institut international pour la francophonie de l'Université Lyon 3, l'Université Clermont Auvergne, l'Université Côte d'Azur, l'Université de Montpellier, l'Université de Nha Trang (Vietnam), les éditions hospitalières et sa

bibliothèque numérique de droit de la santé et d'éthique médicale, sans omettre pour les conférences en droit de la santé l'association française de droit de la santé. Nous remerçions aussi l'Association des juristes de droit d'Outre-mer, les associations Toukan Elokan, Caravansérail, la Maison de la Mélanésie Paul-de-Deckker, 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), dont l'État, les collectivités territoriales, les structures intercommunales, les entreprises et les associations qui nous accompagnent. 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. Votre présence nous montre, à nous universitaires, que nous sommes capables de relever le défi que l'épidémie lance à notre service public.

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. Depuis le début de l'exigence de confinement physique nous avons déconfiné 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

Éditorial 1
Avant-propos 3
Sommaire 7

I. Autochtonie

1. Les peuples autochtones : notion, identité, enjeux 11
2. Droit à la terre, aux territoires et aux ressources 19
3. L'autochtonie en Guyane 25
4. Groenland, autochtones et décolonisation 43

II. Décolonisation

1. Les préambules des accords de Nouméa et de Guyane 59
2. La décolonisation : dossier de documents 63

III. Régime des cultes en Guyane

1. Les principes constitutionnels ne prospèrent pas à l'encontre du régime rémanent des cultes en Guyane 143
2. L'appréciation du régime des cultes en Guyane par le juge administratif 153
3. Le régime des cultes en Guyane française. Aspects de droit privé 165

IV. Politique et droit de la santé

1. La santé en France 179
2. Information et consentement en droit de la santé 187
3. Vieillesse et accès aux soins 201
4. La responsabilité médicale. Aspects de droit privé 217
5. Innovation et relations aux soins 235
6. L'état d'urgence sanitaire. Nécessité ou menace 251
7. Les centres de rétention administrative face à l'état d'urgence sanitaire et aux recours en référé-liberté devant le Conseil d'État 269
8. Les entraves à la liberté d'entreprendre et l'état d'urgence sanitaire 279

V. *Varia*

1. Regard sur les cinq Guyanes 291
2. L'intégration européenne à la lumière du statut du Parlement européen 313
3. Les outre-mers hors Union européenne 325
4. La représentation de l'esclave à Rome : entre statut juridique et réalité sociale 335
5. L'esclavage, fait global 359
6. La femme exotique chez les peintres et les musiciens 377
7. Roseman Robinot : force, émotion, transmission 387

Table des auteurs 395
Table des matières 397

I. Autochtonie

1. Les peuples autochtones : notion, identité, enjeux

Florencine Édouard

Défenseure des droits de l'Homme,
diplômée de l'Université des droits de l'Homme,
Henry Dunant_GENEVE (spécialisation : droits économiques,
sociaux et culturels des peuples autochtones) et
du Haut-commissariat des droits de l'Homme
des Nations Unies_GENEVE

5 000 peuples autochtones sont actuellement dénombrés par les Nations unies. L'appartenance à un « peuple autochtone et tribal » est le commun dénominateur de plus de 370 millions d'individus, dans plus de 70 pays du monde. Ils représentent environ 5 % de la population mondiale. Il existe des peuples autochtones et tribaux dans toutes les régions du monde, de l'Arctique aux forêts tropicales.

Il n'y a pas de définition universelle de la notion de peuple autochtone ou tribal mais la convention n° 169 de l'organisation internationale propose un ensemble d'éléments subjectifs et objectifs, utilisés conjointement, pour identifier ces peuples dans n'importe quel pays.

Ces peuples ont des cultures, des langues, des modes de vie et des systèmes de connaissance qui leur sont propres. Dans beaucoup de pays, ils se heurtent aux discriminations et à des conditions de travail qui relèvent de l'exploitation, situation indissociable de leur marginalisation généralisée et de leur pauvreté chronique. Plus de 15 % des pauvres de la planète sont autochtones. Il nous appartient d'interroger la notion même d' « autochtones » entre notions et enjeux.

I. De la notion de peuples autochtones et tribuaux à la question autochtone

1. Qui sont les peuples autochtones ?

La notion de peuples autochtones repose sur des critères à la fois subjectifs et objectifs. Du point de vue subjectif, il faut compter sur un sentiment d'appartenance. Objectivement, elle renvoie à une histoire et une descendance antérieures à un processus de conquête ou de colonisation (cf. tableau 1). Il convient de ne pas confondre les peuples autochtones et les peuples tribaux. Ces derniers reposent également sur des critères subjectifs et objectifs. S'il faut compter ici aussi avec un sentiment d'appartenance, objectivement, la notion de peuples tribaux renvoie à des conditions sociales, culturelles et économiques propres ainsi que par un statut régi entièrement ou partiellement par des coutumes, des traditions propres ou une législation propre (cf. tableau 1).

Tableau 1
Peuples autochtones et peuples tribaux

	Critères subjectifs	Critères objectifs
Peuples autochtones	Sentiment d'appartenance à un peuple autochtone	- Descendance de populations ayant habité le pays où la région géographique à laquelle appartient le pays au moment de sa conquête ou de sa colonisation ou de l'établissement de ses frontières politiques actuelles. - Maintien en tout ou partie de leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques, quel que soit leur statut juridique
Peuples tribaux	Sentiment d'appartenance à un peuple tribal	- Des conditions sociales, culturelles et économiques les distinguent des autres sections de la communauté nationale. - Statut régi entièrement ou partiellement par des coutumes ou traditions propres ou par une législation spéciale

Juridiquement le terme « autochtone » repose sur la définition de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (cf. *infra*, le dossier de documents de cette revue).

Les populations autochtones sont, selon le rapporteur spécial des Nations unies, José Martinez Cobo :

> « celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et aux sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, s'estiment distinctes des autres segments de la société qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Elles constituent maintenant des segments non-dominants de la société et elles sont déterminées à préserver, développer et transmettre aux futures générations leurs territoires ancestraux et leur identité ethnique, qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuples, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques »[1].

2. Où sont situés les peuples autochtones et tribaux ?

Pour retenir les plus connus des peuples autochtones par continents, nous pouvons citer :

- en Afrique, les Touareg, les Pygmées, les Bochimans… ;
- en Asie, les Hmongs, les Aïnous, les Tibétains… ;
- en Australie, les Aborigènes ;
- en Océanie et dans le Pacifique, les Dayaks, les Papous, les Maoris, les Tahitiens… ;

[1] *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones* (E/1982/34).

- l'Europe a aussi ses autochtones qui rentrent dans la définition de l'Organisation des Nations unies (ONU) : ce sont entre autres, les Sames aussi appelés Lapons ;
- sur le continent Américain, nous avons les Inuits, ses Indiens des plaines, du Plateau, du Grand Bassin de Californie, des Déserts du Sud-Ouest, de la côte Nord-Est, Sud-Est, du Mexique, de toute l'Amérique Centrale, les descendants des Mayas, des Incas, des Patagons, les Amérindiens de toute l'Amazonie et parmi eux, nous les Kali'na Téleuweyu.

Il faut prendre en compte l'évolution de la jurisprudence du droit international public pour considérer les critères définissant un peuple autochtone.

L'autochtone a un rapport avec son territoire ancestral, sa langue et son histoire commune, le fait de disposer de ses propres systèmes de gouvernance et de la capacité de traiter avec les autres nations.

3. Les origines de la question autochtones : les peuples autochtones et le système des Nations unies

En 1923, le chef iroquois, Deskadeh s'est rendu à Genève, aux Nations unies, pour demander que son peuple soit reconnu comme une nation souveraine : « Le peau rouge demande justice ».

Plus spécifiquement, le débat sur la question autochtone trouve son origine dans les années 1977. Le 20 septembre 1977, une centaine d'autochtones d'Amérique du Nord, Central et du Sud sont entrées dans l'enceinte des Nations unies. Leur présence y est liée à la tenue d'une conférence internationale portant sur la discrimination à l'encontre des peuples autochtones dans les Amériques.

Quatre questions sont appréhendées et sont toujours d'actualité :

- celle de la survie de ces peuples en tant que nation à part entière ;
- celle de l'existence d'une instance juridique internationale propre aux peuples autochtones ;
- celle de la restitution des territoires dont ils ont été spoliés tout au long de l'histoire et de la colonisation ;
- celle de la protection de l'environnement et de l'intégrité culturelle des peuples.

En effet, l'histoire des peuples autochtones est marquée par la discrimination, la marginalisation, l'ethnocide ou même le génocide et, malheureusement, les violations de leurs droits fondamentaux continuent de se produire.

Quatre ans plus tard, en décembre 1981, s'est tenue une nouvelle rencontre, la conférence internationale des organisations non gouvernementales (ONG) sur les peuples autochtones et la terre. La question autochtone devient une question mondiale.

En 1982, un groupe de travail sur les peuples autochtones s'est créé dans le cadre de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. Dix ans plus tard, en 1992, l'Assemblée générale des Nations unies proclame l'année

internationale des peuples autochtones. C'est l'année suivante, en 1993, que le groupe de travail a adopté le projet de Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones.

II. Protection des peuples autochtones en droit international et droits spéciaux

1. Protection des peuples autochtones, droit international et début du XX^{e} siècle

La majorité des juristes de droit international estimait initialement que les peuples autochtones n'avaient pas de droit ou de statut dans le droit international. Pour eux, la non-reconnaissance des peuples autochtones, en tant que sujet du droit international, était le résultat d'une conception positive du droit international, essentiellement énoncé par et pour les États européens.

Or, c'est à partir de trois piliers que l'on peut commencer à faire des choses concrètes propres à dépasser le simple discours politique :

- reconnaître les droits fonciers autochtones ;
- reconnaître les règles familiales et coutumières ;
- reconnaître des pouvoirs (exclusifs) aux communautés dans la gestion de la biodiversité ; protéger leurs savoirs sur les plantes (ce que nous appelons la « propriété intellectuelle autochtone »), en un mot, leur culture.

La reconnaissance des structures autochtones traditionnelles comme groupe intermédiaire doit être un passage obligé entre l'État et les citoyens de statut coutumier autochtone.

2. Les peuples autochtones et les minorités ont-ils des droits spéciaux ?

Plusieurs textes internationaux réaffirment que les peuples autochtones et minorités doivent jouir des mêmes droits et des mêmes libertés fondamentales que les autres êtres humains. Cela implique en conséquence que les coutumes autochtones ne peuvent être justifiées si elles violent les droits de l'Homme universels. Cela est particulièrement important dans certaines circonstances où, par exemple, la coutume ou la tradition nie aux femmes autochtones des droits fondamentaux tels que l'accès à l'éducation ou à la propriété.

Les droits des peuples autochtones ne sont pas des droits « spéciaux » mais une déclinaison des droits de l'Homme universels tels qu'ils s'appliquent à ces peuples. Il s'agit d'une réaffirmation de ces droits dans le contexte de la situation de ces peuples, en tenant compte de la dimension collective desdits droits. Par exemple, des enfants autochtones ont le même droit à l'éducation que les autres enfants mais leur situation distincte sur les plans de la langue, de l'histoire, des connaissances, des valeurs et des aspirations doit être prise en compte dans les programmes d'enseignement qui leur sont destinés.

Il est indispensable d'interpréter les droits individuels classiques à la lumière des spécificités autochtones, de manière à ce que ces droits aient un sens pour ces peuples et qu'ils puissent effectivement s'appliquer.

Le premier rapporteur des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, José Martinez Cobo, a pu expliquer que la Déclaration des Nations unies en la matière est comme la lunette au travers de laquelle se

lisent tous les autres instruments internationaux : par la reconnaissance de droits différenciés, il ne s'agit donc pas de créer de nouveaux droits au bénéfice de ces peuples, des droits qui prévaudraient sur les droits de la majorité, mais simplement d'interpréter, à la lumière de spécificités, des droits existants pour parvenir à leur effectivité.

> En ce sens, « la Déclaration sur les droits des peuples autochtones n'établit aucun nouveau droit ou liberté qui n'existerait pas déjà dans d'autres instruments de droits de l'homme de l'ONU, sinon qu'elle clarifie la manière dont ces droits doivent être mis en relation avec les conditions spécifiques des peuples autochtones ».

De même, pour le second rapporteur, la Déclaration existe parce que la libre détermination et les droits de l'Homme qui y sont associés ont été niés aux peuples autochtones. La Déclaration ne crée pas de nouveaux droits de l'Homme substantifs pour eux dont d'autres ne jouissent pas. Au contraire, elle leur reconnaît les droits dont ils auraient dû jouir depuis toujours, en tant que partie intégrante de la famille humaine ; elle contextualise ces droits à la lumière de leurs caractéristiques et circonstances particulières.

Un autre expert défend également que

> « la Déclaration ne crée pas de nouveaux droits, sinon qu'elle développe des droits existants et les applique à des circonstances culturelles, historiques et politiques spécifiques »[2].

III. Enjeux autochtones

Dans certaines régions où vivent les peuples autochtones, l'identité est reconnue par la Constitution. C'est le cas, par exemple, des Amazigh au Nord de l'Afrique (Maroc et Algérie). La langue est officielle. Dans les autres pays, la demande de reconnaissance est au cœur des débats politiques et culturels. Cependant, les peuples autochtones, comme les peuples Amazigh, sont confrontés à de grands défis, qui se manifestent à différents niveaux :

1. **au niveau de l'identité autochtone**, la reconnaissance autochtone des États ne suffit pas à préserver et maintenir leur identité qui semble dépendre du poids économique qu'elle représente par rapport aux autres identités du pays ;

2. **au niveau de la langue autochtone**, il s'avère que l'officialité de la langue ne soit pas suffisante pour en faire une langue affirmée dans un milieu que la mondialisation rend de plus en plus complexe ;

3. **au niveau économique,** la pauvreté est un fléau qui pèse sur les peuples autochtones tout au long de leur vie. Dans certains pays, les manques d'accès restent relatifs. Il y a des régions comme en Afrique qui se portent un peu mieux, cependant le manque d'accès reste une préoccupation majeure, malgré les efforts déployés dans le cadre des Objectifs de développement durable (ODD) ;

4. **au niveau du mode vie**, l'émigration et les changements climatiques sont de plus en plus visibles dans les régions où vivent les peuples autochtones. Ils sont touchés du fait de leur vulnérabilité. Les conséquences de ces phénomènes sont flagrantes : sécheresse,

[2] Érica Daes, New York, août 2004 (division des politiques sociales et du développement social).

inondations, déforestations, apparitions de nouveaux phénomènes (mini-tornades…), poussent les populations à migrer. Les migrations climatiques sont un enjeu de taille pour l'avenir des peuples autochtones. Une autre solution reste de s'adapter aux conséquences de ces changements climatiques à travers le renforcement des capacités des femmes autochtones, afin que l'adaptation passe par l'affirmation des savoirs traditionnels.

Conclusion

Depuis 20 ans, il n'y a pas de grands changements. Les peuples autochtones ne sont toujours pas dans les discussions et décisions relatives à leur situation. Il ne s'agit pas de remettre en cause les États, mais il appartient aux États concernés d'assumer leur histoire avec les peuples autochtones. Un État doit faire face à ses responsabilités pour qu'il assume son passé avec ses anciennes colonies.

Certains instruments juridiques, comme la Déclaration sur les droits des peuples autochtones, n'ont pas valeur de convention internationale. Elles n'ont tout simplement pas de portée normative. Elle ne lie personne et ne s'impose pas aux États.

Il appartient aux États d'intégrer dans leur corpus juridique. À défaut, et face à des populations aux droits limités à ce que veulent bien leur accorder les États, on assiste à des pertes de repères, de savoirs, de passé, de culture, alors même qu'un peuple sans passé est un peuple sans avenir.

Annexes

Instruments juridiques relatifs à la reconnaissance et la protection des droits des peuples autochtones (**conventions, traités et déclarations internationaux)**

- Convention n° 169 de l'Organisation internationale du travail (1989)
- Convention sur la Diversité biologique (1992)
- Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (1999)
- Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle (2001)
- Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003)
- Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (2005)
- Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (2007)
- Protocole de Nagoya sur l'accès et le partage des avantages (2010)
- Codes, lignes directrices, avis (internationaux et français)
- Code d'éthique de la Société internationale d'ethnobiologie (1988, 2006)

- Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation (2002)
- Akwé: Kon, Voluntary guidelines for the conduct of cultural, environmental and social impact assessments regarding developments proposed to take place on, or which are likely to impact on, sacred sites and on lands and waters traditionally occupied or used by indigenous and local communities (2004) ; voir https://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-en.pdf
- Comité consultatif de déontologie et d'éthique, *Le Guide des bonnes pratiques de la recherche pour le développement*, Institut de recherche pour le développement, 2ème édition, avril 2012 [1ère édition, 2005] ; voir https://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins_textes/divers 19-04/010075356.pdf)
- L'avis du Comité d'éthique du CNRS sur l'impératif d'équité dans les rapports entre chercheurs et populations autochtones (2007)
- Code de conduite éthique propre à assurer le respect du patrimoine culturel et intellectuel des communautés autochtones et locales, Tkarihwaié, ri (2010) ; voir https://www.informea.org/fr/node/76335
- Les Lignes directrices pour l'accès aux ressources génétiques et leur transfert (Cirad, INRA, IRD) (2011)
- Le code éthique du Criobe-CNRS relatif aux recherches impliquant les populations autochtones et locales et leur patrimoine (2014)
- La Politique en matière d'éthique et d'intégrité scientifique (Agence nationale de la recherche) (2014)
- La Charte nationale de déontologie des métiers de la recherche (conférence des présidents d'universités, INRA, Inserm, CNRS, Cirad, Inria, IRD, Institut Curie) (2015)
- La Charte éthique de la société française d'ethnopharmacologie de 2016

2. Droit à la terre, aux territoires et aux ressources territoriales

Alexandre Sommer-Schaechtele

Juriste expert en droits des peuples autochtones, membre du réseau des experts du Groupe international de travail pour les peuples autochtones (GITPA), chargé d'enseignement à l'Université de Guyane, et vice-président de l'Organisation des nations autochtones de Guyane[1]

Introduction

Les recherches archéologiques ont révélé la présence de peuples autochtones en Guyane il y a de cela 10 000 ans[2]. Mais leur présence sur le continent américain remonte encore bien plus loin ; en témoigne la découverte en 2014 du squelette d'une jeune amérindienne au Mexique datant de 12 000 à 13 000 ans[3]. Durant plusieurs siècles, les peuples amérindiens vivaient selon leurs droits coutumiers, organisés politiquement en différentes nations, sur des territoires sans frontières et sur lesquels ils exercaient pleinement leurs droits collectifs à la terre, en harmonie avec la nature qu'ils ont contribué à préserver jusqu'à ce jour. Certaines nations autochtones se livraient à des guerres de territoires. Mais ces guerres de « subsistance » sont sans commune mesure avec les guerres coloniales qui vont suivre la découverte de la Guyane par Christophe Colomb le 5 août 1498, lors de son troisième voyage.

Dans un premier temps, la cohabitation entre les peuples amérindiens et les colons européens alterne entre commerce de troc, accords de paix relative et batailles coloniales. La fondation de la capitale de la Guyane, la ville de Cayenne, témoigne de ces relations tumultueuses. Les colons français tentent un accord avec le peuple Kali'na et rachètent leurs terres situées sur la butte stratégique du Mont « Sepelu », où se situe le village du Chef portant le même nom. Cependant, la trêve est de courte durée. Le Chef Sepelu comprend vite que cet accord fait perdre à son peuple toute souveraineté sur leur territoire au profit des colons qui les maltraitent. Le peuple Kali'na décide donc de se révolter et massacre les colons français qui doivent fuir Cayenne[4]. Ce n'est qu'en 1676 que les colons français récupèrent la capitale, tombée entre temps aux mains des Hollandais, et s'installent durablement en Guyane au détriment des peuples autochtones décimés par les maladies importées d'Europe.

Face à cette pénurie de main-d'œuvre, le Roi de France décide de mettre en place la traite négrière. Après plus de 150 ans de cohabitation forcée entre les peuples autochtones et les colons européens, les premiers esclaves déportés d'Afrique arrivent en Guyane, sur le site de

[1] Cette ONG a pour objet la défense et la promotion des droits des peuples autochtones.
[2] Stephen Rostain, *Cinq petits tapirs : les Guyanes amérindiennes d'avant 1499, La Guyane, une île en Amazonie*, 19 p.
[3] Frédéric Saliba, « Un squelette vieux de 13 000 ans lève le voile sur l'origine des Amérindiens », *Le Monde*, 16 mai 2014.
[4] « *Cayenne, ville chargée d'histoire* », site internet de la Ville de Cayenne.

Rémire, à partir de 1652. Exterminés par les batailles, décimés par les maladies, expropriés de leurs terres, convertis de force à la religion catholique[5] et remplacés au fil des siècles par l'arrivée de civilisations étrangères sur leur territoire, les peuples amérindiens vivent un véritable choc culturel et civilisationnel. Au XVI[e] siècle, les premiers colons comptabilisaient uniquement sur le littoral plus de 30 000 autochtones répartis en plusieurs Nations. Au moment de la création du territoire de l'Inini en 1930, la population amérindienne est estimée à moins de 3 000 habitants[6].

En 1848, l'abolition de l'esclavage donne aux esclaves affranchis et à leurs descendants qui forment aujourd'hui la population Créole, l'accès aux droits civils et politiques et donc à la citoyenneté. Ce n'est le cas ni des peuples autochtones ni des peuples noirs marrons appelés aussi Bushinenges qui ont fuit l'esclavage et ont survécu à l'hostilité de la forêt grâce à l'aide des Amérindiens. Les Amérindiens et les Bushinenges ne deviendront citoyens français qu'à partir de 1960, soit plus d'un siècle après la population Créole, majoritaire, qui occupe jusqu'à ce jour les principaux postes politiques au sein des collectivités territoriales.

Concrètement, depuis 1604, année où le Roi de France déclare la Guyane (à l'époque *la France Equinoxiale*) propriété de la Couronne de France, les peuples autochtones s'étaient vus, de fait, expropriés de leurs terres. Mais il faudra attendre le décret du 15 novembre 1898 pour que le Royaume de France devenue République s'approprie officiellement les terres vacantes et sans maître, les bois et les forêts, soit la quasi-totalité des terres de Guyane[7]. C'est ce qu'on appelle la doctrine de la « *Terra nullius* » qui a permis à la France d'exproprier les Amérindiens de leurs terres et de jouir jusqu'à ce jour de plus 90 % de la propriété foncière en Guyane. Ce point d'étape est important car il permet de bien comprendre pourquoi les peuples amérindiens sont légitimes, sur le plan historique et juridique, à revendiquer la propriété et la souveraineté de l'intégralité des terres en Guyane française.

Les termes de « cession » ou de « rétrocession » sont utilisés par l'État français pour désigner la restitution de terres. Ces termes sont également repris par certains élus locaux ou encore les mouvements indépendantistes non autochtones qui s'appuient sur le droit commun de la République française pour se substituer aux droits des peuples autochtones. En réalité, les termes de « cession » ou « rétrocession » sont juridiquement incorrects. La rétrocession signifie que les contractants décident d'annuler l'acte de cession initial par un nouvel acte juridique[8]. Le cédant, ici les peuples autochtones, redevient propriétaire. Cela suppose donc que les terres ont été cédées initialement à la France d'un commun accord avec les Amérindiens. Or, la doctrine de la « *Terra nullius* » repose justement sur le fait que l'État ne reconnaît pas les peuples amérindiens en tant que propriétaires, d'où la formulation de terres vacantes et « sans

[5] Mission d'évangélisation des Amérindiens par les jésuites de l'Habitation de Loyola.
[6] Éric Navet, *Ike mun anam : il était une fois : la dernière frontière pour les Peuples indiens de Guyane française*, Épinal, Nitassinan, 1990, 120 p.
[7] Stéphanie Guyon, « Terre, territoire et ressources », *Scale of Governance the UN and Indigenous Peoples*, 9 mai 2011.
[8] « Transfert de la propriété d'un bien acquis à la personne qui l'avait antérieurement cédé », (Dictionnaire *Larousse*).

maître ». Par conséquent, le terme approprié est celui de la « réparation » des peuples autochtones par la restitution de leurs terres ancestrales au titre de la dette coloniale de la France.

Fort de ces éléments, il nous importe d'interroger le droit à la terre et aux ressources des peuples autochtones et pour ce faire de saisir d'une part la notion de droit à la terre et d'autre part d'étudier l'intégration du droit à la terre des peuples autochtones dans le droit français en m'appuyant sur le cas de la Guyane.

I. La reconnaissance du droit à la terre reconnus par le droit international

La terre est l'élément sur lequel repose la vie et la culture des peuples autochtones partout dans le monde. C'est ce qui constitue leur identité. Les termes de « nations autochtones » s'utilisent bien souvent pour affirmer la légitimité d'un peuple sur un territoire. C'est le cas des nations amérindiennes présentes en Guyane plusieurs siècles avant le Royaume de France et la jeune République française. Ce critère de l'antériorité crée des droits inhérents aux peuples autochtones, c'est-à-dire la préexistence de droits antérieurs à la colonisation.

Après la Seconde Guerre mondiale, les Nations unies sont à l'avant-garde du droit international des droits de l'Homme. L'ONU s'empare de la question autochtone et se consacre à l'écrit un droit coutumier à l'origine oral. L'Organisation internationale du travail (OIT) intègre la reconnaissance du droit à la terre des peuples autochtones dans la Convention n° 169[9]. Au moment de son adoption par les États membres, en 1989, la France s'abstient lors du vote et refuse jusqu'à ce jour de ratifier la Convention. La raison est constitutionnelle. Reconnaître des droits spécifiques à une catégorie de la population est contraire à l'article 1er de la Constitution française selon lequel les citoyens sont égaux en droit sans distinction de race ni d'origine[10]. Pourtant, la France adopte, en 2007, la fameuse Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA). Cette Déclaration n'est pas contraignante. Toutefois, son adoption implique la mise en place d'un plan d'action national par l'État pour adapter sa législation.

La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (articles 26, 28, 29 et 32) et la Convention n° 169 de l'OIT (articles 13 à 19) déterminent pour l'essentiel quatre grands principes selon lesquels le droit à la terre c'est avant tout :

1) Le droit de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler leurs terres coutumières. Les États doivent être les garants de la reconnaissance et la protection juridique de ces territoires ;

2) Le droit à la réparation par le biais de la restitution ou, à défaut, par une indemnisation équitable au titre des terres dont ils ont été dépossédés sans leur consentement préalable ;

3) Le droit à la préservation de leur environnement et de la capacité de

[9] Succédant à la Convention n° 107 de l'OIT relative aux populations aborigènes et tribales du 5 juin 1957.

[10] « Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : la situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des Amérindiens de Guyane », Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *JORF*, n° 0061 du 12 mars 2017.

production sur ces terres ;

4) Le droit de définir des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres et de leurs ressources.

Ces principes fondamentaux ont inspiré l'Organisation des États américains (OEA) qui a adopté en 2016 la Déclaration américaine des droits des peuples autochtones. C'est également sur ces mêmes principes que les peuples amérindiens Kali'na et Lokono du Suriname ont obtenu le 25 novembre 2015 la condamnation par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme du Gouvernement surinamais qui avait attribué des titres miniers sur des territoires autochtones sans leur consentement[11]. Le droit à la terre des peuples autochtones n'est pas reconnu en tant que tel par la France. Toutefois, il a fait l'objet d'une déclinaison juridique dans le droit français à travers le droit d'usage collectif de la terre reconnu aux communautés d'habitant en Guyane.

II. Le droit à la terre des peuples autochtones dans le droit français

Les années 80 marquent un tournant important dans la reconnaissance du droit à la terre par la France. Le 9 décembre 1984, le président de la première Association des Amérindiens de Guyane française, Félix Tiouka, prononce un discours face aux représentants de l'État français dans lequel il exprime les revendications territoriales des peuples autochtones[12]. Cette prise de parole entraînera en 1987 l'introduction dans le droit français d'un droit spécifique à la terre pour les Amérindiens et les Bushinenges : ce sont les « zones de droits d'usage collectifs » appelées aussi les ZDUC. Pour rester conforme à la Constitution française, le décret du 14 avril 1987 désigne les peuples autochtones par le terme de « communautés d'habitants ».

Le droit d'usage est accordé par l'État français dans le cadre de la commission d'attribution foncière (CAF) présidée par le préfet de Guyane, le maire de la commune, quatre personnalités qualifiées désignées par le préfet et deux représentants de l'association amérindienne ou Bushinenge[13]. La cellule « Mission foncière » de la préfecture[14] instruit les demandes qui doivent être formulées par écrit, appuyées d'une cartographie. Ce qui impose de lourdes contraintes pour les peuples autochtones qui ne maîtrisent pas toujours les démarches administratives. En outre, l'État français demeure propriétaire des terres. Les communautés d'habitants ne disposent que d'un droit d'usage, sans titre de propriété, pour exercer une activité limitée à la « subsistance » c'est-à-dire la chasse, la pêche et la cueillette. Des activités désuètes pour la nouvelle génération.

De 1987 à ce jour, plus de 750 000 hectares de terres (soit environ 5 % du territoire), ont été attribuées à des villages sous la gestion du chef coutumier ou d'une association autochtone. Les communes voient souvent d'un mauvais œil l'attribution de milliers d'hectares de terres sur lesquels elles perdent la maîtrise foncière. Certaines demandes de terres sont ainsi

---

[11] Inter-american Court of Human Rights, *Case of the Kaliña and Lokono peoples v. Suriname*, Judgement of November 25, 2015.

[12] Stéphanie Guyon et Benoît Trépied, *Peuples autochtones dans le Monde, Les enjeux de la reconnaissance*, Paris, L'Harmattan, (Collection Horizons Autochtones), 2013, 100 p.

[13] Article D. 5143-6 du code général de la propriété des personnes publiques.

[14] « *Accès au foncier de l'État* », site internet de la préfecture de Guyane.

restées durant plusieurs années sans réponse, faute d'implication des mairies. À partir des années 2000, le dispositif est arrivé à bout de souffle. Les jeunes amérindiens ont délaissé ces zones qui ne répondent plus à leur besoin de travail et de propriété individuelle. La population des grands pôles urbains de Guyane a doublé. Les municipalités, administrées par des non autochtones, demandent à l'État français toujours plus de foncier pour des projets urbains souvent démesurés, qui impactent les villages autochtones absorbés par l'urbanisation[15].

En parallèle, de nouvelles organisations autochtones voient le jour telle que l'Organisation des Nations Autochtones de Guyane créée en 2010. De nouvelles figures autochtones s'expriment de plus en plus dans les médias. En 2017, les peuples autochtones laissent éclater leur colère à l'occasion des grands mouvements sociaux qui bloquent la Guyane toute entière. Un collectif des peuples autochtones se met en place et négocie avec l'État français la restitution historique de 400 000 hectares de terres. Le 2 avril 2017, le ministère des Finances publiques donne son accord pour la « cession » de 400 000 hectares de terres aux Amérindiens. Un protocole d'accord est signé avec cinq représentants d'organisation, dont l'Organisation des Nations Autochtones[16].

À ce jour, aucune restitution n'a été encore réalisée. Faute d'accord sur les modalités de la cession avec les organisations autochtones, l'État français envisage de trancher les négociations par une cession des terres situées dans les ZDUC déjà attribuées. Si ce choix n'est pas encore acté à ce jour, les peuples autochtones s'estiment lésés dans l'accord conclu avec l'État qui consistait initialement à récupérer de nouvelles terres pour le développement de projets communautaires. Ceci illustre le défi qui se présente aujourd'hui pour les peuples autochtones : la définition d'une stratégie de développement économique de ces territoires, c'est-à-dire l'exercice du droit aux ressources territoriales.

Bibliographie

- Haut commissariat des Nations unies aux droits de l'Homme, « Les peuples autochtones et le système de protection des droits de l'homme aux Nations Unies », fiche d'information n° 9/Rev.2, New York et Genève, Nations unies, 2013 (https://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs9Rev.2_fr.pdf)

- « La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones : Un manuel à l'intention des institutions nationales des droits de l'homme », Forum Asie-Pacifique des institutions nationales des droits de l'homme et le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, août 2013 (https://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRIs_fr.pdf).

- Alexandre Sommer-Schaechtele, *Guyane française*, IWGIA The Indigenous World 2020, 34ème édition, Edited by Dwayne Mamo, avril 2020, 410 p

[15] « *Saint-Laurent : les habitants de Paddock refusent le projet d'implantation d'un terminal énergétique de la Sara* », Guyane la 1ère, 14 avril 2019.
[16] Accord de Guyane du 21 avril 2017 - Protocole relatif aux communautés amérindiennes et bushinenges.

Chronologie

5 août 1498

Découverte de la Guyane par Christophe Colomb lors de son troisième voyage.

1604

La Colonie française de Guyane prend le nom de France équinoxiale.

La propriété domaniale de la Colonie appartient à la Couronne de France.

Expropriation des peuples autochtones.

1643

Fondation de la capitale Cayenne.

Rachat des terres aux peuples autochtones qui subissent des maltraitances.

Révolte du Chef « Sepelu » et massacre des colons français par la nation Kali'na.

1676

Reconquête de Cayenne occupée par les colons hollandais. Déclin des peuples autochtones.

Ordonnance du 17 août 1825 : cession totale de la propriété domaniale à la Colonie de Guyane qui devient le Conseil général par décret du 23 décembre 1878.

1848

Abolition de l'esclavage.

Les esclaves affranchis et leurs descendants qui forment la population Créole accèdent aux droits civils et politiques, sauf les autochtones et les bushinenges.

Décret du 15 novembre 1898

L'État applique la doctrine *Terra Nullius* et s'approprie toutes les terres vacantes et sans maître, les bois et les forêts, soit la quasi-totalité des terres de Guyane.

Décret du 6 juin 1930

Création du territoire de l'Inini sous l'autorité directe du Gouverneur.

1946

La Guyane n'est plus une colonie et devient un département d'outre-mer.

1964

Politique de francisation des autochtones et bushinenges qui accèdent à la citoyenneté.

Décret du 17 mars 1969

Suppression du territoire de l'Inini qui revient dans le domaine foncier de l'État.

Redécoupage territorial et création des communes de l'intérieur à l'initiative des élus.

Décret 14 avril 1987

Création des zones de droits d'usage collectifs qui restent propriété de l'État.

Accords de Guyane du 21 avril 2017

Cession de 400 000 hectares de terres aux Amérindiens.

3. L'Autochtonie en Guyane

Alexis Tiouka
Expert en droit des Peuples Autochtones

Les Amérindiens sont les premiers occupants de cette terre de Guyane. Selon les historiens, ils sont présents sur le sol guyanais depuis au moins 9 000 ans. À partir de 1498, différents peuples européens prirent pied et se disputèrent cet espace. Les Français s'installèrent à Cayenne, en 1604.

Le choc microbien. À partir de l'arrivée des colonisateurs, les Amérindiens ont frôlé l'extinction. Les maladies, la guerre et les servitudes provoquèrent une décroissance des populations. Au cours des siècles les populations amérindiennes chutèrent pour atteindre trente mille personnes.

La période moderne. Ce sont les ethnologues qui jouèrent un rôle de médiation et de rédaction des politiques publiques à destination des Amérindiens. En 1952, le sous-préfet de l'Inini rédige la note suivante :

> « J'ai l'honneur de vous informer qu'un service de protection des populations primitives existe déjà en Guyane, qui est dans une forme qui n'est peut-être pas définitive, parce que les ethnographes chargés de s'en occuper jusqu'à présent, n'avaient pas défini les problèmes d'ensemble se rapportant à toutes les populations primitives qui vivent dans l'arrondissement de l'Inini »[1].
>
> En 1984, le ton change. Le Directeur du cabinet du préfet de Guyane signale : « On ne prend pas le pouls des populations tribales de Guyane aux poignets des ethnologues du CNRS »[2].

À 32 ans d'intervalle, ces deux notes émanant des autorités préfectorales de Guyane ne présentent plus de la même manière la place des ethnologues dans la rédaction des politiques publiques à destination des populations catégorisées comme « primitives » puis comme « tribales » alors qu'ils sont les interlocuteurs privilégiés de l'État dans les années 1950. Le rôle de médiation des ethnologues entre les « populations primitives » et la préfecture se dégrade dans les années 1980. L'ethnologie a été mobilisée par les États coloniaux puis, avec la décolonisation par les États indépendants, à la fois pour légitimer l'action publique à destination des colonisés et lui fournir des instruments. Ces usages des savoirs ethnologiques ont fait l'objet d'études approfondies dans de nombreux pays d'Amérique du Sud. En particulier le Mexique et le Brésil ont mis précocement en œuvre, au début du XX^{e} siècle, une politique « indigène » au sein de laquelle les ethnologues ont participé activement à la gestion des populations.

L'État français, en Guyane, présente la spécificité de n'élaborer aucune politique à destination des populations catégorisées comme « primitive » lors de la période coloniale et surtout post-coloniale. En 1930 a lieu la création du territoire de l'Inini (territoire autonome). Il s'agit d'une nouvelle

[1] Stéphanie Guyon, « Des 'Primitifs' aux 'Autochtones' : savoirs ethnologiques et politiques publiques en Guyane de 1946 à nos jours », *Genèse*, 2013/2, n° 91, p. 49-70.
[2] *Ibid.*

conscription administrative qui englobe toute la Guyane à l'exception du littoral. C'est en 1946 que la Guyane devient un département français. L'État s'installe progressivement dans l'ensemble du territoire guyanais et commence véritablement à administrer les populations qui y vivent. En 1964, la France accorde la citoyenneté française aux autochtones dans le cadre d'une politique d'assimilation.

Des dispositifs spéciaux sont mis en place et des revendications sont affirmées.

I. Dispositifs spéciaux d'administration des « primitifs » 1946-1960

En 1949 le « Service des populations primitives » est créé. Dans ce service, voué à l'administration des « populations primitives », l'ethnologie œuvre à produire des connaissances sur ces peuples, à définir et mettre en œuvre des politiques publiques. Le service est dénommé « Service des populations africaines et amérindiennes ».

En 1947-1955 le préfet de Guyane, Robert Vignon, nomme un commissaire préfectoral aux affaires indiennes auprès des Galibi (Kali'na). Le 22 novembre 1952 cette fonction voit l'officialisation de cette nomination par un arrêté préfectoral.

La création d'un tel service s'inscrit dans le contexte impérial de l'Union française et dans celui régional de circulation des modèles indigénistes en Amérique latine. Robert Vignon se rend dans l'État du Para et de l'Amapa et noue des contacts étroits avec le gouverneur de cet État frontalier de la Guyane. Il visite également le Service de protection de l'Indien (SPI) afin de comprendre les principes qui guident la politique indigéniste brésilienne. Celui-ci vise à intégrer les Indiens à la communauté nationale en les sortant de leur état de sauvagerie pour les transformer en travailleurs nationaux.

Tout comme dans le modèle brésilien, la perspective de Robert Vignon est bien de transformer progressivement les Indiens afin de les intégrer à l'ensemble guyanais au travers d'un organisme spécifique de protection. En 1950, il présente un projet auprès du ministère de l'Outre-Mer, projet d'administration différenciée des Amérindiens et qui s'oppose à tout dispositif d'assimilation. Cette vision indigéniste partagée s'exprime dans le projet d'élaboration d'une loi indienne en vue de la reconnaissance et de la protection des terres et des capitaines.

On peut citer des exemples d'actions du « service des populations primitives » :

- assurer une scolarisation minimale des enfants ;
- former des moniteurs scolaires amérindiens ;
- former des aides-soignants amérindiens.

Le préfet Robert Vignon et ses subordonnés s'approprient donc les différentes traditions indigénistes et dotent l'administration préfectorale d'un « service comparable à ceux qui existent dans la plupart des pays d'Amérique où une minorité indienne ne s'est pas intégrée à la masse de la population ». Mais le poids du contexte international apparait et les représentants de l'État en Guyane ont à cœur de démontrer leur respect des normes internationales. Cependant, les ethnologues restent les médiateurs de l'État.

Les scientifiques jouent un rôle central dans l'élaboration des politiques publiques concernant les Amérindiens durant la période du territoire de l'ININI. La fin du statut de l'ININI mettra fin à la collaboration privilégiée entre l'administration préfectorale et les scientifiques.

Une réforme du découpage communal intègre les populations amérindiennes dans les territoires des communes. C'est ainsi qu'en 1969 est mise en place la création de la commune de Camopi (Est du pays) mais sans donner des moyens adéquats que ce soit du point de vue administratif, technique ou financier.

Les Amérindiens acquièrent le droit de suffrage (droit de vote). L'inscription des populations amérindiennes ne signifie pas pour autant la fin de toute politique publique.

En 1970 se crée la « coordination des actions en faveur des populations tribales » présidée par le sous-préfet de Saint-Laurent du Maroni.

II. La différence revendiquée

L'année 1980 voit la naissance du mouvement amérindien, période marquée par l'émergence d'une nouvelle génération issue de la « politique de francisation ». Cette élite amérindienne prend naissance dans le village d'Awala-yalimapo. Les jeunes qui la composent sont les premiers à avoir effectuer des études secondaires et à partir en France. Leur engagement militant et leur politisation repose sur une scolarité réussie. Ils développent les premiers contacts avec les ONG de soutien des droits des « peuples autochtones » et se familiarisent avec le discours de l'autochtonie élaboré par les institutions internationales.

1. Des revendications autochtones aux politiques publiques

L'Association des Amérindiens de Guyane française (AAGF) voit le jour en 1981 et, les 9 et 10 décembre 1984, se déroule le premier rassemblement des Amérindiens de Guyane. Le discours met en avant la revendication de la reconnaissance des peuples amérindiens de Guyane ainsi que le droit de souveraineté sur leurs territoires. Ils réclament aussi le droit de propriété collective des terres, territoires et ressources naturelles. C'est aussi à cette période que l'administration désigne ces populations par les termes péjoratifs de « tribus et populations sylvicoles ». Cette année également, l'État cherche des solutions juridiques sur les droits de propriété collective aux Amérindiens. Le terme Amérindiens émerge alors dans le vocabulaire de l'État français.

Le décret du 14 avril 1987 du code du domaine de l'État accorde aux « communautés d'habitants tirant traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt » des zones de droit d'usage collectif. Ce décret constitue une avancée juridique incontestable. En 1989, la commune de Awala-yalimapo voit le jour. Elle est issue de la séparation d'avec la commune de Mana (Ouest).

Les 25 et 26 juillet 1992 se déroule le premier congrès de la Fédération des Organisations Autochtones de Guyane (FOAG) qui succède à l'AAGF. La stratégie des leaders autochtones est alors sans conteste leur participation à diverses rencontres internationales. Dès 1997 et durant 20 ans, la FOAG est associée à la rédaction du projet de Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones. Cette Déclaration

reste cependant non contraignante, mais il s'agit là d'un texte de référence et d'un pas important dans les relations avec l'État.

Depuis plusieurs années, donc, l'émergence d'un sentiment national en Guyane transforme le rapport avec l'État français.

Comment, pour penser leur place dans cet univers, les Amérindiens de Guyane s'efforcent-ils aujourd'hui d'articuler trois constructions citoyennes qu'ils se sont progressivement appropriées – la citoyenneté « légale », une citoyenneté « autochtone » et une citoyenneté « culturelle » ?

III. Populations amérindiennes et droit international

1. Du droit international

En 1972 lors d'un rapport sur la discrimination contre les populations autochtones (Rapport Cobo), une définition se met à jour dans le cadre du Groupe de travail sur les populations autochtones. On peut lire :

> « Les populations autochtones se composent de descendants existants des peuples qui ont habité le territoire d'un pays complétement ou partiellement au moment où des personnes d'une culture différente ou d'une origine ethnique différentes sont arrivés d'autres régions du monde, les ont surmonté par conquête, législation ou d'autres moyens et les ont amenés à un état non dominant ou colonial ; qui vivent aujourd'hui conformément à leurs coutumes particulières et traditions sociales, économiques et culturelles sous domination d'un État qui incorpore des caractéristiques principalement nationales, sociales et culturelles d'autres segments de la population qui sont prédominants ».

Cette définition s'applique ainsi principalement aux populations précoloniales qui habitaient le territoire avant la colonisation.

En 1983, le même groupe de travail précise cette définition :

> « Ils sont les descendants des groupes qui étaient dans le territoire au moment où d'autres groupes de différentes cultures ou origines ethniques sont arrivés » ».

En 1986, on ajoute le fait que l'individu qui s'identifie lui-même comme autochtone et est accepté par le groupe ou la communauté dans laquelle il s'identifie est considéré comme autochtone.

L'Organisation internationale du travail, dans sa Convention 169, propose comme définition des peuples autochtones, des peuples

> « dont les conditions sociales, culturelles et économiques les distinguent d'autres segments de la communauté nationale et dont le statut est réglé complétement ou partiellement par leurs propres coutumes ou traditions ou par des lois ou règlement spéciaux et des peuples qui sont considérés comme autochtones car ils sont descendants des populations qui habitaient le pays à l'heure de la conquête ou de la colonisation ».

Enfin, la Banque mondiale dans sa directive opérationnelle 4.20 de 1991 propose de retenir plusieurs caractéristiques :

« attachement étroit aux territoires ancestraux et aux ressources naturelles dans ces secteurs ; auto-identification et identification par d'autres comme membre d'un groupe culturel distinct ; langue autochtone, souvent différente de la langue nationale ; présence d'une organisation sociale et politique différente de celle de l'État ».

La définition attestée par les Nations unies, à partir de 1986, est celle qui est la plus communément répandue à l'heure actuelle :

> « Par communautés, populations ou nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures

> à l'invasion et avec les sociétés pré coloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires. Ce sont à présent des éléments dominants de la société et ils sont déterminés à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques ».

La propension des droits de l'Homme à saisir la question converge pour permettre à ceux-ci d'échapper aux discriminations qui les frappe structurellement et de défendre leurs intérêts et leurs valeurs, en favorisant une société intégrée et pluraliste, ouverte à la tolérance et au dialogue. Il s'agit de favoriser une égalité de traitement et une règle de droit commune, sans nier le pluralisme dans des domaines visés : culture, langue, religion.

Il est à souligner que la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones ne donne elle-même aucune définition.

Deux contraintes pèsent sur la reconnaissance des droits des peuples autochtones. La première trouve son explication dans la nature spécifique des peuples autochtones comme sujet de droits collectifs. Contrairement à la logique dominante des droits de l'Homme, fondamentalement individualiste, l'entité minoritaire collective et l'identité populaire autochtone impliquent une rupture méthodologique. En effet il s'agit de redéfinir l'arbitrage classique et binaire qui s'établit entre l'État, qui protège et l'individu qui est protégé. À cette distinction se substitue un arbitrage ternaire, sous la forme d'un nouvel étagement entre l'État, le peuple ou la minorité, l'individu minoritaire ou autochtone.

2. La situation des Amérindiens de Guyane

Il y a bien *antériorité d'occupation du territoire* pour les peuples amérindiens de Guyane par rapport à la colonisation. Dans un tel cadre, en Guyane, seuls les Amérindiens peuvent être qualifiés de « sociétés antérieures à l'invasion ou de sociétés précoloniales » Ils ne sont, par ailleurs, en aucun cas des éléments dominants de la société que se soit politiquement, économiquement ou même démocratiquement.

Les peuples autochtones de Guyane ont une véritable volonté de conserver, de développer et de transmettre aux générations futures tant les territoires de leurs ancêtres que leur identité ethnique (culturelle, sociale, linguistique, spirituelle). Ce désir se traduit par l'importance du travail mené par certains au niveaux régional, national, européen et international pour la reconnaissance de leurs droits fondamentaux.

Il existe généralement une crainte, dans le contexte français notamment, dès lors que l'on évoque le terme d'autochtonie. Il ne s'agit pourtant que de mettre en avant son identité propre ou ses valeurs culturelles et ainsi d'obtenir le droit de participer pleinement à la société, riche d'un apport culturel, social, linguistique qui ne peut être qu'un atout pour celle-ci. Il s'agit donc là de faire appliquer deux articles de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, qui n'apparaissent pas dans ce document comme antinomique : les articles 5 et 8.

> Article 5 : « tout autochtone à droit, à titre individuel, à une nationalité ».
>
> Article 8 : « Les peuples autochtones ont le droit à titre collectif et individuel, de conserver et de développer leurs spécificités et identités distinctes, y compris le droit de revendiquer leur qualité d'autochtones et d'être reconnus en tant que tels ».

Droits linguistiques, culturels et droit à l'éducation. La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones spécifie, dans son article 14 :

> « Les peuples autochtones ont le droit de revivifier, d'utiliser, de développer et de transmettre aux générations futures leur histoire, leur langue, leurs traditions orales, leur philosophie, leur système d'écriture et leur littérature, ainsi que de choisir ou de conserver leurs propres dénominations pour les communautés, les lieux et les personnes. Chaque fois qu'un des droits des peuples autochtones sera menacé, les États prendront les mesures qui s'imposent pour le protéger et aussi de faire en sorte que les intéressés puissent comprendre le déroulement des procédures politiques, juridiques et administratives et se faire eux-mêmes comprendre, en leur fournissant, le cas échéant, les services d'un interprète ou par d'autres moyens appropriés. »

Chaque peuple autochtone de Guyane à sa langue propre, différente de celle des autres groupes, même lorsque ces langues appartiennent à une même famille linguistique. Aucune de ces langues n'est reconnue au niveau national ou même régional. Toutes ces langues ont pourtant été identifiées comme langues régionales de France dans le Rapport Cerquiglini. L'absence de reconnaissance a pour conséquence des difficultés à mettre en place des projets pour la valorisation de ces langues, voir la survie de celles-ci.

Droits territoriaux. Les droits territoriaux des autochtones en Guyane sont régis par le décret n° 87-267 du 14 avril 1987 qui reconnait les droits des « communautés tirant traditionnellement leurs moyens de la forêt ». En 1989, un décret de droit d'usage reconnaît la spécificité de trois villages : « Awala, Yalimapo et Coswine ». Leur territoire est dissocié par rapport à la commune de Mana ; une nouvelle commune est créée. Cependant, cela ne résout rien en ce que le territoire de la commune appartient à l'État. En 1992, 18 400 hectares font l'objet d'un arrêté préfectoral de droit d'usage. Se trouve conférée aux représentants de la communauté une certaine autorité mais cela ne signifie pas la possession du territoire par celle-ci.

Deux articles du code du domaine de l'État (R. 170-56, R. 170-58) et le décret D. 34 reconnaissent un statut personnel aux Amérindiens de Guyane. Le code distingue la « tribu » ou « communauté » de l'association et de la société et lui attribue des droits en propre ; ces droits ont un caractère collectif.

Cependant, l'ordonnance n° 98-777 du 2 septembre 1998 modifie le code du domaine de l'État. Cette ordonnance, souhaitée par certains élus locaux, constitue une menace pour le droit de la terre. Elle ne permet pas la cession du domaine privé de l'État au profit des personnes physiques. Ainsi, cela a pour conséquence d'exclure les autochtones en tant que collectivité même si, en tant qu'individu, ils peuvent acheter les terres.

La République ne reconnaît que des citoyens français et la peur des communautarismes entraîne un grand nombre de citoyens soucieux des

droits à refuser toute autre conception. Ainsi, le droit français tend à nier actuellement *la notion de peuple autochtone***.** Il existe cependant en droit français deux textes susceptibles de protéger les droits des peuples autochtones. Par ces textes la République reconnaît officiellement leur existence. Il s'agit de l'arrêté de 1970 interdisant le séjour sans autorisation dans la moitié sud du département de la Guyane occupée par des peuples autochtones et du décret interministériel de 1987 précisant que sur près de 6 000 km^2 des droits d'usage collectifs sont reconnus au « communautés d'habitants tirant traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt ». Nous pourrions par ailleurs citer l'amendement 239 de la loi d'orientation pour l'Outre-mer, soutenu par Jean-Jacques Queyranne, qui vise a donner des droits spécifiques aux peuples autochtones de Guyane.

Les documents internationaux peuvent aussi être un support pour la reconnaissance de droits territoriaux, à l'instar de la déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones ratifiée par la France en septembre 2007.

En application de l'article 26 de la Déclaration :

> « Les peuples autochtones ont le droit de posséder, de mettre en valeur, de gérer et d'utiliser leurs terres et territoires, c'est-à-dire l'ensemble de leur environnement comprenant les terres, l'air, les eaux, fluviales et côtières, la banquise, la flore, la faune et les autres ressources qu'ils possèdent ou qu'ils occupent ou exploitent traditionnellement. Ils ont notamment droit à la pleine reconnaissance de leurs lois, traditions et coutumes, de leur régime foncier et des institutions chargée d'exploiter et de gérer leurs ressources, ainsi qu'à des mesures de protection efficaces de la part des États contre toute ingérence ou toute aliénation ou limitation de ces droits ou tout obstacle à leur exercice ».

De nombreux textes internationaux pourraient être cités (cf. annexe 2) : Convention 169 de l'organisation internationale du travail de 1989 ; La Déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones ; Déclaration de Rio (1992) ; Convention sur la biodiversité ; Convention relative aux zones humides (Ramzar, Iran) ; Convention sur la diversité biologique, rédigée dans le cadre de la Conférence des Parties (Kuala Lumpur) AG/RES.1022(XIX-0/89).

Les différents principes ainsi affirmés fondent toute discussion au niveau international sur la question des aires protégées. Ils ont été validés par les Nations unies et inclus dans la Recommandation de Durban du 5ème Congrès des Parcs (du 8-17 septembre 2003). Aussi, nous demandons la signature de documents permettant la reconnaissance de nos droits et le respect des textes déjà ratifiés par la France.

Conclusion : Un long processus vers un dialogue constructif

Il nous faut réaffirmer le droit des peuples autochtones et leur droit de participer à la prise de décisions. Ceci implique l'analyse de l'incorporation et de la mise en œuvre du cadre international des droits de l'Homme en ce qui concerne les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions. Également, ceci emporte l'identification des processus et institution décisionnelles propres aux peuples autochtones ainsi que l'identification des défis pour les conserver et les développer. Il s'agit en outre d'identifier des mécanismes de participation et de consultation liés aux institutions étatiques et non-étatiques pertinentes, et au processus de

prise de décisions sur des questions qui peuvent concerner les peuples autochtones ainsi que l'identification des défis pour la mise en œuvre effective de ces mécanismes. Il s'agit enfin d'identifier des mesures clés et des défis liés aux efforts nécessaires pour garantir le droit des peuples autochtones de participer à la prise de décision.

Bibliographie

Collomb (Gérard) et Tiouka (Félix), *Na'na Kali'na* une histoire des Kali'na en Guyane, Petit Bourg, Ibis rouge, 2000, 145 p.

Tiouka (Alexis), « La question des droits autochtones sera-t-elle résolue en France », in *Ethnies, droits de l'homme et peuples autochtones*, vol. 18, n° 31-32, 2005, p. 10-15.

Géry (Yves), Mathieu (Alexandra) et Gruner (Christophe), *Les abandonnés de la République,* Paris, Albin Michel, 2014, 341 p.

Annexes

Annexe 1
Discours fondateur de Felix Tiouka, 1984

Nana Inonoli
Nana Kinipinanon
Iyombo nana isheman

Adresse au gouvernement et au peuple français.

Par Felix Tiouka

Président de l'Association des Amérindiens de Guyane française. Discours prononcé le 9 décembre 1984 à l'occasion du premier Congrès des Amérindiens de Guyane française à Awala en présence des autorités administratives locales et de l'État.

« Nous, peuple EPWWAG acceptons encore une fois de jouer le jeu de la société dominante et de ses agents décisionnels en vous présentant aujourd'hui cette déclaration de principe concernant l'ensemble de nos revendications territoriales, économiques, sociales et culturelles.

Connaissant fort bien notre situation de dominés pour en vivre quotidiennement les difficultés et humiliations, nous sommes conscients des conséquences du geste que nous faisons car nous savons ce qui est arrivé à d'autres groupes autochtones qui ont amorcé ce processus de revendications avant nous. Cependant, après avoir longtemps réfléchi et examiné sous différents angles notre situation actuelle au point de vue territorial, économique, politique, social, culturel, nous avons conclu que nous pouvions la laisser se détériorer davantage suite à l'incurie séculaire de notre tuteur légal, le gouvernement français, envers la défense de nos droits face à des (élus) requins accapareurs de nos territoires et de leurs ressources au profit des entreprises privées. Pour l'avenir de nos peuples, de notre culture et de nos enfants, nous avons le devoir de tout mettre en œuvre pour obtenir la reconnaissance de nos droits de premiers occupants, afin de construire sur cette base un avenir acceptable pour les générations futures.

Nous savons que nous n'avons plus le choix ; il nous faut agir maintenant ou accepter de dépérir au sein de la société dominante.

Nous trouvons curieux, qu'étant le groupe dont les droits ont été continuellement bafoués par les intérêts et activités du groupe dominant, nous ayant quand même le fardeau de la preuve et soyons obligés de démontrer la nature de nos droits et l'étendue des dommages causés à nos territoires et à notre culture. Cela nous apparaît d'autant plus étonnant que nous savons fort bien que le gouvernement que vous représentez se trouve à la fois juge et partie dans cette affaire puisqu'il représente d'abord et avant tout les intérêts de la majorité blanche. Nous voudrions que l'on tienne aussi compte de nos traditions culturelles dans l'élaboration de ces règles. Entre autres, nous ne comprenons pas pourquoi vos juristes et

législateurs ne veulent tenir compte dans leurs argumentations et décisions que du droit écrit d'origine européenne, en ignorant totalement les principes du droit non écrit des peuples autochtones d'Amérique.

Nous ne comprenons pas non plus pourquoi la notion de propriété privée de terre qui est la vôtre doit primer sur la notion de propriété collective qui est la nôtre. L'appropriation privée de la terre et de ses ressources nous apparaît à la base d'un système fondé sur l'exploitation de l'homme par l'homme que traditionnellement nos ancêtres ont toujours refusé.

Nous sommes les représentants de sociétés communautaires dans lesquelles l'exploitation des ressources s'est toujours faite sur de bases égalitaires et nous voulons conserver ce principe. Contrairement à votre système de valeurs, nous ne voulons pas bâtir une société où les intérêts collectifs doivent toujours passer par les intérêts privés d'entrepreneurs capitalistes.

En effet, il est fort bien reconnu que les territoires que nous occupons depuis des temps immémoriaux n'ont fait l'objet d'aucun traité et d'aucune entente et qu'en conséquence ils sont sujet à ce que vous appelez des « revendications globales. »

Qui sommes-nous ?

Que voulons-nous ?

L'Association des Amérindiens de Guyane française EMERILLONS – PALIKUR – WAYAPI – WAYANA – ARAWAK – GALIBI (AAGF) EPWWAG, association légalement enregistrée, représentant les intérêts de 6 ethnies de la Guyane française.

Nous représentons donc près de 4 075 amérindiens.

En raison de leur proximité géographique et d'une parenté linguistique et culturelle très étroite, nous avons décidé de nous unir au début de l'année 1982, pour étudier un meilleur avenir économique, social et culturel.

Nous, peuples EPWWAG, étions souverains au moment de la venue des premiers européens et de leur installation sur nos terres. Nous jouissions alors de tous les attributs d'une souveraineté pleine et entière : contrôle et exploitation de territoire et de leurs ressources, autosuffisance, économique, autonomie politique. Nous avions nos institutions, notre langue, notre culture, élaborée à travers les millénaires en parfaite symbiose avec les lois de la nature. Même si, aux yeux des blancs, nous pouvions être considérés comme des populations primitives, attardées et misérables, nous étions tellement conscients de la qualité de notre système social et culturel fondée sur l'égalité de tous, que nous avons toujours refusé de la transformer radicalement au grand plaisir des missionnaires, administrateurs et autres entrepreneurs. C'est d'ailleurs le refus de nous assimiler aux envahisseurs et le refus de ces derniers de comprendre notre système de valeurs et nos institutions propres qui nous a acculé à une situation qui nous est, aujourd'hui, devenue intolérable.

Nous retracerons plus loin les grandes lignes de l'histoire de notre domination progressive qui fut en fait celle de la pénétration du capitalisme mercantile et du capitalisme industriel, de plus en plus profonde à l'intérieur de nos terres.

Notre histoire récente est celle d'une longue lutte pour la défense de nos droits souverains, que ce soit contre les chasseurs sportifs, les colons agricoles, les industriels, ainsi que contre les différents élus, qu'ils soient de gauche ou de droite, qui les ont toujours soutenus dans leurs visées sur nos terres et leurs ressources.

Malgré toutes les difficultés que nous avons connues, malgré le fait que nous avons été refoulés et confinés dans d'étroits territoires qui, jusqu'à présent, continue à peser sur notre peuple (projet de la ZEP – Ileportal), nous n'avons jamais renoncé à notre souveraineté et à nos territoires que nos ancêtres ont occupés et exploités depuis des temps immémoriaux.

Aujourd'hui, nous pensons que la reconnaissance de cette souveraineté doit être à la base de la redéfinition devenue urgente et nécessaire de nos rapports avec la société dominante. Cette redéfinition doit être l'occasion pour nous d'établir notre contrôle sur les institutions et les processus de décision qui nous touchent le plus directement dans les domaines du développement économique, de l'éducation, de la santé et des services sociaux, ainsi que de l'organisation politique locale et régionale, etc. En un mot, forts de traditions millénaires nous voulons rétablir et renforcer nos valeurs culturelles propres dans les domaines institutionnels nous concernant.

La référence à nos valeurs traditionnelles indique clairement que nous refusons comme valable l'option de l'assimilation progressive à la société dominante qui est insidieusement en cours et qui est encouragée directement ou indirectement par tous les agents politiques, administratifs, économiques, faisant affaire avec nous.

Nous voulons demeurer Amérindiens et conserver notre langue, notre culture, nos institutions propres.

Nous croyons que nos droits de premiers occupants d'une grande partie du territoire de la Guyane française nous autorisent à faire ce choix. Nous pensons aussi que les membres de la société dominante doivent accepter ce choix. Il nous apparaît que votre acceptation de notre choix se révèle une des conditions essentielles à l'établissement de relations durables entre nos différents peuples. Si le multiculturalisme doit véritablement constituer une des caractéristiques fondamentales de la société guyanaise ou française, la reconnaissance de la spécificité culturelle amérindienne en constitue certainement un élément important sur la couche périphérique.

Nos terres ancestrales

Les territoires que nos ancêtres ont parcourus depuis des temps immémoriaux, dont ils ont exploité les ressources naturelles et nommé rivières et forêts, couvrent une immense superficie de la Guyane française (Amérique). Nous ne sommes pas en mesure d'examiner actuellement de façon très précise cette superficie. Nous demandons une étude approfondie sur les territoires, l'histoire des Amérindiens de ce pays est très mal connue.

Depuis les temps les plus lointains, donc, nos ancêtres ont utilisé ces terres et leurs ressources pour assurer leur subsistance et celle de leurs familles par des activités de chasse, de pêche et de cueillette. Ils étaient nomades et ils ont ainsi parcouru des distances considérables. Ils connaissaient à fond leurs terres, source de vie, comme les connaissent

encore la majorité d'entre nous. Nous avons toujours été d'abord et avant tout des chasseurs vivant en étroite dépendance de la nature et la respectant, puisqu'elle est notre mère, dispensatrice de tous les biens nécessaires à notre survie.

Partout, la chasse et la pêche pour fins de subsistance, demeurent des activités économiques majeures et assurent une partie importante des besoins alimentaires de nos familles. Nous continuons à dépendre largement du gibier et du poisson pour assurer notre subsistance, selon les traditions transmises par nos ancêtres. Nous ne pouvons concevoir notre vie future autrement qu'en dépendance étroite du gibier et du poisson que la terre nous a fourni. Nous voulons aussi vous faire savoir que nous n'avons, jusqu'à maintenant, céder aucune parcelle de ces terres. Aucune parcelle d'entres elles, aucune forêt n'a fait l'objet d'une cession de notre part, au profit d'un quelconque gouvernement ou de quelque compagnie que se soit, jusqu'à présent, les agents politiques et économiques de la société dominante, ont toujours fait la sourde oreille. Nous exigeons, maintenant, qu'ils nous écoutent attentivement et étudient sérieusement nos revendications.

La nature de nos droits

Nos droits territoriaux se fondent sur notre titre de descendants des premiers occupants des terres dont nous venons de décrire brièvement l'étendue, les limites et l'utilisation traditionnelle. Nous pensons que ces droits aborigènes sont équivalant aux droits de souveraineté. Nous n'acceptons pas que ces droits soient limités à la notion étroite de droits résiduels de chasse, pêche, que nous applique actuellement le gouvernement.

Nous affirmons bien fort et bien haut que nos droits aborigènes sont des droits de souveraineté car comment auraient pu en être autrement dans notre situation précolombienne de complète autonomie économique, sociale, politique, culturelle et religieuse ? Nous étions les maîtres absolus des terres et de leurs ressources, des rivières et des forêts qui nous assuraient notre subsistance dans une interdépendance totale avec la nature. Nous ne pensons pas que la venue d'étrangers européens sur nos terres, même si ceux-ci furent acceptés, jusqu'à un certain point, par nos ancêtres, à modifier notre situation de peuples souverains sur nos territoires. Seule la conquête armée ou notre consentement tacite a aliéné nos droits au profit de la société dominante, aurait pu nous faire perdre cette souveraineté. Or, rien de tel ne s'est passé. Nous savons en fait, que la position de la société dominante et sa négation de nos droits se trouvent uniquement fondés sur des rapports de force.

Lorsque l'avantage de votre nombre, de vos armes, et de votre technologie n'était pas aussi marqué qu'il ne les devenu depuis un siècle, votre attitude était passablement différente : nous étions des nations alliées jouissant de leur autonomie. Aujourd'hui votre situation de force et votre peur de ne pas avoir accès à nos terres et leurs immenses ressources, vous fait reculer devant la reconnaissance de nos droits souverains. Pourquoi les gouvernements blancs auraient-ils seuls tous les droits sur les terres et leurs ressources ainsi que le contrôle économique et politique ? Si nous, peuple amérindien, sommes aussi égaux que vous devant le créateur de toute choses, nous devons pouvoir jouir des mêmes

droits que vous. Le gouvernement français autorise des dizaines de milliers de chasseurs et de pêcheurs, soi- disant « sportifs » à capturer gibiers et poissons sur nos terres. Par ailleurs, le même gouvernement autorise les compagnies forestières à raser les forêts. Que nous reste t-il après que tous ces exploitants blancs sont passés sur nos terres et se sont servi prioritairement ? Nous en sommes rendus à ramasser les miettes qui tombent de notre table copieusement garnie au profit des autres.

Dans une perspective de respect des équilibres écologiques qui a toujours été le nôtre la reconnaissance des droits d'usufruit passe par le respect des relations d'interdépendance des principaux éléments des écosystèmes : sols, eau, végétation, faune. Notre éducation traditionnelle nous a appris à préserver les habitats des animaux terrestres et des poissons dont nous dépendons pour notre alimentation. Malgré les connaissances impressionnantes accumulées par vos biologistes, il me semble que vous ne vous êtes pas encore rendu compte que les activités industrielles et forestières ainsi que loisirs, cynégétiques et halieutiques sont incompatibles avec le respect des droits d'usufruit des peuples amérindiens.

Des droits d'usufruit de ce genre nous n'en voulons pas, pas plus que nous ne voulons que nos droits aborigènes soient définis comme des droits d'usufruit un peu plus élargis. Nous nous reconnaissons dans cette notion de droit d'usufruit, un piège qui aboutit inévitablement à la main mise par les entreprises privées sur les ressources de nos terres qui leur apparaissent les plus rentables à un moment donné : couvert forestier, sous-sol minier, ressources fauniques.

Nous pensons que la transposition dans le contexte actuel de nos droits de souveraineté, concerne la globalité des ressources de nos territoires et non seulement le gibier et le poisson. Il s'agit encore là d'un abus du pouvoir incompatible avec la notion d'égalité des hommes et des groupes humains entre eux qui est à la base de notre droit non écrit.

La nature de nos rapports à la terre et à ses ressources, qui fondent notre droit amérindien, se révèle fondamentalement différente de la vôtre. Nos principes de droit se fondent d'abord sur les besoins de la collectivité et ont pour but d'assurer à tous, un accès égal à la terre et à ses ressources.

De là, le souci de préserver la nature et d'assurer le renouvellement constant de ces ressources, au profit de nos frères et pour le mieux être des générations futures. Nous constatons que votre droit est fondé sur des principes tout à fait inverses : il doit assurer à des intérêts individuels et corporatifs la jouissance exclusive de la terre et de ses ressources au détriment d'autres membres du même groupe, de la même société. Il n'est pas difficile de constater qu'un tel système conduit, d'une part, à l'abus des ressources renouvelables et non renouvelables et à leur gaspillage, d'autre part, à une répartition fort inégale de la richesse collective. Nous ne voulons pas accepter ce modèle de société qui est le vôtre et demeurons fidèles à notre modèle de société communautaire dans laquelle les droits collectifs priment sur les droits individuels.

De plus nous n'accepterons pas que la non-utilisation de certaines parties de nos terres ancestrales pour des périodes plus ou moins longues soient servies pour argument pour en limiter la nature ou l'extension

géographique. Si nous avons été évacués de certaines zones, la responsabilité doit en être imputée aux agents politiques et économiques qui ont favorisé l'envahissement de nos terres par la colonisation agricole, l'exploitation forestière, etc.

On ne peut honnêtement nous reprocher de ne plus utiliser des terres qui nous ont été enlevées sans notre consentement. Par ailleurs, la pénétration industrielle sur nos territoires a forcément apporté des modifications importantes à nos activités de subsistance traditionnelles. En raison de notre système de valeurs totalement différent du vôtre, nous avons été les victimes inconscientes de ces transformations souvent brutales et rapides. Notre destin nous a échappé pendant un long moment et dans une large mesure, nous avons été les victimes de toutes sortes de manipulations. Nous affirmons aujourd'hui notre désir de mettre fin à cette situation et de prendre notre destinée en main. Finalement, nous refusons que l'extinction de nos droits territoriaux soit le principe de base de toute entente entre le gouvernement de la société dominante et nos six peuples.

Dans l'avenir immédiat, nous voulons donc travailler à faire reconnaître nos droits (aborigènes) par la société dominante et non les faire aboutir.

Négation et violation de ces droits

Depuis que les Européens ont mis les pieds sur nos terres, nos droits fondamentaux ont été constamment bafoués par eux. L'expression même de « découverte de terres neuves » représentent une insulte à tous les peuples aborigènes d'Amérique qui connaissaient à fond et exploitent ces terres depuis des millénaires. La négation de l'Autre, de sa spécificité et de ses droits a toujours été une des caractéristiques de la suffisance des peuples européens se considérant comme les porteurs de flambeau de la seule vraie civilisation et de la seule vraie foi. Dans cette perspective ethnocentrique, nos terres étaient à conquérir, nos peuples à civiliser selon votre système de valeurs. Malgré tous vos efforts pour nous assimiler à votre civilisation, nous avons pu y résister victorieusement.

Jusqu'alors nous avions pu conserver l'usage de la majeure partie de nos terres ainsi que nos activités et notre culture traditionnelles. En nous intégrant dans des circuits religieux, ceux-ci ont certes eu des effets néfastes sur nos populations. Entre autres, certaines maladies que nous ne connaissions pas et contre lesquelles nous n'étions pas immunisés naturellement, comme la variole, ont fait des ravages considérables parmi les groupes ethniques. Ainsi fortement décimé démographiquement, nous n'avons guère pu opposer de résistances efficaces à la pénétration de nos terres par la colonisation, de même qu'à la violation de nos droits par les gouvernements de la société dominante, soucieux uniquement de favoriser l'épanouissement économique et social de la majorité blanche. Nous avons été forcés d'aller de plus en plus loin pour nous réfugier et pratiquer nos activités ancestrales, resserrés sur des territoires plus restreints.

Le bilan des effets combinés de toutes vos activités de la société dominante sur nos droits territoriaux, notre économie et notre culture, reste à faire de façon approfondie, mais d'ores et déjà, il apparaît évident que nous sommes les victimes de ce que vous appelez avec fierté votre « civilisation » et votre « développement ».

Vous nous avez écrasé sous le rouleau compresseur de votre progrès en technologie. Vous nous avez ignoré en tant que peuples et en tant qu'individus détenteurs de droits égaux aux vôtres. Vous avez envahi nos territoires et pillé en ignorant notre droit le plus fondamental qui est de continuer à vivre de nos terres. En retour de nos ressources vous ne nous avez montré qu'ignorance et mépris.

Nous ne nous laissons plus aussi facilement leurrer par de belles paroles et nous reconnaissons, sous cette proposition à l'allure progressive, la négation de nos droits ancestraux et de notre volonté de demeurer ce que nous n'avons jamais cessé d'être, des Amérindiens. Comment pourrions-nous avoir confiance en un gouvernement qui refuse aux autres peuples ce qu'ils réclament au nom du peuple guyanais français, soit la reconnaissance du droit à la souveraineté en tant que peuple différent ?

Face à l'ignorance profonde du gouvernement français vis-à-vis de nos droits les plus fondamentaux et à la négation de notre volonté d'exister en tant qu'amérindiens descendants des premiers occupants de ce département nous nous adressons une fois de plus à notre tuteur légal, le gouvernement français, pour qu'il prenne les dispositions nécessaires pour que nos droits soient reconnus. Nous ne voulons pas non plus devenir des français comme les autres ou même « à part entière ». Nous voulons obtenir la reconnaissance de nos droits aborigènes c'est-à-dire, la reconnaissance de nos droits territoriaux, de notre droit à demeurer amérindien et à développer nos institutions et notre culture propre.

Nos revendications

Après avoir accueilli amicalement les blancs sur nos terres et subi en retour toutes les vexations que nous venons de vous décrire, le temps est maintenant venu pour nous de réclamer justice et d'exiger la reconnaissance de nos droits fondamentaux en tant que peuple distinct de la société blanche dominante, en tant que peuples amérindiens et premiers occupants de ce pays. L'essentiel de nos revendications portent sur la reconnaissance de nos droits territoriaux en tant que peuples souverains, de notre droit à prendre en main notre propre développement économique, social et culturel. Dans cette perspective, nos positions de base peuvent être résumées dans les 9 propositions suivantes :

1. En temps que peuples culturellement autonomes avant l'arrivée des européens, nous voulons être reconnus comme peuples ayant droit à disposer d'eux-mêmes.

2. En tant que peuples autochtones, descendants des premiers habitants des territoires de cette partie d'Amérique, qui est la Guyane française, nous demandons aussi que nos droits de souveraineté soient reconnus sur ces terres.

3. Nous refusons que l'extinction définitive de ces droits devienne une condition préalable à toute entente avec le gouvernement de la société dominante.

4. Nous nous opposons à tous nouveaux projets de ressources de nos territoires par les membres de la société dominante et aussi longtemps que nos droits n'auront pas été reconnus.

5. Nous voulons contrôler à l'avenir l'exploitation de nos terres et de leurs ressources.

6. Nous voulons que l'assise économique que nous fournira le contrôle de l'exploitation de nos terres assure notre bien-être économique, social et culturel pour les générations à venir, comme c'était le cas avant que nous soyons envahis par les commerçants, les colons et les entreprises industrielles.

7. Nous voulons prendre en main notre développement à tous point de vue et ne plus le laisser entre les mains des membres de la société dominante.

8. Nous voulons orienter notre développement en fonction de nos valeurs et de nos traditions léguées par nos ancêtres et qui ont été développées pendant des millénaires en harmonie avec notre environnement naturel et social.

9. Nous voulons à l'avenir être traité d'égal à égal avec les gouvernements de la société dominante et non plus être considérés comme des peuples inférieurs.

Dans les deux ou trois années qui viennent nous voulons analyser plus en profondeur la nature de nos droits territoriaux, l'utilisation passée et actuelle de nos terres tant par nos peuples que par la société dominante et amorcer la définition d'un programme de développement socio-économique, visant à assurer progressivement notre autonomie économique, sociale, éducative, culturelle, etc.

Suivant en cela l'exemple de plusieurs associations autochtones, nous nous adressons au gouvernement français protecteur en titre de nos droits et intérêts, pour qu'il nous fournisse les moyens financiers pour effectuer de telles études.

En terminant ce mémoire, nous vous demandons de bien vous imprégner du sens des paroles apparaissant sur la page-titre : NANA INOPOLI. NANA KINIPINANON. IYOMBO NANA ISHIMAN. (Notre terre, nous l'aimons et nous y tenons).

Annexe 2
Documents internationaux de protection des droits des peuples autochtones

Convention 169 de l'Organisation internationale du travail, Nations unies, 1989

Cette Convention concerne « la protection des peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles, économiques et qui sont régit totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leurs sont propres » et reconnaît aux autochtones des droits de propriété collective. Elle a été adoptée par la Conférence générale de l'OIT à sa 76ème session le 27 juin 1989 et est entrée en vigueur le 5 septembre 1991. Non ratifiée par la France.

La Déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones. AG/RES.1022(XIX-0/89)

Les États membres de l'Organisation des États américains, y rappelle dans son préambule que « les peuples indigènes des Amériques représentent un élément organisé, séparé et intégral de sa population, et ont droit de faire partie de l'identité nationale des pays, en jouant un rôle spécial dans le renforcement des institutions de l'tat et dans la réalisation de l'unité nationale fondée sur des principes démocratique ».

Textes ratifiés par la France

Il existe un certain nombre de textes incitant au respect des droits des peuples autochtones, notamment dans le domaine des aires protégées qui ont été ratifiés par la France.

La déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones

http://www.unhchr.ch/hiridocda/hiridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.SUB2.RES.1994.45.FR ?OpenDocument

Il reconnaît aux peuples autochtones le droit et les moyens de conserver et renforcer leurs institutions, leur culture et leurs traditions, et de poursuivre leur développement conformément à leurs aspirations et à leurs besoins. La Déclaration vise à aider les peuples autochtones à vaincre la discrimination et la marginalisation dont ils sont victimes à travers le monde. Elle proclame le droit des peuples autochtones de disposer de véritables moyens de contrôle sur leur propre existence, de préserver leurs spécificités et identité culturelles pour les générations futures, et d'avoir un accès protégé aux terres et aux ressources naturelles qui sont essentielles à leur mode de vie.

Déclaration de Rio (1992)

Dans son principe n° 15, elle reconnaît que « la meilleure manière de traiter les questions environnementales et de permettre la participation des peuples autochtones concernés ».

Convention sur la biodiversité

Elle reconnaît dans son préambule le rôle des peuples autochtones qui entretiennent des modes de vie traditionnels en adéquation avec la protection de l'environnement et son utilisation durable. Elle reconnaît en outre qu'un partage équitable des bénéfices qui découlent de l'utilisation de leurs ressources naturelles est nécessaire.

Convention relative aux zones humides (Ramzar, Iran)

Elle insiste sur la nécessité d'assurer l'utilisation équilibrée des ressources naturelles des zones humides dans la mesure où il s'agit là de zones essentielles à la survie des peuples autochtones qui y vivent.

Convention sur la diversité biologique. Rédigée dans le cadre de la Conférence des Parties (Kuala Lumpur)

Elle insiste sur le fait que les peuples autochtones doivent participer à la gestion des aires protégées. L'objectif 2.1. de cette convention précise qu'il faut établir des programmes qui favorisent une distribution équitable des bénéfices issus des aires protégées afin que les peuples autochtones puissent en bénéficier.

4. Groenland, autochtones et décolonisation

Norbert Rouland
Professeur émérite de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, ancien membre de l'Institut universitaire de France, chaire d'anthropologie juridique

Introduction

Entre 1973 et 2017, nous sommes allés une dizaine de fois au Groenland. Nous nous sommes rendus la plupart du temps sur la côte ouest, dans la région de la Baie de Disko, mais aussi une fois sur la côte Est, à Ammassalik, avec notre fils cadet. Nous avons découvert le Groenland par hasard, en 1968, en le survolant dans un avion… à hélices, qui nous emmenait vers les États-Unis. Le spectacle des icebergs nous a émerveillé et nous nous sommes dit que nous y retournerions. Nous nous expliquons de tout ceci dans l'introduction de notre ouvrage : *Aux confins du droit*[1], qui a été traduit dans un certain nombre de langues étrangères.

> « Le bimoteur effleurait les nuages, porté par l'invisible tournoiement de ses hélices. Je volais vers l'Amérique. Aucune nostalgie des événements du printemps de cette année 1968 ne m'habitait : n'y ayant rien compris, je n'en avais conçu nulle espérance. J'avais vingt ans, et j'étais étudiant. Le vol durait déjà depuis plusieurs heures. L'Amérique se rapprochait, que je croyais aimer. Celle de l'Empire State Building et du Coca-Cola, de l'abondance et de la liberté, de l'ivresse du premier grand voyage. Le Bien était à l'Ouest, le Mal à l'Est m'avait-on appris. Il ne me dérangeait en rien de le croire. Plus au sud, le temps s'apaisait dans des continents tachés de déserts, autour desquels vivaient, clairsemés, des peuples misérables, dans une éternelle enfance de l'humanité. Tout le reste n'était que mots creux. L'avion frémit en entrant dans les turbulences. Instinctivement, je jetai un coup d'oeil par le hublot. À cet instant, le ciel s'ouvrit. Sous la blessure des nuages se formèrent les images qui devaient changer toute ma vie. Nous volions au-dessus de galaxies. Les courants ornaient de broderies d'icebergs le bleu dur de la mer. Leur nacre glacée ourlait l'étrave des fjords. Puis ils s'assemblaient en amas lumineux dont les bras spiralés les emportaient vers le long voyage qui les abolirait. L'avion perdit de l'altitude pour échapper aux turbulences qui le malmenaient. Les nuages avaient disparu. Des rivages orgueilleux, aux sommets enneigés, émergèrent du lointain de la mer. Repoussant les parois de roches grises, le lent enroulement des glaciers s'en détachait et semait d'étoiles le ciel marin. Pendant quelques minutes, je connus l'éternité : le désert venait de s'emparer de moi. Le pilote l'effaça d'un seul coup d'aile, en mettant cap au sud. L'Hyperborée retournait à son mystère, cédant la place à la monotonie des flots. La carte m'apprit plus tard que nous avions survolé la pointe sud du Groenland : une grande île qu'écrase un gigantesque glacier. Des hommes y vivaient bien avant que les chevaux de Cortez n'ouvrent la voie aux soldats cuirassés de l'Ancien Monde. Vagues souvenirs d'école : il fallait tout apprendre, et revenir, surtout revenir vers

[1] Paris, Odile Jacob, 1991, 318 p.

ces terres trop vite dérobées. Mais je poursuivais mes études de droit, et rien ne m'avait préparé à une vie d'explorateur ».

Par la suite, cela a été la rencontre avec Jean Malaurie, avec lequel nous sommes retournés au Groenland vers 1976. Il nous conseillait d'aller passer une année à *Oqaatstsuk*, petit village où nous sommes retournés en 2017. Nous séjournions dans la région d'Ilulissat. Nous constations que les chiens étaient maintenant parqués dans des terrains vagues à l'écart des habitations. Les chiens ne font plus partie comme auparavant de la vie des Inuits. Qu'aurait pensé leur plus grand ethnologue, Knud Rasmussen, qui a dit : « Donnez-moi l'hiver, donnez-moi les chiens et gardez tout le reste » ? Nous partîmes aussi quelques jours vers le glacier Equi, dans un campement dénommé base Paul Émile Victor. C'est en effet de là que l'explorateur français parti en 1936 pour traverser l'inlandsis d'ouest en est.

© Groenland 1976 – Norbert Rouland

© Autoportrait – Norbert Rouland

© Oqaatsuk 2017 – Norbert Rouland

En 1976, avec Jean Malaurie, nous croisions sur un petit chalutier le long du village d'Oqaatsuk. Il nous dit : « Rouland, vous devriez aller passer un an dans ce village, votre vie en serait transformée ». Il avait raison. Mais en 1976, nous achevions notre thèse de droit romain à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence et c'était trop tard pour nous reconvertir dans une carrière d'ethnologue.

Dans l'édition de 1975 des « Derniers rois de Thulé », Jean Malaurie met en première page une citation de Jean Giono dans *L'eau vive* :

> « On ne peut pas connaître un pays par la simple science géographique… on ne peut, je crois, rien connaître par la simple science ; c'est un instrument trop exact et trop dur. Le monde a mille tendresses dans lesquelles il faut se plier pour les comprendre avant de savoir ce que représente leur somme… Seul le marin connaît l'archipel ».

© Fjord Ilulissat – Norbert Rouland

© Kayak Ilulissat 2017

© Chien Ilulissat 2017 – Norbert Rouland

© Glacier Eqi Station P.-E. Victor Norbert Rouland

Jean Malaurie, qui organisa en 1990 la première expédition franco-soviétique en Tchoukotka, aimait aussi citer Fridjof Nansen : « L'homme ne peut se découvrir que dans le silence des solitudes ».

Dans notre dernier ouvrage, *Retour du Brésil*[2], en cours de traduction à Sao Paulo, nous consacrons d'ailleurs un certain nombre de développements aux manières très différentes dont Jean Malaurie et Claude Lévi-Strauss envisageaient l'étude des peuples autochtones.

[2] Paris, L'Harmattan, 2018, 170 p.

Il nous faut ici aborder les colonisations scandivaves avant de saisir le Groëland contemporain.

I. Les colonisations scandinaves

De l'El Dorado Viking à la colonisation moderne le Groëland voit se succéder des civilisations Inuit et des métissages.

A. L'El Dorado Viking

Quand les Vikings arrivent au Groenland, plusieurs civilisations Inuit se sont succédés depuis 2 400 av. J.-C. La dernière est celle de Thulé, qui va de l'an 1 000 jusqu'à 1 500 après J.-C.

Éric le Rouge et son père sont bannis de Norvège à la suite d'un meurtre. Ils s'installent en Islande. Éric le Rouge commet encore plusieurs meurtres. Il est banni d'Islande et fuit avec une vingtaine d'hommes vers le Nord-est, ayant vaguement entendu dire qu'il y avait des îles dans cette direction. Il trouve la côte trop inhospitalière et s'installe dans le sud. À la fin de son bannissement, il retourne ensuite en Islande et parvient à persuader environ 1 000 personnes de le suivre vers ce qu'il appelle la « Terre verte » : une sorte d'El Dorado… La population viking va compter de 4 à 5 000 habitants répartis sur une très grande surface : ils ont des rapports lointains avec les Inuits, parfois pacifiques, parfois agressifs. Mais il ne semble pas qu'il y ait eu d'inter-mariages. Au cours du XIV^{e} siècle, le climat devient plus froid et les colonies vikings s'éteignent, n'ayant pas su s'adapter à ces changements. Il faudra attendre le début du XVIII^{e} siècle pour que s'opère la colonisation danoise qui va durer jusqu'à nos jours.

B. La colonisation moderne

1. L'implantation danoise

Après l'arrivée du missionnaire Hans Egede, en 1721, le gouvernement danois décide de prendre en main tout le commerce et institue le 1er janvier 1776 la Compagnie royale du Groenland. Elle conservera jusqu'en 1950 le monopole de toutes les opérations de transport et de commerce. Les populations danoise et inuit vont se métisser, formant ce qu'on appelle les Groenlandais.

Le plus grand ethnographe du Groenland est un Groenlandais, né d'un père danois et d'une mère inuit, Knud Rasmussen. Il va parcourir tout l'Arctique jusqu'au détroit de Behring en 7 grandes expéditions dites de Thulé. Au début du XX^{e} siècle, Jean-Baptiste Charcot, fils du célèbre neuropsychiatre français, consacre toute sa vie à la découverte des régions polaires, dont la côte est du Groenland. Il prendra sous sa protection Paul Émile Victor, futur organisateur des *expéditions polaires françaises*. En 1936, en compagnie de Robert Gessain, un jeune médecin passionné d'ethnologie[3], Paul Émile Victor, traverse l'*inlandsi*s, la calotte glaciaire qui couvre les neufs dixièmes du Groenland. Jean Malaurie a débuté sa carrière sous l'autorité de Paul Émile Victor, dont il se séparera rapidement. Il ira passer un an au nord du Groenland, dans la région de Thulé.

La politique danoise de colonisation fut à notre sens éclairée. Elle se fixa pour but de maintenir le Groenland dans un relatif état d'isolement afin d'éviter à la population un contact trop brutal avec le monde moderne.

[3] Futur directeur du Musée de l'Homme, auteur d'Ammassalik, *La Civilisation obligatoire,* Paris, Flammarion,1969, 251 p.

Dans le même sens, afin de ne pas perturber les formes traditionnelles de la vie économique, un organisme gouvernemental, le Kongelige Gronlansdke Handel (KGH), mit en œuvre une gestion planifiée de l'écoulement des produits de la chasse et de la pêche, afin de garantir des revenus réguliers et d'un niveau satisfaisant aux Groenlandais, en soustrayant les prix de vente de ces produits aux fluctuations de leurs cours sur le marché économique mondial. Cette politique était globalement positive. Elle permettait aux Groenlandais tout à la fois de jouir des avantages techniques de la civilisation moderne et d'entretenir des relations avec les Blancs sans que ce contact ne débouche sur des transformations culturelles trop rapides et traumatisantes, bien que les anciennes croyances religieuses aient rapidement été anéanties par le prosélytisme missionnaire.

Tout devait changer au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.

D'une part, en raison du commencement de la guerre froide, il y a une militarisation de l'Arctique et du Groenland : les Américains installent une grande base à Thulé. D'autre part, les États-Unis et le Canada, bien avant Donald Trump, laissent entendre qu'ils ont des droits sur le Groenland, beaucoup plus proche d'eux que le Danemark. Les autorités danoises décident donc d'ouvrir le Groenland, qui ne vivra donc plus isolé, avec les avantages et les risques que cela comporte.

2. La rédaction des coutumes

Le droit doit maintenant être le même pour tous les habitants du Groenland. Mais son unification ne coïncide pas avec son identification au droit danois. Le nouveau droit unique groenlandais reste coutumier, même s'il est plus marqué qu'auparavant par le droit danois. Ce droit coutumier fait l'objet d'une rédaction, décidée par les autorités danoises.

En 1948-1949, un groupe danois de trois juristes et sociologues du droit est envoyé, durant quinze mois, le long de la côte ouest du Groenland afin de préparer l'élaboration de codifications associant le droit danois et le droit traditionnel.

Comme elle le reconnaîtra elle-même, A. Weis-Bentzon et ses collègues n'avaient pas de formation anthropologique et venaient de terminer récemment leurs études de droit. Aussi, dans un premier temps, s'attachèrent-ils principalement aux textes écrits (jugements des tribunaux de districts, délibérations des conseils de village) qu'ils étudièrent sur une période de dix ans, allant de l'avant-guerre jusqu'à l'époque de leur séjour. Leurs conclusions témoignent de la nature coutumière du droit vécu par la population. D'une part, certaines influences occidentales étaient nettes (interdiction de la polygamie et du divorce). D'autre part, ce droit était différent du droit danois. L'économie était de nature domestique, basée sur la coopération au sein de familles étendues. Les entreprises privées n'existaient pas et la monnaie était peu utilisée. Le droit commercial danois était donc inconnu. Le droit pénal reposait encore sur les principes traditionnels de la prévention et de la recherche de la paix sociale, plus que sur ceux de la détermination de sanctions applicables en fonction du type d'infraction. Il était donc caractérisé par la flexibilité, car on tenait compte plus de la personnalité du délinquant que de la nature de l'infraction qu'il avait commise.

De retour au Danemark, les membres de la commission consignèrent leurs observations dans un rapport qu'ils remirent au ministère du Groenland. Ce rapport devait servir de base à la codification d'un droit groenlandais unique. Idem pour le système judiciaire : tous les Groenlandais seront jugés par les mêmes juges.

Une université groenlandaise existe officiellement à Nuuk depuis 1989. Elle accueille environ 500 étudiants et comporte neuf départements où sont enseignées certaines disciplines : science politique, économie, histoire culturelle et sociale, journalisme, langues et théologie. La France y a eu un chargé de cours.

II. Le Groenland contemporain

Il nous faut saisir tant les évolutions internes que la dynamique internationale.

A. Les évolutions internes

1. La nouvelle donne économique

Au Groenland, le réchauffement climatique est une évidence. Nous avons pu nous-même le constater au mois de juin 2017[4]. Nous sommes revenus dans des endroits où nous étions déjà allés avec Jean Malaurie il y a une quarantaine d'années et où la mer commençait à geler en septembre. On nous a dit que même pendant l'hiver il arrivait qu'elle ne gèle pas du tout. Entre 1992 et 2011 le massif groenlandais a perdu chaque année 152 gigatonnes de glace. On a établi qu'au-delà de 60° de latitude, la température moyenne dans l'Arctique s'élève deux fois plus vite qu'ailleurs. De 1979 à 2005 la banquise estivale a perdu 25 % de sa superficie. On prévoit la disparition totale de la banquise estivale en 2080. La banquise diminuant, le rayonnement solaire s'accentue, puisqu'elle réfléchit 80 % de ce rayonnement alors que l'océan n'en renvoie que 10 %.

Mais le réchauffement présente aussi certains avantages. L'industrialisation devient plus facile ; les forages sont plus aisés. Le réchauffement permet aussi une navigation plus aisée. Autrefois, le passage du Nord-Ouest au nord de l'Alaska et du Canada, près du Groenland, ne pouvait être réalisé que par des explorateurs. Aujourd'hui, si on dispose d'environ 20 000 €, on peut le parcourir en bateau de croisière. En septembre 2008, pour la première fois dans l'histoire, la route du Nord-Ouest et celle du Nord (Russie) ont été libres de glace pendant un certain temps. La navigabilité de ces passages diminue entre 20 et 40 % le trajet entre l'Europe et l'Asie. Cependant, la navigation est difficile, et le ralentissement de la vitesse (qui tombe de 40 à 26 km /h) diminue cet avantage. D'autre part, la nuit dure plusieurs mois dans ces contrées et les icebergs sont nombreux. L'avantage n'est donc que relatif. Les véritables espoirs reposent sur les découvertes de richesses minières et pétrolifères du Groenland. Une étude récente réalisée par l'US Geological Survey établit que l'Arctique contiendrait 20 % des réserves pétrolières mondiales, d'énormes quantités de gaz, ainsi que d'importants gisements de minerais (uranium, diamant, or, zinc, nickel, molybdène). Certains investissements ont fait l'objet de projets. Le gouvernement groenlandais a ainsi décidé

[4] Cf. l'interview de Norbert Rouland : https://amubox.univ-amu.fr/s/DWi29Xn3jmca98B. Voir également, de Norbert Rouland : Comment les dérèglements climatiques ont fait entrer le Groenland dans la mondialisation, *The Conversation*, 10 août 2020.

d'engager, en juillet 2010, les premiers forages de puits de pétrole et de gaz dans le détroit de Davis, situé entre le Groenland et le *Nunavut*.

Mais le plus important consiste dans les terres rares et l'uranium.

Les terres rares sont des minéraux qui interviennent dans la construction du matériel informatique et de nos téléphones mobiles. Elles sont d'ores et déjà un enjeu géopolitique du XXIe siècle et vont connaître une demande en constante augmentation. À l'heure actuelle, la Chine a le quasi-monopole des terres rares, les autres gisements se trouvant principalement en Inde, au Brésil et en Malaisie. D'autre part, le Groenland renfermerait les troisièmes réserves d'uranium du monde et pourrait figurer parmi les dix ou cinq premiers exportateurs à l'horizon 2030. Selon l'Institut de recherche géologique du Groenland, il y aurait quelque 600 000 tonnes d'uranium dans le sous-sol de l'île, alors que la production mondiale annuelle est actuellement de l'ordre de 40 000 tonnes. L'uranium a été mis en exploitation à Kvanefjeld, dans le sud du Groenland. C'est une société australienne, Greenland Minerals and Energy, qui a lancé le projet actuel d'exploitation, en association avec un partenaire chinois. L'exploitation de l'uranium est un bon exemple des risques de la modernisation. D'un côté, elle constituerait pour le Groenland un bon support à son accession à l'indépendance. Mais outre les ambitions chinoises sur lesquelles nous reviendrons plus loin, elle comporte certains risques. Notamment l'arrivée au Groenland d'une main-d'œuvre étrangère avec tous les risques de déstabilisation de la société groenlandaise que cela supposerait. Les Groenlandais en sont bien conscients. En 1983, l'extraction de l'uranium a été interdite. Aucun permis d'exploitation ne devait être délivré s'il touchait à des matériaux radioactifs ; c'est le principe de la tolérance zéro. Finalement, le Parlement groenlandais a levé cette interdiction en 2013. Il faut le préciser, ce fût seulement à quelques voix de majorité. Parmi les arguments avancés, certains ont fait valoir que la tolérance zéro datait d'une époque où le Groenland était encore sous domination danoise et que la décolonisation impliquait qu'on passe à autre chose. De plus, s'il faut, par égard pour le climat, arrêter le développement industriel, il n'est pas juste que celui-ci s'arrête au moment où les Groenlandais ont la possibilité d'en profiter. Si l'industrialisation doit s'arrêter, elle devrait d'abord s'arrêter chez ceux qui en ont abondamment profité dans le passé.

De plus, en ce qui concerne l'exploitation des ressources minéralières, le Groenland dispose sur ses concurrents (la Chine exceptée) de l'avantage sécuritaire. C'est un pays démocratique, et des troubles importants ne sont pas à redouter pour les investisseurs.

2. Les autonomies

Le Groenland a eu plusieurs statuts d'autonomie qui l'ont progressivement rapproché d'une indépendance probable au cours du XXIe siècle. Le premier statut date du 1er mai 1979. En 2019, un statut d'autonomie renforcée reconnaît au peuple groenlandais un droit à l'autodétermination, élève le kalaallisut au rang de langue officielle, et étend les compétences des autorités groenlandaises à une trentaine de nouveaux domaines, dont la police, la justice, le droit de la famille, mais aussi et surtout la gestion des matières premières. Une clause limitative est fixée. La subvention annuelle accordée par le Danemark est de 456 millions d'euros. Elle représente les deux tiers du budget

groenlandais. Le Groenland encaissera la totalité des gains provenant de la gestion des matières premières, jusqu'à hauteur de 10 millions d'euros ; les gains excédentaires par rapport à cette limite devront être partagés à égalité entre les deux partenaires, étant entendu que la part perçue par Copenhague sera déduite de l'enveloppe annuelle attribuée au territoire. La subvention danoise sera suspendue si les gains réalisés par le Groenland dépassent 935 millions d'euros.

On voit que l'exploitation des ressources naturelles est un facteur déterminant dans le processus vers une éventuelle indépendance. L'article 2 de la loi sur l'autonomie du Groenland du 12 juin 2009 prévoit que « les autorités autonomes du Groenland peuvent décider que les secteurs de compétences prévus à l'annexe seront transférés aux autorités autonomes ». L'article 21 de la loi dispose que « la décision relative à l'indépendance sera prise par le Groenland ». Des négociations se tiendront entre le gouvernement du Danemark et celui du Groenland en vue de l'avènement de cette indépendance. L'accord qui en résultera devra être approuvé par un référendum au Groenland.

À partir de 2010, le Groenland est devenu souverain en matière de gestion de ses ressources naturelles. La Déclaration d'Itilleq donne par ailleurs au Groenland une influence considérable sur la politique étrangère commune à ce territoire et au Danemark au sujet des intérêts qui lui sont propres.

La politique du Danemark est donc très généreuse par rapport à d'autres colonisateurs. Elle s'inscrit malgré tout dans un certain contexte. D'une part, en Occident, et en Occident seulement, depuis les années 1990, on note une tendance aux déclarations de repentance des anciens colonisateurs. D'autre part, jusqu'à une date récente, le Groenland a été source d'importantes dépenses pour le budget national. De plus, les contextes européen et international sont favorables à la reconnaissance des spécificités des minorités et des peuples autochtones, ainsi que d'un droit à l'autodétermination des peuples autochtones.

Il reste qu'à l'heure actuelle le Groenland ne serait pas capable d'assumer son fonctionnement seul sans les subventions annuelles de Copenhague (environ 600 millions de dollars par an, qui couvrent la moitié du budget du gouvernement et représentent même près d'un quart du PIB groenlandais). De plus, selon un sondage réalisé en 2017, si une grande majorité de Groenlandais est pour une indépendance à terme, 78 % d'entre eux se prononceraient contre si elle devait conduire à une baisse du niveau de vie et des prestations sociales. La matérialisation de cette indépendance est donc soumise au développement de revenus de remplacement pour structurer et développer les infrastructures du pays, mais aussi pour maintenir un niveau très élevé des revenus de transfert typiques d'une économie sous perfusion de sa métropole.

Et il faut bien remarquer que pour le moment, l'économie du Groenland a du mal à se diversifier. Elle reste cantonnée à une seule véritable industrie, la pêche (près de 90 % des exportations en 2018), même si depuis 2009 les gouvernements successifs se sont employés à tenter de vendre les ressources naturelles du territoire et des opportunités d'investissement, en particulier à la Chine, mais aussi au Canada et à l'Australie.

3. Le mal-être : alcoolisme et suicides

Comme dans bien d'autres pays du monde, l'alcool a été un fléau amené aux autochtones par les Occidentaux. L'alcoolisme est un des grands maux du Groenland. En août 1979 est mis en place un système de rationnement de l'alcool basé sur l'attribution personnelle d'une carte mensuelle de 72 coupons. Il va donner lieu à un marché noir, au point que le rationnement sera supprimé dès le 1er avril 1982. Malgré les campagnes de prévention, la consommation de bière a fait plus que doubler et, en 1989, dans la seule ville de Nuuk, la capitale, elle a atteint les 550 000 bouteilles, soit plus de 100 bouteilles par habitant, tout âge confondu. Bien entendu, l'alcoolisme engendre les violences familiales, surtout quand s'y ajoute la consommation de stupéfiants.

Au Groenland, près d'une personne sur trois est victime d'abus sexuel pendant son enfance. Alors que l'île a connu un développement à marche forcée durant ces dernières décennies, passant d'une société traditionnelle de pêcheurs et de chasseurs à une société de services et de tourisme, les Groenlandais se trouvent happés par cette soudaine modernité. Désœuvrement, addictions et troubles d'identité persistent.

En conséquence, le taux de suicide au Groenland est l'un des plus élevés au monde. En 2015, celui-ci s'élevait à 82,8 pour 100 000 personnes, contre 23,1 en Alaska, 12,8 au Danemark, 31,9 en Russie, 17,5 en France, 15,3 aux États-Unis, 2,5 au Tadjikistan.

Et d'après une étude publiée en mars 2015 par l'Institut national de santé publique, près de 1/5 des Groenlandais ont déjà pensé à se suicider. A Tasiilaq, une ville de 3 000 habitants de la côte est, une personne sur dix est sans emploi, près de la moitié des adultes de moins de 60 ans ont été agressés sexuellement, et un habitant sur cinq a recours au suicide.

B. L'environnement international

1. Les institutions arctiques

a) Le Conseil circumpolaire Inuit[5]

Il a été créé en 1977 à Utqiarvik (anciennement Point Barrow en Alaska). C'est une organisation non-gouvernementale internationale qui représente environ 152 000 Inuit.

Il représente plusieurs régions de l'Arctique, dont le Groenland.

En Russie : les Tchoutkches, les Yupik de Sibérie. Au Canada : les Inuvialuit (Territoires du Nord Ouest), Nunavik (Nord Québec), les Nunatsiavut (Labrador), les Kalaaliit au Groenland. Une assemblée générale se tient tous les quatre ans ; en 2015 elle s'est réunie au Groenland à Nuuk.

Il assure une plus étroite collaboration entre les peuples autochtones vivant sur le territoire s'étendant de la Sibérie jusqu'à la côte est du Groenland. Il a d'abord eu un rôle surtout culturel, mais son activité politique s'est développée à mesure que s'améliorent les moyens de communication entre ces différents peuples. Elle a pour but de renforcer l'unité des Inuits des régions circumpolaires.

Cette action poursuit plusieurs objectifs : représentation des droits et des intérêts des Inuit au niveau international ; mesures veillant à s'assurer

[5] Au Groenland : *Inuit Issitormiut Siunnersooqatigiifiat*.

de leur participation dans les institutions politiques, économiques et sociales ; augmentation de l'autonomie des régions circumpolaires ; conservation de la culture Inuit pour les générations présentes et futures ; protection de l'environnement et des espèces sauvages des régions arctiques et subarctiques ; utilisation des énergies non renouvelables dans ces régions suivant les principes du développement durable.

Le Conseil circumpolaire inuit a un représentant permanent au Conseil de l'Arctique.

b) Le Conseil de l'Arctique

Le Conseil de l'Arctique a été créé en 1996. C'est un forum intergouvernemental de huit États. Les cinq riverains : Canada, Danemark, États-Unis, Norvège Russie, mais aussi l'Islande, la Finlande et la Suède. Les représentants des peuples autochtones, lors des conférences, ont le même droit de parole que ceux des États, mais ils n'ont pas le statut de membres. Celui-ci est réservé aux États. L'avis des représentants des groupes autochtones n'est que consultatif ; leur participation n'est pas assurée par les États. En 2019, le Conseil de l'Arctique rassemblait 39 - observateurs, parmi eux 13 États, dont la France admise à ce rang en 2000, la Chine en 2013. L'Islande préside le Conseil jusqu'en 2021. La superficie arctique couverte par le Conseil regroupe 4 millions de personnes, dont la moitié en Russie. Il déploie ses efforts dans le domaine du développement durable, et des dossiers propres aux peuples autochtones dans les domaines économiques et social. Il a signé en 2008 la déclaration d'*Ilulissat* au Groenland. Il reconnaît le droit maritime international, mais obéit à l'idée que les cinq pays riverains sont les mieux placés pour apprécier la situation dans l'Arctique. L'administration Trump a donné comme consigne à ses représentants de ne pas accepter de références au réchauffement climatique, pourtant évident dans ces régions.

La Russie entend y faire respecter ses droits. En 2017, elle reconnaissait 41 groupes autochtones, dont 19 dans la zone arctique à l'instar des Nénetses et des Vepsians qui regroupent 250 000 habitants. Tout en affirmant qu'elle s'en remet au droit international, la Russie a fait planter, en 2007, un drapeau en titane sous le pôle Nord géographique par 4 261 m de profondeur. Les *Mig* survolent régulièrement le pôle Nord. L'île Kotelny, abandonnée en 1993, accueille maintenant une nouvelle base. La base de Nagourskoie, en terre François-Joseph, a été agrandie.

2. L'Union européenne

Il faut attendre le milieu des années 2000 pour que l'Union européenne commence à se manifester dans l'Arctique. Les divergences entre les États européens sont nombreuses. Certains sont membres ou non de l'Alliance atlantique : le Danemark et la Norvège en font parties, mais pas la Suède. Certains États ont des statuts particuliers dans l'Union européenne : la Suède et le Danemark ne sont pas dans la zone euro, le Danemark n'émarge pas à la politique étrangère et de sécurité commune, ni ne participe à l'Agence européenne de défense, à laquelle est associée la Norvège non communautaire. Certains, comme la Norvège, la Suède et la Finlande ont des relations délicates avec la Russie. L'Allemagne ne veut pas prendre le risque de provoquer la susceptibilité de la Russie. L'Union européenne ne peut réunir 27 pays autour d'une même politique

arctique, tellement ses membres occupent des positions disparates par rapport à ces problèmes. Certains ne se soucient que de la zone Méditerranée.

Le premier document, en 2007, est centré sur les questions énergétiques et sécuritaires. En 2011, une résolution du Parlement européen concerne la recherche, les routes maritimes, les ressources naturelles, l'environnement, le réchauffement climatique, les peuples autochtones. La commission de Bruxelles a publié, en 2012, un nouveau document, portant principalement sur la recherche en matière de défis environnementaux, le développement durable, l'intervention à l'égard des peuples autochtones. L'Union européenne a versé au Groenland 25 millions d'euros par an entre 2007 et 2013 pour subvenir aux besoins de l'éducation. Assez curieusement, le Danemark est rarement cité.

Infiniment plus cohérente est la politique de la Chine envers le Groenland, ce que l'on n'aurait pas pu suspecter une seule seconde au siècle précédent. La Chine a 15 années d'avance au Groenland par rapport aux États-Unis, sans parler de l'Europe. Le 6 août 2004, le Secrétaire d'État américain de l'époque, Colin Powell s'était rendu en visite officielle au Groenland dans le but de « renforcer la coopération bilatérale ». Cette visite n'a pas eu de suite, et les Groenlandais se sont tournés vers d'autres États, notamment la Chine. Il aura fallu attendre le 25 mai 2018 pour que le département de la Défense américain réaffirme un discours fort vis-à-vis de l'importance du Groenland dans l'Alliance transatlantique et que son représentant affirme : « Il est évident que la question des investissements de la Chine au Groenland nous préoccupe fortement ».

3. Les ambitions chinoises sur le Groenland

Elles sont à replacer dans le contexte d'une politique plus vaste menée à l'égard des pays émergents (la Chine est devenue, en 2010, le premier partenaire du Brésil, dépassant les États-Unis).

Les Chinois ont une politique patiente dans l'Arctique : ils ne réussissent pas toujours, mais ne se découragent jamais. Et au total, la liste de leurs progrès est impressionnante. Leur *Polar Research Institute of China*, créé en 1989 emploie plus de 100 personnes et couvre un spectre appréciable de la recherche scientifique. Officiellement, ils soutiennent qu'ils sont attirés en Arctique par les seuls effets du réchauffement climatique et par l'avenir des routes maritimes. En 2011, une mission sino-islandaise rejoint le pôle Nord en s'inscrivant explicitement dans la philosophie du développement durable, puisqu'elle s'intitulait : « Expédition Nord sino-islandaise pour la protection environnementale et le développement durable ». La vérité est plutôt à chercher du côté de l'affirmation du Pr Zhenfu, Professeur à l'Université maritime de Dalian, en 2009 : « Qui contrôlera l'Arctique, contrôlera l'économie mondiale ».

La première visite en Chine d'un leader politique groenlandais, Hans Enoksen, date de 2005. Il milite pour l'indépendance du Groenland en 2021. Or, la Chine a su profiter de l'inaction des investisseurs américains et européens pour apparaître comme le potentiel bailleur de fonds pour le développement du secteur énergique et minier dont le Groenland a besoin pour transformer son économie et finir par déclarer son indépendance.

Les Chinois ont su développer une stratégie intelligente. Ils se projettent à long terme, indépendamment des considérations de rentabilité immédiate. Alors que les autres investisseurs considèrent le Groenland comme un marché en fin de compte peu attirant, dépourvu de main-d'œuvre qualifiée et d'infrastructures, et de plus possédant un taux d'impôt sur les sociétés de 30 % forfaitaires, un des plus élevés d'Europe. Aujourd'hui, il n'y a guère que des acteurs chinois pour poursuivre les exports d'exploration et de production au Groenland.

À partir de 2011 des visites officielles réciproques ont lieu en Chine et au Groenland. Les Chinois ont essayé, sans succès, de convaincre les Groenlandais d'adhérer à une nouvelle association, l'Association chinoise des producteurs de terres rares, qui serait un nouveau cartel des pays de producteurs de terres rares. En 2017, la Chine installe une station de télécommunications en plein cœur de la capitale. En novembre 2017, la totalité du gouvernement groenlandais vient en visite en Chine durant 13 jours. Les Chinois manifestent leur intérêt pour les champs de pétrole onshore groenlandais. Kim Kielsen, le leader du parti Siumiut, fin mars 2018, se prononce en faveur de la participation du groupe chinois China Communications Construction (CCC) à l'appel d'offres gouvernementales pour la construction de trois aéroports internationaux que le Groenland souhaite construire d'ici 2022 pour développer le tourisme et le secteur extractif.

Les États-Unis n'ont réagi que récemment. En effet, le dossier des aéroports est ultrasensible. Des infrastructures critiques de ce type pourraient échoir à un constructeur chinois qui pourrait s'en servir dans le but de satisfaire des intérêts dépassant ceux du cahier des charges civiles. Il serait donc difficile de s'assurer que le partenaire chinois n'installe pas en toute discrétion du matériel de renseignement et/ou du matériel militaire dissimulé au moment de la construction des aéroports. L'administration Obama n'avait pas tenu compte de tous ces développements bilatéraux sino-groenlandais. Finalement, la situation s'est débloquée fin 2018 : le Groenland, le Danemark et les États-Unis financeront chacun un tiers du programme de construction des aéroports. Et, début juin 2019, le groupe chinois CCC annonçait son retrait de l'appel d'offres pour les aéroports.

Cependant, les Chinois restent très présents dans les projets miniers, qui devraient leur donner la possibilité de participer à des projets de construction et/ou de gestion d'infrastructures. Par exemple, l'exploitation de la mine de Kvanefjeld pourrait couvrir à elle seule 20 à 30 % des besoins du Groenland pour financer son indépendance. De plus, la localisation de ces projets miniers est idéale pour une puissance qui voudrait positionner du matériel de surveillance ou de renseignement au sein de ces infrastructures civiles.

Viendra aussi, dans peu de temps, le grand débat sur les télécommunications avec le réseau 5G et les groupes chinois comme CCC, Huawei et Hengton se préparent à monter des offres indépendantes de toute logique de rentabilité. On se demande si les investisseurs américains ou européens pourront faire de même…

Parallèlement, même si elle n'est pas un État arctique, la Chine entend profiter des avantages du réchauffement climatique. Le 11 juillet 2019 est entré en service son second brise-glace, construit à Shanghai, le

Xue Long 2 (Le dragon des neiges). Il peut briser plus de 2 m d'épaisseur de glace. La Chine montre par là qu'elle se positionne sans ambiguïté sur le marché de la construction navale de navires polaires. Ce lancement s'intègre dans le projet de « Route polaire de la soie », annoncée par la Chine dans son Livre blanc sur l'Arctique en janvier 2018.

La Russie possède aussi une flotte importante. Dans l'Arctique, la flotte atomique russe a ouvert la route à 510 navires en 2019, contre 400 en moyenne dans les deux années précédentes.

Mais les États-Unis n'ont pas construit de brise-glaces lourds depuis plus de 40 ans. Lancé en 1999 à des fins de recherche scientifique, le Healy est le premier navire de surface américain à avoir atteint le pôle Nord en 2015… 38 ans après les Russes ! Mais, en février 2020, le commandant de la garde côtière révélait que ce bateau naviguait dans l'Arctique « sans communications fiables durant une grande partie de sa patrouille de plusieurs mois », faute de relais terrestres et d'une bonne couverture satellite à ces latitudes. Les États-Unis annoncent la construction de trois nouveaux brise-glaces lourds, mais un seul est prévu au budget, que n'a pas encore voté le Congrès.

L'Union européenne avait annoncé en 2002 la construction d'Aurea Borealis, qui « devait être le navire de recherche le plus avancé du monde ». Le projet est resté lettre morte. La France ne possède pour le moment qu'un seul brise-glace, *L'Astrolabe*, qui assure la communication avec les bases polaires Dumont d'Urville et Concordia.

La Chine entend construire d'ici 2024 ses premiers brise-glaces nucléaires. Évidemment, une fois ce savoir-faire acquis, il lui sera relativement aisé d'aller plus loin et de construire des sous-marins et des porte-avions nucléaires. Le programme polaire chinois dépasse donc largement le seul cadre des affaires polaires. À l'instar de l'espace, le programme polaire chinois sert aussi de défricheur de nouvelles technologies et de développeurs de savoir-faire pour irriguer l'ensemble des secteurs considérés comme stratégiques par les grandes entreprises et/par l'État chinois.

Conclusion

Nous nous bornerons ici à quelques remarques.

Tout d'abord, la colonisation danoise a été parmi les plus respectueuses des droits des autochtones, si on la compare avec celles qui ont été menées par les nations occidentales dans leur long passé, ainsi que par beaucoup de civilisations asiatiques au cours de leur longue histoire et même actuellement. Dans bien des pays, il ne fait pas bon être autochtone si la nature a pourvu le sol de richesses convoitables.

Mais comme le montrent les maux dont souffre la société groenlandaise, cette colonisation « douce » n'a pas suffi à assurer le bien-être moral des Groenlandais. Comme dans bien d'autres cas de populations autochtones, l'acculturation a été trop rapide. L'ouverture du Groenland après le Second Conflit mondial a mis fin à une période qui, a bien des égards, fut plus heureuse.

D'autre part, la nouvelle donne économique au Groenland pose le problème récurrent des conditions économiques de l'accession à l'indépendance. Comme on l'a vu, la majorité des Groenlandais préfère

rester à l'intérieur du royaume du Danemark si cela leur permet de sauvegarder leur niveau de vie.

Enfin, ce début du XXIe siècle est marqué par l'importance croissante de la Chine, qui, même souffrant du handicap initial de n'être pas un État arctique, a su poser ses pions au Groenland, devant les États-Unis et l'Europe.

Bibliographie

Baccaro (Sandrine) et Descamps (Philippe), « À la conquête des océans polaires-Géopolitique du brise-glace », *Le Monde diplomatique*, avril 2020, p. 14-15.

Garcin (Thierry), *Géopolitique de l'Arctique*, Paris, Economica, 2013, 192 p.

Malaurie (Jean), *Les Derniers rois de Thulé*, Paris, Plon, (coll. Terre Humaine), 1975, 588 p.

Mered (Mikaa), *Les mondes polaires*, Paris, PUF, 2019, 524 p.

Pouliot (Yvan), Greenland-An arctic neighbor in the Crossroad, *Above and Beyond*, novembre-decembre 2011, p. 39-43.

Rouland (Norbert) :

- *Retour du Brésil. Impressions d'un juriste anthropologue français*, Paris, L'Harmattan, 2018, 170 p.

- *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991, 318 p.

- « Les colonisations juridiques de l'Arctique à l'Afrique Noire », *Journal of legal pluralism and unofficial law*, 29 (1990), p. 39-136.

- « Canada et Groenland : une étude comparée et historique », *Revue de la recherche juridique*, 2017-2, XLII, 167, p. 530-549.

- « Le Groenland, un Eldorado pour le XXIe siècle ? », *Revue de la recherche juridique*, 2018-2, XLIII-172, p. 498-518.

- « À la croisée de mes avenirs, Hommages à Jean Malaurie », *Cahiers de l'Herne*, octobre 2020.

- « Au Groenland avec Jean Malaurie », *Revue Bouts du monde*, janvier 2021.

Site Internet :

Why is China building a 30000-ton nuclear powered icebreaker?*, China Military Online* (Site de l'Armée populaire de Libération), 2 juillet 2018 : http://eng.chinamil.com.cn/view/2018-07/02/content_8072944.htm

II. Décolonisation

1. Les préambules des accords de Nouméa et de Guyane[1]

Florence Faberon
Professeure de droit public, Université de Guyane, Laboratoire MINEA (EA 7485) et membre associé du Centre Michel de l'Hospital (CMH, EA 4232), de l'Université Clermont Auvergne
et
Maude Elfort
Maître de conférences de droit public, HDR, Université de Guyane, Laboratoire MINEA (EA 7485)

Les accords de Nouméa et de Guyane, chacun doté d'un remarquable préambule, sont une parfaite illustration du pluralisme profond, pratiquement à tous égards, des outre-mers français, dont cependant la République cherche à établir la cohésion. Elle s'applique à opérer une synthèse entre d'une part une différenciation respectueuse des identités respectives et d'autre part un universalisme républicain fondamental, réellement égalitaire. Les deux préambules expriment en somme la même mission : conjuguer la diversité des populations avec le souhait d'un destin commun quand bien même ils recouvrent deux situations très différentes par la géographie, la sociologie, l'histoire… Ces deux outre-mers français si éloignés l'un de l'autre aboutissent pourtant semblablement à un accord politique pourvu d'un préambule solennel.

Le printemps 1998 a vu la conclusion de l'accord de Nouméa ; celui de 2017 a donné naissance à l'accord de Guyane. Dix-neuf printemps d'écart, mais la même traduction solennelle, dans une sorte de manifeste de l'aspiration de tous à la dignité, à l'égalité (réelle) à la sécurité et au développement (c'est-à-dire à la décolonisation) avec la garantie de l'État. Le même espoir en un avenir enfin apaisé et harmonieux pour tous. Observons aussi que la Guyane et la Nouvelle-Calédonie ont en commun la situation complexe de leurs populations plurielles : en effet, les autochtones (Amérindiens dans un cas, Kanak dans l'autre) ne sont pas les seules populations différentes de celles issues de la colonisation moderne (il existe par exemple les Noirs Marrons, les Créoles et de manière plus récente les Hmong en Guyane, et en Nouvelle-Calédonie les Wallisiens-Futuniens ainsi que des Européens ou Asiatiques durablement implantés).

Il est vrai qu'au-delà de la récusation de situations de type colonial persistant dans les deux cas (ayant chacun connu la situation spécifique de colonie pénitentiaire), les deux contextes ont bien des différences.

La Nouvelle-Calédonie est française depuis le milieu du XIX^{e} siècle et relève de ce qu'on appelle le second Empire colonial. La Guyane,

[1] Cet article reprend une publication parue dans un ouvrage collectif dirigé par Frédéric Angleviel : *Une parole méconnue : le préambule de l'accord de Nouméa*, Edilivre, 2020, p. 243-249. Nous remercions vivement Frédéric Angleviel pour son autorisation donnée à la présente publication.

reconnue par Christophe Colomb lui-même, fait partie du début du premier Empire colonial français, dès le XVI^e^ siècle.

Mais le texte de 1998 vient de très loin : son préambule remonte aux origines du peuple autochtone il y a des milliers d'années ; il évoque les terribles affrontements de l'établissement du système colonial, jusqu'aux souffrances des années 1980, lorsque la Nouvelle-Calédonie allait à la guerre civile. Puis il célèbre l'avènement d'un nouveau système, d'une nouvelle décolonisation avec la réconciliation des accords Matignon de 1988. Ceux-ci ont réussi à réaliser leur mission (d'abord la paix, qu'on a qualifiée de « miracle »). Ils étaient prévus pour dix ans, d'où l'immense responsabilité de déterminer un nouvel accord en 1998. Il fut convenu de le doter d'un important préambule. Ce texte préalable veut faire justice de tous les errements du passé. C'est dans un souffle épique qu'il proclame « *les ombres* » et « *les lumières* » de la colonisation, et la volonté d'instaurer l'égalité authentique de toutes les communautés en présence dans un destin commun. La poignée de main de 1988 entre les leaders réconciliés Jacques Lafleur et Jean-Marie Tjibaou y est célébrée comme le phare éclairant l'avenir. Le préambule de l'Accord de Nouméa, ce sont les maximes des Héros suivi d'un « document d'orientation » de technique institutionnelle, politique, économique et sociale.

L'accord de Guyane, rédigé dans l'urgence, est plus court que l'accord de Nouméa. Il a été établi afin de mettre fin à un conflit social. Dans ce contexte, son préambule n'a pas vocation à assumer une fonction aussi symbolique que ce fut le cas en 2001 à travers la notion de « *communauté de destin* » guyanaise érigée en objectif prédominant de la nouvelle organisation administrative. Il n'évoque pas non plus de principes matriciels tels que la dignité ou la solidarité. En revanche sa dimension instrumentale est évidente : il s'agit de repositionner la Guyane « *sur une trajectoire d'égalité réelle* ». Cette exigence place la population guyanaise au centre des politiques publiques et postule l'État comme débiteur car c'est à lui qu'il revient de prendre les mesures pour formuler et mettre en œuvre ces politiques de développement. On trouve aussi ce qui ressemble à une feuille de route pour l'État (le plan d'urgence).

Les deux accords sont semblablement structurés, leur préambule (déclaration des idées animant le projet) précédant le dispositif technique et juridique de mise en œuvre. Les deux accords sont semblablement pourvus d'un très pertinent organe de veille de leur application, le « comité des signataires » de l'accord de Nouméa et le « le comité de suivi » de l'accord de Guyane. À l'évidence on est moins ici dans l'épopée des lendemains des combats sanglants. On est bien plus dans l'immédiat et dans l'immédiatement concret.

Quant aux partenaires des accords, ils se présentent différemment dans les deux cas. L'accord de Nouméa se structure très clairement autour de trois partenaires historiques : les deux camps politiques opposés et l'État. S'agissant de l'accord de Guyane : l'origine est un ensemble de collectifs, réunis au sein de celui dit « *Pou Lagwiyan Dékolé* » dont les demandes s'appuient sur un cahier de revendications de plus de 400 pages, articulées autour de 12 pôles thématiques détaillés : Éducation ; Économie ; Énergie ; Foncier et Fiscalité ; Santé, Social et Médico-social ; Sécurité et Justice ; Questions relatives aux peuples autochtones et bushinengués ; Questions relatives aux communes et finances locales ;

Sport et Culture. Nous sommes en présence d'un processus de démocratie directe avec pour moteur un collectif. Les difficultés criantes des populations sont soulignées par les rédacteurs du préambule : chômage, économie informelle, un PIB par habitant deux fois moindre qu'en métropole… Le préambule de l'accord de Guyane figure comme le réceptacle d'une histoire de revendications dans les relations entre la France et la Guyane : lieu de déportation pour les prêtres réfractaires et les ennemis politiques de la Révolution au XVIII^{e} siècle, colonie pénitentiaire au XIX^{e} siècle, espace arbitrairement découpé au XX^{e} siècle avec le territoire autonome de l'Inini soumis à des limitations des libertés pour raisons d'ordre public au titre de l'arrêté préfectoral du 14 septembre 1970. La Guyane est décrite comme victime de politiques publiques contraires à ses intérêts propres, comme une société déséquilibrée, dans une situation économique et sociale dégradée.

Le peuple est bien là dans les deux cas, et les premiers mots du préambule de l'accord de Guyane sont : « *Le 28 mars 2017, deux marches d'une ampleur historique ont réuni des milliers de Guyanais dans les rues de Cayenne et de Saint-Laurent-du-Maroni* ». Il est question « *d'abandon par la République* » et de la revendication « *d'un traitement juste et équitable des difficultés* » de la Guyane.

Le préambule de l'accord de Nouméa souligne quant à lui : « *La relation de la Nouvelle-Calédonie avec métropole lointaine est demeurée longtemps marquée par la dépendance coloniale, un lien univoque, un refus de reconnaître les spécificités dont les populations nouvelles ont aussi souffert dans leurs aspirations* ».

Le préambule de l'accord de Guyane ne fait pas un vaste développement historique. Il rappelle cependant les luttes et les démarches antérieures et s'inscrit dans leur prolongement : Document d'orientation d'un « Pacte de développement pour la Guyane » de février 1999, Proposition d'accord relatif à l'avenir de la Guyane » de 2001, négociations relatives au Pacte d'avenir du 12 septembre 2016. Il énumère les 30 mesures du Plan d'urgence proposé par l'État le 2 avril 2017 dont certaines présentent un caractère emblématique, telle que l'attribution de 400 000 hectares de terres aux peuples autochtones de Guyane. Il souligne la singularité de la Guyane au regard des autres outre-mers.

Il détaille le grand mouvement social de 2017, explique comment il s'est constitué, comment il s'est développé de façon de plus en plus unanimitaire et, comment, non sans difficultés, il a abouti à la mise sur pied d'un programme de mesure exhaustives et concrètes ; il exprime la volonté de tenir compte des spécificités guyanaises pour remédier à sa situation économique et sociale gravement déséquilibrée.

Le terme de rééquilibrage employé par l'accord de Nouméa pour traiter de la décolonisation économique et sociale indispensable quelle que soit l'issue statutaire politique (indépendance ou maintien dans la France) s'accorde bien à l'Accord de Guyane. On trouve dans le préambule de l'accord de Guyane des éléments bien caractéristiques de celui de Nouméa, à l'instar de la « *demande de plus de considération par la République et la volonté des Guyanais de prendre en main leur destin pour relever ces défis et valoriser les potentiels de leur territoire. Ces*

revendications se sont exprimées dans la dignité, dans un esprit de responsabilité […] ».

Certes il n'y a pas de commune mesure entre le régime de la Nouvelle-Calédonie, collectivité spécifique autonome de la République à laquelle la Constitution consacre un titre particulier, et celui de la Guyane qui reste une collectivité relevant de l'article 73 de la Constitution, c'est-à-dire toujours soumise au principe d'identité législative avec la France hexagonale. La Nouvelle-Calédonie vit actuellement ses référendums d'autodétermination. Elle est à ce jour complètement concentrée sur l'alternative, certes brutale et clivante : France ou indépendance ? Elle a conscience de sa remarquable originalité : la reconnaissance, unique dans toute la République, de ses autochtones, les Kanak, en qualité de « peuple » par le préambule de l'accord de Nouméa, par exception à l'affirmation constitutionnelle (article 72-3 de la Constitution) selon laquelle il n'existe qu'un peuple français. Tout ceci n'est pas à l'ordre du jour des débats en Guyane. Pour celle-ci la discussion est ouverte sur l'avenir institutionnel, un avenir que certains souhaitent vers plus d'autonomie notamment en y bénéficiant d'un article spécifique. Si le débat sur la possibilité de rejoindre le régime de l'article 74 semble aujourd'hui ne plus être à l'ordre du jour, il est vrai qu'une éventuelle refonte des articles 73 et 74 de la Constitution remplacés par une énumération de la différenciation de chaque outre-mer français serait une hypothèse intéressante. Au demeurant, l'intérêt d'études comparées pouvant profiter à ces deux territoires est évidente, à commencer par l'analyse de la condition juridique des autochtones et plus largement des populations locales.

En tout cas, la comparaison du préambule de l'accord de Nouméa et de celui de l'accord de Guyane fait apparaître une rhétorique spécifique des outre-mers français aujourd'hui. Elle manifeste la volonté de construire une nouvelle relation de la République avec ses collectivités d'outre-mer entre égalité et différenciation. La culture française si bien illustrée par les ultra-marins, sait à l'évidence pratiquer l'art de l'action du discours sur les esprits.

L'homme de lettres guyanais Léon-Gontran Damas nous invitait dès 1947 à nous « hasarder plus avant […] dans l'expression des idées ». Quant à Aimé Césaire il s'exclamait en octobre 1992 : « il est temps d'inventer une utopie refondatrice ». Ils nous appellent à tracer de nouvelles voies, à mettre en place de nouvelles perspectives et à nous disposer à tenir leurs promesses. Il y a de cela dans les préambules que nous venons d'évoquer. Certes les préambules peuvent rêver. Mais ils doivent être suivis de textes contraignants dont on attend des effets concrets. Il n'y a pas de progrès sans rêves audacieux ni sans volontarisme déterminé.

2. La décolonisation : dossier de documents.

Textes internationaux et textes constitutionnels français

Décoloniser aujourd'hui.

Le cas de la Nouvelle-Calédonie (extraits)[1]

Florence Faberon, Professeure de droit public,
Université de Guyane,
et Jean-Yves Faberon, Professeur honoraire de droit public

« *La démocratie est par définition échange et débat, acceptation des autres et aussi de soi-même* » (Jean-Marie Pontier)[2]

La colonisation est un phénomène de domination d'un pays sur un autre : domination d'une société, d'un système juridique, domination culturelle et religieuse, domination économique. Par phénomène de domination, on entend un assujettissement, un envahissement, une occupation, une exploitation… Il peut s'agir de la domination d'un peuple sur un autre, mais pas forcément : il peut exister une prise de possession d'un territoire désert, comme par exemple à l'île de la Réunion où les premiers habitants furent les colons français qui s'installèrent au XVII^e^ siècle. La domination coloniale sur les populations autochtones a pu avoir comme résultat leur génocide : c'est ce qu'ont pratiqué notamment les Britanniques en Amérique du Nord et en Australie, les Espagnols et les Portugais en Amérique du Sud. Cela n'a jamais été le fait de la France[3]. Il est vrai qu'aujourd'hui des formes de domination coloniale existent telles que celle de la Chine au Tibet, de la Russie par exemple en Ossétie ou en Tchétchénie ou d'Israël en territoire palestinien.

Le phénomène de domination coloniale allait au XX^e^ siècle être de plus en plus contesté. Pour la République française porteuse des valeurs démocratiques, la réussite du développement colonial contenait en elle-même sa fin. L'enseignement de la liberté et de l'égalité aux peuples coloniaux asservis devait avoir des conséquences logiques. Dès le 30 janvier 1944, le général de Gaulle, président du gouvernement provisoire de la République française, déclarait dans son discours de Brazzaville :

> « En Afrique française, comme dans tous les autres territoires où des hommes vivent sous notre drapeau, il n'y aurait aucun progrès qui soit un progrès si les hommes, sur leur terre natale, n'en profitaient pas moralement et matériellement, s'ils ne pouvaient s'élever peu à peu jusqu'au niveau où ils seront capables de participer chez eux à la gestion de leurs propres affaires ». Aussi préconisait-il que la France « procède le moment venu aux réformes impériales de structure qu'elle décidera dans sa souveraineté ».

À la fin de guerre, la question de la décolonisation fût immédiatement saisie au niveau international.

---

[1] Florence Faberon et Jean-Yves Faberon, « Décoloniser aujourd'hui », in Maryse Deguergue et Urbain Ngampio (dir.), *Fragments d'univers, Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Pontier*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2020, p. 191.

[2] In Florence Faberon (dir.), « *Diversité de la démocratie. Théorie et comparatisme : les pays de la Mélanésie* », Clermont-Ferrand, Les éditions du Centre Michel de l'Hospital, LGDJ-Lextenso éditions, 2016, p. 82.

[3] Citons le cas notoire de l'Algérie, où les Français trouvent à leur arrivée en 1830 moins de deux millions et demi d'autochtones, qui sont devenus neuf millions au départ de la France en 1962.

Textes internationaux

1. Charte de l'Organisation des Nations unies du 26 juin 1945 (articles 1, 2, 73 et 74)

Source : https://www.un.org/fr/sections/un-charter/chapter-i/index.html

Article 1

Les buts des Nations Unies sont les suivants :

1. Maintenir la paix et la sécurité internationales et à cette fin : prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écarter les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, et réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix ;

2. Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde ;

3. Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion ;

4. Être un centre où s'harmonisent les efforts des nations vers ces fins communes.

Article 2

L'Organisation des Nations Unies et ses Membres, dans la poursuite des buts énoncés à l'Article 1, doivent agir conformément aux principes suivants :

1. L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres.

2. Les Membres de l'Organisation, afin d'assurer à tous la jouissance des droits et avantages résultant de leur qualité de Membre, doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte.

3. Les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger.

4. Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies.

5. Les Membres de l'Organisation donnent à celle-ci pleine assistance dans toute action entreprise par elle conformément aux dispositions de la présente Charte et s'abstiennent de prêter assistance à un État contre lequel l'Organisation entreprend une action préventive ou coercitive.

6. L'Organisation fait en sorte que les États qui ne sont pas Membres des Nations Unies agissent conformément à ces principes dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

7. Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte ; toutefois, ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au Chapitre VII.

Article 73

Les Membres des Nations Unies qui ont ou qui assument la responsabilité d'administrer des territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes reconnaissent le principe de la primauté des intérêts des habitants de ces territoires. Ils acceptent comme une mission sacrée l'obligation de favoriser dans toute la mesure possible leur prospérité, dans le cadre du système de paix et de sécurité internationales établi par la présente Charte et, à cette fin :

a. d'assurer, en respectant la culture des populations en question, leur progrès politique, économique et social, ainsi que le développement de leur instruction, de les traiter avec équité et de les protéger contre les abus ;

b. de développer leur capacité de s'administrer elles-mêmes, de tenir compte des aspirations politiques des populations et de les aider dans le développement progressif de leurs libres institutions politiques, dans la mesure appropriée aux conditions particulières de chaque territoire et de ses populations et à leurs degrés variables de développement ;

c. d'affermir la paix et la sécurité internationales ;

d. de favoriser des mesures constructives de développement, d'encourager des travaux de recherche, de coopérer entre eux et, quand les circonstances s'y prêteront, avec les organismes internationaux spécialisés, en vue d'atteindre effectivement les buts sociaux, économiques et scientifiques énoncés au présent Article ;

e. de communiquer régulièrement au Secrétaire général, à titre d'information, sous réserve des exigences de la sécurité et de considérations d'ordre constitutionnel, des renseignements statistiques et autres de nature technique relatifs aux conditions économiques, sociales et de l'instruction dans les territoires dont ils sont respectivement responsables, autres que ceux auxquels s'appliquent les Chapitres XII et XIII.

Article 74

Les Membres de l'Organisation reconnaissent aussi que leur politique doit être fondée, autant dans les territoires auxquels s'applique le présent Chapitre que dans leurs territoires métropolitains, sur le principe général du bon voisinage dans le domaine social, économique et commercial, compte tenu des intérêts et de la prospérité du reste du monde.

2. Résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale des Nations unies du 14 décembre 1960. Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux

Source : https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/Independence.aspx

L'Assemblée générale,

Consciente de ce que les peuples du monde se sont, dans la Charte des Nations Unies, déclarés résolus à proclamer à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites, et à favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande,

Consciente de la nécessité de créer des conditions de stabilité et de bien-être et des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect des principes de l'égalité de droits et de la libre détermination de tous les peuples, et d'assurer le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion,

Reconnaissant le désir passionné de liberté de tous les peuples dépendants et le rôle décisif de ces peuples dans leur accession à l'indépendance,

Consciente des conflits croissants qu'entraîne le fait de refuser la liberté à ces peuples ou d'y faire obstacle, qui constituent une grave menace à la paix mondiale,

Considérant le rôle important de l'Organisation des Nations Unies comme moyen d'aider le mouvement vers l'indépendance dans les territoires sous tutelle et les territoires non autonomes,

Reconnaissant que les peuples du monde souhaitent ardemment la fin du colonialisme dans toutes ses manifestations,

Convaincue que le maintien du colonialisme empêche le développement de la coopération économique internationale, entrave le développement social, culturel et économique des peuples dépendants et va à l'encontre de l'idéal de paix universelle des Nations Unies,

Affirmant que les peuples peuvent, pour leurs propres fins, disposer librement de leurs richesses et ressources naturelles sans préjudice des obligations qui découleraient de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'avantage mutuel, et du droit international,

Persuadée que le processus de libération est irrésistible et irréversible et que, pour éviter de graves crises, il faut mettre fin au colonialisme et à toutes les pratiques de ségrégation et de discrimination dont il s'accompagne,

Se félicitant de ce qu'un grand nombre de territoires dépendants ont accédé à la liberté et à l'indépendance au cours de ces dernières années, et reconnaissant les tendances toujours plus fortes vers la liberté qui se manifestent dans les territoires qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance,

Convaincue que tous les peuples ont un droit inaliénable à la pleine liberté, à l'exercice de leur souveraineté et à l'intégrité de leur territoire national,

Proclame solennellement la nécessité de mettre rapidement et inconditionnellement fin au colonialisme sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations;

Et, à cette fin,

Déclare ce qui suit :

1. La sujétion des peuples à une subjugation, à une domination et à une exploitation étrangères constitue un déni des droits fondamentaux de l'homme, est contraire à la Charte des Nations Unies et compromet la cause de la paix et de la coopération mondiales.

2. Tous les peuples ont le droit de libre détermination; en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel.

3. Le manque de préparation dans les domaines politique, économique ou social ou dans celui de l'enseignement ne doit jamais être pris comme prétexte pour retarder l'indépendance.

4. Il sera mis fin à toute action armée et à toutes mesures de répression, de quelque sorte qu'elles soient, dirigées contre les peuples dépendants, pour permettre à ces peuples d'exercer pacifiquement et librement leur droit à l'indépendance complète, et l'intégrité de leur territoire national sera respectée.

5. Des mesures immédiates seront prises, dans les territoires sous tutelle, les territoires non autonomes et tous autres territoires qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance, pour transférer tous pouvoirs aux peuples de ces territoires, sans aucune condition ni réserve, conformément à leur volonté et à leurs voeux librement exprimés, sans aucune distinction de race, de croyance ou de couleur, afin de leur permettre de jouir d'une indépendance et d'une liberté complètes.

6. Toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts et les principes de la Charte des Nations Unies.

7. Tous les États doivent observer fidèlement et strictement les dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de la présente Déclaration sur la base de l'égalité, de la non- ingérence dans les affaires intérieures des États et du respect des droits souverains et de l'intégrité territoriale de tous les peuples.

3. Résolution 1541 (XV) de l'Assemblée générale des Nations unies du 15 décembre 1960. Principes qui doivent guider les États membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa e de l'article 73 de la Charte, leur est applicable ou non

Source : https://fr.wikisource.org/wiki/Fichier:Résolution_1541_(XV)_de_l%27Assemblée_générale_des_Nations_unies.pdf

1541 (XV). Principes qui doivent guider les Etats Membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa *e* de l'Article 73 de la Charte, leur est applicable ou non

L'Assemblée générale,

Considérant les objectifs énoncés au Chapitre XI de la Charte des Nations Unies,

Tenant compte de la liste de facteurs jointe en annexe à la résolution 742 (VIII) de l'Assemblée générale, en date du 27 novembre 1953,

Ayant examiné le rapport du Comité spécial des Six chargé de la question de la communication de renseignements en vertu de l'alinéa *e* de l'Article 73 de la Charte[12] qui avait pour mission, aux termes de la résolution 1467 (XIV) de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1959, d'étudier les principes qui doivent guider les Etats Membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa *e* de l'Article 73 de la Charte, leur est applicable ou non et de faire rapport à l'Assemblée, lors de sa quinzième session, sur les résultats de son étude,

1. *Exprime sa satisfaction* des travaux du Comité spécial des Six chargé de la question de la communication de renseignements en vertu de l'alinéa *e* de l'Article 73 de la Charte;

2. *Approuve* les principes énoncés dans la subdivision B de la section V du rapport présenté par le Comité, sous leur forme amendée, tels qu'ils figurent dans l'annexe à la présente résolution;

3. *Décide* qu'il y a lieu d'appliquer ces principes, compte tenu dans chaque cas des faits et des circonstances, pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa *e* de l'Article 73 de la Charte, est applicable ou non.

948ème séance plénière,
15 décembre 1960.

ANNEXE

PRINCIPES QUI DOIVENT GUIDER LES ETATS MEMBRES POUR DÉTERMINER SI L'OBLIGATION DE COMMUNIQUER DES RENSEIGNEMENT, PRÉVUE À L'ALINÉA *e* DE L'ARTICLE 73 DE LA CHARTE DES NATIONS UNIES, LEUR EST APPLICABLE OU NON

Principe premier

Les auteurs de la Charte des Nations Unies entendaient que le Chapitre XI soit applicable aux territoires qui étaient alors connus comme étant du type colonial. Il y a obligation de communiquer des renseignements, aux termes de l'alinéa *e* de l'Article 73 de la Charte, à l'égard de ces territoires dont les populations ne s'administrent pas complètement elles-mêmes.

Principe II

Tels que le Chapitre XI de la Charte les conçoit, les territoires non autonomes sont dans un état dynamique d'évolution et de progrès vers la pleine capacité à s'administrer eux-mêmes. Dès qu'un territoire et ses populations ont atteint cette pleine autonomie, l'obligation cesse. Tant qu'ils ne l'ont pas atteinte, l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa *e* de l'Article 73, subsiste.

Principe III

L'obligation de communiquer des renseignements au titre de l'alinéa *e* de l'Article 73 de la Charte constitue une obligation internationale qui doit être exécutée en tenant dûment compte des exigences du droit international.

Principe IV

Il y a obligation, à première vue, de communiquer des renseignements à l'égard d'un territoire géographiquement séparé et ethniquement ou culturellement distinct du pays qui l'administre.

Principe V

Une fois établi qu'il s'agit à première vue d'un territoire géographiquement et ethniquement ou culturellement distinct,

[12] *Ibid.*, point 38 de l'ordre du jour, document A/4526.

d'autres éléments peuvent entrer en ligne de compte. Ces éléments supplémentaires peuvent être notamment de nature administrative, politique, juridique, économique ou historique. S'ils affectent les relations entre le territoire métropolitain et le territoire considéré de telle façon qu'ils placent arbitrairement ce dernier dans une position ou un état de subordination, ils confirment la présomption qu'il y a obligation de communiquer des renseignements au titre de l'alinéa *e* de l'Article 73 de la Charte.

Principe VI

On peut dire qu'un territoire non autonome a atteint la pleine autonomie :

a) Quand il est devenu Etat indépendant et souverain ;

b) Quand il s'est librement associé à un Etat indépendant ; ou

c) Quand il s'est intégré à un Etat indépendant.

Principe VII

a) La libre association doit résulter d'un choix libre et volontaire des populations du territoire en question, exprimé selon des méthodes démocratiques et largement diffusées. Elle doit respecter l'individualité et les caractéristiques culturelles du territoire et de ses populations, et conserver aux populations du territoire qui s'associe à un Etat indépendant la liberté de modifier le statut de ce territoire en exprimant leur volonté par des moyens démocratiques et selon des méthodes constitutionnelles.

b) Le territoire associé doit avoir le droit de déterminer sa constitution intérieure, sans ingérence extérieure, conformément aux méthodes constitutionnelles régulières et aux vœux librement exprimés de ses populations. Cela n'exclut pas les consultations que pourraient appeler ou exiger les clauses de la libre association.

Principe VIII

L'intégration à un Etat indépendant doit se faire sur la base de l'égalité complète entre le peuple du territoire antérieurement non autonome et celui de l'Etat indépendant auquel il s'intègre. Les deux peuples doivent avoir, sans distinction ni discrimination, un statut et des droits de citoyenneté égaux ainsi que des garanties égales pour ce qui est des libertés et droits fondamentaux; ils doivent tous deux avoir des droits égaux et des possibilités égales de représentation et de participation effective, à tous les échelons, dans les organes exécutifs, législatifs et judiciaires de l'Etat.

Principe IX

L'intégration devra s'être faite dans les conditions suivantes:

a) Le territoire intégré devra avoir atteint un stade avancé d'autonomie, avec des institutions politiques libres, de telle sorte que ses populations aient la capacité de choisir en pleine connaissance de cause, selon des méthodes démocratiques et largement diffusées;

b) L'intégration doit résulter du désir librement exprimé des populations du territoire, pleinement conscientes du changement de leur statut, la consultation se faisant selon des méthodes démocratiques et largement diffusées, impartialement appliquées et fondées sur le suffrage universel des adultes. L'Organisation des Nations Unies pourra, quand elle le jugera nécessaire, contrôler l'application de ces méthodes.

Principe X

La communication de renseignements sur les territoires non autonomes, au titre de l'alinéa *e* de l'Article 73 de la Charte, est sujette aux limitations que peuvent exiger des considérations constitutionnelles et de sécurité. Cela signifie que la portée des renseignements peut être limitée dans certaines circonstances, mais la limitation prévue à l'alinéa *e* de l'Article 73 ne peut pas libérer un Etat Membre des obligations que lui impose le Chapitre XI. La "limitation" ne peut porter que sur le volume des renseignements à transmettre dans les domaines économique et social et dans celui de l'enseignement.

Principe XI

Les seules considérations constitutionnelles auxquelles l'alinéa *e* de l'Article 73 de la Charte se réfère sont celles qui résultent des relations constitutionnelles entre le territoire et l'Etat Membre administrant. Elles concernent une situation dans laquelle la constitution du territoire lui donne l'autonomie dans les questions économiques et sociales et en matière d'enseignement, au moyen d'institutions librement élues. Cependant, la responsabilité de communiquer des renseignements prévue à l'alinéa *e* de l'Article 73 subsiste, à moins que ces relations constitutionnelles n'empêchent le gouvernement ou le parlement de l'Etat Membre administrant de recevoir des statistiques ou autres renseignements de nature technique concernant la situation du territoire dans les domaines économique et social et dans celui de l'enseignement.

Principe XII

Les exigences de la sécurité n'ont pas été invoquées dans le passé. Ce n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles que des renseignements d'ordre économique ou social ou concernant l'enseignement peuvent mettre en cause la sécurité. Dans d'autres circonstances, par conséquent, il n'y a aucun besoin de limiter la communication des renseignements pour des raisons de sécurité.

4. Résolution 1542 (XV) de l'Assemblée générale des Nations unies du 15 décembre 1960. Communication de renseignements au titre de l'alinéa e de l'Article 73 de la Charte

Source : https://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/institutos/ceso/descargas/A_RES_1542_1960_art-73_fr.pdf

1542 (XV). Communication de renseignements au titre de l'alinéa *e* de l'Article 73 de la Charte

L'Assemblée générale,

Rappelant que, par sa résolution 742 (VIII) du 27 novembre 1953, elle a approuvé la liste des facteurs qui doivent servir de guide pour déterminer si un territoire est ou n'est plus visé par les dispositions du Chapitre XI de la Charte des Nations Unies,

Rappelant également que des divergences de vues se sont produites entre des Etats Membres au sujet du statut de certains territoires administrés par l'Espagne et par le Portugal et dénommés par ces deux Etats "provinces d'outre-mer" de l'Etat métropolitain, et que, pour mettre fin à ces divergences, l'Assemblée générale a, par sa résolution 1467 (XIV) du 12 décembre 1959, confié au Comité spécial des Six chargé de la question de la communication de renseignements en vertu de l'alinéa *e* de l'Article 73 de la Charte le soin d'étudier les principes qui doivent guider les Etats Membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa *e* de l'Article 73, leur est applicable ou non,

Reconnaissant que le désir d'indépendance est une aspiration légitime des peuples soumis à la domination coloniale, et que leur refuser le droit de libre détermination constitue une menace au bien-être de l'humanité et à la paix internationale,

Rappelant avec satisfaction qu'à la 1048ème séance de la Quatrième Commission le représentant de l'Espagne a déclaré que le Gouvernement espagnol accepte de communiquer des renseignements au Secrétaire général, conformément aux dispositions du Chapitre XI de la Charte,

Consciente des responsabilités que lui assigne l'Article 14 de la Charte,

Considérant que le Gouvernement portugais n'a pas communiqué de renseignements au sujet de ceux des territoires placés sous son administration qui sont énumérés au paragraphe 1 ci-dessous et n'a pas exprimé l'intention de le faire, et considérant que les renseignements que l'on peut avoir par ailleurs sur la situation de ces territoires sont un sujet d'inquiétude,

1. *Considère,* à la lumière des dispositions du Chapitre XI de la Charte, de la résolution 742 (VIII) de l'Assemblée générale et des principes approuvés par l'Assemblée dans sa résolution 1541 (XV) du 15 décembre 1960, que les territoires suivants, administrés par le Portugal, sont des territoires non autonomes au sens du Chapitre XI de la Charte:

a) Archipel du Cap-Vert;

b) Guinée, ou "Guinée portugaise";

c) Ile Saint-Thomas et île du Prince et leurs dépendances;

d) Saint-Jean-Baptiste de Ouidah;

e) Angola, y compris l'enclave de Cabinda;

f) Mozambique;

g) Goa et dépendances, ou "Etat de l'Inde";

h) Macao et dépendances;

i) Timor et dépendances;

2. *Déclare* que le Gouvernement portugais a l'obligation de communiquer des renseignements sur ces territoires au titre du Chapitre XI de la Charte, et qu'il devrait s'en acquitter sans autre délai;

3. *Prie* le Gouvernement portugais de communiquer au Secrétaire général, conformément aux dispositions du Chapitre XI de la Charte, des renseignements sur la situation qui règne dans les territoires placés sous son administration et énumérés au paragraphe 1 ci-dessus;

4. *Prie* le Secrétaire général de prendre les mesures qu'appelle la déclaration du Gouvernement espagnol, selon laquelle il est prêt à se conformer aux dispositions du Chapitre XI de la Charte;

5. *Invite* le Gouvernement espagnol et le Gouvernement portugais à participer aux travaux du Comité des renseignements relatifs aux territoires non autonomes, conformément au paragraphe 2 de la résolution 1332 (XIII) de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 1958.

948ème séance plénière,
15 décembre 1960.

5. Résolution 1654 (XVI) de l'Assemblée générale des Nations unies du 27 novembre 1961 sur la situation en ce qui concerne l'application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux

Source : https://fr.wikisource.org/wiki/Résolution_1654_de_l'Assemblée_générale_des_Nations_unies

L'Assemblée générale,

Rappelant la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, contenue dans sa résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960,

Tenant compte des objectifs et des principes énoncés dans ladite déclaration,

Rappelant en particulier le paragraphe 5 de la Déclaration, aux termes duquel :

> « Des mesures immédiates seront prises, dans les territoires sous tutelle, les territoires non autonomes et tous autres territoires qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance, pour transférer tous pouvoirs aux peuples de ces territoires, sans aucune condition ni réserve, conformément à leur volonté et à leurs vœux librement exprimés, sans aucune distinction de race, de croyance ou de couleur, afin de leur permettre de jouir d'une indépendance et d'une liberté complètes »,

Constatant avec regret qu'à quelques exceptions près il n'a pas été donné suite aux dispositions contenues dans ledit paragraphe de la Déclaration,

Prenant note du fait que, contrairement aux dispositions du paragraphe 4 de la Déclaration, des actions armées et des mesures de répression continuent à être employées dans certaines régions, d'une façon de plus en plus impitoyable, contre des populations dépendantes, les privant de leur prérogative d'exercer pacifiquement et librement leur droit si l'indépendance complète,

Constatant avec inquiétude que, contrairement aux dispositions du paragraphe 6 de la Déclaration, des actes visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale sont encore perpétrés dans certains pays en voie de décolonisation,

Convaincue que tout nouveau retard dans l'application de la Déclaration est une source continue de conflits et de discorde sur le plan international, entrave sérieusement la coopération internationale et crée, dans de nombreuses régions du monde, une situation de plus en plus dangereuse qui peut constituer une menace à la paix et à la sécurité internationales,

Soulignant que le manque de préparation dans les domaines politique, économique ou social ou dans celui de l'enseignement ne doit jamais être pris comme prétexte pour retarder l'indépendance,

1. *Réitère et affirme solennellement* les objectifs et les principes énoncés par la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, contenue dans sa résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 ;

2. *Demande* aux États intéressés d'agir sans plus tarder afin d'assurer scrupuleusement l'application et la mise en œuvre de la Déclaration ;

3. *Décide* de créer un Comité spécial de dix-sept membres qui seront désignés par le Président de l'Assemblée générale au cours de la présente session ;

4. *Prie* le Comité spécial d'étudier l'application de la Déclaration, de formuler des suggestions et des recommandations quant aux progrès réalisés et à la mesure dans laquelle la Déclaration est mise en œuvre, et de faire rapport à l'Assemblée générale lors de sa dix-septième session ;

5. *Charge* le Comité spécial d'accomplir sa tâche en se servant de tous les moyens dont il disposera dans le cadre des procédures et des modalités qu'il adoptera pour bien s'acquitter de ses fonctions ;

6. *Autorise* le Comité spécial à se réunir en tout autre lieu que le Siège de l'Organisation des Nations Unies, lorsque cela pourrait être nécessaire pour lui permettre de s'acquitter efficacement de ses fonctions, en consultation avec les autorités compétentes ;

7. *Invite* les autorités intéressées à assurer au Comité spécial leur coopération la plus complète dans l'accomplissement de ses tâches ;

8. *Prie* le Conseil de tutelle, le Comité des renseignements relatifs aux territoires non autonomes et les institutions spécialisées intéressées d'apporter leur aide au Comité spécial pour ses travaux, dans leurs domaines d'activité respectifs ;

9. *Prie* le Secrétaire général de fournir au Comité spécial tous les services et le personnel qui lui seront nécessaires pour la mise en œuvre de la présente résolution.

1066e séance pléniaire,
27 novembre 1961.

*
**

Le Président de l'Assemblée générale, agissant en vertu de la résolution ci-dessus, a nommé les membres du Comité spécial crée aux termes du paragraphe 3 de ladite résolution. À sa 1094e séance pléniaire, le 23 janvier 1962, l'Assemblée a pris acte de cette nomination.

Le Comité spécial se compose des États Membres suivants : Australie, Cambodge, États-Unis d'Amérique, Éthiopie, Inde, Italie, Madagascar, Mali, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Syrie, Tanganyiaka, Tunisie, Union des Républiques socialistes soviétiques, Uruguay, Venezuela *et* Yougoslavie.

6. Le comité spécial de décolonisation de l'Assemblée générale (dit comité spécial des 24)

Source : https://cooperation-regionale.gouv.nc/fr/la-cooperation-internationale-les-relations-avec-lonu/comite-special-de-decolonisation-de-lassemblee

À propos du Comité spécial

En 1961, l'Assemblée générale des Nations unies créait un Comité spécial et le priait d'étudier l'application de la Déclaration sur la décolonisation (Résolution de l'Assemblée générale 1514 (XV) du 14 décembre 1960) et de formuler des recommandations sur sa mise en œuvre. Communément appelé « **Comité spécial des 24** », cet organe porte officiellement le nom de Comité spécial chargé d'étudier la situation en ce qui concerne l'application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux.

Le Comité se réunit chaque année pour revoir et mettre à jour la liste des territoires concernés par la Déclaration. Il écoute des représentants élus et nommés des territoires ainsi que des pétitionnaires, dépêche des missions dans les territoires et organise des séminaires sur la situation de leur système politique, social, économique et éducatif. Le Comité formule également chaque année des recommandations relatives à la diffusion d'informations en vue de mobiliser l'opinion publique en faveur du processus de décolonisation et il célèbre la Semaine de solidarité avec les peuples des territoires non autonomes.

C'est le Comité spécial des 24, qui aujourd'hui ne réunit non plus 24 mais 29 membres de l'ONU, qui est en charge, avec l'appui du département des affaires politiques du Secrétariat général des Nations unies, du travail d'évaluation des processus de décolnisation reconnus par les Nations unies dans les 16 territoires dits « non autonomes » de la liste établie en 1946.

Au-delà du travail permanent des fonctionnaires affectés à ce Comité et de son bureau, à la tête duquel se trouve le président tournant du Comité, **cet organe subsidiaire de l'ONU se réunit deux fois par an en session plénière**pour examiner les progrès réalisés dans le cadre des différents processus de décolonisation engagés :

- Tout d'abord, au mois de mai, le Comité se réunit en séminaire régional. Ces séminaires se tiennent en général dans un État membre du comité. À deux reprises cependant, ils se sont tenus dans des territoires non autonomes (TNA) dont la Nouvelle-Calédonie au mois de mai 2010. Lors de ces séminaires « délocalisés », les membres du Comité associent à leurs travaux des experts de la problématique de la décolonisation, des universitaires et représentants d'ONG. Le dernier séminaire régional a eu lieu à Nadi, Fidji, du 21 au 23 mai 2014.
- Le Comité se réunit ensuite à New York au siège des Nations unies à la fin du mois de juin de chaque année, pour préparer ses recommandations à l'Assemblée générale des Nations unies (AGNU). Lors de cette réunion décisive, les membres du comité peuvent auditionner les territoires non autonomes (TNA) et les pétitionnaires. Ils établissent à cette occasion les avant-projets de résolution pour les TNA qui le justifient. C'est à cette occasion que chaque année, un projet de résolution relative à la Nouvelle-Calédonie est élaboré par le Comité tenant compte des progrès accomplis en Nouvelle-Calédonie et des évolutions notables.

À l'issue de cette seconde session plénière, le Comité adopte un rapport sur ces activités qui constitue un document exhaustif transmis à l'AGNU à l'appui de ses différents projets de résolutions dont le projet de *« résolution relative à la question de la Nouvelle-Calédonie »*.

C'est ainsi que le Comité achève ses travaux annuels passant « le relais décisionnel » à l'Assemblée générale des Nations unies.

7. Résolution 2625 (XV) du 24 octobre 1970. Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies

Source : https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_2625-Frn.pdf

2625 (XXV). Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations admicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies.

L'Assemblée générale,

Rappelant ses résolutions 1815 (XVII) du 18 décembre 1962, 1966 (XVIII) du 16 décembre 1963, 2103 (XX) du 20 décembre 1965, 2181 (XXI) du 12 décembre 1966, 2327 (XXII) du 18 décembre 1967, 2463 (XXIII) du 20 décembre 1968 et 2533 (XXIV) du 8 décembre 1969, dans lesquelles elle a affirmé l'impportance du développement progresif et de la codification des principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États,

Ayant examiné le rapport du Comité spécial des principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États*, qui s'est réuni à Genève du 31 mars au 1er mai 1970,

Soulignant l'important capitale de la Charte des Nations unies pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales et pour le développement des relations amicales et de la coopération entre les États,

Profondément convaincue que l'adoption de la Déclaration relative aux principe de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies lors de la célébration du vingt-cinquième anniversaire de l'Organisation des Nations unies contribuerait au renforcement de la paix mondiale et constituerait un événement marquant dans le développement du droit international et des relations entre les États, en favorisant le règne du droit parmi les nationas et notamment l'application universelle des principes consacrés dans la Charte,

Considérant qu'il est souhaitable d'assurer une large diffusion du texte de la Déclaration,

1. *Approuve* la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies, dont le texte est annexé à la présente résolution ;

2. *Exprime ses remerciements* au Comité spécial des principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États pour ses travaux qui ont abouti à l'élaboration de la Déclaration ;

3. *Recommande* qu'aucun effort ne soit épargné pour assurer une connaissance généralisée de la Déclaration.

1883ème séance plénière, 24 octobre 1970

* Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-cinquième session, Supplément n° 18 (A/8018).

ANNEXE

Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies

PRÉAMBULE

L'Assemblée générale,

Réaffirmant, dans les termes de la Charte des Nations Unies, que le maintien de la paix et de la sécurité internationales et le développement des relations amicales et de la coopération entre les nations sont au nombre des buts fondamentaux des Nations Unies,

Rappelant que les peuples des Nations Unies sont déterminés à pratiquer la tolérance et à vivre en paix l'un avec l'autre dans un esprit de bon voisinage,

Ayant présent à l'esprit qu'il est important de maintenir et de renforcer la paix internationale fondée sur la liberté, l'égalité, la justice et le respect des droits fondamentaux de l'homme et de développer les relations amicales entre les nations indépendamment des différences de leurs systèmes politiques, économiques et sociaux ou de leurs niveaux de développement,

Ayant également présente à l'esprit l'importance essentielle de la Charte des Nations Unies pour favoriser le règne du droit parmi les nations,

Considérant que le respect rigoureux des principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États et l'exécution de bonne foi des obligations assumées par les États, conformément à la Charte, est de la plus grande importance pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales et pour la réalisation des autres objectifs des Nations Unies,

Constatant que les grands changements d'ordre politique, économique et social et les progrès scientifiques qui se sont produits dans le monde depuis l'adoption de la Charte confèrent une importance accrue à ces principes et à la nécessité d'en assurer l'application plus efficace à la conduite des États, où qu'elle s'exerce,

Rappelant le principe établi selon lequel l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, ne peut faire l'objet d'appropriation nationale par proclamation de souveraineté, ni par voie d'utilisation ou d'occupation ni par tout autre moyen, et consciente du fait

que l'Organisation des Nations Unies examine actuellement la question de l'élaboration d'autres dispositions appropriées, inspirées du même esprit,

Convaincue que le respect rigoureux, par les États, de l'obligation de s'abstenir d'intervenir dans les affaires de tout autre État est une condition essentielle à remplir pour que les nations vivent en paix les unes avec les autres, puisque la pratique de l'intervention, sous quelque forme que ce soit, non seulement constitue une violation de l'esprit et de la lettre de la Charte, mais encore tend à créer des situations qui mettent en danger la paix et la sécurité internationales,

Rappelant le devoir des États de s'abstenir, dans leurs relations internationales, d'user de contrainte d'ordre militaire, politique, économique ou autre, dirigée contre l'indépendance politique ou l'intégrité territoriale de tout État,

Considérant qu'il est essentiel que tous les États s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de tout autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies,

Considérant qu'il est également essentiel que tous les États règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques conformément à la Charte,

Réaffirmant, conformément à la Charte, l'importance fondamentale de l'égalité souveraine et soulignant que les buts des Nations Unies ne peuvent être réalisés que si les États jouissent d'une égalité souveraine et se conforment pleinement aux exigences de ce principe dans leurs relations internationales,

Convaincue que l'assujettissement des peuples à une emprise, une domination et une exploitation étrangères constitue un obstacle primordial à la réalisation de la paix et de la sécurité internationales,

Convaincue que le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes constitue une contribution significative au droit international contemporain et que son application effective est de la plus haute importance pour promouvoir les relations amicales entre les États fondées sur le respect du principe de l'égalité souveraine,

Convaincue en conséquence que toute tentative visant à rompre partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un État ou d'un pays ou à porter atteinte à son indépendance politique est incompatible avec les buts et principes de la Charte,

Considérant les dispositions de la Charte dans son ensemble et tenant compte du rôle des résolutions pertinentes adoptées par les organes compétents des Nations Unies qui se rapportent au contenu de ces principes,

Considérant que le développement progressif et la codification des principes ci-après :

a) Le principe que les États s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ;

b) Le principe que les États règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger ;

c) Le devoir de ne pas intervenir dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un État, conformément à la Charte ;

d) Le devoir des États de coopérer les uns avec les autres conformément à la Charte ;

e) Le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes ;

f) Le principe de l'égalité souveraine des États ;

g) Le principe que les États remplissent de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées conformément à la Charte ;

en vue d'assurer leur application plus efficace dans la communauté internationale contribueraient à la réalisation des buts des Nations Unies,

Ayant pris en considération les principes du droit international relatifs aux relations amicales et à la coopération entre États,

Proclame solennellement les principes ci-après :

Le principe que les États s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies.

Tout État a le devoir de s'abstenir, dans ses relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies. Pareil recours à la menace ou à l'emploi de la force constitue une violation du droit international et de la Charte des Nations Unies et ne doit jamais être utilisé comme moyen de règlement des problèmes internationaux.

Une guerre d'agression constitue un crime contre la paix, qui engage la responsabilité en vertu du droit international.

Conformément aux buts et principes des Nations Unies, les États ont le devoir de s'abstenir de toute propagande en faveur des guerres d'agression.

Tout État a le devoir de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force pour violer les frontières internationales existantes d'un autre État ou comme moyen de règlement des différends internationaux, y compris les différends territoriaux et les questions relatives aux frontières des États.

De même, tout État a le devoir de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force pour violer les lignes internationales de démarcation, telles que les lignes d'armistice, établies par un accord international auquel cet État est partie ou qu'il est tenu de respecter pour d'autres raisons, ou conformément à un tel accord. La disposition précédente ne sera pas interprétée comme portant atteinte à la position des parties intéressées à l'égard du statut et des effets de ces lignes tels qu'ils sont définis dans les

régimes spéciaux qui leur sont applicables, ni comme affectant leur caractère provisoire.

Les États ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force.

Tout État a le devoir de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition qui priverait de leur droit à l'autodétermination, à la liberté et à l'indépendance les peuples mentionnés dans la formulation du principe de l'égalité de droits et de leur droit à disposer d'eux-mêmes.

Chaque État a le devoir de s'abstenir d'organiser ou d'encourager l'organisation de forces irrégulières ou de bandes armées, notamment de bandes de mercenaires, en vue d'incursions sur le territoire d'un autre État.

Chaque État a le devoir de s'abstenir d'organiser et d'encourager des actes de guerre civile ou des actes de terrorisme sur le territoire d'un autre État, d'y aider ou d'y participer, ou de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de perpétrer de tels actes, lorsque les actes mentionnés dans le présent paragraphe impliquent une menace ou l'emploi de la force.

Le territoire d'un État ne peut faire l'objet d'une occupation militaire résultant de l'emploi de la force contrairement aux dispositions de la Charte. Le territoire d'un État ne peut faire l'objet d'une acquisition par un autre État à la suite du recours à la menace ou à l'emploi de la force. Nulle acquisition territoriale obtenue par la menace ou l'emploi de la force ne sera reconnue comme légale. Aucune des dispositions qui précèdent ne sera interprétée comme portant atteinte :

a) Aux dispositions de la Charte ou tout accord international antérieur au régime de la Charte et valable en vertu du droit international ; ou

b) Aux pouvoirs du Conseil de sécurité en vertu de la Charte.

Tous les États doivent poursuivre de bonne foi des négociations pour que soit conclu rapidement un traité universel de désarmement général et complet sous un contrôle international efficace et s'efforcer d'adopter des mesures appropriées pour réduire la tension internationale et renforcer la confiance entre les États.

Tous les États doivent remplir de bonne foi les obligations qui leur incombent en vertu des principes et règles généralement reconnus du droit international en ce qui concerne le maintien de la paix et de la sécurité internationales, et s'efforcer de rendre plus efficace le système de sécurité des Nations Unies fondé sur la Charte.

Aucune disposition des paragraphes qui précèdent ne sera interprétée comme élargissant ou diminuant de quelque manière que ce soit la portée des dispositions de la Charte concernant les cas dans lesquels l'emploi de la force est licite.

Le principe que les États règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger.

Tous les États doivent régler leurs différends internationaux avec d'autres États par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger.

Les États doivent donc rechercher rapidement une solution équitable de leurs différends internationaux par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours à des organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix. En recherchant cette solution, les parties conviendront des moyens pacifiques qui seront appropriés aux circonstances et à la nature du différend.

Les parties à un différend ont le devoir, au cas où elles ne parviendraient pas à une solution par l'un des moyens pacifiques susmentionnés, de continuer de rechercher un règlement à leur différend par d'autres moyens pacifiques dont elles seront convenues.

Les États parties à un différend international, ainsi que les autres États, doivent s'abstenir de tout acte susceptible d'aggraver la situation au point de mettre en danger le maintien de la paix et de la sécurité internationales, et doivent agir conformément aux buts et aux principes des Nations Unies.

Les différends internationaux doivent être réglés sur la base de l'égalité souveraine des États et conformément aux buts et aux principes des Nations Unies.

Les différends internationaux doivent être réglés sur la base de l'égalité souveraine des États et conformément au principe du libre choix des moyens. Le recours à une procédure de règlement ou l'acceptation d'une telle procédure librement consentie par les États en ce qui concerne un différend auquel ils sont parties ou un différend auquel ils pourraient être parties à l'avenir ne peut être considéré comme incompatible avec l'égalité souveraine.

Aucune disposition des paragraphes qui précèdent ne porte atteinte ni ne déroge aux dispositions applicables de la Charte, notamment à celles qui ont trait au règlement pacifique des différends internationaux.

Le principe relatif au devoir de ne pas intervenir dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un État, conformément à la Charte.

Aucun État ni groupe d'États n'a le droit d'intervenir, directement ou indirectement, pour quelque raison que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État. En conséquence, non seulement l'intervention armée, mais aussi toute autre forme d'ingérence ou toute menace, dirigées contre la personnalité d'un État ou contre ses éléments politiques, économiques et culturels, sont contraires au droit international.

Aucun État ne peut appliquer ni encourager l'usage de mesures économiques, politiques ou de toute autre nature pour contraindre un autre État à subordonner l'exercice de ses droits souverains et pour obtenir de lui des avantages de quelque ordre que ce soit. Tous les États doivent aussi s'abstenir d'organiser, d'aider, de fomenter, de financer, d'encourager ou de tolérer des activités armées subversives ou terroristes destinées à changer par la violence le régime d'un autre État ainsi que d'intervenir dans les luttes intestines d'un autre État.

L'usage de la force pour priver les peuples de leur identité nationale constitue une violation de leurs droits inaliénables et du principe de non-intervention.

Tout État a le droit inaliénable de choisir son système politique, économique, social et culturel sans aucune forme d'ingérence de la part d'un autre État.

Rien dans les paragraphes qui précèdent ne devra être interprété comme affectant les dispositions de la Charte relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Le devoir des États de coopérer les uns avec les autres conformément à la Charte.

Les États ont le devoir de coopérer les uns avec les autres, quelles que soient les différences existant entre leurs systèmes politiques, économiques et sociaux, dans les divers domaines des relations internationales, afin de maintenir la paix et la sécurité internationales et de favoriser le progrès et la stabilité économique internationaux, ainsi que le bien-être général des nations et une coopération internationale qui soit exempte de discrimination fondée sur ces différences.

À cette fin :

a) Les États doivent coopérer avec les autres États au maintien de la paix et de la sécurité internationales ;

b) Les États doivent coopérer pour assurer le respect universel et la mise en œuvre des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, ainsi que l'élimination de la discrimination raciale et de l'intolérance religieuse sous toutes leurs formes ;

c) Les États doivent conduire leurs relations internationales dans les domaines économique, social, culturel, technique et commercial conformément aux principes de l'égalité souveraine et de la non-intervention ;

d) Les États Membres des Nations Unies ont le devoir d'agir tant conjointement qu'individuellement en coopération avec l'Organisation des Nations Unies, conformément aux dispositions pertinentes de la Charte.

Les États doivent coopérer dans les domaines économique, social et culturel, ainsi que dans celui de la science et de la technique, et favoriser les progrès de la culture et de l'enseignement dans le monde. Les États doivent conjuguer leurs efforts pour promouvoir la croissance économique dans le monde entier, particulièrement dans les pays en voie de développement.

Le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes.

En vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, principe consacré dans la Charte des Nations Unies, tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure, et de poursuivre leur développement économique, social et culturel, et tout État a le devoir de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte.

Tout État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de

la Charte, et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe, afin de :

a) Favoriser les relations amicales et la coopération entre les États ; et

b) Mettre rapidement fin au colonialisme en tenant dûment compte de la volonté librement exprimée des peuples intéressés ;

- et en ayant présent à l'esprit que soumettre des peuples à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangère constitue une violation de ce principe ainsi qu'un déni des droits fondamentaux de l'homme, et est contraire à la Charte.

Tout État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conformément à la Charte.

La création d'un État souverain et indépendant, la libre association ou l'intégration avec un État indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même.

Tout État a le devoir de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition qui priverait les peuples mentionnés ci-dessus dans la formulation du présent principe de leur droit à disposer d'eux-mêmes, de leur liberté et de leur indépendance. Lorsqu'ils réagissent et résistent à une telle mesure de coercition dans l'exercice de leur droit à disposer d'eux-mêmes, ces peuples sont en droit de chercher et de recevoir un appui conforme aux buts et principes de la Charte.

Le territoire d'une colonie ou d'un autre territoire non autonome possède, en vertu de la Charte, un statut séparé et distinct de celui du territoire de l'État qui l'administre ; ce statut séparé et distinct en vertu de la Charte existe aussi longtemps que le peuple de la colonie ou du territoire non autonome n'exerce pas son droit à disposer de lui-même conformément à la Charte et, plus particulièrement, à ses buts et principes.

Rien dans les paragraphes précédents ne sera interprété comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout État souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes énoncé ci-dessus et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur.

Tout État doit s'abstenir de toute action visant à rompre partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un autre État ou d'un autre pays.

Le principe de l'égalité souveraine des États.

Tous les États jouissent de l'égalité souveraine. Ils ont des droits et des devoirs égaux et sont des membres égaux de la communauté internationale, nonobstant les différences d'ordre économique, social, politique ou d'une autre nature.

En particulier, l'égalité souveraine comprend les éléments suivants :

a) Les États sont juridiquement égaux ;

b) Chaque État jouit des droits inhérents à la pleine souveraineté ;

c) Chaque État a le devoir de respecter la personnalité des autres États ;

d) L'intégrité territoriale et l'indépendance politique de l'État sont inviolables ;

e) Chaque État a le droit de choisir et de développer librement son système politique, social, économique et culturel ;

f) Chaque État a le devoir de s'acquitter pleinement et de bonne foi de ses obligations internationales et de vivre en paix avec les autres États.

Le principe que les États remplissent de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées conformément à la Charte.

Chaque État a le devoir de remplir de bonne foi les obligations qu'il a assumées conformément à la Charte des Nations Unies.

Chaque État a le devoir de remplir de bonne foi les obligations qui lui incombent en vertu des principes et règles généralement reconnus du droit international.

Chaque État a le devoir de remplir de bonne foi les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux conformes aux principes et règles généralement reconnus du droit international.

En cas de conflit entre les obligations nées d'accords internationaux et les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la Charte, ces dernières prévaudront.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Déclare que :

Dans leur interprétation et leur application les principes qui précèdent sont liés entre eux et chaque principe doit être interprété dans le contexte des autres principes.

Rien dans la présente Déclaration ne doit être interprété comme affectant de quelque manière que ce soit les dispositions de la Charte ou les droits et devoirs imposés aux États Membres par la Charte ou les droits conférés aux peuples par la Charte, compte tenu de la formulation de ces droits dans la présente Déclaration.

Déclare en outre que :

Les principes de la Charte qui sont inscrits dans la présente Déclaration constituent des principes fondamentaux du droit international et demande en conséquence à tous les États de s'inspirer de ces principes dans leur conduite internationale et de développer leurs relations mutuelles sur la base du respect rigoureux desdits principes.

8. Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones

Source : https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/08/PDF/N0651208.pdf?OpenElement

Nations Unies A/RES/61/295

Assemblée générale

Distr. générale
2 octobre 2007

Soixante et unième session
Point 68 de l'ordre du jour

Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007

[*sans renvoi à une grande commission (A/61/L.67 et Add.1)*]

61/295. Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

L'Assemblée générale,

Prenant note de la recommandation faite par le Conseil des droits de l'homme dans sa résolution 1/2 du 29 juin 2006 [1], par laquelle il a adopté le texte de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones,

Rappelant sa résolution 61/178 du 20 décembre 2006, par laquelle elle a décidé, d'une part, d'attendre, pour examiner la Déclaration et prendre une décision à son sujet, d'avoir eu le temps de tenir des consultations supplémentaires sur la question, et, de l'autre, de finir de l'examiner avant la fin de sa soixante et unième session,

Adopte la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dont le texte figure en annexe à la présente résolution.

107e séance plénière
13 septembre 2007

Annexe

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

L'Assemblée générale,

Guidée par les buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et convaincue que les États se conformeront aux obligations que leur impose la Charte,

Affirmant que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples, tout en reconnaissant le droit de tous les peuples d'être différents, de s'estimer différents et d'être respectés en tant que tels,

[1] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément no 53* (A/61/53), première partie, chap. II, sect. A.

Affirmant également que tous les peuples contribuent à la diversité et à la richesse des civilisations et des cultures, qui constituent le patrimoine commun de l'humanité,

Affirmant en outre que toutes les doctrines, politiques et pratiques qui invoquent ou prônent la supériorité de peuples ou d'individus en se fondant sur des différences d'ordre national, racial, religieux, ethnique ou culturel sont racistes, scientifiquement fausses, juridiquement sans valeur, moralement condamnables et socialement injustes,

Réaffirmant que les peuples autochtones, dans l'exercice de leurs droits, ne doivent faire l'objet d'aucune forme de discrimination,

Préoccupée par le fait que les peuples autochtones ont subi des injustices historiques à cause, entre autres, de la colonisation et de la dépossession de leurs terres, territoires et ressources, ce qui les a empêchés d'exercer, notamment, leur droit au développement conformément à leurs propres besoins et intérêts,

Consciente de la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits intrinsèques des peuples autochtones, qui découlent de leurs structures politiques, économiques et sociales et de leur culture, de leurs traditions spirituelles, de leur histoire et de leur philosophie, en particulier leurs droits à leurs terres, territoires et ressources,

Consciente également de la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits des peuples autochtones affirmés dans les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec les États,

Se félicitant du fait que les peuples autochtones s'organisent pour améliorer leur situation sur les plans politique, économique, social et culturel et mettre fin à toutes les formes de discrimination et d'oppression partout où elles se produisent,

Convaincue que le contrôle, par les peuples autochtones, des événements qui les concernent, eux et leurs terres, territoires et ressources, leur permettra de perpétuer et de renforcer leurs institutions, leur culture et leurs traditions et de promouvoir leur développement selon leurs aspirations et leurs besoins,

Considérant que le respect des savoirs, des cultures et des pratiques traditionnelles autochtones contribue à une mise en valeur durable et équitable de l'environnement et à sa bonne gestion,

Soulignant la contribution de la démilitarisation des terres et territoires des peuples autochtones à la paix, au progrès économique et social et au développement, à la compréhension et aux relations amicales entre les nations et les peuples du monde,

Considérant en particulier le droit des familles et des communautés autochtones de conserver la responsabilité partagée de l'éducation, de la formation, de l'instruction et du bien-être de leurs enfants, conformément aux droits de l'enfant,

Estimant que les droits affirmés dans les traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les peuples autochtones sont, dans certaines situations, des sujets de préoccupation, d'intérêt et de responsabilité à l'échelle internationale et présentent un caractère international,

Estimant également que les traités, accords et autres arrangements constructifs, ainsi que les relations qu'ils représentent, sont la base d'un partenariat renforcé entre les peuples autochtones et les États,

Constatant que la Charte des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[2] et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[2], ainsi que la Déclaration et le Programme d'action de Vienne[3], affirment l'importance fondamentale du droit de tous les peuples de disposer d'eux-mêmes, droit en vertu duquel ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel,

Consciente qu'aucune disposition de la présente Déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination, exercé conformément au droit international,

Convaincue que la reconnaissance des droits des peuples autochtones dans la présente Déclaration encouragera des relations harmonieuses et de coopération entre les États et les peuples autochtones, fondées sur les principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, de non-discrimination et de bonne foi,

Encourageant les États à respecter et à mettre en œuvre effectivement toutes leurs obligations applicables aux peuples autochtones en vertu des instruments internationaux, en particulier ceux relatifs aux droits de l'homme, en consultation et en coopération avec les peuples concernés,

Soulignant que l'Organisation des Nations Unies a un rôle important et continu à jouer dans la promotion et la protection des droits des peuples autochtones,

Convaincue que la présente Déclaration est une nouvelle étape importante sur la voie de la reconnaissance, de la promotion et de la protection des droits et libertés des peuples autochtones et dans le développement des activités pertinentes du système des Nations Unies dans ce domaine,

Considérant et réaffirmant que les autochtones sont admis à bénéficier sans aucune discrimination de tous les droits de l'homme reconnus en droit international, et que les peuples autochtones ont des droits collectifs qui sont indispensables à leur existence, à leur bien-être et à leur développement intégral en tant que peuples,

Considérant que la situation des peuples autochtones n'est pas la même selon les régions et les pays, et qu'il faut tenir compte de l'importance des particularités nationales ou régionales, ainsi que de la variété des contextes historiques et culturels,

Proclame solennellement la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, dont le texte figure ci-après, qui constitue un idéal à atteindre dans un esprit de partenariat et de respect mutuel :

Article premier

Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme[4] et le droit international relatif aux droits de l'homme.

[2] Voir résolution 2200 A (XXI), annexe.
[3] A/CONF.157/24 (Part I), chap. III.
[4] Résolution 217 A (III).

Article 2

Les autochtones, peuples et individus, sont libres et égaux à tous les autres et ont le droit de ne faire l'objet, dans l'exercice de leurs droits, d'aucune forme de discrimination fondée, en particulier, sur leur origine ou leur identité autochtones.

Article 3

Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

Article 4

Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes.

Article 5

Les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes, tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État.

Article 6

Tout autochtone a droit à une nationalité.

Article 7

1. Les autochtones ont droit à la vie, à l'intégrité physique et mentale, à la liberté et à la sécurité de la personne.

2. Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif, de vivre dans la liberté, la paix et la sécurité en tant que peuples distincts et ne font l'objet d'aucun acte de génocide ou autre acte de violence, y compris le transfert forcé d'enfants autochtones d'un groupe à un autre.

Article 8

1. Les autochtones, peuples et individus, ont le droit de ne pas subir d'assimilation forcée ou de destruction de leur culture.

2. Les États mettent en place des mécanismes de prévention et de réparation efficaces visant :

a) Tout acte ayant pour but ou pour effet de priver les autochtones de leur intégrité en tant que peuples distincts, ou de leurs valeurs culturelles ou leur identité ethnique ;

b) Tout acte ayant pour but ou pour effet de les déposséder de leurs terres, territoires ou ressources ;

c) Toute forme de transfert forcé de population ayant pour but ou pour effet de violer ou d'éroder l'un quelconque de leurs droits ;

d) Toute forme d'assimilation ou d'intégration forcée ;

e) Toute forme de propagande dirigée contre eux dans le but d'encourager la discrimination raciale ou ethnique ou d'y inciter.

Article 9

Les autochtones, peuples et individus, ont le droit d'appartenir à une communauté ou à une nation autochtone, conformément aux traditions et coutumes de la communauté ou de la nation considérée. Aucune discrimination quelle qu'elle soit ne saurait résulter de l'exercice de ce droit.

Article 10

Les peuples autochtones ne peuvent être enlevés de force à leurs terres ou territoires. Aucune réinstallation ne peut avoir lieu sans le consentement préalable – donné librement et en connaissance de cause – des peuples autochtones concernés et un accord sur une indemnisation juste et équitable et, lorsque cela est possible, la faculté de retour.

Article 11

1. Les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes. Ils ont notamment le droit de conserver, de protéger et de développer les manifestations passées, présentes et futures de leur culture, telles que les sites archéologiques et historiques, l'artisanat, les dessins et modèles, les rites, les techniques, les arts visuels et du spectacle et la littérature.

2. Les États doivent accorder réparation par le biais de mécanismes efficaces – qui peuvent comprendre la restitution – mis au point en concertation avec les peuples autochtones, en ce qui concerne les biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes.

Article 12

1. Les peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels ; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé ; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer ; et le droit au rapatriement de leurs restes humains.

2. Les États veillent à permettre l'accès aux objets de culte et aux restes humains en leur possession et/ou leur rapatriement, par le biais de mécanismes justes, transparents et efficaces mis au point en concertation avec les peuples autochtones concernés.

Article 13

1. Les peuples autochtones ont le droit de revivifier, d'utiliser, de développer et de transmettre aux générations futures leur histoire, leur langue, leurs traditions orales, leur philosophie, leur système d'écriture et leur littérature, ainsi que de choisir et de conserver leurs propres noms pour les communautés, les lieux et les personnes.

2. Les États prennent des mesures efficaces pour protéger ce droit et faire en sorte que les peuples autochtones puissent comprendre et être compris dans les

procédures politiques, juridiques et administratives, en fournissant, si nécessaire, des services d'interprétation ou d'autres moyens appropriés.

Article 14

1. Les peuples autochtones ont le droit d'établir et de contrôler leurs propres systèmes et établissements scolaires où l'enseignement est dispensé dans leur propre langue, d'une manière adaptée à leurs méthodes culturelles d'enseignement et d'apprentissage.

2. Les autochtones, en particulier les enfants, ont le droit d'accéder à tous les niveaux et à toutes les formes d'enseignement public, sans discrimination aucune.

3. Les États, en concertation avec les peuples autochtones, prennent des mesures efficaces pour que les autochtones, en particulier les enfants, vivant à l'extérieur de leur communauté, puissent accéder, lorsque cela est possible, à un enseignement dispensé selon leur propre culture et dans leur propre langue.

Article 15

1. Les peuples autochtones ont droit à ce que l'enseignement et les moyens d'information reflètent fidèlement la dignité et la diversité de leurs cultures, de leurs traditions, de leur histoire et de leurs aspirations.

2. Les États prennent des mesures efficaces, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones concernés, pour combattre les préjugés et éliminer la discrimination et pour promouvoir la tolérance, la compréhension et de bonnes relations entre les peuples autochtones et toutes les autres composantes de la société.

Article 16

1. Les peuples autochtones ont le droit d'établir leurs propres médias dans leur propre langue et d'accéder à toutes les formes de médias non autochtones sans discrimination aucune.

2. Les États prennent des mesures efficaces pour faire en sorte que les médias publics reflètent dûment la diversité culturelle autochtone. Les États, sans préjudice de l'obligation d'assurer pleinement la liberté d'expression, encouragent les médias privés à refléter de manière adéquate la diversité culturelle autochtone.

Article 17

1. Les autochtones, individus et peuples, ont le droit de jouir pleinement de tous les droits établis par le droit du travail international et national applicable.

2. Les États doivent, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, prendre des mesures visant spécifiquement à protéger les enfants autochtones contre l'exploitation économique et contre tout travail susceptible d'être dangereux ou d'entraver leur éducation ou de nuire à leur santé ou à leur développement physique, mental, spirituel, moral ou social, en tenant compte de leur vulnérabilité particulière et de l'importance de l'éducation pour leur autonomisation.

3. Les autochtones ont le droit de n'être soumis à aucune condition de travail discriminatoire, notamment en matière d'emploi ou de rémunération.

Article 18

Les peuples autochtones ont le droit de participer à la prise de décisions sur des questions qui peuvent concerner leurs droits, par l'intermédiaire de représentants qu'ils ont eux-mêmes choisis conformément à leurs propres procédures, ainsi que le droit de conserver et de développer leurs propres institutions décisionnelles.

Article 19

Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés – par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives – avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

Article 20

1. Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de développer leurs systèmes ou institutions politiques, économiques et sociaux, de disposer en toute sécurité de leurs propres moyens de subsistance et de développement et de se livrer librement à toutes leurs activités économiques, traditionnelles et autres.

2. Les peuples autochtones privés de leurs moyens de subsistance et de développement ont droit à une indemnisation juste et équitable.

Article 21

1. Les peuples autochtones ont droit, sans discrimination d'aucune sorte, à l'amélioration de leur situation économique et sociale, notamment dans les domaines de l'éducation, de l'emploi, de la formation et de la reconversion professionnelles, du logement, de l'assainissement, de la santé et de la sécurité sociale.

2. Les États prennent des mesures efficaces et, selon qu'il conviendra, des mesures spéciales pour assurer une amélioration continue de la situation économique et sociale des peuples autochtones. Une attention particulière est accordée aux droits et aux besoins particuliers des anciens, des femmes, des jeunes, des enfants et des personnes handicapées autochtones.

Article 22

1. Une attention particulière est accordée aux droits et aux besoins spéciaux des anciens, des femmes, des jeunes, des enfants et des personnes handicapées autochtones dans l'application de la présente Déclaration.

2. Les États prennent des mesures, en concertation avec les peuples autochtones, pour veiller à ce que les femmes et les enfants autochtones soient pleinement protégés contre toutes les formes de violence et de discrimination et bénéficient des garanties voulues.

Article 23

Les peuples autochtones ont le droit de définir et d'élaborer des priorités et des stratégies en vue d'exercer leur droit au développement. En particulier, ils ont le droit d'être activement associés à l'élaboration et à la définition des programmes de santé, de logement et d'autres programmes économiques et sociaux les concernant,

et, autant que possible, de les administrer par l'intermédiaire de leurs propres institutions.

Article 24

1. Les peuples autochtones ont droit à leur pharmacopée traditionnelle et ils ont le droit de conserver leurs pratiques médicales, notamment de préserver leurs plantes médicinales, animaux et minéraux d'intérêt vital. Les autochtones ont aussi le droit d'avoir accès, sans aucune discrimination, à tous les services sociaux et de santé.

2. Les autochtones ont le droit, en toute égalité, de jouir du meilleur état possible de santé physique et mentale. Les États prennent les mesures nécessaires en vue d'assurer progressivement la pleine réalisation de ce droit.

Article 25

Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer leurs liens spirituels particuliers avec les terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures.

Article 26

1. Les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis.

2. Les peuples autochtones ont le droit de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent parce qu'ils leur appartiennent ou qu'ils les occupent ou les utilisent traditionnellement, ainsi que ceux qu'ils ont acquis.

3. Les États accordent reconnaissance et protection juridiques à ces terres, territoires et ressources. Cette reconnaissance se fait en respectant dûment les coutumes, traditions et régimes fonciers des peuples autochtones concernés.

Article 27

Les États mettront en place et appliqueront, en concertation avec les peuples autochtones concernés, un processus équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent prenant dûment en compte les lois, traditions, coutumes et régimes fonciers des peuples autochtones, afin de reconnaître les droits des peuples autochtones en ce qui concerne leurs terres, territoires et ressources, y compris ceux qu'ils possèdent, occupent ou utilisent traditionnellement, et de statuer sur ces droits. Les peuples autochtones auront le droit de participer à ce processus.

Article 28

1. Les peuples autochtones ont droit à réparation, par le biais, notamment, de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable pour les terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement ou occupaient ou utilisaient et qui ont été confisqués, pris, occupés, exploités ou dégradés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

2. Sauf si les peuples concernés en décident librement d'une autre façon, l'indemnisation se fait sous forme de terres, de territoires et de ressources

équivalents par leur qualité, leur étendue et leur régime juridique, ou d'une indemnité pécuniaire ou de toute autre réparation appropriée.

Article 29

1. Les peuples autochtones ont droit à la préservation et à la protection de leur environnement et de la capacité de production de leurs terres ou territoires et ressources. À ces fins, les États établissent et mettent en œuvre des programmes d'assistance à l'intention des peuples autochtones, sans discrimination d'aucune sorte.

2. Les États prennent des mesures efficaces pour veiller à ce qu'aucune matière dangereuse ne soit stockée ou déchargée sur les terres ou territoires des peuples autochtones sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

3. Les États prennent aussi, selon que de besoin, des mesures efficaces pour veiller à ce que des programmes de surveillance, de prévention et de soins de santé destinés aux peuples autochtones affectés par ces matières, et conçus et exécutés par eux, soient dûment mis en œuvre.

Article 30

1. Il ne peut y avoir d'activités militaires sur les terres ou territoires des peuples autochtones, à moins que ces activités ne soient justifiées par des raisons d'intérêt public ou qu'elles n'aient été librement décidées en accord avec les peuples autochtones concernés, ou demandées par ces derniers.

2. Les États engagent des consultations effectives avec les peuples autochtones concernés, par le biais de procédures appropriées et, en particulier, par l'intermédiaire de leurs institutions représentatives, avant d'utiliser leurs terres et territoires pour des activités militaires.

Article 31

1. Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles.

2. En concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice.

Article 32

1. Les peuples autochtones ont le droit de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources.

2. Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en

vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres.

3. Les États mettent en place des mécanismes efficaces visant à assurer une réparation juste et équitable pour toute activité de cette nature, et des mesures adéquates sont prises pour en atténuer les effets néfastes sur les plans environnemental, économique, social, culturel ou spirituel.

Article 33

1. Les peuples autochtones ont le droit de décider de leur propre identité ou appartenance conformément à leurs coutumes et traditions, sans préjudice du droit des autochtones d'obtenir, à titre individuel, la citoyenneté de l'État dans lequel ils vivent.

2. Les peuples autochtones ont le droit de déterminer les structures de leurs institutions et d'en choisir les membres selon leurs propres procédures.

Article 34

Les peuples autochtones ont le droit de promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles et leurs coutumes, spiritualité, traditions, procédures ou pratiques particulières et, lorsqu'ils existent, leurs systèmes ou coutumes juridiques, en conformité avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme.

Article 35

Les peuples autochtones ont le droit de déterminer les responsabilités des individus envers leur communauté.

Article 36

1. Les peuples autochtones, en particulier ceux qui vivent de part et d'autre de frontières internationales, ont le droit d'entretenir et de développer, à travers ces frontières, des contacts, des relations et des liens de coopération avec leurs propres membres ainsi qu'avec les autres peuples, notamment des activités ayant des buts spirituels, culturels, politiques, économiques et sociaux.

2. Les États prennent, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, des mesures efficaces pour faciliter l'exercice de ce droit et en assurer l'application.

Article 37

1. Les peuples autochtones ont droit à ce que les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec des États ou leurs successeurs soient reconnus et effectivement appliqués, et à ce que les États honorent et respectent lesdits traités, accords et autres arrangements constructifs.

2. Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée de manière à diminuer ou à nier les droits des peuples autochtones énoncés dans des traités, accords et autres arrangements constructifs.

Article 38

Les États prennent, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, les mesures appropriées, y compris législatives, pour atteindre les buts de la présente Déclaration.

Article 39

Les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à une assistance financière et technique, de la part des États et dans le cadre de la coopération internationale, pour jouir des droits énoncés dans la présente Déclaration.

Article 40

Les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les États ou d'autres parties et à une décision rapide en la matière, ainsi qu'à des voies de recours efficaces pour toute violation de leurs droits individuels et collectifs. Toute décision en la matière prendra dûment en considération les coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques des peuples autochtones concernés et les normes internationales relatives aux droits de l'homme.

Article 41

Les organes et les institutions spécialisées du système des Nations Unies et d'autres organisations intergouvernementales contribuent à la pleine mise en œuvre des dispositions de la présente Déclaration par la mobilisation, notamment, de la coopération financière et de l'assistance technique. Les moyens d'assurer la participation des peuples autochtones à l'examen des questions les concernant doivent être mis en place.

Article 42

L'Organisation des Nations Unies, ses organes, en particulier l'Instance permanente sur les questions autochtones, les institutions spécialisées, notamment au niveau des pays, et les États favorisent le respect et la pleine application des dispositions de la présente Déclaration et veillent à en assurer l'efficacité.

Article 43

Les droits reconnus dans la présente Déclaration constituent les normes minimales nécessaires à la survie, à la dignité et au bien-être des peuples autochtones du monde.

Article 44

Tous les droits et libertés reconnus dans la présente Déclaration sont garantis de la même façon à tous les autochtones, hommes et femmes.

Article 45

Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme entraînant la diminution ou l'extinction de droits que les peuples autochtones ont déjà ou sont susceptibles d'acquérir à l'avenir.

Article 46

1. Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un peuple, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte contraire à la Charte des Nations Unies, ni considérée comme autorisant ou encourageant aucun acte ayant pour effet de détruire ou d'amoindrir, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un État souverain et indépendant.

2. Dans l'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration, les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous sont respectés. L'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration est soumis uniquement aux restrictions prévues par la loi et conformes aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Toute restriction de cette nature sera non discriminatoire et strictement nécessaire à seule fin d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et de satisfaire aux justes exigences qui s'imposent dans une société démocratique.

3. Les dispositions énoncées dans la présente Déclaration seront interprétées conformément aux principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, d'égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi.

9. Liste des territoires non autonomes de l'ONU

Source : https://www.un.org/dppa/decolonization/fr/nsgt

Sont qualifiés de non autonomes, aux termes du chapitre XI de la Charte des Nations Unies, les « territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles mêmes ». Dans sa résolution 66 (I) du 14 décembre 1946, l'Assemblée générale a dressé la liste des 72 territoires auxquels s'appliquait le chapitre XI de la Charte. En 1963, le Comité spécial chargé d'étudier la situation en ce qui concerne l'application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux (également appelé « Comité spécial de la décolonisation » ou « C-24 ») a approuvé une liste préliminaire de territoires auxquels s'appliquait la Déclaration (A/5446/Rev.1, annexe I). À l'heure actuelle, 17 territoires non autonomes, dont la liste figure ci-après, demeurent à l'ordre du jour du Comité spécial. On appelle Puissances administrantes les États membres des Nations unies qui ont ou qui assument la responsabilité d'administrer ces territoires.

TERRITOIRE	INSCRIPTION SUR LA LISTE DES TERRITOIRES NON AUTONOMES	PUISSANCE ADMINISTRANTE	SUPERFICIE (KM2)	POPULATION [ii]
		AFRIQUE		
Sahara occidental	Depuis 1963	[iii]	266 000	582 000
		ATLANTIQUE ET CARAÏBES		
Anguilla	Depuis 1946	Royaume-Uni	96	15 397
Bermudes	Depuis 1946	Royaume-Uni	53,35	63 921
Îles Vierges britanniques	Depuis 1946	Royaume-Uni	153	31 197
Îles Caïmanes	Depuis 1946	Royaume-Uni	264	65 813
Îles Falkland (Malvinas) [iii]	Depuis 1946	Royaume-Uni	12 173	Environ 3 200
Montserrat	Depuis 1946	Royaume-Uni	103	4 649
Sainte-Hélène	Depuis 1946	Royaume-Uni	310	5 467
Îles Turques et Caïques	Depuis 1946	Royaume-Uni	948,2	42 953
Îles Vierges américaines	Depuis1946	États-Unis	352	105 000
		EUROPE		
Gibraltar	Depuis 1946	Royaume-Uni	5,8	34 003
		PACIFIQUE		
Samoa américaines	Depuis 1946	États-Unis	200	60 300
Polynésie française	1946-1947 et depuis 2013	France	3 600	276 300
Guam	Depuis 1946	États-Unis	540	163 875
Nouvelle-Calédonie	1946-1947 et depuis 1986	France	18 575	268 767
Pitcairn	Depuis 1946	Royaume-Uni	35,5	43
Tokélaou	Depuis 1946	Nouvelle-Zélande	12,2	1 499

mise à jour : 22 septembre 2020

[i] Toutes les données proviennent de documents de travail établis en 2020 par le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies sur la question des territoires non autonomes et, pour le Sahara occidental, de la base de données UNdata de la Division de statistique du Département des affaires économiques et sociales du Secrétariat de l'ONU.

[ii] Le 26 février 1976, l'Espagne a informé le Secrétaire général qu'à compter de cette date, elle mettait fin à sa présence dans le territoire du Sahara. Elle jugeait par ailleurs nécessaire qu'il soit pris note qu'ayant cessé de participer à l'administration provisoire établie pour ce territoire, elle se considérait désormais déchargée de toute responsabilité de caractère international relative à son administration. En 1990, l'Assemblée générale a réaffirmé que la question du Sahara occidental relevait de la décolonisation, processus que la population du Sahara occidental n'avait pas encore achevé.

[iii] La souveraineté sur les îles Falkland (Malvinas) fait l'objet d'un différend entre le Gouvernement de l'Argentine et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (voir ST/CS/SER.A/42).

Anciennes entités

Source : https://fr.wikipedia.org/wiki/Liste_des_territoires_non_autonomes_selon_l%27Organisation_des_Nations_unies

Territoire	Autorité administrante	Ancien statut	Date de retrait	Issue
Indochine française	France	Fédération française de quatre protectorats et d'une colonie	1945 1949 1953	Indépendance du Viet Nam Indépendance du Laos Indépendance du Cambodge
Établissements français dans l'Inde		Comptoirs des Indes	1947	Intégration dans l'Inde
Saint-Pierre-et-Miquelon		Colonie		Autonomie administrative en territoire d'outre-mer
Guadeloupe et dépendances		Colonie		Autonomie administrative en département d'outre-mer
Martinique		Colonie		
Réunion		Colonie		
Guyane française		Colonie		
Zone du canal de Panama	États-Unis	Propriété américaine		Retiré à la demande du Panama contrôle complet du canal au Panama en 1999
Nouvelle-Calédonie[14]	France	Colonie	1947 *réinclus en 1986*	Autonomie administrative en territoire d'outre-mer

Territoire	Autorité administrante	Ancien statut	Date de retrait	Issue
Guyane néerlandaise	Pays-Bas	Colonie	1951	Pays constitutif du Royaume des Pays-Bas indépendance du Suriname en 1975
Antilles néerlandaises		Colonie		Pays constitutif du Royaume des Pays-Bas séparation d'Aruba en 1986 comme pays constitutif dissolution en 2010 : création de Curaçao et Saint-Martin comme pays constitutifs séparés ; intégration de Bonaire, Saba et Saint-Eustache comme municipalités à caractère particulier des Pays-Bas
Porto Rico	États-Unis	Territoire	1952	Autonomie administrative en territoire des États-Unis
Groenland	Danemark	Colonie danoise	1954	Autonomie administrative en comté d'outre-mer
Protectorat français au Maroc	France	Protectorat	1956	Indépendance du Maroc
Togoland britannique	Royaume-Uni	Mandat de la Société des Nations	1957	Fusion avec Côte-de-l'Or pour former le Ghana
Côte-de-l'Or et protectorat		Colonie		Indépendance du Ghana
Alaska	États-Unis	Territoire	1959	État entré dans l'Union
Hawaï		Territoire		
Congo belge	Belgique	Colonie	1960	Indépendance de la république du Congo - Léopoldville
Somalie britannique	Royaume-Uni	Protectorat		Indépendance de la Somalie
Cameroun français	France	Protectorat sous tutelle		Indépendance du Cameroun
Togo français		Mandat de la Société des Nations		Indépendance du Togo
Afrique-Équatoriale française		Colonie		Indépendance du Tchad, Gabon,

Territoire	Autorité administrante	Ancien statut	Date de retrait	Issue
				République du Congo, République centrafricaine
Afrique-Occidentale française		Colonie		Indépendance du Dahomey, Guinée, Mali, Côte d'Ivoire, Mauritanie, Niger, Haute-Volta
Nigeria	Royaume-Uni	Colonie		Indépendance du Nigeria
Somalie italienne	Italie	Territoire sous tutelle		Indépendance de la Somalie
Cameroun britanique	Royaume-Uni	Mandat de la Société des Nations	1961	Partage entre le Nigéria et le Cameroun
Inde portugaise (Goa)	Portugal	Comptoirs des Indes		Intégration dans l'Inde
Sierra Leone	Royaume-Uni	Colonie		Indépendance de la Sierra Leone
Fort de São João Baptista de Ajudá	Portugal	Forteresse		Rattachement au Bénin
Ruanda-Urundi	Belgique	Mandat de la Société des Nations	1962	Indépendance du Rwanda et du Burundi
Ouganda	Royaume-Uni	Protectorat		Indépendance de l'Ouganda
Nouvelle-Guinée néerlandaise	Pays-Bas	Province des Indes orientales néerlandaises	1963	Intégrée à l'Indonésie à la suite d'un référendum sur une population choisie par l'Indonésie
Colonie de Sarawak (maintenant Sarawak)[15]	Royaume-Uni	Protectorat britannique		Changement de statut intégré dans la fédération de Malaisie sans référendum
Bornéo du Nord (maintenant Sabah et Labuan) [15]		Protectorat britannique		Changement de statut intégré dans la fédération de Malaisie sans référendum
Colonie du Kenya		Colonie		Indépendance du Kenya
Tanganyika		Mandat de la Société des Nations		Indépendance du Tanganyika devenu Tanzanie en 1964

Territoire	Autorité administrante	Ancien statut	Date de retrait	Issue
Zanzibar		Protectorat		Indépendance du Zanzibar devenu Tanzanie en 1964
Rhodésie du Nord		Colonie	1964	Indépendance de la Zambie
Nyassaland		Colonie		Indépendance du Malawi
Îles Cook	Nouvelle-Zélande	Territoire	1965	Indépendance sous forme de libre association
Gambie	Royaume-Uni	Colonie		Indépendance de la Gambie
Sud-Ouest africain	Afrique du Sud	Mandat de la Société des Nations	1990	Indépendance de la Namibie
Basutoland	Royaume-Uni	Colonie	1966	Indépendance du Lesotho
Protectorat du Bechuanaland		Protectorat		Indépendance du Botswana
Colonie d'Adenet protectorat d'Aden		Colonie et protectorat britannique	1967	Indépendance du Sud-Yémen
Guinée espagnole	Espagne	Colonie	1968	Indépendance de la Guinée équatoriale
Swaziland	Royaume-Uni	Colonie		Indépendance du Swaziland (aujourd'hui Eswatini)
Ifni	Espagne	Enclave du Sahara espagnol	1969	Rattachement au Maroc
Hong Kong	Royaume-Uni	Bail emphytéotique à la Chine	1972	Retiré à la demande de la Chine rétrocédé en 1997
Macao	Portugal	Bail emphytéotique à la Chine		Retiré à la demande de la Chine rétrocédé en 1999
Niue	Nouvelle-Zélande	Territoire	1974	Indépendance sous forme de libre association
Guinée portugaise	Portugal	Colonie		Indépendance de la Guinée-Bissau
Afrique occidentale portugaise Congo portugais		Colonie	1975	Indépendance de l'Angola
Mozambique		Colonie		Indépendance du Mozambique

Territoire	Autorité administrante	Ancien statut	Date de retrait	Issue
Sao Tomé-et-Principe		Colonie		Indépendance de Sao Tomé-et-Principe
Archipel du Cap-Vert		Colonie		Indépendance du Cap-Vert
Côte française des Somalis Territoire français des Afars et des Issas	France	Colonie	1977	Indépendance de Djibouti
Rhodésie du Sud	Royaume-Uni	Colonie	1980	Indépendance du Zimbabwe
Îles Cocos	Australie	Territoire	1984	Autonomie administrative en territoire extérieur
Territoire sous tutelle des îles du Pacifique	États-Unis	Mandat de la Société des Nations	1990 1994 pour Palaos	Indépendance des États fédérés de Micronésie, Palaos, îles Marshall îles Mariannes du Nord en territoire des États-Unis
Timor portugais	Portugal (→1975) Indonésie (→1999) Nations unies (→2002)	Colonie portugaise Province indonésienne annexée Administration transitoire	2002	Indépendance du Timor oriental

Textes constitutionnels français

1. Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (extraits : alinéas 16, 17 et 18)

16. La France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion.

17. L'Union française est composée de nations et de peuples qui mettent en commun ou coordonnent leurs ressources et leurs efforts pour développer leurs civilisations respectives, accroître leur bien-être et assurer leur sécurité.

18. Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ; écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire, elle garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus.

2. Constitution du 27 octobre 1946, Titre VIII

Titre VIII - De l'Union française

Section I. – Principes

Article 60. - L'Union française est formée, d'une part, de la République française qui comprend la France métropolitaine, les départements et territoires d'outre-mer, d'autre part, des territoires et États associés.

Article 61. - La situation des États associés dans l'Union française résulte pour chacun d'eux de l'acte qui définit ses rapports avec la France.

Article 62. - Les membres de l'Union française mettent en commun la totalité de leurs moyens pour garantir la défense de l'ensemble de l'Union. Le Gouvernement de la République assume la coordination de ces moyens et la direction de la politique propre à préparer et à assurer cette défense.

Section II. - Organisation

Article 63. - Les organes centraux de l'Union française sont la présidence, le Haut Conseil et l'Assemblée.

Article 64. - Le président de la République française est président de l'Union française, dont il représente les intérêts permanents.

Article 65. - Le Haut Conseil de l'Union française est composé, sous la présidence du président de l'Union, d'une délégation du Gouvernement français et de la représentation que chacun des États associés a la faculté de désigner auprès du président de l'Union.

Il a pour fonction d'assister le Gouvernement dans la conduite générale de l'Union.

Article 66. - L'Assemblée de l'Union française est composée, pour moitié, de membres représentant la France métropolitaine et, par moitié, de membres représentant les départements et territoires d'outre-mer et les États associés.

Une loi organique déterminera dans quelles conditions pourront être représentées les diverses parties de la population.

Article 67. - Les membres de l'Assemblée de l'Union sont élus par les assemblées territoriales en ce qui concerne les départements et territoires d'outre-mer ; ils sont élus, en ce qui concerne la France métropolitaine, à raison de deux tiers par les membres de l'Assemblée nationale représentant la métropole et d'un tiers par les membres du Conseil de la République représentant la métropole.

Article 68. - Les États associés peuvent désigner les délégués à l'Assemblée de l'Union dans des limites et des conditions fixées par une loi et un acte intérieur de chaque État.

Article 69. - Le président de l'Union française convoque l'Assemblée de l'Union française et en clôt les sessions. Il doit la convoquer à la demande de la moitié de ses membres.

L'Assemblée de l'Union française ne peut siéger pendant les interruptions de session du Parlement.

Article 70. - Les règles des articles 8, 10, 21, 22, et 23 sont applicables à l'Assemblée de l'Union française dans les mêmes conditions qu'au Conseil de la République.

Article 71. - L'Assemblée de l'Union française connaît des projets ou propositions qui lui sont soumis pour avis par l'Assemblée nationale ou le Gouvernement de la République française ou les gouvernements des États associés.

L'Assemblée a qualité pour se prononcer sur les propositions de résolution qui lui sont présentées par l'un de ses membres et, si elle les prend en considération, pour charger son bureau de les transmettre à l'Assemblée nationale. Elle peut faire des propositions au Gouvernement français et au Haut Conseil de l'Union française.

Pour être recevables, les propositions de résolution visées à l'alinéa précédent doivent avoir trait à la législation relative aux territoires d'outre-mer.

Article 72. - Dans les territoires d'outre-mer, le pouvoir législatif appartient au Parlement en ce qui concerne la législation criminelle, le régime des libertés publiques et l'organisation politique et administrative.

En toutes autres matières, la loi française n'est applicable dans les territoires d'outre-mer que par disposition expresse ou si elle a été étendue par décret aux territoires d'outre-mer après avis de l'Assemblée de l'Union.

En outre, par dérogation à l'article 13, des dispositions particulières à chaque territoire pourront être édictées par le président de la République en Conseil des ministres sur avis préalable de l'Assemblée de l'Union.

Section III. - Des départements et territoires d'outre-mer.

Article 73. - Le régime législatif des départements d'outre-mer est le même que celui des départements métropolitains, sauf exceptions déterminées par la loi.

Article 74. - Les territoires d'outre-mer sont dotés d'un statut particulier tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République.

Ce statut et l'organisation intérieure de chaque territoire d'outre-mer ou de chaque groupe de territoires sont fixés par la loi, après avis de l'Assemblée de l'Union française et consultation des assemblées territoriales.

Article 75. - Les statuts respectifs des membres de la République et de l'Union française sont susceptibles d'évolution.

Les modifications de statut et les passages d'une catégorie à l'autre, dans le cadre fixé par l'article 60, ne peuvent résulter que d'une loi votée par le Parlement, après consultation des assemblées territoriales et de l'Assemblée de l'Union.

Article 76. - Le représentant du Gouvernement dans chaque territoire ou groupe de territoires est le dépositaire des pouvoirs de la République. Il est le chef de l'administration du territoire.

Il est responsable de ses actes devant le Gouvernement.

Article 77. - Dans chaque territoire est instituée une assemblée élue. Le régime électoral, la composition et la compétence de cette assemblée sont déterminés par la loi.

Article 78. - Dans les groupes de territoires, la gestion des intérêts communs est confiée à une assemblée composée de membres élus par les assemblées territoriales.

Sa composition et ses pouvoirs sont fixés par la loi.

Article 79. - Les territoires d'outre-mer élisent des représentants à l'Assemblée nationale et au Conseil de la République dans les conditions prévues par la loi.

Article 80. - Tous les ressortissants des territoires d'outre-mer ont la qualité de citoyen, au même titre que les nationaux français de la métropole ou des territoires d'outre-mer. Des lois particulières établiront les conditions dans lesquelles ils exercent leurs droits de citoyens.

Article 81. - Tous les nationaux français et les ressortissants de l'Union française ont la qualité de citoyen de l'Union française qui leur assure la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule de la présente Constitution.

Article 82. - Les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé.

Ce statut ne peut en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français.

3. Constitution du 4 octobre 1958, Préambule, titres XII et XIII

Préambule

Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.

En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique.

Titre XII – Des collectivités territoriales

Article 72

Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa.

Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon.

Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.

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.

Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune.

Dans les collectivités territoriales de la République, 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.

Article 72-1

La loi fixe les conditions dans lesquelles les électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent, par l'exercice du droit de pétition, demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence.

Dans les conditions prévues par la loi organique, les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité.

Lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier son organisation, il peut être décidé par la loi de consulter les électeurs inscrits dans les collectivités intéressées. La modification des limites des collectivités territoriales peut également donner lieu à la consultation des électeurs dans les conditions prévues par la loi.

Article 72-2

Les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi.

Elles peuvent recevoir tout ou partie du produit des impositions de toutes natures. La loi peut les autoriser à en fixer l'assiette et le taux dans les limites qu'elle détermine.

Les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources. La loi organique fixe les conditions dans lesquelles cette règle est mise en oeuvre.

Tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi.

La loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales.

Article 72-3

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.

Article 72-4

Aucun changement, pour tout ou partie de l'une des collectivités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 72-3, de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs de la collectivité ou de la partie de collectivité intéressée ait été préalablement recueilli dans les conditions prévues à l'alinéa suivant. Ce changement de régime est décidé par une loi organique.

Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut décider de consulter les électeurs d'une collectivité territoriale située outre-mer sur une question relative à son organisation, à ses compétences ou à son régime législatif. Lorsque la consultation porte sur un changement prévu à l'alinéa précédent et est organisée sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat.

Article 73

Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités.

Ces adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement.

Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement, à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement.

Ces règles ne peuvent porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique.

La disposition prévue aux deux précédents alinéas n'est pas applicable au département et à la région de La Réunion.

Les habilitations prévues aux deuxième et troisième alinéas sont décidées, à la demande de la collectivité concernée, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. Elles ne peuvent intervenir lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti.

La création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ne peut intervenir sans qu'ait été recueilli, selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4, le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités.

Article 74

Les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République.

Ce statut est défini par une loi organique, adoptée après avis de l'assemblée délibérante, qui fixe :

- les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables ;
- les compétences de cette collectivité ; sous réserve de celles déjà exercées par elle, le transfert de compétences de l'État ne peut porter sur les matières énumérées au quatrième alinéa de l'article 73, précisées et complétées, le cas échéant, par la loi organique ;
- les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la collectivité et le régime électoral de son assemblée délibérante ;
- les conditions dans lesquelles ses institutions sont consultées sur les projets et propositions de loi et les projets d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions particulières à la collectivité, ainsi que sur la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux conclus dans les matières relevant de sa compétence.

La loi organique peut également déterminer, pour celles de ces collectivités qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles :

- le Conseil d'État exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi ;

- l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité ;

- des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier ;

- la collectivité peut participer, sous le contrôle de l'État, à l'exercice des compétences qu'il conserve, dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques.

Les autres modalités de l'organisation particulière des collectivités relevant du présent article sont définies et modifiées par la loi après consultation de leur assemblée délibérante.

Article 74-1

Dans les collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement peut, par ordonnances, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État, étendre, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole ou adapter les dispositions de nature législative en vigueur à l'organisation particulière de la collectivité concernée, sous réserve que la loi n'ait pas expressément exclu, pour les dispositions en cause, le recours à cette procédure.

Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis des assemblées délibérantes intéressées et du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication. Elles deviennent caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans le délai de dix-huit mois suivant cette publication.

Article 75

Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé.

Article 75-1

Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France.

Titre XIII – Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie

Article 76

Les populations de la Nouvelle-Calédonie sont appelées à se prononcer avant le 31 décembre 1998 sur les dispositions de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 et publié le 27 mai 1998 au Journal officiel de la République française.

Sont admises à participer au scrutin les personnes remplissant les conditions fixées à l'article 2 de la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988. Les mesures nécessaires à l'organisation du scrutin sont prises par décret en Conseil d'État délibéré en conseil des ministres.

Article 77

Après approbation de l'accord lors de la consultation prévue à l'article 76, la loi organique, prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie, détermine, pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre :

- les compétences de l'État qui seront transférées, de façon définitive, aux institutions de la Nouvelle-Calédonie, l'échelonnement et les modalités de ces transferts, ainsi que la répartition des charges résultant de ceux-ci ;
- les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel ;
- les règles relatives à la citoyenneté, au régime électoral, à l'emploi et au statut civil coutumier ;
- les conditions et les délais dans lesquels les populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie seront amenées à se prononcer sur l'accession à la pleine souveraineté.

Les autres mesures nécessaires à la mise en oeuvre de l'accord mentionné à l'article 76 sont définies par la loi.

Pour la définition du corps électoral appelé à élire les membres des assemblées délibérantes de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, le tableau auquel se réfèrent l'accord mentionné à l'article 76 et les articles 188 et 189 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie est le tableau dressé à l'occasion du scrutin prévu audit article 76 et comprenant les personnes non admises à y participer.

4. Préambule de l'Accord de Nouméa

1. Lorsque la France prend possession de la Grande Terre, que James Cook avait dénommée « Nouvelle-Calédonie », le 24 septembre 1853, elle s'approprie un territoire selon les conditions du droit international alors reconnu par les nations d'Europe et d'Amérique, elle n'établit pas des relations de droit avec la population autochtone. Les traités passés, au cours de l'année 1854 et les années suivantes, avec les autorités coutumières, ne constituent pas des accords équilibrés mais, de fait, des actes unilatéraux.

Or, ce territoire n'était pas vide.

La Grande Terre et les îles étaient habitées par des hommes et des femmes qui ont été dénommés kanak. Ils avaient développé une civilisation propre, avec ses traditions, ses langues, la coutume qui organisait le champ social et politique. Leur culture et leur imaginaire s'exprimaient dans diverses formes de création.

L'identité kanak était fondée sur un lien particulier à la terre. Chaque individu, chaque clan se définissait par un rapport spécifique avec une vallée, une colline, la mer, une embouchure de rivière, et gardait la mémoire de l'accueil d'autres familles. Les noms que la tradition donnait à chaque élément du paysage, les tabous marquant certains d'entre eux, les chemins coutumiers structuraient l'espace et les échanges.

2. La colonisation de la Nouvelle-Calédonie s'est inscrite dans un vaste mouvement historique où les pays d'Europe ont imposé leur domination au reste du monde.

Des hommes et des femmes sont venus en grand nombre, aux xixe et xxe siècles, convaincus d'apporter le progrès, animés par leur foi religieuse, venus contre leur gré ou cherchant une seconde chance en Nouvelle-Calédonie. Ils se sont installés et y ont fait souche. Ils ont apporté avec eux leurs idéaux, leurs connaissances, leurs espoirs, leurs ambitions, leurs illusions et leurs contradictions.

Parmi eux certains, notamment des hommes de culture, des prêtres ou des pasteurs, des médecins et des ingénieurs, des administrateurs, des militaires, des responsables politiques ont porté sur le peuple d'origine un regard différent, marqué par une plus grande compréhension ou une réelle compassion.

Les nouvelles populations sur le territoire ont participé, dans des conditions souvent difficiles, en apportant des connaissances scientifiques et techniques, à la mise en valeur minière ou agricole et, avec l'aide de l'État, à l'aménagement de la Nouvelle-Calédonie. Leur détermination et leur inventivité ont permis une mise en valeur et jeté les bases du développement.

La relation de la Nouvelle-Calédonie avec la métropole lointaine est demeurée longtemps marquée par la dépendance coloniale, un lien univoque, un refus de reconnaître les spécificités, dont les populations nouvelles ont aussi souffert dans leurs aspirations.

3. Le moment est venu de reconnaître les ombres de la période coloniale, même si elle ne fut pas dépourvue de lumière.

Le choc de la colonisation a constitué un traumatisme durable pour la population d'origine.

Des clans ont été privés de leur nom en même temps que de leur terre. Une importante colonisation foncière a entraîné des déplacements considérables de population, dans lesquels des clans kanak ont vu leurs moyens de subsistance réduits et leurs lieux de mémoire perdus. Cette dépossession a conduit à une perte des repères identitaires.

L'organisation sociale kanak, même si elle a été reconnue dans ses principes, s'en est trouvée bouleversée. Les mouvements de population l'ont déstructurée, la méconnaissance ou des stratégies de pouvoir ont conduit trop souvent à nier les autorités légitimes et à mettre en place des autorités dépourvues de légitimité selon la coutume, ce qui a accentué le traumatisme identitaire.

Simultanément, le patrimoine artistique kanak était nié ou pillé.

À cette négation des éléments fondamentaux de l'identité kanak se sont ajoutées des limitations aux libertés publiques et une absence de droits politiques, alors même que les kanak avaient payé un lourd tribut à la défense de la France, notamment lors de la Première Guerre mondiale.

Les kanak ont été repoussés aux marges géographiques, économiques et politiques de leur propre pays, ce qui ne pouvait, chez un peuple fier et non dépourvu de traditions guerrières, que provoquer des révoltes, lesquelles ont suscité des répressions violentes, aggravant les ressentiments et les incompréhensions.

La colonisation a porté atteinte à la dignité du peuple kanak qu'elle a privé de son identité. Des hommes et des femmes ont perdu dans cette confrontation leur vie ou leurs raisons de vivre. De grandes souffrances en sont résultées. Il convient de faire mémoire de ces moments difficiles, de reconnaître les fautes, de restituer au peuple kanak son identité confisquée, ce qui équivaut pour lui à une reconnaissance de sa souveraineté, préalable à la fondation d'une nouvelle souveraineté, partagée dans un destin commun.

4. La décolonisation est le moyen de refonder un lien social durable entre les communautés qui vivent aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie, en permettant au peuple kanak d'établir avec la France des relations nouvelles correspondant aux réalités de notre temps.

Les communautés qui vivent sur le territoire ont acquis par leur participation à l'édification de la Nouvelle-Calédonie une légitimité à y vivre et à continuer de contribuer à son développement. Elles sont indispensables à son équilibre social et au fonctionnement de son économie et de ses institutions sociales. Si l'accession des kanak aux responsabilités demeure insuffisante et doit être accrue par des mesures volontaristes, il n'en reste pas moins que la participation des autres communautés à la vie du territoire lui est essentielle.

Il est aujourd'hui nécessaire de poser les bases d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, permettant au peuple d'origine de constituer avec les hommes et les femmes qui y vivent une communauté humaine affirmant son destin commun.

La taille de la Nouvelle-Calédonie et ses équilibres économiques et sociaux ne permettent pas d'ouvrir largement le marché du travail et justifient des mesures de protection de l'emploi local.

Les accords de Matignon signés en juin 1988 ont manifesté la volonté des habitants de Nouvelle-Calédonie de tourner la page de la violence et du mépris pour écrire ensemble des pages de paix, de solidarité et de prospérité.

Dix ans plus tard, il convient d'ouvrir une nouvelle étape, marquée par la pleine reconnaissance de l'identité kanak, préalable à la refondation d'un contrat social entre toutes les communautés qui vivent en Nouvelle-Calédonie, et par un partage de souveraineté avec la France, sur la voie de la pleine souveraineté.

Le passé a été le temps de la colonisation. Le présent est le temps du partage, par le rééquilibrage. L'avenir doit être le temps de l'identité, dans un destin commun.

La France est prête à accompagner la Nouvelle-Calédonie dans cette voie.

5. Les signataires des accords de Matignon ont donc décidé d'arrêter ensemble une solution négociée, de nature consensuelle, pour laquelle ils appelleront ensemble les habitants de Nouvelle-Calédonie à se prononcer.

Cette solution définit pour vingt années l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie et les modalités de son émancipation.

Sa mise en oeuvre suppose une loi constitutionnelle que le Gouvernement s'engage à préparer en vue de son adoption au Parlement.

La pleine reconnaissance de l'identité kanak conduit à préciser le statut coutumier et ses liens avec le statut civil des personnes de droit commun, à prévoir la place des structures coutumières dans les institutions, notamment par l'établissement d'un Sénat coutumier, à protéger et valoriser le patrimoine culturel kanak, à mettre en place de nouveaux mécanismes juridiques et financiers pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre, tout en favorisant sa mise en valeur, et à adopter des symboles identitaires exprimant la place essentielle de l'identité kanak du pays dans la communauté de destin acceptée.

Les institutions de la Nouvelle-Calédonie traduiront la nouvelle étape vers la souveraineté : certaines des délibérations du Congrès du territoire auront valeur législative et un Exécutif élu les préparera et les mettra en oeuvre.

Au cours de cette période, des signes seront donnés de la reconnaissance progressive d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, celle-ci devant traduire la communauté de destin choisie et pouvant se transformer, après la fin de la période, en nationalité, s'il en était décidé ainsi.

Le corps électoral pour les élections aux assemblées locales propres à la Nouvelle-Calédonie sera restreint aux personnes établies depuis une certaine durée.

Afin de tenir compte de l'étroitesse du marché du travail, des dispositions seront définies pour favoriser l'accès à l'emploi local des personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie.

Le partage des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée. Il sera progressif. Des compétences seront transférées dès la mise en oeuvre de la nouvelle organisation. D'autres le seront selon un calendrier défini, modulable par le Congrès, selon le principe d'auto-organisation. Les compétences transférées ne pourront revenir à l'État, ce qui traduira le principe d'irréversibilité de cette organisation.

La Nouvelle-Calédonie bénéficiera pendant toute la durée de mise en oeuvre de la nouvelle organisation de l'aide de l'État, en termes d'assistance technique et de formation et des financements nécessaires, pour l'exercice des compétences transférées et pour le développement économique et social.

Les engagements seront inscrits dans des programmes pluriannuels. La Nouvelle-Calédonie prendra part au capital ou au fonctionnement des principaux outils du développement dans lesquels l'État est partie prenante.

Au terme d'une période de vingt années, le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences régaliennes, l'accès à un statut international de pleine responsabilité et l'organisation de la citoyenneté en nationalité seront proposés au vote des populations intéressées.

Leur approbation équivaudrait à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie.

5. Titre XIII de la Constitution du 4 octobre 1958, abrogé par la révision constitutionnelle d'août 1995

Article 77

Dans la Communauté instituée par la présente Constitution, les États jouissent de l'autonomie ; ils s'administrent eux-mêmes et gèrent démocratiquement et librement leurs propres affaires.

Il n'existe qu'une citoyenneté de la Communauté.

Tous les citoyens sont égaux en droit, quelles que soient leur origine, leur race et leur religion. Ils ont les mêmes devoirs.

Article 78

Le domaine de la compétence de la Communauté comprend la politique étrangère, la défense, la monnaie, la politique économique et financière commune ainsi que la politique des matières premières stratégiques.

Il comprend en outre, sauf accord particulier, le contrôle de la justice, l'enseignement supérieur, l'organisation générale des transports extérieurs et communs et des télécommunications.

Des accords particuliers peuvent créer d'autres compétences communes ou régler tout transfert de compétence de la Communauté à l'un de ses membres.

Article 79

Les États membres bénéficient des dispositions de l'article 77 dès qu'ils ont exercé le choix prévu à l'article 76.

Jusqu'à l'entrée en vigueur des mesures nécessaires à l'application du présent titre, les questions de compétence commune sont réglées par la République.

Article 80

Le Président de la République préside et représente la Communauté. Celle-ci a pour organes un Conseil exécutif, un Sénat et une Cour arbitrale.

Article 81

Les États membres de la Communauté participent à l'élection du Président dans les conditions prévues à l'article 6.

Le Président de la République, en sa qualité de Président de la Communauté, est représenté dans chaque État de la Communauté.

Article 82

Le Conseil exécutif de la Communauté est présidé par le Président de la Communauté. Il est constitué par le Premier Ministre de la République, les chefs du Gouvernement de chacun des États membres de la Communauté et par les ministres chargés, pour la Communauté, des affaires communes.

Le Conseil exécutif organise la coopération des membres de la Communauté sur le plan gouvernemental et administratif.

L'organisation et le fonctionnement du Conseil exécutif sont fixés par une loi organique.

Article 83

Le Sénat de la Communauté est composé de délégués que le Parlement de la République et les assemblées législatives des autres membres de la Communauté choisissent en leur sein. Le nombre de délégués de chaque État tient compte de sa population et des responsabilités qu'il assume dans la Communauté.

Il tient deux sessions annuelles qui sont ouvertes et closes par le Président de la Communauté et ne peuvent excéder chacune un mois.

Saisi par le Président de la Communauté, il délibère sur la politique économique et financière commune avant le vote des lois prises en la matière par le Parlement de la République et, le cas échéant, par les assemblées législatives des autres membres de la Communauté.

Le Sénat de la Communauté examine les actes et les traités ou accords internationaux visés aux articles 35 et 53 et qui engagent la Communauté.

Il prend des décisions exécutoires dans les domaines où il a reçu délégation des assemblées législatives des membres de la Communauté. Ces décisions sont promulguées dans la même forme que la loi sur le territoire de chacun des États intéressés.

Une loi organique arrête sa composition et fixe ses règles de fonctionnement.

Article 84

Une Cour arbitrale de la Communauté statue sur les litiges survenus entre les membres de la Communauté.

Sa composition et sa compétence sont fixées par une loi organique.

Article 85

Par dérogation à la procédure prévue à l'article 89, les dispositions du présent titre qui concernent le fonctionnement des institutions communes sont révisées par des lois votées dans les mêmes termes par le Parlement de la République et par le Sénat de la Communauté.

Les dispositions du présent titre peuvent être également révisées par accords conclus entre tous les États de la Communauté ; les dispositions nouvelles sont mises en vigueur dans les conditions requises par la Constitution de chaque État.

Article 86

La transformation du statut d'un État membre de la Communauté peut être demandée soit par la République, soit par une résolution de l'assemblée législative de l'État intéressé confirmée par un référendum local dont l'organisation et le contrôle sont assurés par les institutions de la Communauté. Les modalités de cette transformation sont déterminées par un accord approuvé par le Parlement de la République et l'assemblée législative intéressée.

Dans les mêmes conditions, un État membre de la Communauté peut devenir indépendant. Il cesse de ce fait d'appartenir à la Communauté.

Un État membre de la Communauté peut également, par voie d'accords, devenir indépendant sans cesser de ce fait d'appartenir à la Communauté.

Un État indépendant non membre de la Communauté peut, par voie d'accords, adhérer à la Communauté sans cesser d'être indépendant.

La situation de ces États au sein de la Communauté est déterminée par accords conclus à cet effet, notamment par les accords visés aux alinéas précédents ainsi que, le cas échéant, les accords prévus au deuxième alinéa de l'article 85.

Article 87

Les accords particuliers conclus pour l'application du présent titre sont approuvés par le Parlement de la République et l'assemblée législative intéressée.

6. Décision du Conseil constitutionnel n° 90-291 DC du 9 mai 1991, Décision portant statut de la collectivité territoriale de Corse

Source : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1991/91290DC.htm

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 12 avril 1991, par MM Pierre Mazeaud, Jacques Chirac, Bernard Pons, Robert Pandraud, Franck Borotra, Henri Cuq, Alain Jonemann, Jean-Louis Goasduff, Lucien Guichon, Michel Terrot, Roland Vuillaume, Bernard Debré, Emmanuel Aubert, René Couveinhes, Etienne Pinte, Georges Gorse, Philippe Séguin, Edouard Balladur, Claude Barate, Nicolas Sarkozy, Michel Giraud, Jean Falala, Mme Françoise de Panafieu, MM Robert Poujade, Dominique Perben, Charles Paccou, Gabriel Kaspereit, Mme Martine Daugreilh, MM Eric Raoult, Richard Cazenave, Jean-Louis Masson, Mme Lucette Michaux-Chevry, MM Michel Péricard, Antoine Rufenacht, Jean-Louis Debré, Gérard Léonard, Jacques Toubon, Jean-Michel Couve, Patrick Ollier, Jean Valleix, Claude Dhinnin, François Fillon, Patrick Devedjian, Alain Cousin, Jean Kiffer, Christian Estrosi, Jean-Pierre Delalande, Pierre-Rémy Houssin, Roland Nungesser, Jean-Yves Chamard, Jean Tiberi, Georges Tranchant, Jean-Paul de Rocca Serra, Jacques Masdeu-Arus, Jean-Claude Mignon, Olivier Dassault, Guy Drut, Olivier Guichard, Pierre Pasquini, Arthur Dehaine, Robert-André Vivien, Robert Galley, Arnaud Lepercq, François Grussenmeyer, Henri de Gastines, René Galy-Dejean, Serge Charles, Didier Julia, Charles Millon, Mme Louise Moreau, MM Raymond Marcellin, Jean-Marie Caro, Jean Brocard, Francisque Perrut, Henri Bayard, Jean-Luc Preel, Marc Reymann, François Léotard, Jean-François Mattei, Jean Bregault, Georges Mesmin, Maurice Ligot, Jean-Guy Branger, Jean Rigaud, Philippe de Villiers, Claude Gatignol, René Garrec, Françis Delattre, Arthur Paecht, Georges Colombier, Charles Fèvre, André Rossinot, Claude Gaillard, Jean-Pierre Philibert, Jean-François Deniau, Mme Yann Piat, MM Gilles de Robien, Willy Diméglio, Roland Blum, Hubert Falco, Gérard Longuet, Ladislas Poniatowski, Philippe Vasseur, Jean Desanlis, Charles Ehrmann, Jean-Yves Haby, Pierre-André Wiltzer, Bernard Bosson, Jean-Pierre Foucher, Francis Geng, Pierre Méhaignerie, Georges Chavanes, Michel Jacquemin, Edouard Landrain, Jean-Paul Virapoullé, Mme Monique Papon,M Jacques Barrot, députés, et le 15 avril 1991, d'une part,par M Alain Poher, président du Sénat, et, d'autre part, par MM François Giacobbi, Charles Ornano, Charles Pasqua, Marcel Lucotte, Daniel Hoeffel, Ernest Cartigny, Etienne Dailly, Michel Alloncle, Michel Amelin, Hubert d'Andigné, Honoré Bailet, Henri Belcour, Jacques Bérard, Amédée Bouquerel, Yvon Bourges, Jean-Eric Bousch, Jacques Braconnier, Mme Paulette Brisepierre, MM Camille Cabana, Michel Caldaguès, Robert Calmejane, Jean-Pierre Camoin, Gérard César, Jean Chamant, Michel Chauty, Jean Chérioux, Henri Collette, Maurice Couve de Murville, Charles de Cuttoli, Désiré Debavelaere, Luc Dejoie, Jacques Delong, Charles Descours, Michel Doublet, Alain Dufaut, Pierre Dumas, Marcel Fortier, Philippe François, Philippe de Gaulle, Alain Gérard, François Gerbaud, Charles Ginesy, Mme Marie-Fanny Gournay, MM Adrien Gouteyron, Georges Gruillot, Yves Guéna, Hubert Haenel, Emmanuel Hamel, Mme Nicole de Hauteclocque, MM Bernard Hugo, Roger Husson, André Jarrot, André Jourdain, Paul Kauss, Christian de La Malène, Lucien Lanier, Gérard Larcher, René-Georges Laurin, Marc Lauriol, Jean-François Le Grand, Maurice Lombard, Paul Masson, Michel Maurice-Bokanowski, Jacques de Menou, Mme Hélène Missoffe, MM Geoffroy de Montalembert, Paul Moreau, Arthur Moulin, Lucien Neuwirth, Paul d'Ornano, Jacques Oudin, Soséfo Makapé Papilio, Alain Pluchet, Christian Poncelet, Claude Prouvoyeur, Jean-Jacques Robert, Mme Nelly Rodi, MM Josselin de Rohan, Michel Rufin, Maurice Schumann, Jean Simonin, Jacques Sourdille, Martial Taugourdeau, Jacques Valade, Serge Vinçon, André-Georges

Voisin, Philippe de Bourgoing, Christian Bonnet, André Bettencourt, Michel Miroudot, Henri de Raincourt, Serge Mathieu, Jacques Larché, Michel Poniatowski, Jean-Claude Gaudin, Guy Cabanel, Pierre-Christian Taittinger, Ambroise Dupont, Louis Boyer, Bernard Seillier, Jean Puech, Michel d'Aillières, Richard Pouille, Roger Chinaud, Jean-Pierre Tizon, Jean-Paul Chambriard, Jean Dumont, Roland du Luart, Henri Revol, Jean-Paul Bataille, Charles-Henri de Cossé-Brissac, Hubert Martin, Pierre Croze, François Trucy, Jean Delaneau, Jean Boyer, Maurice Arreckx, Michel Crucis, Jean Clouet, René Travert, Albert Voilquin, André Pourny, Jean-Paul Emin, Yves Goussebaire-Dupin, Pierre Louvot, Roger Boileau, Paul Caron, Auguste Chupin, Marcel Daunay, André Daugnac, André Egu, Jean Faure, Bernard Guyomard, Rémi Herment, Jean Huchon, Jean Lecanuet, Edouard Le Jeune, François Mathieu, Jacques Moutet, Roger Poudonson, Guy Robert, Paul Séramy, Michel Souplet, Albert Vecten, Xavier de Villepin, Pierre Laffitte, Max Lejeune, Jacques Bimbenet, Georges Berchet, Paul Girod,Raymond Soucaret, Jean Roger, Bernard Legrand, François Abadie, François Lesein, Henri Collard, Yvon Collin, André Boyer, Charles-Edmond Lenglet, Louis Brives, Jean François-Poncet, Hubert Durand-Chastel, François Delga, Jacques Habert, Philippe Adnot, Jean Grandon, sénateurs, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la conformité à celle-ci de la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse ;

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la Constitution du 27 octobre 1946 ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 modifiée portant loi organique relative aux lois de finances ;

Vu la loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 modifiée portant création et organisation des régions ;

Vu la loi n° 75-536 du 15 mai 1975 portant réorganisation de la Corse ;

Vu la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 modifiée relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions ;

Vu la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;

Vu la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, modifiée notamment par la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 ;

Vu la loi n° 87-10 du 3 janvier 1987 relative à l'organisation régionale du tourisme ;

Vu la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en oeuvre du droit au logement ;

Vu le mémoire complémentaire présenté par les députés auteurs de la première saisine, enregistré au secrétariat général du Conseil constitutionnel le 15 avril 1991 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les saisines défèrent au Conseil constitutionnel la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse ; que les auteurs de la première saisine contestent la régularité de la procédure suivie pour son adoption ; que les députés et les sénateurs, auteurs respectivement des première et troisième saisines critiquent, pour d'autres motifs, la constitutionnalité de plusieurs articles de la loi ;

- SUR LA PROCEDURE LEGISLATIVE :

2. Considérant que les auteurs de la première saisine soutiennent que la loi a été adoptée en méconnaissance des dispositions de l'article 44, alinéa 1, de la Constitution, relatives au droit d'amendement ; que, selon eux, l'exercice de ce droit permettait aux députés, lorsque l'Assemblée nationale a été appelée à statuer définitivement sur le texte en discussion, de déposer des amendements que le

Sénat avait adoptés lors de son examen en première lecture ; que l'irrecevabilité opposée à de semblables amendements repose sur une fausse application des dispositions de l'article 45 de la Constitution ;

3. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 45 « tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique » ; que les deuxième et troisième alinéas du même article définissent la procédure législative applicable selon qu'il y a ou non création d'une commission mixte paritaire puis mise en discussion et adoption éventuelle du texte élaboré par elle ; que, dans cette dernière éventualité, aucun amendement n'est recevable sauf accord du Gouvernement ; qu'en vertu du quatrième alinéa de l'article 45, le Gouvernement peut, après une nouvelle lecture par chaque assemblée, demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement soit sur le texte élaboré par la commission mixte, soit sur le dernier texte voté par elle, modifié le cas échéant par un ou plusieurs des amendements adoptés par le Sénat ;

4. Considérant que si le droit d'amendement, qui est le corollaire de l'initiative législative, peut s'exercer à chaque stade de la procédure, il est soumis à des limitations particulières quand est mis en discussion le texte élaboré par la commission mixte paritaire ou lorsque le Gouvernement invite l'Assemblée nationale, sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 45 de la Constitution, à statuer définitivement ; que, dans l'hypothèse où l'Assemblée est appelée à se prononcer sur le dernier texte voté par elle, ne peuvent être adoptés que les amendements votés par le Sénat lors de la dernière lecture par lui du texte en discussion ;

5. Considérant qu'à la suite de l'échec de la procédure de la commission mixte paritaire, le Sénat, appelé à débattre en nouvelle lecture du projet de loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, a adopté la question préalable ; qu'il a ainsi renoncé à l'amender à ce stade de la procédure ; que le Gouvernement a alors demandé à l'Assemblée nationale de se prononcer définitivement ; que, dans ces circonstances, c'est par une exacte application des dispositions du quatrième alinéa de l'article 45 de la Constitution qu'ont été déclarés irrecevables, lors de la lecture définitive du texte par l'Assemblée nationale, les amendements qui se proposaient de reprendre ceux qui avaient été adoptés en première lecture par le Sénat ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de l'irrégularité de la procédure législative doit être écarté ;

- SUR LES AUTRES MOYENS D'INCONSTITUTIONNALITE INVOQUES :

7. Considérant que les auteurs de la première saisine comme ceux de la troisième saisine demandent au Conseil constitutionnel de déclarer non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 1er de la loi en ce qu'elles comportent la reconnaissance du « peuple corse » ; que, selon les auteurs de la première saisine, l'inconstitutionnalité de l'article 1er entraîne, par voie de conséquence, celle de l'intégralité du texte de la loi dans la mesure où l'article 1er fonde la spécificité du statut de la collectivité territoriale de Corse ; que les première et troisième saisines critiquent les dispositions de la loi qui dotent la collectivité territoriale de Corse d'une « organisation particulière » ainsi que le texte de l'article 85 relatif à la refonte de la liste électorale de chaque commune de Corse ;

8. Considérant que les auteurs de la première saisine font valoir, en outre, que sont contraires à la Constitution les modalités retenues par les articles 10 à 14 de la loi en vue d'assurer la représentation au Sénat de la collectivité territoriale de Corse ; qu'il en va de même des dispositions qui définissent les attributions de cette collectivité car elles ont pour effet de priver les deux départements de Corse de compétences substantielles ;

9. Considérant que les auteurs de la troisième saisine contestent également les dispositions de l'article 7 en tant qu'elles édictent une incompatibilité spécifique aux élus de Corse ainsi que celles de l'article 53 en ce qu'elles prévoient l'insertion de l'enseignement de la langue et de la culture corses dans le temps scolaire des établissements situés dans la collectivité territoriale de Corse ;

En ce qui concerne l'article 1er :

10. Considérant que l'article 1er de la loi est ainsi rédigé : « La République française garantit à la communauté historique et culturelle vivante que constitue le peuple corse, composante du peuple français, les droits à la préservation de son identité culturelle et à la défense de ses intérêts économiques et sociaux spécifiques. Ces droits liés à l'insularité s'exercent dans le respect de l'unité nationale, dans le cadre de la Constitution, des lois de la République et du présent statut » ;

11. Considérant que cet article est critiqué en ce qu'il consacre juridiquement l'existence au sein du peuple français d'une composante « le peuple corse » ; qu'il est soutenu par les auteurs de la première saisine que cette reconnaissance n'est conforme ni au préambule de la Constitution de 1958 qui postule l'unicité du « peuple français », ni à son article 2 qui consacre l'indivisibilité de la République, ni à son article 3 qui désigne le peuple comme seul détenteur de la souveraineté nationale ; qu'au demeurant, l'article 53 de la Constitution se réfère aux « populations intéressées » d'un territoire et non pas au concept de peuple ; que les sénateurs auteurs de la troisième saisine font valoir qu'il résulte des dispositions de la Déclaration des droits de 1789, de plusieurs alinéas du préambule de la Constitution de 1946, de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, du préambule de la Constitution de 1958 comme de ses articles 2, 3 et 91, que l'expression « le peuple », lorsqu'elle s'applique au peuple français, doit être considérée comme une catégorie unitaire insusceptible de toute subdivision en vertu de la loi ;

12. Considérant qu'aux termes du premier alinéa du préambule de la Constitution de 1958 « le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 » ; que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à laquelle il est ainsi fait référence émanait des représentants « du peuple français » ; que le préambule de la Constitution de 1946, réaffirmé par le préambule de la Constitution de 1958, énonce que « le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés » ; que la Constitution de 1958 distingue le peuple français des peuples d'outre-mer auxquels est reconnu le droit à la libre détermination ; que la référence faite au « peuple français » figure d'ailleurs depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels ; qu'ainsi le concept juridique de « peuple français » a valeur constitutionnelle ;

13. Considérant que la France est, ainsi que le proclame l'article 2 de la Constitution de 1958, une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens quelle que soit leur origine ; que dès lors la mention faite par le législateur du « peuple corse, composante du peuple français » est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion ;

14. Considérant en conséquence que l'article 1er de la loi n'est pas conforme à la Constitution ; que toutefois il ne ressort pas du texte de cet article, tel qu'il a été rédigé et adopté, que ses dispositions soient inséparables de l'ensemble du texte de la loi soumise au Conseil constitutionnel ;

En ce qui concerne le moyen tiré de ce que la collectivité territoriale de Corse serait dotée d'une « organisation particulière » en méconnaissance des articles 72 et 74 de la Constitution :

15. Considérant que l'article 2 de la loi énonce dans son premier alinéa que la Corse constitue une collectivité territoriale de la République au sens de l'article 72 de la Constitution, qui s'administre librement dans les conditions fixées par la loi présentement soumise à l'examen du Conseil constitutionnel et par les dispositions non contraires des lois n° 72-619 du 5 juillet 1972 et n° 82-213 du 2 mars 1982 ; qu'aux termes du second alinéa de l'article 2 « les organes de la collectivité territoriale de Corse comprennent l'Assemblée de Corse et son président, le Conseil exécutif de Corse et son président assistés du conseil économique, social et culturel de Corse » ; qu'en vertu de l'article 7 les conseillers à l'Assemblée de Corse sont élus dans une circonscription unique suivant un scrutin de liste à un ou deux tours ; qu'il est spécifié à l'article 28 que le Conseil exécutif de Corse dirige l'action de la collectivité territoriale de Corse, dans les conditions et limites fixées par la loi ; que selon l'article 36 le président du Conseil exécutif peut, par arrêté délibéré au sein dudit Conseil, prendre toute mesure tendant à préciser les modalités d'application des délibérations de l'Assemblée ou fixant les règles d'organisation et de fonctionnement des services de la collectivité territoriale de Corse ; que d'après l'article 38, l'Assemblée de Corse peut mettre en cause la responsabilité du Conseil exécutif ;

16. Considérant que pour les auteurs de la première saisine, en créant une collectivité territoriale de Corse administrée par des organes spécifiques et en instituant un régime électoral original, le législateur a méconnu les dispositions combinées des articles 72 et 74 de la Constitution ; que les sénateurs auteurs de la troisième saisine développent une argumentation analogue en soulignant notamment que l'organisation institutionnelle prévue par la loi confère à la Corse un statut qui n'a rien de commun avec celui des collectivités territoriales métropolitaines et qui s'apparente à une « organisation particulière » que l'article 74 de la Constitution réserve aux territoires d'outre-mer ;

17. Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe « les règles concernant le régime électoral des assemblées locales » et détermine « les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources » ; que l'article 72 de la Constitution énonce dans son premier alinéa que « les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les territoires d'outre-mer. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi » ; que le deuxième alinéa du même article prescrit que « ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi » ; qu'enfin, aux termes du troisième alinéa de l'article 72, « dans les départements et les territoires, le délégué du Gouvernement a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois » ;

18. Considérant que la consécration par les articles 74 et 76 de la Constitution du particularisme de la situation des territoires d'outre-mer, si elle a notamment pour effet de limiter à ces territoires la possibilité pour le législateur de déroger aux règles de répartition des compétences entre la loi et le règlement, ne fait pas obstacle à ce que le législateur, agissant sur le fondement des dispositions précitées des articles 34 et 72 de la Constitution, crée une nouvelle catégorie de collectivité territoriale, même ne comprenant qu'une unité, et la dote d'un statut spécifique ;

19. Considérant cependant que, dans l'exercice de sa compétence, le législateur doit se conformer aux règles et principes de valeur constitutionnelle et notamment au principe de libre administration des collectivités territoriales énoncé au deuxième alinéa de l'article 72 ; qu'il doit également assurer le respect des prérogatives de l'État comme l'exige le troisième alinéa du même article ;

20. Considérant que l'Assemblée de Corse, élue au suffrage universel direct, est investie du pouvoir de régler par ses délibérations les affaires de la collectivité territoriale de Corse ; que si la loi institue un Conseil exécutif doté de pouvoirs propres, ce conseil est élu par l'Assemblée de Corse en son sein et est responsable devant elle ; que le représentant de l'État dans la collectivité territoriale de Corse conserve la charge des intérêts nationaux, du respect des lois et du contrôle administratif ; qu'enfin, ni l'Assemblée de Corse ni le Conseil exécutif, ne se voient attribuer des compétences ressortissant au domaine de la loi ; qu'ainsi cette organisation spécifique à caractère administratif de la collectivité territoriale de Corse ne méconnaît pas l'article 72 de la Constitution ;

En ce qui concerne l'édiction par l'article 7 de la loi d'une incompatibilité spécifique aux élus de Corse :

21. Considérant que l'article 7 de la loi a notamment pour objet d'ajouter au code électoral un article L. 369 bis ; que cet article énonce dans son premier alinéa que « nul ne peut être conseiller à l'Assemblée de Corse et conseiller général » ; qu'il définit, dans son second alinéa, les modalités d'application de l'incompatibilité ainsi édictée ;

22. Considérant que pour les auteurs de la troisième saisine une telle incompatibilité, qui est sans équivalent dans aucune autre collectivité territoriale de la République, est contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi électorale ; qu'en effet, des élus investis d'un mandat de même nature, comme les conseillers régionaux et les conseillers à l'Assemblée de Corse, se trouvent soumis à un régime discriminatoire quant à la possibilité d'exercer le mandat de conseiller général ;

23. Considérant que l'article L. 46-1 ajouté au code électoral par la loi n° 85-1406 du 30 décembre 1985 limite la possibilité pour une même personne de cumuler plus de deux des mandats électoraux ou fonctions électives qu'il énumère ; qu'au nombre des mandats pris en compte pour l'application de cette législation de portée générale figurent notamment le mandat de conseiller général et celui de conseiller régional ; que l'article 8 de la loi présentement soumise à l'examen du Conseil constitutionnel place sur le même plan au regard de la réglementation générale des cumuls le mandat de conseiller à l'Assemblée de Corse et celui de conseiller régional ; que dès lors qu'il entendait procéder à une semblable assimilation, le législateur ne pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité, interdire aux conseillers à l'Assemblée de Corse de cumuler ce mandat avec celui de conseiller général alors qu'un tel cumul est autorisé sur l'ensemble du territoire de la République et qu'aucune justification tirée de la spécificité de la collectivité territoriale de Corse ne fonde une telle interdiction ;

24. Considérant qu'il y a lieu par suite pour le Conseil constitutionnel de déclarer contraire à la Constitution l'article L. 369 bis ajouté au code électoral par l'article 7 de la loi déférée ;

En ce qui concerne les conditions de représentation au Sénat de la collectivité territoriale de Corse :

25. Considérant que l'article 10 de la loi dispose que dans les deux départements de Corse sont substitués aux conseillers régionaux en qualité de membres du collège électoral sénatorial des conseillers à l'Assemblée de Corse désignés dans les conditions définies par les articles 11 à 14 ; qu'il est prévu à cet effet que l'Assemblée de Corse, une fois son effectif réparti proportionnellement à la population de chacun des deux départements de Corse, procède à la désignation de ceux de ses membres appelés à la représenter au sein du collège électoral du département le plus peuplé ; que les conseillers à l'Assemblée non désignés à ce titre font partie de plein droit du collège électoral du département le moins peuplé ;

26. Considérant que les auteurs de la première saisine formulent deux griefs à l'encontre de ces dispositions ; que, d'une part, il est soutenu que leur entrée en vigueur aurait dû être subordonnée à l'adoption préalable d'une loi organique modifiant les dispositions relatives au nombre de sénateurs et à l'assise territoriale de leurs sièges ; que, d'autre part, ces dispositions introduiraient une discrimination entre les sénateurs car ceux d'entre eux élus en Corse représenteraient non pas seulement une collectivité territoriale mais à la fois le département et la collectivité territoriale nouvellement créée ;

27. Considérant que le troisième alinéa de l'article 24 de la Constitution dispose que « le Sénat est élu au suffrage indirect. Il assure la représentation des collectivités territoriales de la République. Les Français établis hors de France sont représentés au Sénat » ; que, selon le premier alinéa de l'article 25 de la Constitution, la loi organique fixe le nombre des membres de chaque assemblée parlementaire ; que la création d'une nouvelle catégorie de collectivité territoriale relève d'une loi comme le prescrit le premier alinéa de l'article 72 de la Constitution ; que ressortit également à la compétence du législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, la fixation des règles concernant le régime électoral des assemblées parlementaires ;

28. Considérant qu'il résulte de ces diverses dispositions que l'entrée en vigueur d'une loi instituant une nouvelle catégorie de collectivités territoriales n'est pas subordonnée à l'adoption préalable d'une loi organique ; que si l'article 24 de la Constitution impose que les différentes collectivités territoriales soient représentées au Sénat, il n'exige pas que chaque catégorie de collectivités dispose d'une représentation propre ; que l'article L.O. 274 du code électoral, dans sa rédaction issue de l'article 3 de la loi organique n° 86-957 du 13 août 1986, en disposant que « le nombre de sénateurs élus dans les départements est de 304 » implique seulement que, sous réserve d'exceptions prévues par d'autres textes ayant valeur de loi organique, les sénateurs soient élus dans le cadre du département ; qu'il ne fait pas obstacle à ce que les dispositions législatives relatives au régime électoral du Sénat organisent la participation au collège électoral sénatorial de délégués de collectivités territoriales autres que le département ;

29. Considérant dans ces conditions, que les articles 10 à 14 de la loi, en prévoyant que dans les deux départements de Corse, des conseillers à l'Assemblée de Corse sont substitués aux conseillers régionaux au sein des collèges électoraux sénatoriaux, n'ont ni empiété sur la compétence réservée à la loi organique par la Constitution ni introduit de différence de traitement inconstitutionnelle entre les sénateurs élus dans les départements de Corse et les autres sénateurs ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'atteinte portée aux compétences des deux départements de Corse :

30. Considérant que les auteurs de la première saisine estiment que la loi déférée aboutit à enlever un nombre substantiel d'attributions aux deux départements de Corse, notamment en matière d'enseignement, de transport et d'habitat ; qu'ils en déduisent qu'il est porté atteinte aux exigences de la Constitution selon lesquelles toute collectivité territoriale doit exercer des compétences effectives ;

31. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution la loi « détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources » ; que relèvent par suite du domaine de la loi la détermination des transferts de compétences entre l'État et les collectivités territoriales, de même que la répartition entre plusieurs catégories de collectivités territoriales de leurs attributions respectives ;

32. Considérant que, dans son premier alinéa, l'article 72 de la Constitution consacre l'existence des catégories de collectivités territoriales que sont les communes, les départements et les territoires d'outre-mer, tout en réservant à la loi la possibilité de créer de nouvelles catégories de collectivités territoriales ; que le deuxième alinéa du même article implique que pour s'administrer librement, toute collectivité territoriale doit disposer d'une assemblée délibérante élue dotée d'attributions effectives ;

33. Considérant qu'en érigeant la Corse en collectivité territoriale à statut particulier et en la substituant à la région de Corse, sans pour autant mettre en cause l'existence des deux départements créés par la loi n° 75-356 du 15 mai 1975 sur le territoire de Corse, le législateur a entendu prendre en compte les caractères spécifiques de ce dernier ; qu'à cet effet, dans son titre III, intitulé « De l'identité culturelle de la Corse », ainsi que dans son titre IV, intitulé « Du développement économique de la Corse », la loi confère à la collectivité territoriale de Corse des compétences plus étendues que celles confiées en règle générale aux régions en vertu de l'article 59 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 et de la législation subséquente ; qu'en effet la nouvelle collectivité territoriale se voit dotée, en sus des compétences de la région de Corse, d'attributions qui lui sont transférées par l'État ;

34. Considérant ainsi que la définition par le législateur des compétences de la collectivité territoriale de Corse n'a pas pour conséquence d'affecter de façon substantielle les attributions des deux départements de Corse ; qu'il suit de là que la définition des compétences de la collectivité territoriale de Corse ne porte pas atteinte aux dispositions de l'article 72 de la Constitution ;

En ce qui concerne l'article 53, alinéa 2, relatif à l'insertion de la langue et de la culture corses dans le temps scolaire :

35. Considérant qu'en vertu de l'article 53, alinéa 2, de la loi, l'Assemblée de Corse adopte, sur proposition du Conseil exécutif, qui recueille l'avis du conseil économique, social et culturel de Corse, « un plan de développement de l'enseignement de la langue et de la culture corses, prévoyant notamment les modalités d'insertion de cet enseignement dans le temps scolaire » ; qu'il est précisé que « ces modalités font l'objet d'une convention conclue entre la collectivité territoriale de Corse et l'État » ;

36. Considérant que les auteurs de la troisième saisine soutiennent que faire figurer sans motif justifié par l'intérêt général l'enseignement d'une langue régionale, quelle qu'elle soit, dans le temps scolaire des établissements situés sur le territoire de la collectivité territoriale concernée et d'elle seule, est contraire au principe d'égalité ;

37. Considérant que l'article 53 prévoit l'insertion dans le temps scolaire de l'enseignement de la langue et de la culture corses ; que cet enseignement n'est pas contraire au principe d'égalité dès lors qu'il ne revêt pas un caractère obligatoire ; qu'il n'a pas davantage pour objet de soustraire les élèves scolarisés dans les établissements de la collectivité territoriale de Corse aux droits et obligations applicables à l'ensemble des usagers des établissements qui assurent le service public de l'enseignement ou sont associés à celui-ci ; que, par suite, le fait pour le législateur d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à promouvoir l'enseignement de la langue et de la culture corses, ne saurait être regardé comme portant atteinte à aucun principe de valeur constitutionnelle ;

En ce qui concerne l'article 85 relatif à la refonte des listes électorales :

38. Considérant que l'article 85 de la loi comporte quatre alinéas ; que le premier alinéa énonce qu'il sera procédé dans chaque commune de Corse à la refonte complète de la liste électorale avant la première élection de l'Assemblée de Corse et prescrit que pour être inscrit sur cette liste les électeurs remplissant les conditions prévues aux articles L. 11 à L. 14 du code électoral devront présenter leur demande entre la date de publication de la présente loi et le 31 décembre 1991 ; que le deuxième alinéa de l'article 85 rend applicables à ces opérations celles des dispositions du code électoral régissant l'établissement et la révision des listes électorales ; qu'il précise, en outre, que la liste se substitue à la liste précédente le 1er mars 1992 ; que les troisième et quatrième alinéas de l'article 85 prévoient que les opérations de refonte sont contrôlées par une commission composée paritairement de membres du Conseil d'État et de magistrats de l'ordre judiciaire ;

39. Considérant que les auteurs des première et troisième saisines font valoir que la limitation de la refonte des listes électorales aux seules communes de Corse est contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi ; que les auteurs de la première saisine ajoutent que la mise en oeuvre des dispositions de l'article 85 peut conduire à priver momentanément un citoyen du droit de vote ;

Quant au moyen tiré de la violation du principe d'égalité :

40. Considérant que le principe constitutionnel d'égalité 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 avec l'objet de la loi qui l'établit ;

41. Considérant que la législation électorale ne confère pas aux citoyens une totale liberté de choix de leur lieu d'inscription sur les listes électorales ; que, sous réserve des dispositions régissant la situation particulière des Français établis hors de France, des militaires et des mariniers, l'inscription sur les listes d'une commune est subordonnée, soit à une condition de domicile réel ou légal ou encore de résidence, soit à la circonstance que les intéressés figurent pour la cinquième fois sans interruption au rôle d'une des contributions directes communales ; que, conformément au principe constitutionnel de l'égalité du suffrage, l'article L. 10 du code électoral énonce que « nul ne peut être inscrit sur plusieurs listes électorales » ;

42. Considérant que la situation des listes électorales des communes de Corse, telle qu'elle ressort des informations fournies lors des débats parlementaires, présente des particularités qui autorisent le législateur, dans le cadre de la réorganisation administrative de la Corse, à arrêter des modalités spécifiques de refonte des listes électorales, sans méconnaître le principe d'égalité devant la loi ;

Quant au moyen tiré de la privation du droit de suffrage :

43. Considérant que la refonte des listes électorales des communes des départements de Corse ne produira son plein effet qu'à compter du 1er mars 1992 ; qu'indépendamment de cette refonte il sera procédé dans les autres communes françaises à la révision annuelle des listes électorales ; que, dans le cadre de cette révision, il est loisible aux personnes qui ne satisfont pas dans les communes des départements de Corse aux conditions posées par les articles L. 11 à L. 14 du code électoral de solliciter leur inscription sur les listes d'une autre commune ; qu'il suit de là que si l'article 85 de la loi est susceptible d'affecter le lieu d'exercice du droit de vote il n'affecte pas cet exercice lui-même ;

44. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les moyens dirigés contre l'article 85 de la loi ne peuvent être accueillis ;

- SUR L'ARTICLE 26 DE LA LOI RELATIF A LA CONSULTATION DE L'ASSEMBLEE DE CORSE, A LA DEVOLUTION A SON PROFIT D'UN POUVOIR DE PROPOSITION ET A LA CREATION D'UNE PROCEDURE D'INJONCTION :

45. Considérant que d'après le premier alinéa de l'article 26, « l'Assemblée de Corse est consultée sur les projets de loi ou de décret comportant des dispositions spécifiques à la Corse » ; qu'aux termes du deuxième alinéa « les parlementaires élus dans les départements de Corse en sont informés et reçoivent communication des projets du Gouvernement et des avis de l'Assemblée de Corse » ; que le troisième alinéa fixe le délai imparti à l'Assemblée pour rendre son avis en distinguant selon qu'il y a ou non urgence ;

46. Considérant que le quatrième alinéa de l'article 26 confère à l'Assemblée de Corse un pouvoir de proposition en matière législative et réglementaire dans les domaines touchant à l'organisation administrative de la Corse ou concernant son développement économique, social ou culturel ; qu'il est spécifié au cinquième alinéa que les propositions sont adressées au président du Conseil exécutif qui les transmet au Premier ministre ; que le sixième alinéa de l'article 26 dispose que « les parlementaires élus dans les départements de Corse en sont informés et reçoivent communication des propositions adressées au Premier ministre » ; que le septième alinéa de l'article 26 énonce que « lorsque le Premier ministre est saisi dans les conditions fixées au cinquième alinéa, il accuse réception dans les quinze jours et fixe le délai dans lequel il apportera une réponse au fond avant le début de la session ordinaire suivante de l'Assemblée » ;

47. Considérant que l'article 26 de la loi tend ainsi à prévoir la consultation de l'Assemblée de Corse sur certains textes, à lui attribuer un pouvoir de proposition au Premier ministre et à enjoindre à celui-ci d'y donner suite ; qu'il confère dans le cadre de ces procédures des prérogatives aux parlementaires élus dans les départements de Corse ;

En ce qui concerne la dévolution à l'Assemblée de Corse d'un pouvoir de consultation en matière législative :

48. Considérant que le fait de prévoir la consultation de l'Assemblée de Corse sur les projets de loi comportant des dispositions spécifiques à la Corse ne saurait avoir une quelconque incidence sur la régularité de la procédure législative laquelle relève de la Constitution et des lois organiques prises pour son application ; qu'ainsi la consultation prévue par l'alinéa 1er de l'article 26 de la loi ne saurait en rien limiter le droit d'initiative du Gouvernement en matière législative ;

En ce qui concerne la dévolution à l'Assemblée de Corse d'un pouvoir de proposition et l'injonction faite au Premier ministre d'y donner suite :

49. Considérant que les dispositions des quatrième et cinquième alinéas de l'article 26 de la loi, qui confèrent à l'Assemblée de Corse un pouvoir de proposition dans des domaines qui ne sont pas sans lien avec ses compétences, ne sont pas en elles-mêmes contraires à la Constitution ;

50. Considérant toutefois que la Constitution attribue au Gouvernement, d'une part, et au Parlement, d'autre part, des compétences qui leur sont propres ; que le législateur ne saurait, sans excéder la limite de ses pouvoirs, enjoindre au Premier ministre de donner une réponse dans un délai déterminé à une proposition de modification de la législation ou de la réglementation, émanant de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ;

51. Considérant en conséquence que le septième alinéa de l'article 26 de la loi, qui fait obligation au Premier ministre de se justifier sur la suite à donner à une proposition de modification de la législation ou de la réglementation émanant de l'Assemblée de Corse, doit être déclaré contraire à la Constitution ;

En ce qui concerne la situation des parlementaires élus dans les départements de Corse :

52. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution, « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum » ; que l'article 24 de la Constitution dispose, dans son premier alinéa, que le Parlement comprend l'Assemblée nationale et le Sénat, prescrit dans son deuxième alinéa que les députés sont élus au suffrage direct et énonce, en son troisième alinéa, que le Sénat est élu au suffrage indirect ; que, conformément au premier alinéa de l'article 27 de la Constitution, « tout mandat impératif est nul » ; que selon le premier alinéa de l'article 34 « la loi est votée par le Parlement » ;

53. Considérant qu'il ressort de ces dispositions que les membres du Parlement ont la qualité de représentants du peuple ; qu'à ce titre ils sont appelés à voter la loi dans les conditions fixées par la Constitution et les dispositions ayant valeur de loi organique prises pour son application ; qu'en conséquence, il n'appartient pas au législateur de faire bénéficier certains parlementaires, en raison de leur élection dans une circonscription déterminée, de prérogatives particulières dans le cadre de la procédure d'élaboration de la loi ;

54. Considérant que ces exigences constitutionnelles sont méconnues par les dispositions des alinéas 2 et 6 de l'article 26 de la loi en ce qu'elles organisent au profit des parlementaires élus dans les départements de Corse une information particulière concernant les projets de loi soumis pour avis à l'Assemblée de Corse ainsi que les propositions de modification de la législation émanant de cette Assemblée ;

55. Considérant par suite qu'il y a lieu pour le Conseil constitutionnel de déclarer contraires à la Constitution tant l'alinéa 2 que l'alinéa 6 de l'article 26 de la loi soumise à son examen ;

- SUR L'ARTICLE 78 DE LA LOI RELATIF AUX RESSOURCES DE LA COLLECTIVITE TERRITORIALE DE CORSE ET A LA COMPENSATION DES CHARGES FINANCIERES RESULTANT DES COMPETENCES QUI LUI SONT TRANSFEREES :

56. Considérant que l'article 78 de la loi détermine, dans son paragraphe I, les ressources de la collectivité territoriale de Corse et précise, dans un paragraphe II, la manière dont sont compensées les charges financières résultant pour cette collectivité territoriale des compétences qui lui sont transférées en application de la loi ; qu'il est spécifié que les charges sont compensées par « le transfert d'impôts d'État » et par l'attribution de ressources budgétaires ; qu'aux termes du paragraphe III « il est créé sur un chapitre unique du budget de l'État une dotation générale de décentralisation de la collectivité territoriale de Corse qui regroupe les ressources budgétaires mentionnées aux I et II du présent article ; elle comprend en outre la dotation prévue au V du présent article, ainsi que les crédits visés au deuxième alinéa de l'article 68 » ; que, de ce dernier chef, sont visés les crédits de subvention versés par l'État à l'office du développement agricole et rural de la Corse et à l'office d'équipement hydraulique de la Corse ; que le paragraphe IV de l'article 78 a trait à la compensation des charges résultant pour la collectivité territoriale de l'exercice de ses compétences en matière de formation professionnelle ; que le paragraphe V institue une « dotation de continuité territoriale » au sein de la dotation générale de décentralisation de la collectivité territoriale de Corse ; que, selon le paragraphe VI, « un document, publié chaque année en annexe au projet de loi de finances, retrace l'évolution du montant des ressources spécifiques attribuées à la collectivité territoriale de Corse. Ce document précise en outre le montant prévu, au titre de la dotation mentionnée au III, pour la compensation de chacune des charges transférées à la collectivité territoriale de Corse » ;

57. Considérant qu'en vertu du cinquième alinéa de l'article 34 de la Constitution « les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique » ; que le premier alinéa de l'article 47 de la Constitution dispose que « le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique » ;

58. Considérant que l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances réserve, dans son article 1er, alinéa 2, à un texte de loi de finances l'édiction des « dispositions législatives destinées à organiser l'information et le contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques » ; que ces exigences sont méconnues par les dispositions précitées des paragraphes III et VI de l'article 78 de la loi déférée qui fixent des règles ayant pour objet d'organiser l'information du Parlement sur la gestion des finances publiques ;

59. Considérant dès lors que les paragraphes III et VI de l'article 78 de la loi, qui empiètent sur le domaine exclusif d'intervention des lois de finances, doivent être déclarés contraires à la Constitution ;

Décide :

Article premier :

Ne sont pas conformes à la Constitution les dispositions suivantes de la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse :

l'article 1er ;

dans le texte de l'article 7, l'article L. 369 bis ajouté au code électoral ;

dans le texte de l'article 26, les alinéas 2, 6 et 7 ;

dans le texte de l'article 78, les paragraphes III et VI.

Article 2 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Journal officiel du 14 mai 1991, page 6350, Recueil, p. 50, ECLI : FR : CC : 1991 : 91.290.DC

7. Accord de Guyane

Source : https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034519630/

PRÉAMBULE

Le 28 mars 2017, deux marches d'une ampleur historique ont réuni des milliers de Guyanais dans les rues de Cayenne et de Saint-Laurent-du-Maroni.

Ces manifestations faisaient suite à de longues années de mise en garde de l'État et des gouvernements successifs par les élus et de revendications de la population qui se sont intensifiées en 2017, exprimant un sentiment d'abandon par la République et revendiquant un traitement juste et équitable des difficultés et des défis auxquels la Guyane doit faire face.

Le mouvement traduisait à la fois une demande de plus de considération par la République et la volonté des Guyanais de prendre en main leur destin pour relever ces défis et valoriser les potentiels de leur territoire.

Ces revendications se sont exprimées dans la dignité, dans un esprit de responsabilité et sans débordement.

Le Premier ministre a d'abord dépêché une délégation interministérielle conduite par Jean-François CORDET, ancien préfet de Guyane, et chargée de préparer les discussions avec le Collectif « Pou Lagwiyann Dékolé ». Le Premier ministre a demandé aux ministres de l'intérieur et celui des outre-mer de se rendre en Guyane pour entendre les revendications du Collectif, apporter des solutions immédiates aux problèmes les plus urgents et conclure le présent Accord de Guyane - Protocole « Pou Lagwiyann dékolé ».

Celui-ci acte des mesures à différentes temporalités qui, d'une part, serviront d'amorçage pour le développement du territoire sur des bases nouvelles et qui, d'autre part, repositionneront la Guyane sur une trajectoire d' « égalité réelle » convergente avec le reste du territoire national, conformément aux dispositions de l'article 72-3 de la Constitution, premier alinéa.

En effet, les réponses apportées par l'État n'ont jamais été à la hauteur des difficultés singulières et réelles que la Guyane connaît, qui ne sont pas celles des autres outre-mer et encore moins celles des autres collectivités françaises, comme l'a très justement relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2016-589 QPC du 21 octobre 2016.

L'exceptionnelle croissance démographique de la Guyane, l'immensité de son territoire, les ressources naturelles dont elle dispose commandent de penser son développement en des termes différents, innovants et adaptés. C'est ce qu'exprime l'analyse approfondie du cahier de revendications remis par le Collectif aux deux ministres.

Le Collectif et les élus du présent protocole demandent donc que cette situation unique de la Guyane parmi les outre-mer soit reconnue de tous.

La multiplicité des revendications nécessite une approche différenciée dans la résolution des problèmes.

L'importance de la démarche et du travail de fond du Collectif réside dans le fait qu'il a su rassembler des propositions de solutions émanant d'acteurs multiples représentant toutes les facettes de la société et de l'économie guyanaises. Ces propositions s'inspirent aussi de démarches antérieures ayant mobilisé les forces vives de la Guyane ainsi que ses représentants élus, comme le Document d'orientation d'un « Pacte de développement pour la Guyane » de février 1999, la « Proposition d'Accord relatif à l'avenir de la Guyane » de 2001, ou encore les négociations relatives au pacte d'avenir en 2016 (version du 12 septembre 2016).

Elles viennent également de nombreuses associations, organisations syndicales et institutions diverses qui forment le Collectif et dont la liste non exhaustive est la suivante :

Le collectif des 500 Frères contre la délinquance, l'association Tròp Violans, le collectif des Iguanes de l'Ouest, l'association Lavi Danbwa, le collectif des expropriés de Kourou, Citoyen-Citoyennes de Guyane, le SNUipp, la FSU-Guyane, l'UNSA Education, le MDAF-Guyane, l'UTEPE, le STEG-UTG, la FCPE-Guyane, SUD-Education-Guyane, le Mouvement des enseignants citoyens de l'Ouest guyanais, les Etudiants debout, les Etudiants en formation continue à l'université, Anowi opo, le SNETAA-FO-Guyane, le Collectif des Roseaux de Mana et d'Awala-Yalimapo, le Collectif des partenaires et amis de l'école, le collectif des socio-professionnels des secteurs économique secteur agricole, la FEDELEC 973, le STVIIUG, la chambre régionale de l'économie sociale et solidaire de Guyane, le collectif Culture, le STCG, l'UGTR, le SDTG, le STIU, le Collectif des centres de loisirs, l'Union des entreprises de l'Ouest guyanais, l'UTG CMCK, l'UTG Eclairage, le Collectif des socio-professionnels des secteurs économique et agricole, la CCIG, la FTPE, l'UTPEG, l'UTG/CGT, le GRAFOGUY, Macrabo, Matoupan, Latè nou Gangan, Comou de Matoury, La Savane, IWA, le collectif Toukans, l'intersyndicale du CHAR, CRSA Guyane, le Collectif pour les familles et la jeunesse en danger, la Mission locale de Guyane, l'association 2e chance, Nexem, l'UTG, l'association SRDT, l'intersyndicale de l'ARS, l'Association des praticiens du centre hospitalier de Cayenne, Centrale UTG, l'UFAP-UNSa Guyane, le SNPPSUNS, le syndicat des hôteliers - restaurateurs cafetiers et discothèques de la Guyane, les collectifs A nou balé douvan nou la pòt, l'ordre des avocats, l'UFAP-UNSaJustice, le Conseil consultatif des populations amérindiennes et bushinenge, Nation T'leuyu, la FOAG, l'ONAG, le Collectif des premières nations, le Collectif LAWA, les collectifs Apatou, Sous le fromager, U weli, Anou même ke nou même, les oubliés de Camopi, les taureaux de Sinnamary, l'association SGSI, le mouvement Nou bon ké sa, le CREAAM, le CROS-Guyane, le Collectif pour le développement de l'art & la Culture en Guyane.

Le Collectif a structuré les revendications initialement répertoriées dans un cahier de revendications de plus de 400 pages en les articulant en 12 pôles thématiques, chaque pôle ayant priorisé ses demandes à court et moyen terme. On y retrouve : Education ; Economie ; Energie ; Foncier et Fiscalité ; Santé, Social et Médico-social ; Sécurité et Justice ; Questions relatives aux peuples autochtones et bushinengés ; Questions relatives aux communes et finances locales ; Sport et Culture.

Au terme d'un travail entre l'État et le Collectif, des relevés de décisions ont été rédigés entre l'État, représenté par la ministre des outre-mer, dûment mandatée par le Premier ministre et ayant tous pouvoirs pour signer au nom et pour le compte de l'État, et les parties contractantes soussignées faisant partie du Collectif « Pou Lagwiyann Dékolé ».

Ainsi, le 2 avril 2017, la ministre des outre-mer proposait un premier projet d'accord dit Accord de Guyane - Protocole « Pou Lagwiyann Dékolé », contenant un Plan d'urgence pour la Guyane, rejeté par le Collectif qui a considéré que ce plan de 1,086 milliard d'euros était en partie un simple réaménagement de dotations déjà programmées et qu'il était impropre à rattraper le retard endémique et structurel de la Guyane en matière d'infrastructures sanitaires, éducationnelles, sociales, routières.

Le Plan d'urgence proposé par l'État se détaillait comme suit :

- Création d'un état-major de sécurité sous l'autorité du préfet ;
- Un escadron de gendarmes mobiles sera basé à demeure en Guyane ;
- Renfort de 50 gendarmes et policiers dès 2017, puis 90 gendarmes supplémentaires entre 2018 et 2020 ; ils s'ajoutent aux 70 gendarmes et policiers

déjà arrivés en renfort sur décision du ministre de l'intérieur ; le nombre des réservistes de la gendarmerie augmentera de 50 % ; ils passeront de 200 à 300, favorisant ainsi l'emploi local et la formation ;

• Entrée de la zone de sécurité prioritaire de Saint-Laurent-du-Maroni dans sa phase opérationnelle ;

• Installation d'un échographe à l'aéroport Félix Eboué afin de lutter contre le trafic de stupéfiants ;

• Mise en place de barrages mobiles sur les routes nationales 1 et 2 ;

• Mobilisation immédiate du réseau diplomatique français pour relancer la coopération avec les pays voisins en matière de justice et sécurité, notamment pour permettre la réadmission dans leur pays des étrangers condamnés ;

• Création d'un tribunal de grande instance à Saint-Laurent-du-Maroni ;

• Construction d'une Cité judiciaire à Cayenne ;

• Construction d'un établissement pénitentiaire à Saint-Laurent-du-Maroni pour 50 millions d'euros ;

• Abandon du projet de cession du CMCK en faveur d'un projet s'inscrivant dans le secteur public ;

• Délégation en urgence de 20 millions d'euros au CHAR pour paiement de ses fournisseurs et 40 millions d'euros supplémentaires pour moderniser l'hôpital ;

• Attribution de 25 millions d'euros au CHOG pour renforcer son budget d'investissement ;

• Mise en place d'un plan exceptionnel de 5 millions d'euros pour les politiques du handicap ;

• Accompagnement de la Collectivité territoriale de Guyane dans la construction de collèges et lycées à raison de 50 millions euros par an sur 5 ans, soit 250 millions d'euros ;

• Augmentation de 10 à 15 millions d'euros par an de la dotation de l'État aux communes pour construire des écoles sur 10 ans, soit 150 millions d'euros ;

• Doublement du nombre d'intervenants en langue maternelle (ILM) dans les écoles dès la rentrée 2017 ;

• Cession gratuite à la Collectivité territoriale de Guyane et aux communes de 250 000 hectares ;

• Attribution de 400 000 hectares aux peuples autochtones au travers de l'établissement public placé auprès du Grand Conseil coutumier des populations amérindiennes et bushiningué ;

• Engagement par l'État, dès 2017, des études du doublement du pont du Larivot ; une enveloppe de 100 millions d'euros sera dédiée aux travaux ;

• Engagement par l'État d'une première tranche du doublement de la RN1 entre Cayenne et Macouria et de la RN2 entre Cayenne et Matoury pour un montant de 100 millions d'euros ;

• Lancement des études d'une deuxième tranche du doublement de la RN1 pour un montant de travaux de l'ordre de 100 millions d'euros ;

• Engagement de l'État à lancer, dès 2017, les travaux d'élaboration d'un pacte fiscal et social en Guyane pour favoriser le redémarrage de l'économie ;

• Versement d'une avance de trésorerie de 4,5 millions d'euros à la CTG pour lui permettre de régler les factures des transporteurs ;

• Pour les pêcheurs et agriculteurs, paiement des aides gérées par l'Agence de Services et de Paiement à hauteur de 3,5 millions d'euros pour les pêcheurs et 5,5 millions d'euros pour les agriculteurs et envoi immédiat d'une mission d'expertise pour accélérer les dossiers d'aides et soutenir les services de la CTG ;

• Mise en place de deux moyens nautiques (type GRAGE avec son équipage pour les frontières Est et Ouest) et, dans l'attente, l'utilisation immédiate du navire

interministériel GRAGE de façon intensive contre la pêche illégale à l'Est ;

• L'État saisit immédiatement la Commission européenne pour la mise sous le règlement général d'exemption par catégorie (RGEC) du nouveau régime d'aides spécifiques à la filière bois ;

• Transformation en subvention exceptionnelle d'équilibre du prêt de 53 millions d'euros consenti par l'AFD et la Caisse des dépôts et consignations, afin de permettre à la CTG de régler ses factures à l'égard des entreprises guyanaises ;

• Le Gouvernement portera la part de la CTG dans le fonds de compensation du RSA à 50 millions d'euros en 2017 et le maintiendra à un niveau équivalent en 2018 et 2019, pour un total de 150 millions d'euros ;

• Versement de l'État à la CTG de 9 millions d'euros pour compenser le transfert aux communes de la part du produit de l'octroi de mer en 2017.

Par ailleurs, le projet d'Accord de Guyane - Protocole « Pou Lagwiyann Dékolé » proposé par la ministre des outre-mer le 2 avril comprenait des relevés de décisions à la suite des ateliers initiés par l'État durant la nuit du 1er au 2 avril. Ces relevés de décisions n'ont pas encore fait l'objet d'un accord formel avec le Collectif.

En outre, ce même projet d'Accord de Guyane - Protocole « Pou Lagwiyann dékolé » rappelait que le Gouvernement pouvait être saisi par le Congrès des élus de Guyane d'un projet d'évolution statutaire auquel il sera répondu conformément aux dispositions de l'article 72-4 de la Constitution.

C'est pourquoi le Collectif « Pou Lagwiyann Dékolé » et les élus de Guyane ont ensuite adressé au Gouvernement une demande additionnelle de mesures très urgentes chiffrées à 2,1 milliards d'euros visant à combler les déficits d'équipements publics et à relancer les projets de désenclavement des communes isolées et de l'intérieur de la Guyane.

Le chiffrage total des mesures d'urgence demandées par le Collectif et les élus s'établit donc désormais à 3,192 milliards d'euros. Ce chiffrage est à mettre en rapport avec le montant de près de 5 milliards d'€, sur une échéance de 5 ans, proposé par les élus dans le cadre de leur travail sur le Pacte d'avenir dans sa version du 12 septembre 2016.

Le 4 avril 2017, une manifestation de la population de la même ampleur que les précédentes a amené le Collectif à demander audience au directeur du Centre Spatial guyanais et au président du Centre national d'études spatiales.

Par lettre du 9 avril 2017 adressée au président de la Collectivité Territoriale de Guyane, le Premier ministre a confirmé clairement le plan d'urgence pour la Guyane arrêté le 5 avril 2017 par le conseil des ministres pour un montant de 1,086 milliard d'urgence, sans préjudice du pacte fiscal et social et sans préjudice de la poursuite de l'examen de mesures supplémentaires.

Le 10 avril 2017, le Président de la République, en réponse à leur courrier, a adressé une lettre aux Parlementaires en ces termes :

« Ce plan d'urgence devra être complété par des mesures de moyen et de long terme qui trouveront toute leur place dans le plan de convergence pour la Guyane […]. Les propositions complémentaires qui, après concertation avec l'État, les élus, le collectif et d'autres acteurs de la société civile, seront retenues dans le plan de convergence. » « Le projet de protocole proposé au Collectif le dimanche 2 avril pourrait ainsi être complété pour acter cette démarche. »

Il s'ensuit que le collectif a analysé ce courrier comme un appel à la reprise du dialogue et une invitation à négocier une interruption du mouvement sur la base :

- d'un complément au Plan d'urgence avec des « mesures supplémentaires » ;

- et d'un retour au projet d'Accord de Guyane - Protocole « Pou Lagwiyann dékolé » du 2 avril 2017, qui incluait la possibilité pour l'État d'examiner une nouvelle demande d'évolution statutaire qui lui serait présentée par le congrès des élus de Guyane.

Le 11 avril, le Collectif adressait un courrier au Premier ministre lui rappelant le caractère insuffisant des mesures annoncées et lui demandant de prendre position sur les mesures chiffrées présentées en accord entre les élus et le Collectif.

Par courrier du 12 avril 2017 en vue de l'interruption du conflit, les Parlementaires, le Président de la Collectivité Territoriale de Guyane et le Président de l'Association des Maires de Guyane ont sollicité un rendez-vous avec le Président de la République, accompagnés d'une délégation du Collectif.

C'EST POURQUOI

- L'État, représenté par le préfet de la région Guyane,

- Le président de la collectivité territoriale de Guyane,

- Les parlementaires de Guyane,

- Le président de l'Association des maires de Guyane,

- Le Collectif « Pou Lagwiyann dékolé », représenté par M. Davy RIMANE,

conviennent des éléments suivants qui constituent l'Accord de Guyane du 21 avril 2017 - Protocole « Pou Lagwiyann dékolé » :

À court terme :

• Les élus et le Collectif prennent acte du Plan d'urgence pour la Guyane arrêté par le Conseil des ministres du 5 avril 2017 et joint au présent Accord, pour le montant de 1,086 milliard sans préjudice du pacte fiscal et social et de mesures supplémentaires ;

• L'État prend acte de la demande de mesures supplémentaires présentée le 4 avril 2017 par les élus et le Collectif et chiffrées à la somme de 2,1 milliards d'euros. Il s'engage à ce qu'elles fassent sans délai l'objet d'un examen prioritaire pour programmer et mettre en œuvre un plan additionnel tant d'investissement que de fonctionnement ;

• L'État s'engage à céder gratuitement 250 000 ha de foncier (domaine privé de l'État) à la Collectivité Territoriale de Guyane et aux communes. A l'issue de cette opération, d'autres cessions gratuites supplémentaires pourraient être envisagées. Par ailleurs, la question du foncier de l'État et de sa rétrocession totale sera à l'ordre du jour des États généraux du Projet Guyane 2017 ;

• Les élus et le Collectif, prennent acte des relevés de décisions issus des travaux menés durant la nuit du 1er au 2 avril 2017. Les discussions inachevées au sein des pôles du Collectif doivent faire l'objet de finalisation dans les meilleurs délais. Ces relevés de décisions sont annexés au présent protocole ;

• L'État, les élus et le Collectif en rappelant les termes du projet d'Accord de Guyane - Protocole « Pou Lagwiyann Dékolé » du 2 avril 2017, rédigé par les services de l'État : « le Gouvernement peut être saisi par le Congrès des élus de Guyane d'un projet statutaire ou institutionnel auquel il sera répondu conformément aux dispositions de l'article 72-4 de la Constitution », conviennent :

- que le Gouvernement fera l'objet d'une saisine par le Congrès des Elus de Guyane d'un projet d'évolution statutaire, le cas échéant, par référence au projet d'accord sur l'avenir de la Guyane adopté le 29 juin 2001, et par extension au Projet Guyane. Le Président de la Collectivité Territoriale de Guyane convoquera un Congrès pour l'ouverture des travaux des États Généraux du Projet Guyane en 2017 ;

- et qu'ainsi saisi, le Gouvernement devra répondre à ce projet conformément aux dispositions de l'article 72-4, alinéa 2, de la Constitution. Dans le même temps, le Gouvernement s'engage à prendre les dispositions nécessaires pour la publication d'un décret convoquant le corps électoral guyanais pour une consultation de la

population sur l'évolution statutaire selon un calendrier négocié entre la CTG et l'État.

À moyen terme :

Les Elus, le Collectif et l'État conviennent de l'élaboration, à venir, du Projet Guyane issu des travaux des États Généraux qui portera des ambitions à plus long terme pour la Guyane et fera l'objet de discussions en format tripartite État-Elus-Société civile.

En tout état de cause :

Les signataires s'engagent à n'initier aucune procédure disciplinaire, civile, pénale ou administrative (notamment les contraventions de grande voirie) à l'encontre des participants aux mouvements de revendications de février à avril 2017.

Le présent Accord de Guyane - Protocole « Pou Lagwiyann dékolé » comprend le présent document ainsi que le Plan d'urgence pour la Guyane, les relevés de décisions annexés, les courriers ministériels y faisant référence et les relevés de décisions, le tout formant un ensemble de même valeur juridique.

Le présent Accord de Guyane - Protocole « Pou Lagwiyann dékolé » vise à venir en supplément de tout document ou plan d'accompagnement élaboré par les collectivités publiques guyanaises. Le présent accord sera soumis à une validation interministérielle sous l'égide du Premier ministre.

Un comité de suivi du présent Accord, constitué de représentants de l'État, des parlementaires de la Guyane, du Collectif « Pou Lagwiyann Dekolé » et des collectivités territoriales de Guyane, se réunira à périodicité régulière, à l'initiative d'une des parties, pour s'assurer de la mise en œuvre du présent Accord.

Les comptes rendus seront communiqués pour publication aux médias écrits et audiovisuels locaux et nationaux.

En conséquence, le Collectif décide la levée des barrages mis en place dans les différentes communes de Guyane, dès signature du présent Accord par les parties et validation.

Le présent Protocole sera publié au Journal officiel de la République française. Fait à Cayenne, le 21 avril 2017.

III. Régime des cultes en Guyane

1. Les principes constitutionnels ne prospèrent pas à l'encontre du régime rémanent[1] des cultes en Guyane

Florence Faberon

Professeure de droit public à l'Université de Guyane, membre du laboratoire MINEA (EA 7485) et membre associé du Centre Michel de l'Hospital de l'Université Clermont Auvergne (EA4232)

En hommage au professeur Claude Deves

Introduction

« Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu »[2]. Cette affirmation, d'une simplicité biblique, évoque les très anciennes origines du principe de séparation des Églises et de l'État, c'est-à-dire de la laïcité. Si le régime, en France, en a été fixé par la loi du 9 décembre 1905 (« clé de voute de la laïcité » pour le Conseil d'État[3]), celle-ci n'établit pas en elle-même les limites de la laïcité. Le principe d'égalité et celui de laïcité qui en constitue une application essentielle sont, dans leur généralité universaliste, des fondements de la République. Ils sont constitutionnels. Le Conseil constitutionnel cependant, tout en rappelant ces principes, n'omet pas d'en affirmer les possibles exceptions. Il étend cette méthode aussi aux principes de libre administration des collectivités et de compensation financière des charges transférés aux collectivités territoriales.

La République française est une mais elle n'est pas uniforme. La Guyane constitue une situation exceptionnelle avec l'application d'une ordonnance royale du 27 août 1828 du temps où la Constitution française proclamait le catholicisme religion d'État[4] et où s'appliquait une rémunération publique des ministres du culte réservée à la seule religion catholique[5], il est vrai alors pratiquement la seule ayant cours dans la colonie.

---

[1] Le terme « rémanent » (du latin *remanere* qui signifie durer) se dit d'un phénomène qui persiste alors que ses causes ont disparu. À propos du régime des cultes en Guyane le rapporteur public Mme Aurélie Bretonneau parle d' « une rémanence du statut colonial de la Guyane » (conclusions sur CE, 3 mars 2017, *Collectivité territoriale de la Guyane,* n° 405823, p. 4).

[2] Luc 20 : 24 ; Marc 12 : 17 ; Matthieu 22 : 21.

[3] Conseil d'État, *Un siècle de laïcité*, Paris, La documentation française, 2004, 479 p.

[4] « La religion catholique, apostolique et romaine est la religion d'État » (article 6 de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814).

[5] Voir Maude Elfort, « Le régime particulier du culte en Guyane française », in Jacques Fialaire (dir.), *Liberté de culte, laïcité et collectivités territoriales*, Paris, Litec, 2007, p. 189-197 ; voir aussi Émile Poulat, « La Guyane et son régime religieux dans le système français », in Jean Baubérot et Jean-Marc Regnault (dir.), *Relations Églises et autorités outre-mer de 1945 à nos jours*, Paris, Les Indes savantes, 2007, p. 27-30.

Conformément à la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, « les colonies sont régies par des lois et règlements particuliers ». En 1854, le sénatus-consulte du 3 mai place la Guyane dans une situation tout à fait particulière en la soumettant aux ordonnances royales. Quant au Concordat de 1801, il ne s'applique pas par lui-même aux colonies pas plus que la loi du 9 décembre 1905. Si le Concordat est introduit par décrets, aux Antilles et à la Réunion[6], il ne l'est pas en Guyane. La loi de 1905 prévoyait des règlements d'administration publique devant déterminer « les conditions dans lesquelles [la loi] sera applicable à l'Algérie et aux colonies ». Ces règlements ont bien été pris pour la Guadeloupe, la Martinique ou la Réunion mais pas pour la Guyane. La départementalisation de la Guyane en 1946 n'a pas changé cette situation. Il est vrai que l'Évêque de Guyane n'y était pas favorable et avait fait une demande expresse en ce sens auprès du ministre de l'Intérieur. C'est ainsi toujours l'ordonnance du 27 août 1828 qui s'applique comme l'a rappelé le juge administratif le 9 octobre 1981[7] et seuls les prêtres catholiques sont rémunérés hier par l'État puis par le département[8] et aujourd'hui par la collectivité territoriale de Guyane[9], jusqu'à leur soixante-cinquième année[10].

Cette histoire et la réalité présente d'un régime des cultes aussi original nous interroge sur ses fondements juridiques. Or, un contentieux récent a permis de fixer la relation de ce régime des cultes aux principes constitutionnels[11]. Au cœur de ce contentieux, qui a impliqué différents ordres de juridiction, se trouvent des enjeux financiers liés à la rémunération des prêtres catholiques par la collectivité de Guyane. La puissance publique privilégie-t-elle un culte en rémunérant les représentants du culte catholique : qu'en est-il dans cet ensemble du principe de laïcité dont Jean Rivero disait en 1949 qu'il sent la poudre ?[12]

---

[6] Décrets du 18 décembre 1850 et du 3 février 1851.

[7] CE, 9 octobre 1981, *Beherec*, n° 18649 ; voir aussi CE, 8 novembre 1963, *Leb*., p. 533 ; CE, 19 juin 2006, *Association de la mission du plein évangile*, *Revue de droit fiscal*, novembre 2007, p. 30-31.

[8] Voir la loi du 13 avril 1900 portant fixation du budget général des dépenses et recettes de l'exercice 1900 et le décret du 21 août 1900 relatif à l'article 33 de la loi de finances du 13 avril 1900.

[9] Pour un rappel du contexte historique de la Guyane en matière administrative et religieuse, voir le commentaire de la décision n° 2017-633 QPC du 2 juin 2017, *Collectivité territoriale de la Guyane* : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2017633qpc/2017633qpc_ccc.pdf. Sur cette décision voir *JCP A*, 11 septembre 2017, p. 16-19, note M. Verpeaux ; *AJDA*, 2017, p. 1779-1784, note L. Fermaud

[10] La limite de 65 ans a été fixée en 1996.

[11] En 2014, le conseil général de la Guyane (devenu depuis, par fusion avec le conseil régional, collectivité territoriale de la Guyane) a décidé de mettre fin à la rémunération de 26 prêtres catholiques par arrêtés qui ont été annulés par le tribunal administratif de la Guyane. Le préfet a procédé à un mandatement d'office pour une somme de plus d'un million d'euros. Une instance indemnitaire a été alors introduite à l'encontre de l'État et une question prioritaire de constitutionnalité a été déposée et finalement renvoyée au Conseil constitutionnel par le Conseil d'État par une décision du 3 mars 2017. Sur le recours indemnitaire, voir TA de la Guyane, 27 décembre 2018, *Collectivité territoriale de la Guyane*, n° 1500357 (absence du caractère anormal du préjudice en raison de la faible importance des sommes considérées par rapport au budget de la collectivité ; le rapporteur public dans ses conclusions parle d'un préjudice relativement grave et non pas d'anormalement grave – souligné par le rapporteur) ; sur la question prioritaire de constitutionnalité, voir CC, n° 2017-633 QPC du 2 juin 2017, *Collectivité territoriale de la Guyane*, précitée.

[12] « La notion juridique de laïcité », *Dalloz*, 1949, chron. XXXIII, p. 147.

La décision du Conseil constitutionnel n° 2017-633 QPC du 2 juin 2017 se livre à un exercice remarquable. Relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 36 de l'ordonnance royale du 27 août 1828[13] et de l'article 33 de la loi du 13 avril 1900[14], elle affirme l'application des principes constitutionnels concernés en Guyane et dans un même mouvement elle écarte le régime des cultes découlant de ces textes.

Le droit est fixé ainsi : le régime des cultes en Guyane (en 1828 il ne pouvait s'agir que du régime du culte catholique) ne remet pas en cause les principes constitutionnels, ni le principe de laïcité ni davantage les principes d'égalité, de libre administration ou de compensation financière des charges transférées aux collectivités territoriales. Si chacun de ces principes s'applique sur le territoire de la République donc en Guyane, aucun d'entre eux n'est transgressé au sein de la collectivité territoriale de Guyane en raison de sa situation particulière, de son histoire, des éléments financiers considérés. Tous ces éléments lui permettent de contourner les principes sans les remettre en cause. Le droit local des cultes en Guyane n'est pas une atteinte aux principes constitutionnels mais une exception à ces principes : il les contourne.

I. Le principe de laïcité coexiste avec des « îlots de non-laïcité »[15]

Le principe de laïcité s'applique sur tout le territoire de la République, y compris par exemple en Nouvelle-Calédonie, où elle y est parfois qualifiée de « laïcité d'importation »[16]. Comme le note Émile Poulat, « notre laïcité française serait une forêt dont il faut découvrir les chemins »[17], la laïcité ne se vit pas tout à fait de manière identique sur tout le territoire de la République jusqu'à pouvoir identifier de véritable « îlots de non-laïcité » qui existent sans même contrevenir au principe constitutionnellement consacré. La laïcité n'est pas une, elle est différenciée[18]. Nous vivons en France une laïcité singulière revendiquant la neutralité et autorisant dans certaines circonstances les financements publics des cultes[19], voire la rémunération publique des représentants des

[13] « Le gouverneur veille au libre exercice et à la police extérieur du culte, et pourvoir à ce qu'il soit *entouré de la dignité convenable* » (souligné par nous). L'article 90 prévoir que [les attributions de l'officier de l'administration de la marine, remplissant les fonctions d'ordonnateur] comprennent […] *le paiement des ministres du culte* » (souligné par nous).

[14] La loi portant fixation du budget général des dépenses et recettes de l'exercice 1900 inclut, dans les dépenses supportées par les budgets des colonies, toutes les dépenses civiles.

[15] Voir Frédéric Dieu, « Convictions religieuses et ajustements de la norme commune : raideur théorique et souplesse jurisprudentielle », *Revue du droit des religions*, 2019-7, n° 61.

[16] Voir François Garde, « La laïcité dans le Pacifique francophone », in Frédéric Angleviel (dir.), *Religion et sacré en Océanie*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 119.

[17] « La Guyane et son régime religieux dans le système français », in Jean Baubérot et Jean-Marc Regnault (dir.), *Relations Églises et autorités outre-mer de 1945 à nos jours*, *op. cit.*, p. 27.

[18] Voir Christophe de Saint-Pern, « Le Conseil constitutionnel face au 'droit local des cultes', Association IDPA, 2017, p. 3 (https://association-idpa.com/blog-articles/2017/11/24/le-conseil-constitutionnel-face-au-droit-local-des-cultes-).

[19] Sont visés les financements qui répondent à intérêt public et dont l'objet n'est pas directement cultuel (voir CE, Ass., 19 juillet 2011, *Commune de Trélazé,* n° 308544, *Leb*., p. 370 ; CE, Ass., 19 juillet 2011, *Fédération de la libre-pensée et de l'action sociale du Rhône et Picquier,* n° 308817, *Leb*., p. 392 ; CE, Ass., 19 juillet 2011, *Communauté urbaine du Mans, Le Mans métropole*, n° 309161, *Leb*., p. 394 ; CE, Ass., 19 juillet 2011, *Commune de Montpellier,* n° 320796, *Leb*., p. 395 : sur ces arrêts, voir *AJDA*, 2014, p. 124-125, obs. S. Hubac ; voir aussi *JCP G*, 24 octobre 2011, p. 1938-1941, obs. A. Chaminade ;

cultes. Un droit local des cultes est compatible avec la laïcité au point de déconcerter certains auteurs[20].

A. La Guyane soumise au principe de laïcité

La République française est laïque et, dans cet ensemble, la liberté religieuse est tout à la fois garantie et encadrée. La laïcité ne remet pas en cause la liberté de croire, de vivre sa foi, y compris collectivement. Pas davantage, elle ne saurait remettre en cause le droit de convaincre. Toutefois, la liberté religieuse ne saurait aller jusqu'à remettre en cause l'ordre établi. Partie liée à la liberté religieuse, la laïcité n'est ni une négation ni un dénigrement du religieux. « Elle n'est pas 'l'ignorance du fait religieux' mais la forme française du principe de liberté religieuse »[21]. Cependant, il existe plusieurs conceptions de la laïcité, fermées ou ouvertes comme en Italie où la laïcité peut admettre la présence de crucifix dans les salles de classes[22]. En France, la laïcité s'entend d'une neutralisation du religieux dans l'espace public, d'autant plus à l'heure de la substantialisation de l'ordre public. Pourtant, particulièrement outre-mer, les religions s'affichent et démontrent une forme d'émancipation des règles de la laïcité. Un droit local des cultes mais aussi un état de fait local des cultes donnent à la laïcité des couleurs bigarrées ou du moins exprime des réalités différenciées. La laïcité s'adapte dans un contexte généralement apaisé, la religion pouvant dans certains des outre-mers

---

de manière générale, sur le financement des cultes, voir Émilie Bokdam-Tognetti, « Le financement des cultes dans la jurisprudence du Conseil d'État », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016, p. 33-52). Dès avant 2011, des subventions aux associations cultuelles sont possibles, dans le respect des lois en vigueur, quand la loi de 1905 ne s'applique pas (CE, 16 mars 2005, *Ministre de l'Outre-mer c/ Gouvernement de la Polynésie française*, *RFDC*, 2005/3, p. 631-638, obs. O. Guillaumont : malgré le principe de neutralité, les subventions autorisées en cas d'intérêt général ; avec cet arrêt, le principe de laïcité est reconnu comme ayant rang constitutionnel sans référence aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ; voir aussi sur la même affaire CAA de Paris, 31 décembre 2003, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, *AJDA*, 2004, p. 774-777, note B. Folscheid).

[20] Elsa Forey se disait déconcertée et inquiète par la décision du Conseil constitutionnel de 2013 relative au régime des cultes en Alsace-Moselle (voir « Le Conseil constitutionnel au secours du droit local des cultes », *AJDA*, 2013, p. 109 et 112). Elle ne peut que l'être davantage encore par celle de 2017 relative au régime des cultes en Guyane alors même qu'il n'y a pas de commune mesure entre l'histoire subie des relations de la France avec l'Allemagne et l'histoire du régime de la Restauration et l'existence d'une Religion d'État.

[21] Voir Jean-Marc Sauvé, « Audition par l'Observatoire de la laïcité », 10 avril 2018 (https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/audition-par-l-observatoire-de-la-laicite) où il affirme en quoi « le Conseil d'État a joué un rôle important, marqué par une volonté de conciliation et d'apaisement ». Il est question d'un véritable « équilibre des relations voulu entre l'État et les Églises ».

[22] Pour le Conseil d'État italien (13 février 2006), des crucifix peuvent être installés dans les salles de classes des écoles publiques : ils peuvent « dans un horizon laïc » exprimer « de façon symbolique mais adéquate, l'origine religieuse des valeurs de tolérance, de respect réciproque, de valorisation de la personne, d'affirmation de ses droits, de respect pour sa liberté, d'autonomie de la conscience morale à l'égard de l'autorité, de solidarité humaine, de refus de toute discrimination qui caractérisent la civilisation italienne ». Si, le 3 novembre 2009, la CEDH avait sanctionné l'Italie en ce que le symbole du crucifix a une pluralité de significations parmi lesquelles la signification religieuse est prédominante et avait considéré que l'exposition obligatoire de ce symbole était contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, finalement la CEDH considèrera que la présence du crucifix dans les salles de classe italiennes ne viole aucune stipulation de la Convention (CEDH, 18 mars 2011, *Lausti c/ Italie* : « Le choix de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques relève en principe de la marge d'appréciation de l'État défendeur »).

aller jusqu'à irriguer la vie publique comme en Océanie[23]. Et évidemment, il faut compter avec les fortes singularités de l'Alsace-Moselle[24] dont la situation est extrêmement originale.

La laïcité constitutionnalisée *via* les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République n'est pas sans limites et nous interroge d'autant plus fortement alors que l'on assiste aujourd'hui à une reviviscence spécifique de l'expression religieuse et même à un accroissement des formes de violence se revendiquant de pratiques religieuses. Il arrive que la religion soit érigée en combat politique ce qui questionne d'autant plus sur la compatibilité du fait religieux avec la République laïque. Pourtant au-delà des individus ou des factions qui peuvent toujours représenter un danger social, la religion est capable de relier dans le respect de la laïcité. Mais de quelle laïcité parlons-nous ? Une laïcité libérale, ouverte mais ferme quant aux principes républicains ; une laïcité respectueuse du pluralisme religieux et vigilante eu égard aux risques de communautarismes ; une laïcité d'apaisement et non de combat[25]. Comme le rappelle Jean-Marc Sauvé

> « le Conseil d'État a participé, aux côtés du constituant et du législateur, à la construction des fondements de la laïcité et à son affirmation progressive, tout en veillant particulièrement au respect des libertés, qui sont à la fois le socle et la limite de ce principe »[26] :

neutralité, sonnerie des cloches, convois funéraires, financements, crèches de Noël, port du burkini, port des signes religieux dans les espaces publics, édification sur une place publique d'une statue du Pape Jean-Paul II…

Le principe constitutionnel de laïcité s'exerce évidemment en Guyane comme sur l'ensemble du territoire de la République française[27], contrairement à la loi de 1905 pour laquelle nous avons vu précédemment que les textes n'ont jamais été pris pour assurer son extension[28]. La décision du Conseil constitutionnel du 2 juin 2017 le rappelle explicitement

---

[23] Voir Florence Faberon et Jean-Yves Faberon, *Religion et société en Nouvelle-Calédonie et en Océanie*, Clermont-Ferrand, Les éditions du Centre Michel de l'Hospital-LGDJ-Lextenso éditions, 2013, 484 p.

[24] Voir par exemple Francis Mesner, « Le régime spécifique de l'Alsace-Moselle », in Florence Faberon (dir.), *Liberté religieuse et cohésion sociale*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 511-525 ; voir aussi Francis Messner, Pierre-Henri Prélot et Jean-Marie Woehrling (dir.), *Traités, Droit français des religions*, Paris, LexisNexis, 2013, 2001 p. ; CC, n° 2011-157 QPC, *Société Somodia*, *RFDA,* 2012, note J.-M. Woehrilng ; CC, n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité, Les Annales de droit*, 2013, obs. H. Bouillon, p. 9-31; *GP*, octobre 2013, p. 20, chr. M.-A. Granger ; voir aussi le commentaire du Conseil constitutionnel.

[25] Voir Florence Faberon (dir.), *Laïcité et pluralisme religieux*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, 294 p.

[26] Voir l'intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, lors du dîner annuel de la Grande Loge de France, « La France est une République laïque », 21 septembre 2013 (https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-france-est-une-republique-laique).

[27] Voir CC, n° 2012-297 du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*, et CE, 16 mars 2005, *Ministre de l'Outre-mer c/ Gouvernement de la Polynésie française*, précités.

[28] Pour une application du principe de laïcité en-dehors de la loi de 1905, voir CE, 6 avril 2011, *SNES*, n^{os} 219379, 221699, 221700 et l'affirmation du principe de laïcité et du maintien du droit local des cultes comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

au sujet du régime des cultes en Guyane tout en appliquant à la Guyane un raisonnement déjà fixé pour l'Alsace-Moselle. Pourtant l'historicité du régime applicable en Guyane est de nature bien différente, encore plus spécifique et constitue une survivance de la colonisation. Souvenons-nous que l'ordonnance royale de 1828 est maintenue en 1948 parce que la Guyane est toujours considérée alors comme un « pays de missions parmi les infidèles »[29]. On doit observer cette situation très particulière d'un seul culte concerné que l'on ne retrouve pas en Alsace-Moselle. L'égalité des religions entre elles se trouve interrogée.

B. Le principe de laïcité contourné par les dispositions particulières du régime des cultes en Guyane

L'article 1er de la Constitution de 1958 affirme que « La France est une République […] laïque. […] Elle respecte toutes les croyances ». En application de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 :

> « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

La liberté religieuse est un droit constitutionnellement garanti et protégé dont l'expression doit se concilier avec le principe de laïcité.

Dans la France des outre-mers[30] (le pluriel nous paraît essentiel tant la France ultramarine est diverse sur tous les continents de notre planète) les situations au regard des cultes sont variées avec en-deça et au-delà des océans, soit l'application de la loi de 1905, soit l'application des décrets Mandel de 1939 et de leurs missions religieuses, soit une non prise en charge publique de la rémunération des ministres du culte ou au contraire cette prise en charge.

La collectivité territoriale de Guyane soutient que le principe de laïcité se trouve méconnu en raison de la rémunération qui lui est imposée des ministres du culte catholique. Dès lors que la République est laïque, le Conseil constitutionnel rappelle tant en 2013 (décision relative à l'Alsace-Moselle n° 2012-297 QPC du 21 février 2013) qu'en 2017 (décision sur la Guyane) que

> « le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ».

Pourtant même si comme poursuit le Conseil constitutionnel ce principe « implique que celle-ci ne salarie aucun culte », il n'y est pas contrevenu par la rémunération publique de ministres du culte à l'instar de la rémunérations des pasteurs des églises protestantes en Alsace et en Moselle.

---

[29] Jules Moch, ministre de la Marine, cité par Aurélie Bretonneau, conclusions sur CE, 3 mars 2017, Collectivité territoriale de Guyane, précité, p. 4.

[30] Voir par exemple Clément Benelbaz, « La diversité des régimes des cultes dans les outre-mers français », in Florence Faberon (dir.), *Liberté religieuse et cohésion sociale*, *op. cit.*, p. 527-538 ; voir aussi, Olivier Gohin, « Religion, personnels et adaptation du droit dans les outre-mers français », in Florence Faberon (dir.), *Liberté religieuse et cohésion sociale*, *ibid.*, p. 539-552.

> En effet « il ressort tant des travaux préparatoires du projet de la Constitution du 27 octobre 1946 […] que de ceux du projet de la Constitution du 4 octobre 1958 […] qu'en proclamant que la France est une 'République laïque', [elle] n'a pas pour autant entendu remettre en cause les dispositions législatives ou règlementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République lors de l'entrée en vigueur de la Constitution et relatives à l'organisation de certains cultes et, notamment la rémunération de ministres du culte ».

Fort de ce principe, qu'il a posé en 2013, le Conseil constitutionnel a décidé de le transposer en Guyane malgré la très considérable différence de contexte. Le Conseil constitutionnel reprend à l'identique le considérant précité.

C'est ici une rédaction « remarquable » et « englobante » pour reprendre les termes du rapporteur Aurélie Bretonneau[31]. Cette dernière parle aussi à propos du principe de laïcité d'une « mise en musique du principe d'égalité ». Les principes sont parties liées. Ils s'appuient mutuellement les uns les autres. L'exclusion de l'un nourrit l'exclusion des autres et inversement.

II. Les principes d'égalité, de libre administration des collectivités territoriales et de compensation financière des charges transférées aux collectivités territoriales sont contournés par le caractère particulier, marginal et préexistant des financements en cause en Guyane

Plusieurs principes ont été invoqués par les requérants. La religion questionne le droit à tous les niveaux de sa hiérarchie sans omettre la source éminente, la « norme mère » : la Constitution. L'égalité est au cœur de la requête mais aussi la libre administration des collectivités territoriales qui revendique une véritable autonomie financière. La décentralisation est illusoire sans moyens. Jusqu'où est-il possible de demander à une collectivité territoriale d'assumer des dépenses de nature religieuse ? Une collectivité publique peut-elle être la seule à assumer une telle charge sans contrevenir au principe d'égalité ? L'État doit-il compenser cette charge et dans quelle mesure ? Le juge constitutionnel rappelle ici une jurisprudence désormais traditionnelle : il est possible de traiter différemment des situations différentes. Par ailleurs, la liberté n'est pas remise en cause par la mise à la charge d'une collectivité de dépenses suffisamment précises et de faible impact financier. Quant à la compensation financière, nouvelle invitée dans la Constitution, elle ne peut être invoquée à l'encontre de dispositions antérieures à son article 72-2 nouveau.

A. Quand traiter différemment des cultes n'est pas contraire au principe d'égalité

Le principe d'égalité est invoqué sous deux aspects dans l'affaire qui nous intéresse : d'une part la rupture d'égalité entre les cultes et d'autre part la rupture d'égalité entre les collectivités territoriales. Alors que le Conseil constitutionnel dans sa décision de 2013 n'a pas traité expressément de la question de l'égalité entre les cultes, en 2017 après avoir rappelé son considérant de principe en matière d'égalité[32], il examine

[31] Sur CE, 3 mars 2017, *Collectivité territoriale de Guyane*, n° 405823, p. 4.

[32] « Le principe d'égalité 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

successivement les deux aspects du principe d'égalité dont il est question ; il en déduit l'existence d'une différence de situation justifiant une différence de traitement.

S'agissant du principe d'égalité entre les cultes : « la différence de traitement entre le culte catholique et les autres cultes exercés en Guyane résultant des dispositions contestées » n'est pas attentatoire à la Constitution. Pour le Conseil constitutionnel, la différence de traitement tient à une différence de situation. Relativement à l'égalité entre les collectivités territoriales, nulle autre collectivité sur le territoire de la République ne supporte une charge équivalente pas même en Alsace-Moselle où la charge incombe à l'État. La rémunération des ministres du culte est prise en charge par la collectivité territoriale de Guyane et un seul culte est ici concerné. Dans d'autres territoires où la loi de 1905 ne s'applique pas ce n'est pas la collectivité qui assume cette charge mais les missions religieuses (Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Wallis-et-Futuna, Polynésie française, Nouvelle-Calédonie, Terre australes et antarctiques françaises). S'il existe une exception notable, avec l'Alsace-Moselle, la rémunération y est le fait de l'État et elle ne concerne pas qu'une seule religion sans les prendre en considération toutes. La Guyane connaît en matière de culte une spécificité toute particulière, plus particulière encore qu'en Alsace-Moselle. Or le Conseil constitutionnel identifie ici des situations différentes en rapport avec l'objet de la loi qui permettent de justifier un traitement différent.

B. Quand marginalité et préexistence des financements concernés justifient un contournement de principes constitutionnels

Libre administration et autonomie financière des collectivités territoriales sont au cœur du processus de décentralisation, l'autonomie financière étant reconnue comme un élément de la libre administration[33]. La décentralisation se réalise avec des moyens humains et financiers. À cet égard, l'article 72 de la Constitution affirme un principe de libre administration[34], au demeurant opérant en QPC[35]. Ce principe s'exerce dans le cadre de la loi. L'article 72-2 de la Constitution décline quant à lui les éléments d'une autonomie financière : est ainsi reconnue la faculté aux collectivités de recevoir tout ou partie des impositions de toute nature. Les recettes fiscales et l'ensemble des ressources propres des collectivités doivent constituer une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources. Une loi organique du 29 juillet 2004 garantit notamment le maintien de la part des ressources propres à un niveau équivalent au minimum à celui de 2003. Un dispositif de péréquation entre collectivités

---

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 ».

[33] Voir CC, n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales* ; voir aussi CC, n° 90-277 DC du 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*.

[34] Pour une consécration constitutionnelle du principe, voir CC, n° 79-104 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.*

[35] Voir CC, n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque* et n° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autres*.

se trouve inscrit dans la Constitution. Mais encore les collectivités se voient reconnaître un principe de juste compensation en ce que chaque transfert de compétences doit donner lieu à un transfert financier équivalent, à la date du transfert avec les conséquences et les risques que nous connaissons en matière d'effets ciseaux. Ce principe de juste compensation ne vaut que pour les transferts de compétences et non pour les créations ou les extensions (l'obligation est ici celle d'un accompagnement par des ressources déterminées par la loi et uniquement pour les dépenses obligatoires)[36].

Cette libre administration, qui ne saurait être entravée[37], est-elle remise en question lorsque l'État met à la charge d'une collectivité territoriale la rémunération de représentants du ministère du culte catholique ? Cette charge, qui en l'espèce, représentait en 2015, 0,3 % des dépenses de fonctionnement de la collectivité départementale de Guyane est-elle en infraction à la Constitution ? Est-elle suffisamment délimitée, répond-t-elle à un motif d'intérêt général ? Les dépenses obligatoires mises ainsi à la charge de la collectivité territoriale sont-elles suffisamment précises ? Si le législateur peut attribuer des catégories de dépenses à des collectivités, il convient de définir les obligations ainsi considérées de manière précise (objet, portée)[38]. Obligations ou interdictions doivent encore répondre à des fins d'intérêt général[39]. En l'espèce, le juge constitutionnel considère que les obligations déterminées imputées à la collectivité territoriale sont suffisamment précises. Plus encore, la faible importance de ces dépenses au regard du budget de la collectivité territoriale ne permet pas de considérer que soit remis en cause le principe de libre administration constitutionnellement garanti. Quant au principe de compensation financière, il est considéré comme inopérant dès lors que le transfert concerné est antérieur à l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003[40] qui l'établit.

Conclusion

La France est une terre de liberté, de religions et de laïcité[41]. Les principes constitutionnels de laïcité et d'égalité tout comme ceux de libre administration des collectivités territoriales et de compensation financière des charges transférées à ces collectivités n'empêchent pas qu'en Guyane le régime local du culte perdure parce qu'il est spécifique, ancien et de faible impact financier. La République française est indivisible mais elle est plurielle[42]. Elle repose d'ailleurs de plus en plus sur un principe de différenciation territoriale pour que vivent les identités propres des

---

[36] CC, n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005*, Loi de programmation pour la cohésion sociale*.
[37] Par exemple : CC, n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* ; n° 2000-432 DC du 12 juillet 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000* ; n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*.
[38] Voir CC, n° 90-274 DC du 29 mai 1990, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*.
[39] CC, n° 2011-146 QPC du 8 juillet 2011, *Département des Landes*.
[40] Voir dans le même sens CC, n° 2011-143 QPC du 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault*.
[41] Voir Florence Faberon (dir.), *Liberté religieuse et cohésion sociale*, *op. cit.*
[42] Jean-Marc Sauvé dit : « La laïcité de notre République apparaît comme une idiosyncrasie française, produit de son histoire, et comme un élément constitutif de l'identité nationale ». Il ajoute qu' « il faut reconnaître le pluralisme religieux sans ouvrir la porte au communautarisme » (voir l'intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, lors du dîner annuel de la Grande Loge de France, *op. cit.*).

collectivités et des populations coexistant sans remettre en cause une identité nationale expression des valeurs partagées dans un destin commun.

La collectivité guyanaise si spécifique comparé à toutes les insularités ultra-marines françaises, nous donne, sur le sujet ici traité, une construction subtile et ferme, témoin d'un État de droit capable d'assumer la diversité de notre République. Le droit est dit, il n'est pas monolithique et l'autorité judiciaire exerce sa régulation.

2. L'appréciation du régime des cultes en Guyane par le juge administratif

Thomas Vollot

Conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, Rapporteur au tribunal administratif de la Guyane

Le 27 décembre 2018, le tribunal administratif de la Guyane a rejeté le recours formé par la collectivité territoriale de Guyane demandant la condamnation de l'État à lui verser les sommes de 7,5 millions d'euros du fait des salaires versés aux prêtres de l'Église catholique de 2009 à 2015 ainsi que de 20 millions d'euros au titre des préjudices subis du fait du régime dérogatoire des cultes applicable au territoire[1]. Par ce jugement, le tribunal administratif a mis en exergue la spécificité du régime juridique du culte catholique en Guyane en statuant sur sa conventionnalité au regard de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et en examinant s'il était susceptible d'engager la responsabilité de l'État.

En France, à compter de la Révolution, l'État a décidé de d'encadrer l'exercice des religions par des lois. Les premiers régimes des cultes ont alors été créés. Ainsi, le 12 juillet 1790, les révolutionnaires ont voté la Constitution civile du clergé qui, concernant uniquement le culte catholique, obligeait les prêtres à prêter le serment solennel d'être fidèle à la nation, à la loi, au roi et à la Constitution décrétée par l'Assemblée nationale. À cet égard, il y a lieu de relever que la Guyane fut le lieu de déportation de certains prêtres réfractaires, qui refusèrent de prêter serment. Quelques années plus tard, le Concordat de 1801 réorganise les relations entre la puissance publique et les religions. Enfin, après plus d'un siècle, la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État est votée. Elle introduit le concept de laïcité en droit français, avec ses deux versants : la République, d'une part, garantit le libre exercice des cultes et, d'autre part, ne reconnaît, ne salarie et n'en subventionne aucun.

Parmi cette succession de régimes nationaux des cultes, la Guyane présente la particularité de ne pas avoir été comprise dans leur périmètre. Si la Constitution civile du clergé ne semble pas aborder la question des territoires ultra-marins, le Concordat de 1801 a été uniquement étendu aux Antilles et à la Réunion par les décrets du 18 décembre 1850 et du 3 février 1851. En ce qui concerne la loi du 9 décembre 1905, son article 43 précise que des décrets détermineront son application « en Algérie et aux colonies ». Si un décret du 6 février 1911 a précisé que la loi de 1905 s'appliquait également aux territoires de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion, la Guyane est demeurée hors du champ d'application. Enfin, la loi de départementalisation du 19 mars 1946 aurait pu être l'occasion d'appliquer le régime national des cultes à l'ancienne colonie pénitentiaire, mais l'occasion n'a pas été saisie.

[1] TA de la Guyane, 27 décembre 2018, *Collectivité territoriale de Guyane*, n° 1500357.

À défaut d'application du régime instauré par la loi du 9 décembre 1905, les cultes en Guyane sont régis par une législation spécifique créée en 1828 et, complétée en 1900, qui a été déclarée conforme au bloc de constitutionnalité[2].

D'une part, à l'aune de l'article 36 de l'ordonnance royale du 27 août 1828 concernant le gouvernement de la Guyane française, Charles X a confié au gouverneur la mission de veiller

> « au libre exercice et à la police extérieure du culte, et pourvoit à ce qu'il soit entouré de la dignité convenable ».

Ensuite, le second alinéa précise

> qu' « aucun bref ou acte de la cour de Rome, à l'exception de ceux de la pénitencerie ne peut être reçu ni publié dans la colonie qu'avec l'autorisation du gouverneur, donné d'après nos ordres ».

À la lecture de cet article, le Conseil constitutionnel a considéré que :

> « en prévoyant que le gouverneur pourvoit à ce que le culte soit entouré de la dignité convenable, le 1° de l'article 36 de l'ordonnance royale du 27 août 1828 pose le principe de la rémunération des ministres du culte en Guyane par la collectivité publique ».

Également, il a affirmé que cet article n'a de portée qu'à l'égard du culte catholique, « dont le 2° mentionne d'ailleurs les brefs et actes de la 'cour de Rome' »[3].

En plus de conférer une conséquence financière aux termes « entouré de la dignité convenable », les juges de la galerie de Montpensier ont limité le champ d'application religieux de l'ordonnance de 1828. En effet, l'article 36 de l'acte royal mentionne « du culte », au singulier, sans préciser de confession. Dès lors, il était possible de s'interroger : la mission confiée au gouverneur ne concerne-t-elle que la religion catholique, d'autant plus que le 2° du même article organise la réception et la publication uniquement d'actes pontificaux ? Ou sa portée s'étend-elle à tout culte ?

Dans sa décision, le Conseil constitutionnel réserve l'application de l'ordonnance royale au seul culte catholique. Il semble déduire cette limite des termes mêmes de l'article 36, dont le 2° se réfère à la cour de Rome. Toutefois, il est également possible de se fonder sur le contexte constitutionnel de l'acte pour aboutir à la même conséquence. En effet, en 1828, la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 est en vigueur, et son article 6 expose que « la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'État ». Dès lors, la mention « du culte » ne saurait, au regard de la norme constitutionnelle applicable, que renvoyer strictement à la religion catholique.

D'autre part, l'article 33 de la loi du 13 avril 1900, portant fixation du budget général des dépenses et recettes de l'exercice 1900, a complété l'ordonnance royale de 1828. Le premier paragraphe définit la nature des dépenses supportées par les budgets des colonies, et non plus par l'État central. Parmi ces transferts, « toutes les dépenses civiles ». Ainsi, le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur a transféré la

[2] CC, n° 2017-633 QPC, 2 juin 2017, *Collectivité territoriale de la Guyane*.
[3] *Ibid*., § 5.

rémunération des ministres du culte catholique à la colonie de la Guyane, devenue la collectivité territoriale de Guyane[4].

En conséquence, à défaut d'application de la loi du 9 décembre 1905, le régime des cultes en Guyane présente sa propre spécificité, à l'image de l'Alsace-Moselle[5]. Il est composé de deux versants distincts. D'une part, le cadre juridique de la religion catholique, fondé sur l'ordonnance du 27 août 1828 et la loi du 13 avril 1900, confie à la collectivité publique la rémunération des ministres du culte. D'autre part, l'ensemble des autres cultes ne dispose pas d'un cadre juridique équivalent, législatif ou réglementaire.

Or, la loi du 9 décembre 1905 a introduit le concept de laïcité en France : la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte et, également, assure la liberté de conscience et garantit le libre exercice des cultes dans l'intérêt de l'ordre public. Cette législation a donné naissance à une jurisprudence abondante du juge administratif qui a précisé l'étendue et l'équilibre de la laïcité[6]. Dès lors, si la loi de 1905 n'est pas applicable à la Guyane, ce territoire est-il soustrait au concept de laïcité et à ses conséquences juridiques ? Également, le régime guyanais des cultes prévoit la rémunération des prêtres catholiques par la collectivité publique. Ainsi, n'existe-t-il pas une différence de traitement entre les religions qui, si elle n'est pas justifiée, est susceptible d'être sanctionnée par le juge administratif ?

I. En plus de la loi du 9 décembre 1905, la laïcité repose désormais sur une pluralité de fondements juridiques permettant de garantir son application en Guyane

Si la loi du 9 décembre 1905 a posé la première pierre de la laïcité, celle-ci est désormais bâtie sur une pluralité de fondements juridiques. Ainsi, en Guyane, le respect de cette notion est garanti par les normes constitutionnelles, auxquelles la jurisprudence administrative apparaît être transposable (A). Parallèlement, les deux versants de la laïcité sont consacrés par des lois nationales dont le champ d'application comprend la Guyane (B).

A. En Guyane, la laïcité est essentiellement garantie par les normes constitutionnelles, auxquelles la jurisprudence administrative apparaît être transposable

La laïcité a été consacrée par la Constitution du 4 octobre 1958. Ainsi, cette notion dispose d'une valeur juridique constitutionnelle et s'applique à l'ensemble du territoire français et aux pouvoirs publics, notamment, en Guyane.

En premier lieu, la notion de laïcité bénéficie tout d'abord d'une assise textuelle. En effet, la neutralité de l'État à l'égard des religions est garantie par le 13ème alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Il précise que « l'organisation de l'enseignement public […] laïque […] est un devoir de l'État ». De manière plus affirmative, l'article 1er de la

[4] *Ibid*., § 6.
[5] CC, n° 2012-297 QPC, 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*.
[6] CE, 9 novembre 2016, *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n° 395223.

Constitution du 4 octobre 1958 expose que « La France est une République […] laïque […] ».

Son second versant, à savoir la liberté de conscience et la garantie d'exercice des cultes dans les limites de l'ordre public, est protégé par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Conformément à son article 10 :

> « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

Également, les juridictions ont réaffirmé la valeur constitutionnelle de la laïcité. Par exemple, le Conseil d'État a qualifié la laïcité de principe fondamental reconnu par les lois de la République[7]. Plus récemment, après avoir consacré la « neutralité » du service public[8], le Conseil constitutionnel a déclaré que « le principe de laïcité figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit »[9] et en garantit l'effectivité[10].

Dans ces conditions, il existe un principe constitutionnel de laïcité, identifié à la fois par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. Il est fondé sur la Constitution du 4 octobre 1958, et non sur la loi du 9 décembre 1905 dont l'application en Outre-mer nécessite un décret. Ainsi, le concept de laïcité repose à la fois sur des normes constitutionnelles, applicables à l'ensemble du territoire français et notamment guyanais, ainsi que sur la loi du 9 décembre 1905, dont la Guyane est soustraite.

À titre d'illustration, il est intéressant de relever que, en 2005, le Conseil d'État a eu l'occasion de contrôler le respect du principe constitutionnel de laïcité en Polynésie française[11], qui est placée en dehors du champ d'application de la loi du 9 décembre 1905 à l'image de la Guyane.

En second lieu, le principe constitutionnel de laïcité présente une définition identique au concept de laïcité introduit par la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État. En effet, le Conseil d'État a exposé que ce principe constitutionnel

> « implique neutralité de l'État et des collectivités territoriales de la République et traitement égal des différents cultes »[12].

De manière similaire, le Conseil constitutionnel considère

> qu'il « impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ». Il en résulte « la neutralité de l'État », et que « la République ne reconnaît aucun culte » ni n'en « salarie » aucun[13].

---

[7] CE, 6 juin 2001, *Syndicat national des enseignements du second degré*, n° 219379.
[8] CC, n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*.
[9] CC, n° 2012-297 QPC, 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*, § 5.
[10] CC, n° 2009-591 DC, 22 octobre 2009, Loi tendant à garantir la parité de financement entre les écoles élémentaires publiques et privées sous contrat d'association lorsqu'elles accueillent des élèves scolarisés hors de leur commune de résidence, § 6.
[11] CE, 16 mars 2005, *Ministre de l'outre-mer c. Gouvernement de la Polynésie française*, n° 265560.
[12] *Ibid*., § 2.
[13] CC, n° 2012-297 QPC, 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*, § 5.

Ainsi, il ressort que le principe constitutionnel de laïcité reprend le même équilibre que celui de la loi du 9 décembre 1905 : d'une part, l'État garantit la liberté de conscience et le libre exercice des cultes ; d'autre part, il demeure neutre, ne reconnaît et ne subventionne aucun culte.

Le concept de laïcité présente systématiquement la même définition, qu'elle repose sur le principe constitutionnel ou la loi du 9 décembre 1905, ainsi que des conséquences juridiques identiques. Dès lors, nonobstant le défaut d'exemple à l'heure actuelle, il semble que les règles prétoriennes fondées sur l'équilibre de la loi de 1905 soient transposables au principe constitutionnel de laïcité. Ainsi, en Guyane, la jurisprudence administrative relative à l'installation de crèches de Noël par une collectivité publique[14] apparaît être applicable, mais sur le fondement des normes constitutionnelles. Il semble en aller de même pour l'acquisition, dans un but d'intérêt communal, d'un orgue qui serait à la disposition d'un édifice cultuel pour accompagner l'exercice du culte[15].

Toutefois, il convient de souligner que la loi du 9 décembre 1905, outre la création du concept de laïcité, fixe ses modalités d'application. Or, dans la mesure où cette norme législative est inapplicable en Guyane, ces précisions sont inopérantes sur ce territoire. Ainsi, l'application de la laïcité diffère.

Par exemple, l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905 interdit, « à l'avenir », d'élever ou d'apposer des signes ou emblèmes religieux sur les monuments ou emplacements publics, à l'exception des édifices de culte, des cimetières, musées ou exposition. Selon le Conseil d'État,

> « en prévoyant que l'interdiction qu'il a édictée ne s'appliquerait que pour l'avenir, le législateur a préservé les signes et emblèmes religieux existant à la date de l'entrée en vigueur de la loi »[16].

Dès lors, l'ensemble des emblèmes et signes religieux apposés antérieurement au 9 décembre 1905 et figurant sur un monument ou emplacement public bénéficient d'une protection juridique. Le législateur a décidé de les préserver.

Sur le territoire guyanais, seul le principe constitutionnel de laïcité est opérant, et ses modalités d'application ne sont pas précisément définies. Il s'applique de manière générale et absolue, sans qu'il n'existe de protection à l'égard de certains signes ou emblèmes religieux, même édifiés antérieurement au 9 décembre 1905. Ainsi, en Guyane, il semblerait que tout signe ou symbole religieux placés sur un monument ou emplacement public méconnaît le principe constitutionnel de laïcité. Il faut néanmoins préciser que les protections prévues par le code du patrimoine au titre de la protection des monuments historiques sont, quant à elles, applicables.

[14] CE, 9 novembre 2016, *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n° 395223.
[15] CE, 19 juillet 2011, *Commune de Trélazé*, n° 308544.
[16] CE, 28 juillet 2017, *M. Bonn*, n° 408920.

B. L'effectivité du principe de laïcité est également garantie par des lois s'appliquant à l'ensemble du territoire français, consacrant ses deux versants

En plus de la loi du 9 décembre 1905, les deux versants de la laïcité, à savoir la liberté de conscience et le libre exercice des cultes ainsi que le refus de reconnaissance et de subventionnement des cultes, sont consacrés par d'autres textes législatifs, dont le champ d'application comprend la Guyane.

D'une part, à l'image de leurs homologues métropolitaines, les collectivités territoriales guyanaises disposent de moyens pour permettre la création des lieux de cultes et garantir la liberté de conscience et le libre exercice des cultes. Ainsi, elles peuvent conclure un bail emphytéotique en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public[17].

D'autre part, la neutralité de l'État à l'égard des religions s'impose à l'ensemble des agents publics, fonctionnaires et contractuels. Ils exercent leurs fonctions « dans le respect du principe de laïcité », s'abstiennent de manifester leurs opinions religieuses et traitent « de façon égale toutes les personnes » en respectant leur liberté de conscience[18]. Ainsi, le fait pour un agent public de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations[19].

Par ailleurs, au-delà du cadre de la laïcité, le port de signes religieux par les élèves scolarisés en Guyane a également été encadrée par le législateur à compter du 15 mars 2004. L'article L. 141-5-1 du code de l'éducation interdit aux élèves, usagers du service public, de porter un signe religieux manifestement ostentatoire[20].

II. Confronté au régime des cultes en Guyane, le tribunal administratif a mis en exergue sa potentielle inconventionnalité et a rejeté l'engagement de la responsabilité de l'État du fait de l'ordonnance royale du 27 août 1828 et de la loi du 13 avril 1900

À plusieurs reprises, le juge administratif a été confronté au régime spécifique des cultes en Guyane. En plus d'en avoir contrôlé le respect par les pouvoirs publics[21], il a transmis une question prioritaire constitutionnalité tendant à le contester[22]. Également, à l'occasion d'un contentieux fiscal, le Conseil d'État a eu l'occasion d'apprécier la compatibilité du régime des cultes en Guyane avec la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales[23]. En décembre 2018, le tribunal administratif de la Guyane

[17] Code général des collectivités territoriales, article L. 1311-2.
[18] Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, article 25.
[19] CE, 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*, n° 217017.
[20] Code de l'éducation, article L. 141-5-1.
[21] CE, 9 octobre 1981, Beherec, n° 18649 ; TA de la Guyane, 29 décembre 2014, *Conseil d'administration de la mission catholique de Guyane*, n° 1400708.
[22] TA de la Guyane, 24 novembre 2016, *Collectivité territoriale de Guyane*, n° 1500357 ; CE, 3 mars 2017, *Collectivité territoriale de Guyane*, n° 405823.
[23] CE, 19 juin 2006, *Association « Mission du plein évangile – La porte ouverte chrétienne »*, n° 270595.

a examiné une question similaire (A) et, de manière inédite, a étudié si ce régime était susceptible d'engager la responsabilité de l'État[24] (B).

A. Si le régime des cultes en Guyane semble conforme à la liberté religieuse protégée par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, sa conventionnalité au regard du principe d'égalité demeure en suspens

Dans le cadre de son office de juge de la conventionnalité des lois[25], le tribunal administratif de la Guyane a examiné la compatibilité du régime des cultes en Guyane au regard de la liberté religieuse et du principe d'égalité, respectivement garantis par les articles 9 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

En premier lieu, la liberté religieuse est protégée par l'article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui stipule que « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ». La Cour européenne en a précisé les contours. Cet article interdit à l'État d'apprécier la légitimité des croyances religieuses ou leurs modalités d'expression[26]. Elle lui a conféré une interprétation relativement libérale, les États disposent d'une « marge d'appréciation »[27]. Ainsi, à l'égard de l'État italien, la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré que la présence de crucifix dans les salles de classe d'écoles publiques ne méconnaît pas la liberté religieuse[28].

En décembre 2018, le tribunal administratif de la Guyane a considéré que si le régime des cultes prévoit qu'il appartient à la collectivité publique de rémunérer les prêtres catholiques, il ne méconnaît pas les dispositions de l'article 9 de la convention européenne. En effet, la collectivité requérante n'a pas apporté de précisions ou d'explications mettant en exergue une atteinte à la liberté religieuse des citoyens.

Pour aller un peu plus loin que la juridiction, il semblerait que le régime des cultes en Guyane est conforme à la liberté religieuse. En effet, il ne porte aucune appréciation sur la légitimité des croyances religieuses et leurs modalités d'expression : il n'y a ni interdiction ni prosélytisme. Ce régime se borne à organiser la rémunération des ministres du culte catholique.

En deuxième lieu, d'une part, la conventionnalité du régime guyanais des cultes au regard de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales a été posée, lequel consacre le principe d'égalité en disposant que :

> « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur […] la religion […] ».

---

[24] TA de la Guyane, 27 décembre 2018, *Collectivité territoriale de Guyane*, n° 1500357.
[25] CE, 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, n° 74052.
[26] CEDH, 26 septembre 1996, *Manoussakis et autres c. Grèce*, n° 18748/91, § 47.
[27] CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, n° 44774/98, § 110.
[28] CEDH, 18 mars 2011, *Lautsi et autres c. Italie*, n° 30814/06.

Il s'agit de l'interrogation fondamentale de ce régime : la différence de traitement entre le culte catholique, dont les ministres sont rémunérés par la collectivité publique, et les autres cultes est-elle conforme au principe d'égalité ?

Juridiquement, le principe d'égalité n'impose pas une uniformité, à savoir l'application d'une même norme à tous. En effet, le Conseil d'État considère que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que des situations différentes soient réglées de façon différente ni à ce qu'il soit dérogé à l'égalité pour des motifs d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier[29]. La différence de traitement doit alors être justifiée par des situations différentes, et l'absence de justification est susceptible d'être sanctionnée[30].

La Cour européenne des droits de l'Homme a développé le même raisonnement à l'égard du principe d'égalité. Elle admet les différences de traitement fondées sur des justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle poursuit un « but légitime » et s'il y a un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »[31]. Ainsi, elle interdit de traiter de manière différente des personnes placées dans des situations comparables.

En décembre 2018, la collectivité requérante soutenait que le régime des cultes en Guyane portait atteinte au principe d'égalité prévu par l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dès lors qu'il ne concerne que les prêtres de l'Église catholique de Guyane. Elle affirmait que la différence de traitement, créée par l'ordonnance royale du 28 août 1828 et de la loi du 13 avril 1900, entre le culte catholique et les autres religions n'était pas justifiée.

Le tribunal administratif a considéré que la requérante

> « se borne à soutenir que cette différence de traitement, pourtant créée par deux actes législatifs, n'est pas justifiée par un motif d'intérêt général sans apporter de précisions ou d'explications à l'appui de ses allégations »[32].

Ainsi, souverainement, la juridiction a estimé que la collectivité territoriale de Guyane n'a pas produit d'éléments permettant d'apprécier la situation des différentes religions sur le territoire, de pièces susceptibles de démontrer que leurs situations sont comparables, avec des explications soulignant le défaut de « but légitime » ou de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Elle a alors refusé d'écarter les actes législatifs instaurant le régime des cultes en Guyane au motif qu'ils seraient inconventionnels au regard de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

---

[29] CE, 10 mai 1974, *Sieur Denoyez et Sieur Chorques*, n° 88032 ; CE, 10 février 2016, *M. Khadar*, n° 385929.
[30] CAA de Bordeaux, 25 juin 2019, *Ministre de l'éducation nationale et de la jeunesse c/ M. Huiban,* n° 17BX03286.
[31] CEDH, 7 février 2013, *Fabris c/ France*, n° 16574/08, § 56.
[32] TA de la Guyane, 27 décembre 2018, *Collectivité territoriale de Guyane*, n° 1500357, § 7.

Il convient de souligner que cette appréciation du tribunal administratif de la Guyane ne présente qu'une autorité relative. En effet, elle dépend de la manière dont l'exception d'inconventionnalité était soulevée, et ne produit d'effet juridique qu'à l'occasion du litige créé. Elle ne lie en rien les autres juges du fond[33]. Dès lors, il est tout à fait possible que la question de l'inconventionnalité du régime des cultes en Guyane au regard du principe d'égalité garanti par l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales soit de nouveau posée lors d'un futur litige dans quelques années. Cette interrogation demeure en suspens.

D'autre part, toujours à travers le prisme du principe d'égalité, il est possible de se demander si celui-ci n'est pas méconnu par la différence de traitement des cultes entre la Guyane et la Métropole.

À l'occasion d'un contentieux fiscal relatif aux exonérations fiscales, le Conseil d'État a considéré que le régime des « *missions religieuses* » situées en Guyane est équivalent à celui réservé aux associations cultuelles par le code général des impôts[34]. Ainsi, à travers le prisme du droit fiscal, il n'existe pas de discrimination contraire aux stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Parallèlement, le 2 juin 2017, le Conseil constitutionnel a sobrement considéré que

> « la rémunération des ministres du culte catholique en Guyane devant être assurée par la collectivité publique, le législateur a, en imposant à la collectivité territoriale de la Guyane la prise en charge de cette rémunération, traité différemment des collectivités placées dans une situation différente »[35].

Il ne s'est pas attardé sur des explications permettant de mieux comprendre la différence de situation.

Interrogé sur la même question en 1948, le ministre de l'intérieur avait alors répondu :

> « J'estime qu'en raison de la pauvreté des habitants de la Guyane et de la nécessité de les soustraire aux influences étrangères que favoriserait un départ des missionnaires catholiques, il est souhaitable, ainsi que le suggère le préfet, de maintenir la rétribution ».

Il ajoutait que ce territoire

> « a toujours été considéré comme pays de mission parmi les infidèles dont les frais de culte ont été assumés à l'origine par le ministère de la Marine, puis par le ministère des colonies »[36].

La rémunération des prêtres catholiques par la puissance publique permettrait alors de s'assurer de leur implantation en Guyane, de leur loyauté à l'égard de l'État français et de leur confier une mission de lutte contre toute influence étrangère.

---

[33] CE, 3 juillet 1996, *Ministre de l'équipement c/ Société ABC Ingeneering*, *Rec*., p. 259.
[34] CE, 19 juin 2006, *Association « La Mission du plein Évangile – La porte ouverte chrétienne »*, précité.
[35] CC, n° 2017-633 QPC, 2 juin 2017, *Collectivité terriotiale de la Guyane*, § 12.
[36] Lettre de M. Jules Moch, ministre de l'intérieur, adressée au ministre des finances, 27 mai 1948, *Service du culte en Guyane*.

Cette dernière justification n'apparaît plus être d'actualité. Si on peut naturellement s'interroger sur les motifs et l'opportunité de maintenir le régime spécifique des cultes en Guyane, le Gouvernement a toutefois récemment exposé qu'il n'entend pas le remettre en cause[37].

B. Pour des motifs à la fois concrets et théoriques, le tribunal administratif de la Guyane a rejeté les conclusions tendant à engager la responsabilité de l'État du fait de l'ordonnance royale du 28 août 1828 et de la loi du 13 avril 1900

En décembre 2018, la collectivité territoriale de Guyane a sollicité l'engagement de la responsabilité de l'État à lui verser plusieurs millions d'euros en raison du préjudice financier causé par le versement de rémunérations aux prêtres catholiques. Elle a essayé d'engager la responsabilité de l'État du fait de l'ordonnance royale du 28 août 1828 et de la loi du 13 avril 1900, qui sont des actes législatifs. Ainsi, de manière inédite, le tribunal administratif de la Guyane a été amené à se prononcer sur la possible responsabilité de l'État du fait de lois créant une charge financière.

Jusqu'au XX^{e} siècle, la puissance publique bénéficiait d'un régime d'irresponsabilité : une loi ne pouvait donner lieu à une indemnisation des préjudices causés que si elle l'autorisait[38]. Depuis 1938[39], la responsabilité de l'État est engagée du fait d'une loi lorsque deux conditions sont réunies.

D'une part, la loi ne doit pas avoir exclu toute indemnisation. À cet égard, en 2005, le Conseil d'État a précisé que le silence d'une loi doit être regardé comme n'excluant pas toute possibilité d'engagement de la responsabilité de l'État[40].

D'autre part, il est nécessaire que « le préjudice dont il est demandé réparation, revêtant un caractère grave et spécial, ne puisse, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés »[41]. Durant l'exercice de la fonction de commissaire du gouvernement, Mattias Guyomar a précisé les notions de gravité, spécialité et d'anormalité au cours de ses conclusions[42]. Avant tout,

> « le préjudice doit être spécial c'est-à-dire avoir été éprouvé par une seule personne ou par un groupe de personne à la fois identifiable avec une certaine précision et suffisamment restreint ». Ensuite, il « doit être d'une gravité suffisante ». Enfin, le préjudice « ne doit pas se rattacher à un aléa normalement assumé par la victime, qu'il s'agisse d'un aléa commercial, d'un aléa inhérent à la précarité de la situation de l'administration ou encore d'un risque auquel la victime s'est délibérément exposée ». Ainsi, ouvre droit à réparation « tout dommage grave et spécial qui excède ce qui découle normalement de l'application légale de dispositions législatives ».

---

[37] Réponse à la question écrite n° 3811 de Mme Marie-Noëlle Battistel, Députée à l'Assemblée nationale, 15ème législature, *JORF* du 10 juillet 2018, p. 6095.
[38] CE, 11 janvier 1838, *Duchâtelier*, Rec., p. 7.
[39] CE, 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, n° 51704.
[40] CE, 2 novembre 2005, *Société coopérative agricole Ax'lon*, n° 266564.
[41] CE, 24 décembre 2019, *Société hôtelière Paris Eiffel Suffren*, n° 425983.
[42] Conclusions de Mattias Guyomar sur CE, 2 novembre 2005, *Sociétété coopérative agricole Ax'lon.*

Le Conseil d'État rappelle régulièrement les trois caractères cumulatifs du préjudice subi : il doit être grave, spécial et excéder les aléas normaux. Ainsi, la responsabilité de l'État est susceptible d'être engagée du fait d'une loi causant la fermeture définitive d'un chai en raison de sa localisation en centre-ville [43] ou interdisant la destruction des grands cormorans malgré les dégâts occasionnés par ces oiseaux à la pisciculture[44].

En ce qui concerne l'ordonnance du 28 août 1828 et la loi du 13 avril 1900, la première condition apparaît être satisfaite. En effet, leurs termes n'excluent aucune indemnisation des préjudices anormaux qu'elles causent. Elles demeurent silencieuses sur ce point.

En revanche, la deuxième condition soulève davantage d'interrogations.

En premier lieu, le caractère spécial du préjudice subi est incontestable. En effet, le régime des cultes instauré par l'ordonnance de 1828 et la loi de 1900 ne concerne que la Guyane.

En deuxième lieu, la formation collégiale a estimé que la gravité du préjudice n'était pas suffisamment établie. En effet, le jugement relève que, en 2011, les charges et frais de personnel s'élevaient à 87 571 377,41 euros alors que, selon la collectivité territoriale de Guyane,

> « les dépenses liées aux rémunérations des prêtres catholiques étaient de 1 101 646,53 euros, correspondant à 1,26 % des dépenses de la collectivité publique en matière de personnel, au cours de la même année ».

Ainsi, compte-tenu des pièces produites, il a résulté de l'instruction que le préjudice revendiqué s'élevait concrètement à 1,26 % des dépenses en matière de personnel de la collectivité territoriale de Guyane au titre de l'année 2011. Dès lors, le préjudice subi n'est pas grave et, par suite, ne peut engager la responsabilité de l'État du fait d'une loi.

En troisième lieu, au surplus, le tribunal administratif a estimé que le préjudice soulevé ne présentait pas un caractère anormal. En effet, la collectivité territoriale de Guyane recherchait la responsabilité de l'État du fait de lois ayant pour objet même de mettre à sa charge une obligation financière. Or, en soulevant le préjudice financier au titre du versement aux prêtres catholiques de leurs rémunérations, elle se prévalait uniquement et exactement de l'objet même de l'ordonnance de 1828 et de la loi de 1900. Au regard du droit positif, ce préjudice ne constitue que la conséquence normale du régime des cultes en Guyane ; il n'est nullement le fruit d'un aléa anormal. À travers ce prisme, la définition de la normalité est déterminée par le législateur : ce qui est prévu par la loi est normal et, dès lors, ne peut donner lieu à l'engagement de la responsabilité de l'État. Le tribunal a ainsi considéré que

> « la collectivité, ce faisant, ne se prévaut que de dommages financiers correspondant à l'objet même des articles 36 de l'ordonnance royale du 27 août 1828 et 33 de la loi du 13 avril 1900 ».

[43] CE, 9 mai 2012, *Société Godet Frères*, n° 335613.
[44] CE, 1er février 2012, *M. Bizouerne et autres,* n° 347205.

De cette manière, la formation de jugement a également refusé d'engager la responsabilité de l'État pour un motif théorique en considérant que le préjudice soulevé par la requérante ne revêtait pas un caractère anormal.

Toutefois, si le tribunal administratif de la Guyane a estimé que le préjudice financier tiré du versement de la rémunération des prêtres catholiques n'était pas indemnisable, il est possible d'imaginer que tout autre préjudice, à condition qu'il soit spécial, grave et anormal, est susceptible de l'être au titre de la responsabilité de l'État du fait des lois.

En conclusion, le régime des cultes en Guyane est singulier. Par l'application conjointe de la Constitution du 4 octobre 1958 ainsi que l'ordonnance royale du 28 août 1828 et la loi du 13 avril 1900, il garantit le respect de la laïcité et confie à la collectivité territoriale de Guyane l'obligation de rémunérer les prêtres de l'Église catholique.

Malgré cette conciliation paradoxale, le tribunal administratif de la Guyane a estimé que ce régime est compatible avec la liberté religieuse et le principe d'égalité, protégés par les articles 9 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Il est néanmoins possible qu'une juridiction administrative soit de nouveau saisie de cette question dans quelques années et, en fonction des éléments et explications apportés par les parties, se prononce dans le sens d'une inconventionnalité.

Enfin, si le tribunal administratif a considéré que la responsabilité de l'État du fait du régime guyanais des cultes n'est pas susceptible d'être engagée pour réparer le préjudice financier au titre des rémunérations versées, il est toutefois possible d'imaginer qu'elle puisse l'être au titre de tout autre préjudice grave, spécial et anormal.

3. Le régime des cultes en Guyane française. Aspects de droit privé

Frédéric Bondil

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, Université de Guyane, membre du laboratoire Migrations, interculturalité et éducation en Amazonie (MINEA ; EA 7485)

Introduction

Les premières réflexions sur les aspects de droit privé du régime des cultes en Guyane française peuvent nous faire douter sinon de l'existence même, tout au moins de la raison d'être du sujet à aborder : la présence du droit privé dans le régime des cultes irait de soi et elle n'appellerait pas, ou plus, ou de moins en moins, d'analyses propres à la Guyane française.

On peut se rappeler que la religion, et particulièrement la religion chrétienne, a pu contribuer à la reconnaissance d'une sphère de vie sociale qui ne se confond ni avec le champ d'intervention de la puissance publique ni avec une existence purement privée prétendant échapper à tout droit de regard extérieur[1]. Ce fut bien le cas dans la civilisation romaine, même en matière familiale[2]. Ce domaine intermédiaire de la relation sociale peut apparaître comme la terre d'élection du développement du droit privé comme du droit pénal, et du champ de compétence du juge judiciaire.

Il y aurait finalement entre les droit privé et pénal et les cultes, une vieille alliance ou un très ancien cheminement commun. On peut le soutenir même en présence de religions traditionnellement peu enclines à séparer le pouvoir politique et le pouvoir religieux. Sauf si elle se réduit à un culte rendu aux dirigeants, la religion semble rester ici encore un élément propice au développement d'obligations sociales distinctes des devoirs à l'égard de l'appareil étatique[3]. À s'en tenir à la France et à sa culture historique judéo-chrétienne, on relèvera facilement la contribution du droit canonique à l'élaboration du droit civil[4] et du droit pénal[5] de l'Ancien régime. On rappellera encore que, par-delà toutes les transformations, voire les révolutions[6], contemporaines du droit de la

[1] Sur cet apport du christianisme, voir notamment : Ph. d'Iribarne, « Christianisme et lien social », *Études*, 2004/10 (t. 401), p. 333-342. *Adde* toutefois l'insistance de l'auteur sur la lenteur de sa concrétisation et sur les interactions complexes avec les caractéristiques des différentes cultures.

[2] Pour l'étude de ces transformations sociétales : voir Ph. Ariès et G. Duby, *Histoire de la vie privée*, Paris, Seuil, 1985-1987.

[3] Voir notamment pour l'affirmation par l'Islam d'obligations des parents à l'égard de leurs enfants : S. Daccache, « Quelle liberté religieuse de l'enfant dans la religion musulmane ? », *Société, droit et religion*, 2013/1 (n° 3), p. 243-258.

[4] Pour le rôle du droit canonique dans le dépassement des limites des solutions du droit civil coutumier : voir J.-P. Durand, « Code civil et droit canonique », *Pouvoirs*, 2003/4 (n° 107), p. 59-79.

[5] Avec ici une influence marquée de la pénitence religieuse. En ce sens : R. Merle, *La Pénitence et la Peine, théologie, droit canonique, droit pénal*, Paris, coéd. Cujas-Cerf, (coll. « Éthique et société »), 1985.

[6] Avec tout particulièrement la « révolution dans le droit du mariage » (A. Batteur, *Droit des*

famille, le code civil a conservé une formule sortie tout droit du Décalogue pour le premier de ses textes relatifs à l'autorité parentale. L'article 371 du code civil énonce ainsi toujours que « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère »[7].

Le droit français contemporain peut porter encore à insister sur une relation plus simple et plus manifeste entre le droit privé et les religions. L'ordonnancement de ce rapport change ici radicalement. Il ne s'agit plus pour les religions d'irriguer le droit privé, de concourir à son développement et à la définition de ses principes. Cette fois, c'est le droit privé qui vient vers les religions pour les faire entrer dans son domaine et pour les soumettre à ses règles. Ces conquêtes du droit privé résulteraient de la simple application du principe constitutionnel de laïcité[8]. Avec la séparation des Églises et de l'État, toutes les dispositions relatives à l'organisation et au fonctionnement des religions auraient ainsi inévitablement basculé dans le droit privé. Par-delà une loi de séparation datant de 115 ans, ce transfert vers le droit privé mériterait une attention particulière pour la Guyane française. En dépit de l'absence persistante d'entrée en vigueur en Guyane de la loi du 9 décembre 1905[9], il faudrait se préparer à tirer toutes les conséquences juridiques d'une future, et probable, abrogation[10] de l'ordonnance de

personnes, des familles et des majeurs protégés, Paris, LGDJ, 9ème éd. 2017, n° 871) résultant de la suppression par la loi du n° 2013-404 du 17 mai 2013, sur le mariage pour tous, de l'exigence d'une différence de sexe entre les époux.

[7] Pour une étude de la portée biblique de cette disposition : A. Sériaux, « Tes père et mère honoreras. Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain », *RTD civ.* 1986, p. 265-281. Comp. pour l'appréhension difficile de cette obligation d'honorer dans la réalité complexe de la famille française du XXIe siècle : R. Ouedraogo, « L'honneur en droit de la famille », in R-A Edwige (dir.), *Éthique et famille*, t. 1, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 175-192. *Adde* pour la faible normativité du texte, surtout appliqué pour le règlement de frais de funérailles : G. Nicolau, « Le chagrin et la piété », in « Les métamorphoses de l'enfance », Association française des magistrats de la jeunesse et de la famille, *Revue Melampous*, n° 9, 2006, p. 83-95.

[8] Que le Conseil constitutionnel fonde très simplement sur les prévisions de l'article 1er de la Constitution, selon lesquelles « la France est une République laïque » (décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *JO* du 24 novembre 2004). *Comp.* pour des réflexions sur la reconnaissance éventuelle d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République : B. Pauvert et X. Latour, *Manuel de libertés publiques et droits fondamentaux*, Studyrama, (coll. « Panorama du droit), 7e éd. 2017.

[9] Faute d'adoption pour la Guyane du règlement d'administration publique annoncé par l'article 43 de la loi. *Comp.* pour les autres « vieilles colonies », le décret du 6 février 1911 déterminant les conditions d'application à la Martinique, à la Guadeloupe et La Réunion des lois sur la séparation des Églises et de l'État et l'exercice public des cultes (*JO* du 10 février 1911, p. 1010).

[10] Malgré le refus du Conseil constitutionnel de voir dans la rémunération sur fonds publics du clergé catholique de Guyane une violation du principe de laïcité : décision n° 2017-633 QPC, 2 juin 2017, *Collectivité territoriale de la Guyane (rémunération des ministres du culte en Guyane)*, *JO* du 4 juin 2017, texte n° 79. Pour cette décision remarquée, voir notamment : L. Fernand, « Le Conseil constitutionnel face à la rémunération publique des ministres du culte en Guyane », *AJDA*, 25 septembre 2017, n° 31, p. 1779-1783 ; M. Verpeaux, « Colonialisme et religion. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-633 QPC du 2 juin 2017 », *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 11 septembre 2017, n° 36, p. 16-19 ; F. Dieu, « Le salariat du clergé catholique jugé compatible avec l'interdiction constitutionnelle de salarier les cultes : le paradoxe guyanais », *Constitutions*, juillet-septembre 2017, n° 2017-3, p. 413-419 ; H. Bouillon, « La rémunération des ministres du culte catholique est conforme à la Constitution », *Revue de droit public approfondi*, automne/hiver 2017, n° 05, p. 25-31.

Charles X du 27 août 1828[11] et du statut souvent qualifié de « quasi-concordataire »[12] de l'Église catholique en Guyane française[13].

En poursuivant le parallèle entre l'application déjà ancienne de la laïcité en France hexagonale et son accentuation encore en cours en Guyane, on doit alors s'interroger sur le véritable particularisme d'un droit privé des religions en Guyane. Le principe d'identité législative, résultant de l'article 73 de la Constitution[14], devrait conduire à l'application des mêmes règles qu'en France hexagonale. Les projets[15] de changement de statut de la Guyane et d'adoption d'un statut *sui generis*[16] ne semble pas modifier notablement les perspectives dans le domaine des cultes. La fidélité au principe de laïcité suffirait à exclure ou à rendre très improbable la construction d'un régime original pour le droit privé des religions en Guyane française.

Pourtant, déjà dans le droit commun français, l'ampleur de la migration du régime des religions vers le droit privé appelle, au moins, des nuances. Les règles qui ont prévalu en France hexagonale, hors Alsace-Moselle, après 1905 suffisent à en témoigner. Les églises, mêmes renvoyées à un statut de pur droit privé, continuent inévitablement à relever du droit public pour toutes les activités et pratiques soumises au pouvoir de police d'autorités administratives[17]. C'est bien le cas par exemple pour les processions sur la voie publique[18]. On pourrait encore mentionner notamment les modalités d'affectation à un culte d'édifices propriété de collectivités publiques[19].

---

[11] Ordonnance du Roi concernant le Gouvernement de la Guyane française (rééd. Hachette livre – BNF, 2016).

[12] Voir notamment : J.-P. Delannoy, *Les religions au parlement français : du général De Gaulle (1958) à Valéry Giscard d'Estaing (1975)*, Paris, Cerf histoire, 2005.

[13] D'autant que le diocèse de Cayenne a fait état non pas d'un ferme attachement au régime en vigueur mais d'un refus de sa suppression immédiate et unilatérale. Rappr. pour la référence à un accord tacite entre l'évêque et le président de la collectivité territoriale de Guyane (CTG) pour une absence de prise en charge par la CTG du traitement des nouveaux prêtres entrant en fonctions dans le diocèse : site web du journal *La Croix*, 29 décembre 2018.

[14] Pour un rappel de cette solution générale, toujours de droit positif ; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, Paris, cours Dalloz L1, 13e éditions 2019.

[15] Redevenus d'actualité à la suite des Accords de Guyane du 21 avril 2017 (protocole « Poulagwiyann dékolé », *JO* du 2 mai 2017).

[16] Comme demandé par la résolution du Congrès des élus de Guyane du 14 janvier 2020 (résolution n° CONGRES – 2020 – 3 – Saisine du Gouvernement et mise en place d'un groupe de travail, transmise en préfecture le 26 janvier 2020, publiée le 27 janvier 2020). *Adde* la préconisation par le Rapport Magras d'un statut sur-mesure pour chacune des collectivités d'Outre-mer (Rapport d'information au nom de la délégation sénatoriale aux Outre-mer sur la différenciation territoriale outre-mer. *Quel cadre pour le sur-mesure ?*, Sénat, rapport n° 713, 21 septembre 2020).

[17] Pour une présentation d'ensemble : C. Goyard, « Police des cultes et Conseil d'État », *Rev. adm.*, 1984, p. 335-346.

[18] Une jurisprudence administrative très classique reconnaissant le pouvoir du maire de les interdire au nom des exigences de l'ordre public (CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*, *Rec. Lebon*, 181 ; *S.* 1909, 3, 34, concl. Chardenet ; *D.*, 1910, 3, 121, concl. Chardenet ; *RDP*, 1910, p. 69, note Jèze), mais sous la condition d'une menace très sérieuse, ce contrôle étroit du juge valant non seulement pour des processions traditionnelles (CE, 1e mai 1914, *Abbé Didier*, *Lebon*, p. 515) mais également pour des manifestations religieuses extérieures plus récentes, voire nouvelles (CE, 5 mars 1948, *Jeunesse indépendante chrétienne féminine*, *Lebon*, p. 121).

[19] Y compris par la conclusion d'un bail emphytéotique sur un bien du domaine public d'une collectivité territoriale : CGCT, art. 1311-2 ; CE, 19 juillet 2011, *Mme Vayssière*,

Surtout, les spécificités guyanaises ne se laissent pas écarter si facilement. Une articulation d'un particularisme et du droit commun français reste présente, pour l'instant, lorsque le droit privé régit des faits religieux collectifs. Nous le constaterons dans une première partie. Cette combinaison pourrait trouver de nouveaux prolongements pour les faits religieux individuels[20]. Nous y réfléchirons dans une seconde partie.

I. Le droit privé et le fait religieux collectif : entre droit commun et particularisme

Le droit commun français des cultes trouve une expression dans la nature juridique privée des institutions religieuses de Guyane (A). Au moins jusqu'à présent, le particularisme s'affirme cependant dans la forme juridique de ces institutions privées (B).

A. Des structures juridiques régies par le droit privé

À la suite du Concordat du 15 avril 1801 conclu entre Napoléon, alors Premier consul, et le pape Pie VII, la loi du 18 Germinal an X, ou du 8 avril 1802[21], avait organisé en France hexagonale le culte catholique et les cultes protestants luthérien et calviniste en créant des établissements publics du culte, chargés en particulier de l'administration des biens des différentes confessions. Un décret du 17 mars 1808 avait étendu cette structure au culte israélite[22]. Après leur suppression par la loi de séparation des Églises et de l'État du 9 décembre 1905, les établissements publics du culte ont été maintenus en Alsace et dans le département de la Moselle, du fait de l'absence de mise en application dans ces territoires de la loi de 1905 après leur retour à la France. Ces personnes morales de droit public continuent à constituer le cadre juridique d'organisation des quatre cultes reconnus en Alsace-Moselle[23]. Le Conseil d'État a clairement reconnu la compétence des juridictions administratives pour les contentieux relatifs au fonctionnement de ces établissements publics[24].

En Guyane française, en l'absence d'applicabilité du concordat de 1801 et de la loi du 8 avril 1802, des arrêtés locaux du 20 juillet 1825[25] et du 23 mai 1849[26] avaient certes mis en place, pour le culte catholique, des établissements publics du culte. Ils avaient institué, comme dans la France hexagonale de l'époque, des fabriques. Ces institutions publiques étaient chargées d'assurer l'entretien et la conservation des églises. Elles administraient tous les biens et revenus affectés à l'exercice du culte catholique. Les fabriques guyanaises étaient mentionnées expressément

---

n° 320.796, *AJDA*, 2011, p. 1681.

[20] Pour une insistance sur la double réalité, individuelle et collective, du fait religieux appréhendé par le droit privé : M. Pendu, *Le fait religieux en droit privé*, préf. F. Kernaleguen, *Defrénois*, (coll. de thèses), t. 29, avril 2008.

[21] *Recueil Duvergier*, p. 318.

[22] Décret impérial n° 3237, *Bulletin des lois*, 1808, t. 8, 4e série, p. 217-220.

[23] Pour leur présentation comme des « établissements *sui generis* », au vu de leur vocation pastorale et de leur nature cultuelle : H. Halter, *Statut public des cultes en Alsace-Moselle et principes constitutionnels*, mémoire IEP Lyon, 2007.

[24] Le juge judiciaire étant toutefois compétent pour un litige entre l'établissement et des personnels affectés uniquement à une activité industrielle et commerciale : T. confl., 13 décembre 2010, n° C3748, *Muller c/La Mense épiscopale de Strasbourg*, *Lebon*, p. 593.

[25] Portant règlement pour la fabrique de Cayenne.

[26] Portant que les chapelles établies par le Gouvernement dans les quartiers de la colonie seront érigées en paroisses et déclarant l'arrêté du 20 juillet 1825 applicable à toutes les paroisses de la colonie (*Bulletin officiel de la Guyane française*).

par l'ordonnance royale du 27 août 1828[27]. Selon l'article 38, § 2 de l'ordonnance, le gouverneur devait notamment se faire rendre compte de la situation des fonds des fabriques et de leur emploi.

Cependant, à une date qui reste indéterminée selon les propres rappels du ministère de l'Intérieur[28], l'Église catholique a abandonné en Guyane le régime des fabriques. Après, semble-t-il, une période d'incertitude juridique, elle s'est placée sous le régime des missions religieuses défini par les décrets dits Mandel du 16 janvier 1939[29] et du 6 décembre 1939[30].

Avant d'en venir aux particularismes du statut de ces missions, on relèvera cependant qu'elles ne constituent ni des établissements publics ni une autre catégorie de personne morale de droit public. Dans son article 4, alinéa 1er, le décret du 16 janvier 1939 dispose expressément que les conseils d'administration des missions religieuses « sont des personnes morales privées, investies de la personnalité civile ». On peut, au premier abord, être un peu surpris que les décrets Mandel aient conféré la personnalité juridique au conseil d'administration des missions et non aux missions elles-mêmes[31]. Il faut y voir certainement un souci d'éviter des confusions entre la personnalité purement religieuse des missions, la personnalité canonique[32] pour les missions catholiques et la personnalité reconnue par le droit français. En tout cas, les textes ne laissent aucun doute sur l'appartenance des missions à la catégorie des personnes privées.

Les autres cultes présents en Guyane n'ont pas, il est vrai, choisi d'adopter la structure juridique des missions définie par les décrets Mandel[33]. Il n'en résulte pour autant certainement pas qu'ils aient pu conserver une structure juridique antérieure de droit public. Les fabriques du XIXe siècle concernaient en effet exclusivement le culte catholique. La seule alternative à la forme juridique de la mission a été pour les autres cultes, la création d'une association, personne morale de droit privé.

Cette nature juridique privée des institutions religieuses de Guyane implique, au moins à titre de principe, hors des cas particuliers d'intervention des pouvoirs publics[34], une application du droit privé dans leur fonctionnement interne comme externe.

L'emploi d'un personnel laïc s'effectuera ainsi par la conclusion d'un contrat de travail soumis au code du travail, et non au droit de la fonction publique. Ce sera le cas par exemple pour le recrutement d'un sacristain pour assurer l'entretien et la surveillance d'une église[35]. Les contrats

---

[27] Ordonnance précitée.

[28] Circulaire du 25 août 2011 relative à la réglementation des cultes outre-mer, n° NOR/IOC/D/11/21265C, cote T5-QJ9.

[29] Instituant aux colonies [réd. actuelle « outre-mer »] des conseils d'administration des missions religieuses (*JO* 19 janv. 1939), et déclaré applicable à la Guyane par un arrêté du gouverneur du 26 août 1939.

[30] Relatif aux conseils d'administration des missions religieuses aux colonies [réd. actuelle « outre-mer »] (*JO* 11 décembre 1939).

[31] En opposition flagrante avec les solutions bien établies pour les conseils d'administration des établissements publics, comme pour ceux des sociétés ou des associations.

[32] Pour celle-ci : code de droit canonique, canons 113 à 123 (Livre I : Normes générales, Titre VI : Les personnes physiques et juridiques, Chapitre II : Les personnes juridiques).

[33] Pour un rappel en ce sens : circulaire précitée du 25 août 2011, 3.1.1.

[34] Voir *supra* pour les exigences de l'ordre public dans le droit français général des cultes.

[35] Comme pour les organisations confessionnelles du droit commun français, la

conclus par les institutions religieuses de Guyane avec des fournisseurs ou des établissements de crédit sont également des contrats de droit privé[36]. Les biens, au moins non affectés au culte, des institutions religieuses de Guyane peuvent faire l'objet de contrats de bail de droit privé, régis par les dispositions du code civil comme par les statuts des baux commerciaux, des baux ruraux ou des baux professionnels.

L'éviction de principe des règles du droit public se prolonge en matière financière et comptable. Les cultes présents en Guyane ne relèvent pas des règles de la comptabilité publique.

Pourtant, il reste bien difficile d'en conclure que les cultes en Guyane sont régis, au plan institutionnel, par un régime de droit privé identique à celui applicables dans l'hexagone.

B. Des structures juridiques soumises à des régimes de droit privé spécifiques

Sans conteste, c'est la mission catholique qui se trouve dans la situation juridique la plus originale. Par-delà les apparences, on doit cependant également relever un certain degré de particularisme pour les autres cultes.

1. La mission catholique

Au plan canonique, elle correspond au diocèse de Cayenne, qui fait partie de la région apostolique[37] des Antilles et de la Guyane, placée sous la juridiction de l'archevêque martiniquais de Saint-Pierre et Fort-de-France. Le diocèse de Cayenne, comme le diocèse de Basse-Terre et Pointe-à-Pitre et l'archidiocèse de Fort-de-France, de façon originale, relèvent à la fois de la conférence épiscopale française et de la conférence épiscopale de la Caraïbe. Toujours au plan canonique, pour les procédures juridictionnelles purement religieuses, et spécialement pour les déclarations en nullité de mariage, le diocèse de Cayenne dépend[38] de l'Officialité, ou tribunal ecclésiastique, de Paris et d'Île de France.

Au regard du droit français, et conformément aux décrets Mandel, la mission catholique de Guyane a un conseil d'administration doté de la personnalité morale depuis une approbation de sa création, par un arrêté en date du 15 juin 1940.

La formule juridique de la mission, retenue par l'Église catholique, ne constitue pas une exclusivité guyanaise. Les missions religieuses pouvaient, selon l'article 1er du décret du 16 janvier 1939, se constituer dans l'ensemble des colonies et pays de protectorat non placés sous le régime de la séparation des églises et de l'État. Aujourd'hui, en actualisant

---

reconnaissance d'une obligation particulière de loyauté du salarié peut faire débat : voir notamment J. Mouly, « L'organisation religieuse, une entreprise comme une autre ? », in *Revue de droit des religions*, (*L'applicabilité du droit du travail aux membres de l'organisation religieuse*), 5/2018, p. 87-104. Toutefois, une faute de non-adhésion aux convictions religieuses portées par la structure employeur paraît exclue, en l'absence de trouble objectif apporté au fonctionnement de celle-ci (rappr. E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail,* Paris, HyperCours Dalloz, 2019, 12e éd., n° 654).

[36] Pour un essai de recensement, en vue de leur meilleure lisibilité, des contrats passés par la Mission catholique avec des entreprises guyanaises : A. William, rapport de stage à l'Économat du diocèse de Cayenne, stage de 2e année de licence mention droit, Université de Guyane, année universitaire 2017-2018.

[37] Ou province ecclésiastique.

[38] Par convention entre les diocèses.

ce libellé[39], le régime des décrets Mandel reste ouvert pour la Guyane, pour Mayotte, pour Saint-Pierre-et-Miquelon, pour la Polynésie française, pour Wallis-et-Futuna, pour la Nouvelle-Calédonie et pour les Terres australes et antarctiques françaises (TAAF).

En Guyane, pas plus que dans les autres territoires mentionnés, l'Église catholique n'a jamais bénéficié en outre d'un monopole ou d'une prééminence pour créer une mission. Le décret du 16 janvier 1939 a ouvert ce régime indifféremment à tous les cultes. Il faut simplement, en toute cohérence, exclure les organisations visées par la lutte contre les dérives sectaires, spécialement parce qu'elles recourent à des pratiques de mise sous sujétion de leurs adeptes[40]. Les essais de législation sur les sectes n'empêchent pas cependant la doctrine de continuer à relever les grandes difficultés de distinction entre les sectes et les religions[41].

S'agissant de la composition du conseil d'administration, l'article 2 du décret commence, il est vrai, par se référer à la mission catholique. Il prévoit alors la présidence du conseil par l'archevêque, l'évêque, le vicaire apostolique, le préfet apostolique ou le chef de mission[42], avec l'assistance d'au moins deux autres missionnaires. Cependant, l'article 2 prend soin de se référer ensuite aux autres cultes, en mentionnant la composition du conseil des missions d'une autre dénomination. Il fait alors référence à une présidence par le chef de mission, avec l'assistance d'au moins deux membres qu'il choisit parmi les missionnaires ou les personnes se rattachant au même groupement religieux[43].

Comme les associations cultuelles, les missions religieuses constituent un cadre juridique simplement optionnel et les décrets Mandel n'interdisent pas notamment à un culte de constituer simplement une association loi de 1901, voire de ne constituer aucune structure juridique. Rien n'empêche, dans le principe, un culte d'organiser son activité en Guyane sur le seul fondement du principe de la liberté de réunion[44].

Encore au même titre que les associations cultuelles, les missions religieuses, ou plus exactement leurs conseils d'administration, sont présentés comme des instruments juridiques propres à faciliter l'organisation matérielle des groupements religieux. Selon l'article 1er du décret du 16 janvier 1939, les conseils d'administration des missions les représentent dans les actes de la vie civile. Selon l'article 4, ils peuvent

[39] Comme s'y est employée la circulaire précitée du 25 août 2011 (point 3).

[40] Au sens de la loi du 12 juin 2001 modifiée (loi n° 2001-504, tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales.

[41] Voir notamment B. Pauvert et X. Latour, *op. cit.*, Paris, Studyrama, 7e éd., 2017, p. 284. *Adde* pour une réflexion d'ensemble : Ph. Malaurie, « Droit, sectes et religions », *Archives Phil. dr.*, t. 38, 1993, p. 211-219.

[42] Au moment de la création de la mission catholique en Guyane, la présidence du conseil d'administration est revenue au préfet apostolique, la Guyane n'ayant été érigée en diocèse qu'en 1956.

[43] Ce qui paraît indiquer, qu'à la différence du conseil d'une mission catholique, celui d'une mission éventuelle d'un autre culte pourrait comprendre des laïcs. Toutefois, même pour une mission catholique, et surtout dans un contexte de participation accrue des laïcs aux responsabilités ecclésiales, rien ne semble imposer radicalement de considérer que seuls des ministres du culte ont la qualité de « missionnaires » permettant d'être membre du conseil.

[44] Les biens meubles et immeubles affectés au culte pouvant, pour leur part, faire l'objet d'une propriété indivise entre tout ou partie des fidèles, ou appartenir à un seul d'entre eux.

acquérir, posséder, conserver ou aliéner, au nom et pour le compte de la mission, tous biens meubles et immeubles, tous droits mobiliers et immobiliers et tous intérêts quelconques.

En matière fiscale, le Conseil d'État, dans sa lecture des décrets Mandel, a considéré que les missions religieuses disposaient d'avantages au moins équivalents à ceux accordés par l'article 1382-4° CGI pour l'exonération de leurs biens de la taxe foncière sur les propriétés bâties[45].

Pour autant, le régime juridique de la mission religieuse reste bien distinct de celui des associations cultuelles de la loi de 1905. On a pu relever que, contrairement à ces dernières, les missions religieuses n'ont pas un objet strictement limité à l'exercice du culte[46]. Au moins implicitement, à travers les exemptions fiscales de certains de leurs immeubles, en fonction de leurs modalités d'utilisation, le décret du 16 janvier 1939 leur a permis d'avoir également des activités éducatives[47]. Il leur a permis encore d'avoir une action dans le domaine de la santé et en matière d'assistance sociale[48].

On a pu souligner encore, outre des avantages fiscaux spécifiques, l'étroite tutelle des pouvoirs publics sur les missions religieuses et notamment sur la mission catholique de Guyane. C'est notamment ce qui était mis en avant dans l'exposé des motifs d'un amendement, non retenu, au projet de loi de modernisation du droit de l'outre-mer, déposé le 10 juillet 2015 par le député Gabriel Serville et tendant à l'abrogation des décrets Mandel[49].

On peut noter que le décret du 16 janvier 1939[50] soumet le choix du président et des membres des conseils d'administration des missions à l'agrément du représentant de l'État, avec une obligation de motivation d'un refus et un recours possible devant le Ministre de l'Outre-mer[51]. Selon la circulaire du 25 août 2011[52], cet agrément doit, simplement, permettre de vérifier l'objet religieux de la mission et l'absence de risque de trouble à l'ordre public. Il aboutit tout de même, de façon indirecte mais remarquable, à une forme de contrôle de l'entrée en fonctions de l'évêque de Cayenne par le préfet de Guyane[53].

Quant aux dons et legs aux missions religieuses, le décret du 16 janvier 1939 continue à les soumettre à un régime d'autorisation administrative. Les missions n'ont pas bénéficié[54] des

[45] CE, 19 juin 2006, *Association « La Mission du Plein Évangile – La Porte Ouverte Chrétienne »*, n° 270595, *Lebon*, p. 299.
[46] Pour un rappel en ce sens : circulaire précitée du 25 août 2011 ; 3.1.1
[47] Art. 5, b).
[48] Art. 5, c).
[49] Amendement n° 112, portant article additionnel.
[50] Art. 2, dernier alinéa.
[51] La mention selon laquelle le Ministre statuera définitivement ne semble pas suffire pour interdire ensuite un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État : la décision ne semble pas indissociable de l'exercice du pouvoir politique au point de constituer un acte de gouvernement échappant au contrôle du juge administratif (comp. pour le maintien du refus de contrôle des actes tenus pour purement politiques : CE, 9 septembre 2020, n° 439520, *Dalloz Act.*, 15 septembre 2020, obs. T. Bigot).
[52] Circ. précitée, note 10.
[53] À moins de considérer que l'évêque non agréé par le préfet serait contraint de désigner un représentant permanent, obtenant l'agrément préfectoral, pour présider le conseil d'administration de la mission catholique. On reconnaîtra que la situation serait bien insolite.
[54] Par volonté délibérée du législateur ou par inadvertance ? L'application du nouveau régime

assouplissements résultant des modifications de l'article 910 du code civil[55]. Elles n'ont pas été placées sous le régime de simple déclaration des libéralités, désormais applicable aux fondations, congrégations et associations[56].

A priori, la situation juridique peut paraître beaucoup moins dérogatoire pour les cultes non placés sous le régime des missions religieuses. La réalité est cependant plus complexe.

2. Les structures juridiques des autres cultes

Plus concrètement, ce sont alors des associations qui sont constituées en application de la loi du 1er juillet 1901 sur la liberté d'association. En soi, ces associations s'inscrivent certes pleinement dans le droit commun français. Elles n'ont pas, notamment, les particularismes des associations de droit local que les cultes non reconnus peuvent constituer en Alsace et en Moselle. Il faut tenir compte cependant d'un autre particularisme, par rapport à l'hexagone, hors Alsace-Moselle. Il consiste dans l'impossibilité pour un culte en Guyane d'opter pour le régime de l'association cultuelle. C'est la conséquence, actuellement encore inévitable, de l'absence d'application de la loi du 9 décembre 1905 en Guyane. Il en résulte inéluctablement l'impossibilité pour tout groupement religieux de prétendre se placer en Guyane française sous un statut prévu par le titre IV de cette loi[57].

Au résultat, dans leur statut de simples associations déclarées, ces groupements ne peuvent pas recevoir de libéralités, ni bénéficier des avantages accordés aux associations cultuelles. Le Conseil d'État l'a indiqué expressément dans son arrêt du 19 juin 2006, *Association « La Mission du Plein Évangile – La Porte Ouverte Chrétienne »*[58].

On s'oriente de prime abord cette fois vraiment vers des solutions plus clairement dépourvues d'un particularisme guyanais quand le droit se saisit de faits religieux individuels, dissociés d'une organisation collective. Et pourtant, le retour en force du droit commun français pourrait trouver ici des limites peut-être finalement plus légitimes ou, en tout cas, plus difficiles à écarter.

---

aux congrégations, traditionnellement très surveillées, incline plutôt à conclure à un simple oubli.

[55] Et issues pour l'essentiel de l'ordonnance n° 2005-856 du 28 juillet 2005, portant simplification du régime des associations, fondations et congrégations, de certaines déclarations administratives incombant aux associations, et modification des obligations des associations et fondations relatives à leurs comptes annuels (*JO*, 29 juillet 2005). Pour une présentation du régime retenu par l'ordonnance : G. Daublon et D. Randoux, « Les conditions d'acceptation des libéralités consenties aux associations et aux fondations », *Rép. Defrénois* 15 janvier 2006, p. 3.

[56] Faute de mention des missions religieuses aux côtés de ces institutions, et des établissements publics du culte alsaciens-mosellans, dans la liste du II de l'article 910 du code civil.

[57] Voir Circulaire précitée du 25 août 2011, 3.1.4.

[58] Décision précitée.

II. Le droit privé et le fait religieux individuel : les limites incertaines du triomphe du droit commun

Pour les pratiques ou les croyances religieuses de chaque individu, le droit privé développe très largement les mêmes protections et les mêmes contraintes en Guyane que dans l'hexagone. Des contextes propres à la société guyanaise ou à certaines de ses communautés pourraient bien cependant entraîner des ajustements, implicites ou plus manifestes.

A. Une protection de droit commun du fait religieux individuel

Les dernières décennies ont souvent amené à mieux souligner l'importance des libertés fondamentales dans le cadre du droit privé[59]. Indéniablement, la liberté religieuse a vocation à s'appliquer en Guyane dans les rapports de droit privé, sans que le principe de laïcité y fasse obstacle. La Constitution[60] a, du reste, pris soin d'assortir ce dernier de l'affirmation du respect de toutes les croyances.

On s'en tiendra à trois grandes séries d'illustrations de cette protection par le droit des croyances et pratiques religieuses individuelles. On fera état de domaines à la fois importants et très en lien avec la vie quotidienne. On mentionnera les questions de travail, de vie familiale et de santé.

Le respect des pratiques et croyances s'impose bien dans les relations de travail. Conformément aux solutions générales du droit français, un salarié employé en Guyane dans une entreprise privée a en principe le droit de manifester ses convictions religieuses sur son lieu de travail. Il n'est pas tenu à la même obligation de neutralité religieuse dans son activité professionnelle qu'un agent public. L'obligation de neutralité va seulement prévaloir pour des salariés d'une entreprise privée chargée d'une mission de service public[61].

Pour les autres entreprises privées, les restrictions à la liberté du salarié se révèlent assez étroitement encadrées par le code du travail comme par les juges. Il faut que ces limitations soient justifiées par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise[62] ou par « l'exercice d'autres droits et libertés fondamentaux »[63]. Elles doivent encore[64] être proportionnées au but recherché. La Cour de cassation semble bien, en outre, très réticente pour faire jouer cette éventuelle clause de neutralité à

---

[59] Pour une présentation d'ensemble de ce nouveau « rayonnement » : G. Helleringer et K. Garcia, « Le rayonnement des droits de l'homme et des droits fondamentaux en droit privé », *RIDC*, 2-2014, p. 283-336.

[60] Dès son article 1er.

[61] Pour la réserve expresse de cette catégorie d'entreprise privée : Cass. soc., 19 mars 2013, 2e esp., pourvoi n° 12-11690, *CPAM*. Voir toutefois pour l'importance de la distinction entre une véritable mission de service public et une simple activité d'intérêt général : E. Peskine et C. Wolmark, *op. cit.*, Paris, HyperCours Dalloz, éd. 2019, n° 339.

[62] Suivant la solution finalement retenue par la Cour de cassation dans la très médiatique affaire de la crèche *Baby-Loup* (Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28369 ; *AJDA*, 2014, 1842, note S. Mouton et T. Lamarche ; *D.*, 2014, p. 1656, obs. C. Radé ; *JCP E*, 2014, 1445, note I. Desbarrats ; *JCP S*, 2014, 1287, note B. Bossu).

[63] Aux termes des prévisions de l'article L. 1321-2-1 du code du travail, s'attachant à définir les conditions dans lesquelles le règlement intérieur d'une entreprise privée peut restreindre la manifestation des convictions des salariés (loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JO* du 9 août 2016).

[64] Selon le dernier état de la jurisprudence *Baby Loup* comme pour l'article L. 1321-2-1 du code du travail.

l'égard de salariés qui ne sont pas en contact avec les clients de l'entreprise[65].

En Guyane comme dans l'hexagone, le droit privé a encore vocation à prendre en compte le fait religieux dans les rapports de famille. Ainsi, une atteinte aux convictions religieuses du conjoint pourrait constituer un comportement rendant intolérable le maintien du lien conjugal et justifiant le prononcé du divorce pour faute[66]. Ainsi encore, au titre de l'autorité parentale, les père et mère d'un enfant mineur sont libres de décider de lui donner une éducation religieuse[67]. En Guyane comme dans l'hexagone, cette protection de la liberté religieuse dans les rapports de famille donne au juge judiciaire une mission souvent compliquée. Les difficultés surgissent surtout en cas de désaccord des parents sur la religion à donner à l'enfant. Les juges peuvent être amenés à statuer sur ce type de conflits principalement après la conversion de l'un des parents à une religion nouvelle. Le juge n'a pas beaucoup d'autres ressources que de faire prévaloir un intérêt de l'enfant correspondant à la solution la moins perturbante pour ce dernier[68].

C'est encore la liberté individuelle du conjoint qui peut devenir un obstacle à une pleine protection des convictions religieuses. En particulier, un époux même non fautif ne pourra pas s'opposer durablement à un divorce au nom de ses convictions religieuses relatives à l'indissolubilité du mariage. Son conjoint pourra tout de même faire prononcer un divorce pour altération définitive du lien conjugal après deux ans de séparation de fait[69]. Pour la Cour de cassation française, ces prévisions légales ne soulèvent pas de problèmes de constitutionnalité[70], pas plus que de conformité avec la Convention européenne des droits de l'Homme[71].

Une personne malade pourra également, en Guyane comme dans l'hexagone, se prévaloir en principe de la liberté de refuser un traitement médical ou chirurgical pour des motifs religieux[72]. Le médecin, après avoir

---

[65] Cass. soc., 22 novembre 2017, n° 13-19885 ; *D.*, 2018, p. 218, obs. J. Mouly ; *Dr. ouvrier* 2018, p. 76, note M.-F. Bied Charreton ; *Cah. soc.*, n° 303, p. 22, note J. Icard.

[66] La prise en compte de cette faute trouvant un soutien supplémentaire depuis que le législateur a ajouté à l'énumération traditionnelle des devoirs et des droits respectifs des époux un devoir général de « respect » (C. civ., art. 212, réd. loi n° 2006-399 du 4 avril 2006, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JO* du 5 avril 2006).

[67] Pour un rappel en ce sens : Douai, 8 janvier 2013, *Dr. fam.*, 2013, n° 69.

[68] Voir spéc. pour la prise en compte du seul intérêt supérieur des enfants : Cass. civ. 1re, 23 septembre 2015, n° 14-23724. *Adde* pour la reconnaissance jurisprudentielle d'une obligation des parents de pas « brusquer [la] conscience » de l'enfant : J. Garrigue, *Droit de la famille*, Paris, HyperCours Dalloz, 2e éd. 2018, n° 793.

[69] Depuis la réforme du divorce de 2004 (loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, relative au divorce, *JO* du 27 mai 2004), il n'y a plus lieu de s'interroger sur le jeu possible en ce domaine d'une « clause d'exceptionnelle dureté ». Le législateur n'a pas maintenu, en effet, pour le divorce pour altération définitive du lien conjugal, l'ancien article 240 du code civil, qui laissait une place à un rejet du divorce, en dépit de la séparation prolongée, s'il apparaissait que son prononcé « aurait, soit pour [l'époux défendeur], […] soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté » (pour un rappel en ce sens : J. Garrigue, *op. cit.*, Paris, HyperCours Dalloz, 2e éd. 2018, n° 361).

[70] Cass. civ. 1re, 6 juin 2012, n° 12-40027 et n° 12-40028.

[71] Cass. civ. 1re, 15 avril 2015, n° 13-27898 ; *D.*, 2015, p. 921, obs. R. Mésa ; *AJ fam.*, 2015, 404, obs. S. Ferré-André ; *RTD civ.*, 2015, p. 591, obs. J. Hauser.

[72] Par simple application du principe général de consentement aux soins, posé par l'article 16-3, alinéa 2 du code civil, depuis la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain (*JO* du 30 juillet 1994).

certes discuté avec le patient, ne pourra pas passer en outre au refus d'une personne consciente et en possession de ses facultés malades. Il devra respecter son refus même si le traitement constituait le seul moyen de sauver le malade[73]. Simplement, ce refus de soins même fondé sur des motifs religieux ne pourra pas prévaloir pour un patient mineur non émancipé. Le médecin pourra intervenir en dépit de l'opposition des titulaires de l'autorité parentale. Il pourra encore passer outre au propre refus du mineur[74].

Cette simple application du droit commun français a fort peu de chances, ou de risques, d'être remise en cause par le développement éventuel, dans un nouveau statut de la Guyane française, de dispositions législatives et réglementaires spécifiques au territoire. Ce sont sans doute plutôt les juges qui pourraient être amenés à acclimater certaines solutions générales du droit français.

B. Les ajustements de la protection du fait religieux individuel

Ils semblent pouvoir trouver leur application privilégiée dans les conflits relatifs à l'éducation religieuse de l'enfant. Il ne s'agit pas, bien sûr, d'appeler le juge à se prononcer plus qu'en France hexagonale sur les mérites comparés des croyances et pratiques religieuses de chacun des parents. Simplement, l'appréciation de l'éducation religieuse la moins perturbante semble devoir s'effectuer en tenant en compte le plus possible de certains particularismes d'une structure familiale souvent plus large, incluant d'autres liens d'autorité[75].

Le droit privé, à travers encore ses juges, pourrait encore gagner en légitimité en Guyane en prenant davantage en compte le fait religieux animiste et ses implications[76]. À l'évidence, il ne saurait cependant le faire qu'avec une grande prudence, sans chercher à pénétrer dans le secret des consciences.

Encourageons le droit privé et ses juges à poursuivre patiemment leur chemin aux côtés du régime des cultes en Guyane.

---

[73] Code de la santé publique, art. L. 1111-4, al. 1er à al. 4. Pour une référence à la « valeur quasi sacramentelle » du consentement du patient ; M.-L. Moquet-Anger, *Droit hospitalier*, Paris, *LGDJ*, 3e éd. 2014, n° 382.

[74] Code de la santé publique, art. L. 1111-4, al. 7.

[75] Pour un rappel de l'importance du rôle des oncles maternels dans la culture traditionnelle bushinenge : Y. Urban, « Marronnage et nationalité : le destin singulier des Boni 1836-1892 », in *La question autochtone sur le plateau des Guyanes*, M. Elfort et V. Roux (dir.), Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 89-118.

[76] Rappr. les conclusions du Synode des évêques catholiques sur l'Amazonie, remises au Pape François le 27 octobre 2019, appelant à un plus grand respect de la spiritualité des peuples autochtones (Assemblée spéciale pour la région pan-amazonienne, 6-27 octobre 2019, *Amazonie : nouveaux chemins pour l'Église et pour une Écologie Intégrale*, *La Documentation catholique*).

IV. Politique et droit de la santé

1. La santé en France.
Entre économies et qualité de l'organisation des soins

Jean-Baptiste Brionnet
Professeur certifié en sciences médico-sociales

L'offre de soins en France s'organise dans une perspective d'efficience. Il s'agit de parvenir à proposer un accompagnement personnalisé de qualité au meilleur prix qui ne doit pas sacrifier la santé des patients à la tentation de la baisse des dépenses.

Le système de santé français est un des plus cher au monde. Il comprend l'offre de soins, la veille sanitaire et la promotion et l'éducation à la santé. Chaque année, il coute 240 milliards d'euros, soit l'équivalent de 12 % du produit intérieur brut. Ce montant considérable des dépenses ne concerne que les personnes malades et le coût des traitements peut varier grandement entre les patients. À ce titre, on peut estimer que 50 % de ces dépenses concerne 5 % de la population[1]. D'importants montants financiers sont engagés pour une très petite part de la population. Les séjours dans les hôpitaux et les cliniques représentent 50 % des dépenses. Les français consomment 52 boites de médicaments par an (18 % des dépenses) contre seulement 17 en Allemagne. La médecine de ville représente le quart des frais engagés dans la démarche de soins. Le transport des malades n'est pas si anecdotique : il représente à lui seul 2 % des dépenses annuelles[2]. Le montant de ces dépenses est assuré par une triple prise en charge reposant pour les trois quarts sur l'assurance maladie (ce qui représente 2 mois de salaire/an en cotisation sociale + CSG), pour près de 15 % sur les mutuelles et pour près de 10 % sur les ménages. Ce système jusqu'à présent efficace est néanmoins menacé par les crises économiques successives, le vieillissement de la population qui engendre de nouvelles prises en charge et par l'augmentation du coût des nouvelles technologies[3]. Cette situation unique nous adjure à la question suivante : Quels sont les arbitrages possibles en matière d'offre de soins pour garantir la santé et répondre aux attentes populationnelles ?

Afin de dresser un diaporama non exhaustif de l'état du système de santé, il convient d'explorer les difficultés du système de santé et de l'offre de soins avant la pandémie et d'évoquer les pistes d'amélioration envisager jusqu'alors.

---

[1] Jacqueline Simon, Commentaire, 2007 Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie, avis du 22 avril 2016.
[2] Les dépenses de la santé d'après Drees, *Comptes de la Santé*.
[3] Institut Montaigne, 2014, Comment fonctionne notre système de santé ? https://youtu.be/CcoVokM7wE0

I. Présentation du contexte : indicateurs et offre de soins

La santé est une préoccupation pour l'ensemble de la population. Comme la plupart des pays riche en Europe, la France possède une espérance de vie élevée. Néanmoins, des inégalités subsistent et de nouveaux enjeux se dessinent avec le vieillissement de la population et les menaces épidémiques. Aussi, afin d'éclairer le contexte actuel de l'offre de soins, il est nécessaire de présenter la situation des principaux indicateurs de santé en France (A), et d'identifier l'évolution de l'offre de soins depuis ces dernières années (B).

A. Indicateurs de santé en France

Afin de mieux comprendre les enjeux de notre système de santé, il est nécessaire de s'intéresser aux indicateurs sanitaires. L'espérance de vie en France est de 79,4 ans pour les hommes et de 85,9 ans pour les femmes. Dans l'Union européenne, alors des 28, la France occupait la 9ème position en matière d'espérance de vie pour les hommes et la deuxième position pour les femmes ce qui la situe dans parmi les meilleurs pays de l'Union européenne selon Eurostat (septembre 2019).

En 2016, le même organisme a dressé une comparaison de l'espérance de vie en bonne santé c'est-à-dire sans incapacité. On y constate qu'en France les hommes ont une espérance de vie en bonne santé de 62,7 ans et les femmes de 64,1 ans soit une performance inférieure d'environ 2 ans à celle de l'Allemagne où les hommes ont une espérance de vie sans incapacité de 65,2 ans et les femmes de 67,4 ans mais ce qui reste néanmoins sensiblement conforme à l'espérance de vie dans l'Union européenne à 28.

Avant la pandémie de 2019, les principales causes de décès en France métropolitaine étaient les tumeurs et les maladies circulatoires[4]. Les tumeurs sont la première cause de décès chez les hommes (plus de 30 % des cas de décès pour les hommes) et les maladies circulatoires la première cause de décès chez les femmes (plus de 25 % des cas de décès). En temps normal, avant la pandémie, les maladies respiratoires ne représentaient jamais que 5 % des cas de décès. Il conviendrait donc de s'intéresser au classement de la covid 19 lors de la prochaine étude concernant les causes de décès pour savoir si celle-ci impactera davantage les causes de décès.

De manière générale, il n'en ressort pas moins que les populations les plus fragiles toutes maladies confondues restent les populations âgées et les populations précaires. Les maladies neurodégénératives (Alzheimer, parkinson, Sclérose en plaque…) concernent près de 1,4 millions de personnes en France en 2019. La maladie d'Alzheimer à elle seule concerne entre 900 000 et 1,2 millions de personnes et touche 15 % de la population des plus de 80 ans.

Si vieillesse rime souvent avec mauvaise santé, il en va de même en ce qui concerne la pauvreté. La caractérisation de ces populations se fait par une évaluation du salaire médian. Tout individu n'excédant pas un salaire de plus de 60 % du salaire médian est considéré économiquement pauvre. En France cette part de population est estimée à 14,8 % de la

[4] Inserm-CépiDC (Centre d'épidémiologie sur les causes médicales de décès).

population en 2018, soit plus de 9 millions de personnes[5]. Avec moins de 1063 €[6] par mois pour une personne seule et des conditions d'accès aux droits dégradées ces populations souffrent davantage de pathologies. Selon l'académie de médecine en 2017, 5 millions de personnes ne disposeraient pas de leurs droits en matière de couverture maladie (PUMa : Protection universelle maladie ; CMU-c : Couverture maladie universelle-complémentaire) et renonceraient davantage aux soins dentaires et aux dépistages de maladies[7].

B. Évolution de l'offre de soins

L'offre de soins en France connait une rationalisation qui se concrétise depuis plusieurs années par une accentuation de mesures d'économie en matière de nombre de lits d'hospitalisation. Ainsi, depuis 2003, 69 000 places d'hospitalisation complète ont été fermées (une diminution d'environ 15 %), dont 48 000 de « long séjour », alors que la population a augmenté de l'ordre de 10 % (entre 2000 et 2015)[8].

La baisse de lits pour « soins aigus » est de 10 % en 10 ans : le nombre de lits de ce type par habitant s'établit désormais en dessous de la moyenne des pays de l'OCDE. L'Allemagne en compte presque deux fois plus[9].

En 2018, au cours de l'année, 4 172 lits d'hospitalisation complète ont encore été fermés dans les hôpitaux[10]. Le budget prévoyait également de réaliser 4,2 milliards d'euros d'économies sur la santé dans l'année, dont 830 millions sur « l'amélioration de la performance interne des établissements de santé et médico-sociaux ».

Bien que l'organisation des soins soit dépendante de facteurs économiques en situation sanitaire stable, ces mesures interrogent lors de situations de crises sanitaires. La santé n'étant dès lors plus à considérer de manière collective d'un point de vue budgétaire tendant à une recherche d'équilibre de bilan comptable mais interpréter comme chance de survie individuelle.

II. Le système de production des soins mis en cause dans les difficultés du système de santé français

Le système de santé doit répondre aux demandes des usagers tout en étant efficient au niveau des coûts et de l'égalité d'accès aux soins. Les problèmes qui se posent concernent le financement de l'offre de soins (A) et la production des soins de manière coordonnée et efficace (B).

---

[5] Insee, *Pauvreté selon l'âge et le seuil. Données annuelles de 1996 à 2018*.
[6] Insee, *Seuils de pauvreté mensuels. Données annuelles de 1975 à 2018*.
[7] Académie Nationale de médecine. Rapport Précarité, pauvreté et Santé. 20 juin 2017.
[8] Voir https://www.lci.fr/sante/hopital-69-000-lits-ont-ils-ete-supprimes-ces-15-dernieres-annees-2137618.html ; Fabien Toutlemonde. DREES. Les établissements de santé, Edition 2019. Panorama de la DREES ; https://www.francetvinfo.fr/sante/hopital/diminution-du-nombre-de-lits-a-l-hopital-mais-hausse-de-la-population_2483265.html
[9] Robin Prudent, INFOGRAPHIE, Coronavirus : la France compte moins de lits en « soins aigus » que la moyenne des pays développés. Publié le 21/03/2020 ; https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/infographie-coronavirus-la-france-compte-moins-de-lits-en-soins-aigus-que-la-moyenne-des-pays-developpes_3876613.html
[10] Hayat Gazzane. Hôpitaux : plus de 4 000 lits fermés en 2018. Publié le 17 octobre 2019. https://www.lefigaro.fr/flash-eco/hopitaux-pres-de-4-200-lits-supprimes-en-2018-20191017

A. Un financement croissant du système de santé

Se soigner à un coût croissant et les dépenses d'assurance maladie occupe la part la plus importante de la sécurité sociale. Selon la commission des comptes de la sécurité sociale en 2018, les dépenses d'assurance maladie représente plus de 60 % des dépenses totales du régime général. Ce coût est croissant chaque année et augmente d'environ 2 à 3 % ce qui participe à la formation d'un déficit annuel estimé à environ 1 milliard d'euro.

L'augmentation des coûts s'explique plus particulièrement par le vieillissement de la population. Au 1er janvier 2018, la France compte 67,187 millions d'habitants. Le vieillissement de la population française se poursuit. Les personnes âgées d'au moins 65 ans représentent 19,6 % de la population, contre 19,2 % un an auparavant et 18,8 % deux ans auparavant[11]. Ces populations sont sujettes à des pathologies multiples liées à l'âge. Elles développent de nouvelles pathologies dont la prise en charge n'était jusqu'à présent pas nécessaire. Les progrès médicaux permettent une augmentation de l'espérance de vie et alimente la nécessité d'un progrès médical toujours plus en pointe et onéreux.

Aussi, la CSBM (Consommation de Soins et Biens Médicaux) connait une augmentation importante qui se répercute pour 78% de son montant sur le dispositif de sécurité sociale[12]. Néanmoins, un recul du financement de la sécurité sociale s'organise au profit des systèmes d'assurances privés et du financement des ménages. La santé a donc un prix toujours plus important pour les usagers. Afin de soulager le financement des soins par la sécurité sociale, dans une recherche d'équité, plusieurs dispositifs ont été mis en place durant ces dernières décennies, parmi lesquels le parcours de soins coordonnées, qui consiste à la déclaration d'un médecin référent, véritable chef d'orchestre, de l'orientation des malades vers les spécialistes et ce, afin de limiter la multiplication des consultations. Dans un objectif identique la mise en place de forfaits et de franchises médicales vise à limiter la multiplication des actes par un reste à charge du patient. Le déremboursement de médicaments participe également à limiter les dépenses sur le système de solidarité français. La réorganisation territoriale hospitalière appliqué par la LMSS (Loi de Modernisation du Système de Santé) du 26 janvier 2016 tente également de rationaliser les dépenses de fonctionnement du système hospitalier par l'organisation de GHT (Groupement hospitalier de territoire) permettant la mutualisation des fonctions supports de l'hôpital dans le respect d'une cohérence géographique. Enfin, la dernière loi de financement de la sécurité sociale avait prévu un plafonnement à 60 % des ressources hospitalière de la T2A (tarification à l'activité). La T2A étant déjà un dispositif visant établir le juste coût des soins par l'estimation financière des actes médicaux.

---

[11] INSEE REFERENCES ; https://www.insee.fr/fr/statistiques/3303333?sommaire=3353488#:~:text=Tableaux%20et%20graphiques-,Pr%C3%A9sentation,%2C8%20%25%20deux%20ans%20auparavant. Paru le 27 février 2019.

[12] DREES, Comptes de la santé, 2019.

B. Dysfonctionnements dans la coordination des soins

Le système de santé doit satisfaire à plusieurs contraintes. Le système de soins doit répondre aux nécessités conjoncturelles et aux nécessités professionnelles. Si ces nécessités sont parfois complémentaires, elles ne sont pas toujours convergentes.

Le système de soins, pour garantir sa pérennité, doit répondre à des impératifs économiques en réduisant l'impact financier de la santé sur son système de financement. Il doit également répondre à des impératifs qualitatifs en garantissant une prise en charge de qualité. Et il doit encore répondre aux impératifs sociaux en permettant la prise en charge de l'ensemble de la population quel que soit ses conditions et sans discrimination.

Concernant les impératifs économiques, le rôle de soignant justifie quant à lui d'accéder aux meilleures technologies. La devise médicale consiste d'abord à ne pas nuire et ensuite à engager tous les moyens nécessaires pour garantir l'objectif de soin visé. La santé du point de vue des soignants n'est pas un secteur marchand. La recherche de productivité ne semble pas compatible avec l'engagement de serment des personnels de soins. Il en découle potentiellement une forme d'incompréhension qui complexifie la dimension professionnelle du corps médical.

Le travail des soignant consiste à faire toujours plus pour le patient avec moins de moyens, mais le système de soins est également un parcours du combattant pour le patient. Là encore, des incompréhensions et des difficultés se potentialisent. Lors d'une hospitalisation, lorsque la prise en charge nécessite l'intervention de plusieurs spécialités, il n'est pas rare que le patient interroge le corps médical sur la suite de sa prise en charge. Or les praticiens n'ont pas les moyens d'anticiper sur cette suite en raison du caractère hermétique des services. Les patients sont également dans l'incapacité de justifier des précédentes investigations déjà réalisées. Cette situation peut avoir des conséquences délétères, comme la multiplication des examens ou la répétition d'actes invasifs. Le patient se heurte également au jargon médical, qui n'est pas toujours compréhensible, avec une multiplication d'acronymes pas toujours explicites (CRF : centre de rééducation fonctionnel ; SSR : soins de suite et de réadaptation ; HAD : hospitalisation à domicile, etc.). Ainsi, l'organisation des soins semble plus subie qu'anticipée tant pour les patients que pour les professionnelles.

Les conditions de travail pour les soignants sont également bouleversées. La part du temps d'activité des praticiens consacrée à l'activité de soins ne représente plus aujourd'hui que 25 % de leur temps d'activité total. Les praticiens passent un quart de leur temps d'activité à rattraper les défauts d'organisation des soins et la moitié de leurs temps d'activité aux tâches administratives. En conséquence, il y a une insuffisance de médecins et une insuffisance de praticiens paramédicaux. Entre 2007 et 2011, le nombre de séjours hospitaliers à augmenter de 7,2 %, les équivalents temps pleins (ETP) de médecins ont suivi cette augmentation en progressant de 7,7 %, alors que les ETP infirmiers ont seulement progressé de 1,4 %. Dans le même temps, il a été établi que le

nombre d'actions pour la prise en charge d'un patient a augmenté de 13 %[13].

Les défauts d'organisation participent à la survenue d'événements indésirables. À ce jour, les infections nosocomiales concernent 10 % des admissions hospitalières. 2,5 millions de cas d'infection sont liés aux soins hospitaliers dans l'Union européenne[14].

III. Pistes d'amélioration pour permettre l'accès à des soins de qualité pour tous

L'amélioration de l'accès aux soins passe par une évaluation des moyens d'augmentation des recettes ou de diminution des dépenses du système de santé au niveau global c'est-à-dire d'un point de vue macro-économique (A) et par l'étude du comportement des agents demandeurs et producteurs des soins c'est-à-dire d'un point de vue micro-économique (B).

A. Amélioration au niveau macro-économique

Afin de garantir la qualité et la pérennité du système, il est possible d'envisager une augmentation des recettes. Pour augmenter les recettes, trois leviers sont envisageables : l'augmentation des cotisations sociales, l'augmentation de la contribution sociale généralisée (une augmentation de 1 % augmente les recettes de 13 milliards d'euros) ou bien une augmentation de la participation de l'État (TVA ; taxes spécifiques ; alcool ; tabac…). Ces *scenarii* pourraient impacter la compétitivité des entreprises. La période de chômage de masse est peu appropriée pour augmenter le poids de la fiscalité et des cotisations. L'augmentation des recettes pourrait également impliquer un effet d'éviction ce qui impacterait la consommation des ménages.

Une autre stratégie consisterait à réduire le panier de remboursement des soins ou à modifier la répartition des dépenses entre assurance maladie obligatoire, complémentaire et reste à charge des patients ce qui ne serait pas sans produire des tensions sociales.

B. Amélioration des soins par une approche micro-économique

La micro-économie est la branche de l'économie qui modélise le comportement des agents économiques. En termes de réflexion micro-économique des arbitrages peuvent être envisagés. Les innovations technologiques ont un coût important. Le numérique et la médecine prédictive (capacités nouvelles de la médecine visant à prévoir à l'avance les affections qui frapperont le patient) occupent une place de plus en plus essentielle. Les innovations thérapeutiques coûtent de plus en plus chère. L'automatisation et la robotisation assiste de plus en plus les praticiens mais avec un coût très onéreux en terme d'investissement. Un arbitrage consisterait à renoncer ou à faire confiance à certaines de ces innovations au risque d'adopter de mauvaises stratégies.

---

[13] D. Rosenthal et *al.*, *Meaning and the nature of the physicians' work*, N Engl J Med, n° 315, 2016, p. 1813-1815.

[14] Alessandro Cassini et *al.*, Burden of Six Healthcare-Associated Infections on European Population Health: Estimating Incidence-BasedDisability- Adjusted Life Years through a Population Prevalence-Based Modelling Study. PLoS Med, n° 13 (10), e1002150.

La réduction de l'offre de soins consisterait à baisser le nombre d'établissements de soins hospitaliers. Or le nombre des établissements hospitaliers a déjà diminué de 20 % en 20 ans. La réduction de l'offre de soins hospitalier engendre des tensions géographiques ; les populations de la France périphérique subissant davantage de contraintes de prise en charge du fait de l'éloignement des services publics.

Il est encore possible d'envisager une amélioration de l'outil productif afin de réduire les coûts par une internalisation des compétences comme par exemple des maisons de retraite médicalisées dont la réalisation architecturale et le financement reste à définir.

L'augmentation de l'effectif de médecins semble indispensable, puisqu'en 2025, un quart aura disparu en 20 ans. Les vacances de postes dans certaines spécialités sont de plus en plus fréquentes (plus de 30 % dans le secteur de l'anesthésie). Le recours aux praticiens intérimaires a un prix élevé puisque cette situation particulière conduit à multiplier par 2,5 le salaire des personnels en raison du caractère précaire de leur emploi.

Par ailleurs, les déserts médicaux sont de plus en plus fréquents par faute de disponibilité des personnels. Le *numerus clausus* de médecine a longtemps aggravé le renouvellement des professionnels de santé. La féminisation de la profession engendre également un besoin de conditions d'activités en meilleure adéquation avec leurs besoins sociaux ce qui limite la disponibilité des personnels. De nouvelles spécialités dépossèdent également le nombre de médecins généralistes et les spécialités plus traditionnelle (ex : neuroradiologie ; immunologie).

Afin d'augmenter l'efficience du système de soins, il est possible d'apporter de nouvelles compétences pour des corps de profession intermédiaire. L'instauration d'infirmière en pratique avancée réduisant la charge de travail des médecins sur des pathologies ciblées.

Pour conclure, la santé coûte cher mais n'a pas de prix. La performance dans le système de santé a quatre dimensions : son coût ; le volume d'actes pouvant être délivré ; la qualité du résultat et du processus et la qualité de vie au travail pour les personnels. La performance ne peut pas seulement être accès sur le coût et sur le volume de soins. Le médecin reste l'acteur le plus légitime en matière de prévention pour 66 % des personnes et 81 % des français déclarent être satisfaits de la qualité des soins. La surcharge des tâches administratives constitue un frein dans l'organisation des soins. Elle dépossède les médecins de leurs activités de soignant. Des mesures d'allègement des tâches administratives et d'amélioration de l'organisation des soins s'imposeront probablement dans les années à venir.

2. Information et consentement en droit de la santé

Vincent Vioujas

Directeur d'hôpital, chargé d'enseignement à la Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-en-Provence (AMU), chercheur associé au Centre de droit de la santé (UMR 7268 ADES, AMU/EFS/CNRS)

Choisi en début d'année 2020 dans la perspective d'un cycle de conférences destiné à donner des connaissances de base en droit de la santé à des étudiants néophytes[1], le thème de cette contribution peut sembler en décalage avec les préoccupations du moment. Il ne sera en effet pas question ici d'état d'urgence sanitaire, de confinement ou encore d'essais cliniques, autant de sujets sur lesquels l'activité doctrinale est intense depuis le mois d'avril 2020, ce qui témoigne de la force et de la richesse de la recherche juridique et politique.

Classique en droit de la santé, les questions autour de l'information et du consentement ne sont toutefois pas totalement étrangères à celles suscitées par l'épidémie mondiale de Covid-19 et les crises sanitaire et économique qui en résultent. Comme le relevait, déjà, en 2007, le professeur Didier Truchet à propos des mesures sanitaires d'urgence prévues aux articles L. 3131-1 et suivants du code de la santé publique, lesquelles ont servi de fondement aux premiers textes adoptés en mars 2020 avant la déclaration de l'état d'urgence sanitaire,

> « la liste des droits et libertés potentiellement affectés est impressionnante, et presque sans limite ! Des mesures de quarantaine, de confinement ou d'interdiction de circulation portent atteinte à la liberté d'aller et de venir et au droit de mener une vie familiale normale ; des vaccinations et des soins obligatoires ou des hospitalisations forcées, à la liberté que l'on a de ne pas se soigner »[2].

Le droit au consentement qui, comme on le verra, n'est pas absolu en temps ordinaire, peut donc être atténué dans des proportions encore plus importantes dans le cadre de la police de l'urgence sanitaire[3].

De même, les revendications pour un large accès à certains traitements, y compris en l'absence de résultats scientifiques jugés suffisamment probants par les autorités sanitaires peuvent également être envisagées sous le prisme du consentement. À ce titre, comme le souligne Arnaud Lami,

---

[1] L'auteur a fait le choix de conserver ici un style proche de celui de l'oral et de limiter les références, en particulier jurisprudentielles, abondantes en la matière. Le lecteur désireux d'approfondir le sujet pourra, par exemple, se reporter à Stéphanie Porchy-Simon, « Responsabilité médicale – Responsabilité pour faute d'éthique médicale – Consentement libre et éclairé du patient – Secret médical », *JCl. Responsabilité civile et assurances*, fasc. n° 440-30.

[2] Didier Truchet, « L'urgence sanitaire », *RDSS*, 2007, p. 411-425.

[3] Sur ce point, Stéphanie Renard, « Covid-19 et libertés : du collectif vers l'intime », *RDLF*, 2020, chron. n° 10.

> « à partir du moment où l'on fait du consentement éclairé du malade aux soins et aux médicaments l'axe de l'ensemble des droits médical et hospitalier, il devient très difficile, surtout en période de panique et d'urgence sanitaires, de lui refuser, contre son gré, ou celui de sa famille le cas échéant, formellement exprimé, l'accès à des actes ou traitements que n'a pas encore labellisé ou complètement appréhendé la communauté médicale »[4].

Le thème de l'information et du consentement, essentiel en droit de la santé, conserve ainsi toute son actualité. La référence au droit de la santé est capitale pour circonscrire le sujet car ce dernier n'est, bien entendu, pas spécifique à ce domaine du droit. Dans un éditorial publié en début d'année 2020, dans le cadre de l'affaire dite *Matzneff*, et donc dans un tout autre contexte, le professeur Nicolas Molfessis écrivait en effet que la question de savoir ce qu'est consentir et vouloir « rejoint celle posée, depuis plusieurs décennies, en matière contractuelle, dans le cadre de relations déséquilibrées ». Dans ces situations,

> « le consentement peut ne plus être libre et, à ce titre, mériter une protection du droit. La personne peut être dans une situation de dépendance ou mal informée »[5].

Or ce déséquilibre, où l'une des parties apparaît en situation de faiblesse ou de vulnérabilité, est précisément ce qui caractérise la relation médicale. C'est donc bien sous l'angle de la protection offerte par le droit que l'information et le consentement ont été abordées, depuis plusieurs décennies en droit de la santé, selon une approche largement inspirée du droit de la consommation[6]. Un des arrêts fondateurs de la discipline, que le professeur Gérard Mémeteau n'hésite pas à qualifier « d'arrêt fondamental du droit médical »[7], en fournit une éclatante illustration.

Les faits d'espèce méritent d'être brièvement rappelés pour en comprendre la portée. À la suite d'un accident de la circulation, M. Teyssier est pris en charge à l'hôpital de Bordeaux – nous sommes en 1930, on ne parle pas encore de CHU à l'époque – par le Docteur Parcelier qui choisit de réduire une de ses fractures par ostéosynthèse, alors qu'il aurait pu également recourir à un plâtre. Il en résulte pour le malheureux une gangrène nécessitant l'amputation de l'avant-bras. Outre la question de compétence juridictionnelle, qui a motivé la saisine de la chambre des requêtes de la Cour de cassation, mais ne nous intéressera pas ici (et ne correspond d'ailleurs plus au droit positif), les juges affirment de manière catégorique que, comme tout chirurgien, le chirurgien d'un service hospitalier est « tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération ». En l'espèce, la Cour ajoute « qu'en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine », le Docteur Parcelier a non seulement commis une faute

---

[4] Arnaud Lami, « L'accès au médicament à l'épreuve de l'urgence sanitaire », *Dr. fam.*, 2020, étude 18.

[5] Nicolas Molfessis, « Le consentement », *JCP G*, 2020, 1.

[6] Ce que Guillaume Rousset appelle, dans sa thèse de référence sur le sujet, « la pénétration du droit de la consommation dans la phase de conclusion de l'acte de santé », *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Bordeaux, Les études hospitalières, 2010, p. 79 et s.

[7] Gérard Mémeteau, « La présentation du droit médical dans la Revue trimestrielle de droit civil », *RTD civ.*, 2002, p. 253-268.

engageant sa responsabilité mais aussi « une atteinte grave aux droits du malade »[8].

Ainsi, bien avant que le Conseil constitutionnel ne l'ait consacré comme principe constitutionnel en 1994, à l'occasion de l'examen des premières lois de bioéthique, bien avant la loi Kouchner du 4 mars 2002, dont il sera évidemment question par la suite, avant l'article 16-3 du code civil ou encore avant de nombreux textes européens ou internationaux, comme par exemple la convention d'Oviedo, l'arrêt *Parcelier c/Teyssier* rattache le respect du consentement en matière médicale au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. En cela, il se révèle véritablement fondateur.

Mais, bien plus, le même arrêt insiste aussi sur le fait que la validité de ce consentement dépend de la qualité de l'information donnée préalablement au patient par le médecin. En l'espèce, le Docteur Parcelier n'avait nullement averti M. Teyssier de la nature exacte de l'acte qu'il allait subir, de ses conséquences possibles et du choix existant entre deux méthodes thérapeutiques. Cette nouvelle faute engage également sa responsabilité.

En toute logique, il est donc nécessaire d'envisager la question en distinguant successivement le droit du patient d'être informé, lequel conditionne, par la suite, l'exercice de son droit au consentement.

I. Le droit d'être informé

Après avoir présenté l'étendue de ce droit et ses modalités de mise en œuvre, la réparation du défaut d'information sera précisée, dans un second temps, ce domaine ayant connu des évolutions jurisprudentielles importantes ces dix dernières années.

A. Étendue et modalités du droit d'être informé

L'article L. 1111-2 du code de la santé publique traite à la fois de l'étendue du droit d'être informé et des modalités de délivrance de cette information.

1. L'étendue du droit d'être informé

En vertu de l'article L. 1111-2 du code de la santé publique, toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Celui-ci précise que cette information porte à la fois sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité et leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les autres solutions possibles et les conséquences prévisibles en cas de refus et, enfin, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent. Bien qu'issu de la loi dite Kouchner du 4 mars 2002, ce texte n'a pas constitué une véritable révolution dans le sens où, plus qu'une création *ex-nihilo*, il s'agit essentiellement d'une codification des acquis jurisprudentiels antérieurs, que ce soit devant le juge administratif ou devant le juge judiciaire[9].

---

[8] Cass. req., 28 janvier 1942, *Parcelier c/Teyssier* : voir Claudine Bergoignan-Esper, Pierre Sargos, *Les grands arrêts de droit de la santé*, Paris, Dalloz, 3ème éd., 2020, n° 1.

[9] Puisqu'il faut rappeler qu'en matière de responsabilité médicale, le dualisme juridictionnel joue pleinement en fonction du mode d'exercice du professionnel de santé concerné. Schématiquement, ceux qui exercent en établissements publics de santé relèvent des juridictions administratives et ceux qui exercent en établissements privés ou en ville des juridictions judiciaires.

L'information, qui incombe à chaque professionnel de santé dans le cadre de ses compétences, recouvre ainsi un champ extrêmement large[10]. L'article L. 1111-2 n'envisage en effet que trois exceptions : l'urgence, qui se comprend aisément, l'impossibilité d'informer[11], et enfin la volonté de la personne d'être tenue dans l'ignorance. Cette dernière hypothèse est cependant subordonnée au fait de pas exposer par ce silence des tiers à des risques de contamination. Le changement est considérable par rapport à ce qu'il est habituel d'appeler « le paternalisme médical » pour qualifier les modalités antérieures de la relation médicale, qui laissaient le soin au médecin d'apprécier, en conscience et en toute circonstance, ce qu'il pouvait dire ou cacher, révéler ou dissimuler, au patient. Il a néanmoins fallu dix ans pour le code de déontologie médicale intègre cette évolution[12] !

De plus, les juges, qui ont eu l'occasion à de nombreuses reprises d'examiner ces dispositions, les ont, le plus souvent, interprétées de manière excessive comme le montrent quelques exemples tirés de la jurisprudence récente. Le Conseil d'État a ainsi estimé que la circonstance que l'accouchement par voie basse constitue un événement naturel, et non un acte médical, ne dispense pas les médecins de l'obligation de porter, le cas échéant, à la connaissance de la femme enceinte les risques qu'il est susceptible de présenter eu égard notamment à son état de santé, à celui du fœtus ou à ses antécédents médicaux, et les moyens de les prévenir. La Cour de cassation a statué dans le même sens, pratiquement au mot près, quelques années plus tard[13]. La Haute juridiction administrative a également précisé que, lorsqu'il est fait usage d'une technique opératoire nouvelle, dont les risques ne peuvent être suffisamment évalués à la date de la consultation, du fait de son caractère récent ou parce qu'elle n'a été mise en œuvre qu'à l'égard d'un nombre limité de patients, l'information délivrée doit aussi mentionner le fait que l'absence d'un recul suffisant ne permet pas d'exclure l'existence d'autres risques[14].

Enfin, s'agissant des risques justement, si la formule employée par le législateur (« risques fréquents ou graves normalement prévisibles ») a pu nourrir des discussions doctrinales portant sur le périmètre exact retenu par rapport à la jurisprudence antérieure, le sens à lui donner semble désormais parfaitement clair, et ne dénote pas de véritable resserrement du contenu du droit d'être informé. Comme l'a synthétisé le Conseil d'État, de manière très pédagogique, doivent, en effet, être portés à la

[10] Il n'est question ici que des dispositions de l'article L. 1111-2 du code de la santé publique, dont d'autres articles prévoient des obligations d'information renforcées pour certains actes (par exemple en matière de chirurgie esthétique).

[11] Par exemple, civ. 1ère, 22 mai 2002, n° 00-19.817, *Bull.*, 2002, I, n° 142 : obligation pour le praticien de pratiquer une résection endoscopique complémentaire, dont la personne n'avait pas été préalablement informée et dont la nécessité n'a été découverte qu'après qu'ait débuté une autre intervention. La Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel jugeant que le chirurgien ne trouvait alors dans l'impossibilité d'informer le patient des risques inhérents à cet acte complémentaire sans l'exposer au risque d'une nouvelle intervention sous anesthésie générale ou locorégionale.

[12] Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012, voir Anne Laude, « Le code de déontologie médicale enfin modifié ! », *D.*, 2012, p. 1694-1697.

[13] CE, 27 juin 2016, *CHU de Poitiers*, n° 386165 ; *JCP A*, 2017, 2001, note Marie-Laure Moquet-Anger ; dans le même sens, civ. 1ère, 23 janvier 2019, n° 18-10.706.

[14] CE, 10 mai 2017, *CHU de Nice*, n° 397840 ; *RDSS*, 2017, p. 764, obs. Danièle Cristol.

connaissance du patient, préalablement au recueil de son consentement à l'accomplissement d'un acte médical, les risques connus de cet acte qui, soit présentent une fréquence statistique significative, quelle que soit leur gravité, soit revêtent le caractère de risques graves, quelle que soit leur fréquence[15]. Autrement dit, l'information est obligatoire s'agissant des risques graves, c'est-à-dire des risques d'invalidité ou de décès. Ainsi, la circonstance qu'un tel risque soit recensé dans la littérature médicale comme de réalisation exceptionnelle ne dispense pas les médecins de le porter à la connaissance du patient. La Cour de cassation juge, à l'identique, qu'un

> « risque grave scientifiquement connu à la date des soins comme étant en rapport avec l'intervention ou le traitement envisagés, constitue, même s'il ne se réalise qu'exceptionnellement, un risque normalement prévisible »[16].

Le recours au critère de fréquence statistique significative pour déterminer si un risque doit être mentionné ou non n'est donc possible que les risques bénins.

2. Les modalités de délivrance de l'information

Outre ces aspects relatifs à l'étendue du droit d'être informé, l'article L. 1111-2 du code de la santé publique précise que l'information est délivrée lors d'un entretien individuel et renvoie à des recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de santé (HAS) sur le sujet. Ces dernières insistent notamment sur le fait que l'information fournie doit être synthétique, hiérarchisée, compréhensible et personnalisée[17]. Autrement dit, celle-ci doit être adaptée à la personnalité et aux capacités de compréhension de chaque patient. Cette dimension est essentielle pour éviter l'écueil d'une information standardisée et désincarnée. De plus, ce dernier peut, s'il le souhaite, se faire accompagner par la personne de confiance qu'il a désignée en application de l'article L. 1111-6 du même code.

Au regard de ces éléments, il convient d'insister sur le fait que, contrairement à ce que pensent parfois certains praticiens, peut-être pour se rassurer, en aucun cas la production d'un document écrit et signé n'est jugée suffisant pour établir que le patient a bien reçu une explication appropriée. C'est pourquoi la Haute autorité de santé recommande aussi d'utiliser de tels documents en complément d'une information orale et non, pour reprendre une formule de la Cour de cassation, « dans un rôle défensif de preuve que le médecin se ménagerait dans le but de faire face à un éventuel procès »[18].

Pour se limiter à deux illustrations tirées de la jurisprudence, cette dernière a jugé insuffisante l'autorisation d'opérer avec accord sur l'information qui lui a été donnée signée par une patiente et produite par un chirurgien. Selon la Haute juridiction, la cour d'appel aurait, en effet, dû rechercher si celui-ci n'avait pas failli à son obligation d'expliciter les

---

[15] CE, 19 octobre 2016, *Centre hospitalier d'Issoire*, n° 391538 ; *JCP A*, 2017, 2199, note Marie-Laure Moquet-Anger ; *RTD civ.,* 2017, p. 158, obs. Patrice Jourdain ; *RDSS*, 2016, p. 1169, obs. Danièle Cristol.

[16] Civ. 1ère, 12 octobre 2016, n° 15-16.894.

[17] *Délivrance de l'information à la personne sur son état de santé*, Recommandation de bonne pratique, 2012.

[18] *La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel, 2007, p. 70.

risques précis de l'intervention envisagée, notamment par la remise d'une brochure exhaustive[19]. S'agissant de la nécessité de délivrer une information d'une manière adaptée à la personnalité et à l'état du patient, elle a également estimé que celle-ci n'était pas satisfaite lorsque les termes employés n'étaient pas intelligibles pour une personne profane en matière médicale[20]. À cet égard, il convient d'insister aussi sur le fait que les connaissances préalables du malade ne dispensent le professionnel de santé d'appliquer les dispositions de l'article L. 1111-2[21].

Enfin, sans pouvoir s'arrêter longuement sur ce point qui mériterait à lui seul des développements particuliers, il est nécessaire de signaler que des modalités de délivrance spécifiques sont prévues, d'une part, pour les personnes mineures et, d'autre part, pour les personnes faisant l'objet d'une mesure de protection. En substance, si les droits des mineurs sont exercés par les personnes titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur, qui reçoivent l'information prévue à l'article L. 1111-2[22], les mineurs ont également le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée à leur degré de maturité. Quant aux personnes majeures protégées, depuis l'ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020, dont il sera à nouveau question par la suite, l'information les concernant doit leur être délivrée d'une manière adaptée à leur capacité de compréhension. Elle est également donnée à la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne et, si le majeur protégé y consent, à celle chargée d'une mesure de protection juridique avec assistance à la personne.

B. La réparation en cas de manquement

Reprenant la jurisprudence antérieure à la loi du 4 mars 2002, l'article L. 1111-2 du code de la santé publique précise qu'il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues, et ce par tout moyen. Du fait de l'inversion de la charge de la preuve, en cas de litige, les juges procèdent par faisceaux d'indices. Ils vont ainsi se baser sur des éléments tels que le nombre de consultations préalables à l'intervention, le délai entre la consultation et l'intervention ou encore, bien entendu, la tenue du dossier médical pour apprécier si l'information due a bien été correctement donnée. À cet égard, comme le note fort justement Caroline Lantero, lorsque cela a été fait, « le patient prétend rarement que cela n'a pas été le cas »[23]. Reste que la question d'un manquement au droit d'être informé est régulièrement invoqué dans les contentieux en matière de responsabilité médicale, et que la jurisprudence a évolué s'agissant du préjudice réparable.

---

[19] Civ. 1ère, 6 février 2013, n° 12-17.423, *Bull.*, 2013, I, n° 10 ; *LPA*, 5 juin 2013, p. 17, note François Vialla.
[20] Civ. 1ère, 16 janvier 2013, n° 12-14.097 ; *JCP G*, 2013, p. 537, note François Vialla : l'expression employée dans un compte-rendu radiologique prêtait en effet à confusion pour un non-spécialiste puisque le terme « solution de continuité » désigne en réalité une fracture.
[21] Civ. 1ère, 28 novembre 2012, n° 11-26.516.
[22] Hormis les cas prévus aux articles L. 1111-5 et L. 1111-5-1 permettant aux mineurs de conserver le secret sur leur état de santé.
[23] Caroline Lantero, *Les droits des patients*, Paris, LGDJ, 2018, p. 82.

1. La réparation de la perte de chance

Sans revenir de manière exhaustive sur les différentes étapes, il importe de retenir que la Cour de cassation, depuis 1990[24], et le Conseil d'État, depuis 2000[25], réparent le défaut d'information sur le fondement de la perte de chance. À ce titre, le juge raisonne de manière rétrospective et probabiliste pour tenter de déterminer l'attitude qu'aurait eue le patient s'il avait été correctement informé. Éclairé par les rapports d'expertise, il est ainsi amené à apprécier s'il existait une ou plusieurs alternatives moins risquées ou encore si l'intervention était absolument indispensable au regard de l'état de santé de la personne… Ainsi, selon la Cour de cassation, il doit

> « rechercher, en prenant en considération l'état de santé du patient ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles des investigations ou des soins à risques lui sont proposés, ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques, les effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou à son refus » [26].

La jurisprudence administrative est devenue progressivement plus favorable à la reconnaissance d'une perte de chance puisque le Conseil d'État considère désormais que

> « c'est seulement dans le cas où l'intervention était impérieusement requise, en sorte que le patient ne disposait d'aucune possibilité raisonnable de refus »[27].

La jurisprudence administrative a évolué de façon similaire et le Conseil d'État a récemment précisé les critères pouvant conduire à écarter toute perte de chance. Ainsi, doivent être pris en compte l'état du patient et son évolution prévisible en l'absence de réalisation de l'acte, les alternatives thérapeutiques qui pouvaient lui être proposées et tout autre élément de nature à révéler le choix qu'il aurait fait s'il avait été correctement informé[28].

Néanmoins, dans de très nombreuses affaires, ils concluent que même si l'information avait été correctement délivrée, le patient aurait fait le choix qui a été le sien. Dans ce cas de figure, le médecin a, certes, commis une faute en omettant de l'informer de certains des risques encourus, mais il ne lui a fait perdre aucune chance de s'y soustraire. En revanche, lorsqu'au terme de cette analyse, le juge estime que, par exemple, le patient aurait eu une chance sur deux de renoncer à l'acte ou à l'intervention, le défaut d'information est à l'origine d'un préjudice de perte de chance. La réparation du dommage résultant de celle-ci est alors fixée à une fraction équivalente des différents chefs de préjudices subis (50 % dans l'exemple ici retenu).

Cette réparation du défaut d'information sur le fondement de la perte de chance a fait l'objet de nombreuses critiques, puisque, comme indiqué

---

[24] Civ. 1ère, 7 février 1990, n° 88-14.797, *Bull*., 1990, I, n° 39 ; *RTD civ.,* 1992, p. 109, obs. Patrice Jourdain.

[25] CE, sect., 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, n° 181899 ; *AJDA*, 2000, p. 137, chron. Mattias Guyomar et Paul Collin ; *JCP G*, 2000, II, 10271, note Jacques Moreau.

[26] Civ. 1ère, 20 juin 2000, n° 98-23.046, *Bull*., 2000, I, n° 193 ; *D.,* 2000, p. 471, note Patrice Jourdain ; *RDSS*, 2000, p. 723, obs. Louis Dubouis.

[27] CE, 24 septembre 2012, *Pichon c/ Hospices civils de Lyon*, n° 339285 ; *AJDA*, 2012, p. 2459, note Marie-Laure Moquet-Anger.

[28] CE, sect., 20 novembre 2020, *CHR de la Martinique* n° 419778 ; *AJDA*, 2020, p. 2495, chron. Clément Malverti et Cyrille Beaufils.

précédemment, lorsque le juge estime qu'une information correctement délivrée n'aurait rien changé, la perte de chance n'est pas constituée et ne donne pas lieu à indemnisation. Comme l'écrivaient les professeurs Lambert-Faivre et Porchy-Simon, dans ces cas-là, la sanction du manquement apparaît comme un leurre[29]. La doctrine se divisait toutefois sur la nature et la consistance du préjudice réparable, indépendamment de la perte de chance[30]. Finalement, sans remettre en cause la possibilité d'indemnisation de celle-ci, qui existe toujours, la jurisprudence a évolué au cours des année 2010 en faveur de l'identification d'un autre chef de préjudice, le préjudice d'impréparation.

2. La réparation du préjudice d'impréparation

Là encore, il ne saurait être question, dans le cadre de cette contribution, de reprendre dans le détail les différentes décisions qui se sont succédé depuis 2010. Il faut cependant insister sur le dialogue exemplaire entre le Conseil d'État et la Cour de cassation qui a permis d'aboutir à une jurisprudence désormais bien stabilisée devant les deux ordres de juridictions.

Celle-ci peut être synthétisée de la manière suivante. En premier lieu, le préjudice d'impréparation, pour être constitué, suppose la réalisation du risque dont le patient n'avait pas été informé. En d'autres termes, si aucune conséquence corporelle n'a eu lieu, si le risque ne s'est pas réalisé, il n'y a pas de préjudice d'impréparation[31].

En second lieu, ce préjudice comporte en réalité deux composantes. D'une part, il est constitué du fait, pour le patient non-informé des risques encourus, de ne pas avoir pu prendre certaines dispositions personnelles. En la matière, il appartient toujours à la victime d'établir à la fois la réalité et l'ampleur de cette composante, ce qui est loin d'être toujours aisé. D'autre part, le préjudice d'impréparation est également constitué d'un préjudice moral correspondant à la souffrance endurée car,

> « au fond, on supporte mieux un dommage à l'éventualité duquel on a pu psychologiquement se préparer que celui qui est totalement imprévu »[32].

Désormais, les deux Hautes juridictions estiment que ce préjudice moral doit être présumé. Cette solution de compromis « subjectivise quelque peu le droit à l'information »[33], sans toutefois aller jusqu'à en faire un véritable droit subjectif dont la violation serait automatiquement sanctionnée, à l'image des droits de la personnalité, même en l'absence de toute conséquence corporelle. Comme tout préjudice moral, celui-ci demeure par ailleurs indemnisé dans des proportions modestes, sans que l'on puisse véritablement savoir de quelle manière les montants accordés

---

[29] Yvonne Lambert-Faivre, Stéphanie Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, Paris, Dalloz, 7ème éd., 2012, p. 713.

[30] Pour une présentation détaillée des deux options débattues, voir Mireille Bacache, « Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », *D.,* 2008, p. 1908-1913.

[31] Présente dès l'origine devant le Conseil d'État (CE, 10 octobre 2012, *Beaupère et Lemaître c/CHU de Rouen*, n° 350426 ; *AJDA*, 2012, p. 2231, note Caroline Lantero ; *RDSS*, 2013, p. 92, obs. Danièle Cristol), cette condition n'a été précisée que dans un second temps par la Cour de cassation, qui l'a régulièrement rappelée depuis (par exemple, Civ. 1ère, 14 novembre 2018, n° 17-27.980 ; *JCP G*, 2019, doct. 407, chron. Mireille Bacache).

[32] Michel Penneau, « Le défaut d'information en médecine », *D*., 1999, p. 46-47.

[33] Caroline Lantero, « Les consolidations du droit de la responsabilité hospitalière, *AJDA*, 2020, p. 714-721.

ont été évalués. De là à n'y voir qu'un « lot de consolation », il n'y a qu'un pas que certains auteurs n'hésitent pas à franchir[34].

En définitive, le défaut d'information peut aujourd'hui être réparé, devant le juge judiciaire comme devant le juge administratif, à la fois sur le fondement de la perte de chance qu'il a occasionné, le cas échéant, et du préjudice d'impréparation qu'il a créé lorsque le risque passé sous silence s'est réalisé. De ce point de vue, comme l'a écrit le professeur François Vialla, cette évolution jurisprudentielle démontre,

> « si besoin était, que l'information n'est pas seulement ancrée dans la recherche du consentement. Elle est aussi fondée sur le respect de la dignité de la personne »[35],

d'où le qualificatif fréquemment utilisé de faute d'humanisme. Mais pour en rester à notre sujet, il nous faut maintenant en venir justement au lien indissociable qui unit information et expression du consentement.

II. Le consentement

Le premier alinéa de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique dispose que

> « toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé ».

Ce texte régit donc le droit au consentement, lequel peut s'envisager sous un double aspect : le droit de consentir, mais aussi le droit de refuser un acte, une intervention ou un traitement.

A. Le droit de consentir

L'article L. 1111-4 est formel sur ce point : aucun acte médical, ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment. On retrouve une exigence similaire à l'article 16-3 du code civil selon lequel

> « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

Le respect du consentement libre et éclairé de la personne figure également par les droits garantis à l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou encore à l'article 5 de la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et biomédecine.

Ces dispositions manifestent clairement la transformation de la place et du rôle dévolus à la personne soignée, désormais « codécideur » (« prend avec ») des choix concernant sa santé. Après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité, le médecin a l'obligation de respecter sa volonté. Mais, avant d'en venir aux situations qui soulèvent le plus difficultés, en cas de refus de soins, plusieurs précisions s'imposent.

Premièrement, le principe du consentement et le droit de recevoir un traitement approprié, prévu à l'article L. 1110-5 du code de la santé

---

[34] Geneviève Viney, « L'indemnisation due en cas de manquement par le médecin à son devoir d'information », *JCP G*, 2014, 553.

[35] François Vialla, « Responsabilité médicale (défaut d'information) : indemnisation du préjudice moral », *D.*, 2016, p. 1501-1502.

publique, ne consacrent pas un droit du malade à choisir son traitement. Autrement dit, il ne saurait imposer à un praticien la mise en œuvre d'une thérapeutique donnée. Le Conseil d'État l'a rappelé récemment dans une douloureuse affaire où les parents d'un jeune enfant, atteint d'une grave maladie, contestait le choix de la stratégie thérapeutique retenue et demandait qu'il soit enjoint à l'établissement de santé de mettre en œuvre une chimiothérapie curative. À cette occasion, l'ordonnance précise qu'il n'appartient pas au juge des référés de prescrire à l'équipe médicale que soit administré un autre traitement que celui qu'elle a choisi de pratiquer à l'issue du bilan bénéfice/risque qu'elle doit effectuer[36]. Comme l'écrivent des commentateurs autorisés,

> « la loi organise, en somme, un processus en deux temps et deux rôles bien distincts : à l'équipe médicale de déterminer le traitement le plus approprié ; au patient, ensuite, de faire acte de volonté e y consentant ou en le refusant. Ces deux temps et rôles ne se confondent pas : le patient ne détermine pas son traitement ; l'équipe médicale doit, en revanche, lui permettre d'exercer son consentement de façon libre et éclairée »[37].

Deuxièmement, comme en matière de droit à l'information, des dispositions spécifiques existent s'agissant des mineurs et des personnes faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, dont le consentement doit systématiquement être recherché s'ils sont aptes à exprimer leur volonté et à participer à la décision. Sans entrer dans le détail, il convient d'insister sur les modifications apportées par l'ordonnance du 11 mars 2020 s'agissant des majeurs protégés. Prise en application de la loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice, celle-ci entend en effet corriger des lacunes relevées par la doctrine depuis de nombreuses années et permettre une meilleure articulation entre le texte du code de la santé publique et celui du code civil[38]. Le principe consiste à distinguer les personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec assistance à la personne, dont le consentement est requis, et celles faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne[39]. Dans ce dernier cas de figure, le contentement de la personne doit être obtenu, si elle est apte à exprimer sa volonté, au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection. À défaut, il appartient à cette dernière de donner son autorisation en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée. Sauf urgence, en cas de désaccord entre les deux, le juge autorise l'une ou l'autre à prendre la décision. Enfin, s'agissant des mineurs et des majeurs protégés, dans le cas où le refus d'un traitement par le ou les titulaire(s) de l'autorité parentale, le tuteur ou la personne chargée de la mesure de protection juridique avec représentation relative

---

[36] CE, réf., 26 juillet 2017, *Marchetti*, n° 412618 ; *AJDA*, 2017, p. 1887, chron. Guillaume Odinet et Sophie Roussel ; *RGDM*, 2017, n° 65, p. 89, note Paul Véron.

[37] Guillaume Odinet, Sophie Roussel, « La part du médecin et la part du juge », *AJDA*, 2017, p. 1887-1891.

[38] Sans y parvenir totalement… voir sur ce point, Annick Batteur et *al.*, « Régime des décisions médico-sociales relatives aux personnes protégées : une ordonnance affligeante ! », *D.*, 2020, p. 992.

[39] Tutelle à la personne, habilitation familiale générale par représentation, mandat de protection future étendu à la protection de la personne.

à la personne risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé de l'intéressé, le médecin délivre les soins indispensables.

Troisièmement, les lois Léonetti du 22 avril 2005 et Clayes-Léonetti du 2 février 2016 ont organisé des modalités permettant à la personne de manifester sa volonté en anticipant les situations où elle se trouverait hors d'état de l'exprimer. Prévues à l'article L. 1111-11 du code de la santé publique, les directives anticipées expriment, en effet, la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'acte médicaux [40] . À l'issue de longs débats parlementaires, la loi du 2 février 2016 a renforcé l'opposabilité des directives anticipées, qui apparaissait singulièrement en retrait en France par rapport à d'autres pays européens. Celles-ci s'imposent désormais au médecin pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement. Mais, outre que cet instrument demeure très peu utilisé, la loi a prévu plusieurs exceptions, en particulier la possibilité pour le praticien d'écarter les directives anticipées lorsqu'elles apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale. Elle n'est donc pas parvenue à garantir totalement la volonté du patient et, comme l'écrit Caroline Lantero, « le lourd poids de la décision pèse encore sur le seul médecin »[41].

Enfin, indépendamment de ce cas de figure, des aménagements ou des exceptions au principe du consentement existent, notamment s'agissant des soins psychiatriques[42]. La troisième partie du code de la santé publique comporte en effet un dispositif ancien, mais revu en 2011 et 2013, relatif précisément aux soins psychiatriques sans consentement. Sans développer davantage ce thème, qui mériterait à lui seul une conférence spécifique[43], il convient d'insister sur le fait qu'en vertu de l'article L. 3211-2 du même code, les soins psychiatriques libres constituent la modalité de soins privilégiée lorsque l'état de la personne le permet. Les différentes mesures de soins sans consentement apparaissent donc comme des exceptions, placées sous le contrôle de l'autorité judiciaire lorsqu'elles se prolongement sous la forme de l'hospitalisation complète au-delà de 12 jours.

B. Le droit de refuser

La question du refus de soins a nourri de vives discussions juridiques à partir de deux arrêts du Conseil d'État rendus en 2001 (donc avant la loi du 4 mars 2002)[44], puis en août 2002 (postérieurement à celle-ci cette

---

[40] L'arrêté du 3 août 2016 fixe le modèle des directives anticipées et des informations qui doivent y figurer.

[41] Caroline Lantero, « La garantie des droits » in Florence Faberon et Claire Marliac (dir.), *L'organisation du système de santé : quelle efficacité* ?, *Les cahiers de droit de la santé*, n° 25, 2017, p. 52.

[42] Mais les vaccinations obligatoires peuvent aussi être mentionnées, voir CE, 6 mai 2019, *Ligue nationale pour la liberté des vaccinations*, n° 419242 ; *AJDA*, 2019, p. 2200, note André Legrand ; *RDSS*, 2019, p. 558, obs. Jérôme Peigné.

[43] Nous nous permettons de renvoyer à Arnaud Lami, Vincent Vioujas, *Droit hospitalier*, Bruxelles, Bruylant, 2ème éd., 2020, p. 429 et s.

[44] CE, Ass., 26 octobre 2001, *Senanayaké*, n° 198546 ; *AJDA*, 2002, p. 259, note Maryse Deguergue ; *RDSS*, 2002, p. 41, note Louis Dubouis ; *RFDA*, 2002, p. 146, concl. Didier Chauvaux.

fois)[45]. Les faits d'espèce sont relativement connus pour qu'on ne s'y attarde pas longuement et portaient sur la possibilité, ou non, de pratiquer une transfusion sanguine forcée sur une personne témoin de Jéhovah. Or, selon le Conseil d'État, les médecins ne portent pas une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale que constitue le droit de consentir

> « lorsqu'après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ».

Cette interprétation, dont il faut préciser qu'elle émane, dans la seconde affaire (*Feuillatey*), du juge des référés, semble ajouter une atténuation au primat de la volonté du patient, que la loi du 4 mars 2002 n'a pas prévu. Mais l'ampleur des débats doctrinaux qu'elle a provoqués sont inversement proportionnels à la fréquence des contentieux… puisque les juges n'ont plus eu à se prononcer par la suite sur une question similaire.

De plus, le texte de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, tel que modifié par la loi du 2 février 2016, ne souffre désormais d'aucune ambiguïté. Il dispose que le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité. En outre, si par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, celle-ci met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable. Elle peut également faire appel à un autre membre du corps médical. En revanche, la mention selon laquelle le médecin doit tout mettre en œuvre pour convaincre le malade d'accepter les soins indispensables n'y figure plus.

Le code de déontologie médicale a également pris acte de cette évolution. L'article R. 4127-36 du code de la santé publique dispose ainsi que lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après l'avoir informé de ses conséquences. Il n'est donc plus envisageable de passer outre la volonté du patient. Mais, comme indiqué précédemment, l'acceptation comme le refus doivent être éclairés et il incombe aux professionnels de santé de délivrer les informations appropriées, et notamment d'indiquer à la personne concernée les conséquences qu'un refus de soins peut entrainer. L'article L. 1111-4 du même code précise, par ailleurs, que le médecin doit sauvegarder la dignité du mourant et assurer la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins palliatifs mentionnés à l'article L. 1110-10.

Doit-on pour autant en conclure que cette volonté du patient est absolue et s'impose dans la totalité des situations ? Sur ce point, les échos de quelques affaires récentes doivent laisser penser, même aux non-spécialistes du droit de la santé, que les choses ne sont en réalité pas toujours aussi simples.

D'une part, comme cela a été indiqué dans le paragraphe précédent s'agissant du consentement, un éventuel refus consigné dans des directives anticipées, pour le cas où la personne serait hors d'état

[45] CE, réf., 16 août 2002, *Feuillatey*, n° 249552 ; *JCP G*, 2012, II, 10184, note Patrick Mistretta ; *RTD civ.*, 2002, p. 781, obs. Jean Hauser.

d'exprimer sa volonté, peut toujours être écarté par le médecin. Certes, celui-ci doit, pour cela, appliquer une procédure collégiale[46] et établir que celles-ci sont manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale, mais il retrouve ici un pouvoir de décision.

D'autre part, comme l'a bien mis en évidence la triste affaire Lambert[47], en l'absence de volonté du patient consigné dans des directives anticipées et si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté – parce qu'il est dans le coma par exemple – la décision de limitation ou d'arrêt de traitement reste *in fine* une décision médicale. Celle-ci obéir à un formalisme très strict et, conformément à une réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel[48], elle doit laisser la possibilité à la famille ou aux proches d'exercer un recours juridictionnel. Mais, dans ces situations, la décision finale appartient bien au médecin.

Pour finir sur ce point, et pour conclure, la même remarque que celle exprimée par le Conseil d'État dans son rapport de 2018 consacré à la révision des lois de bioéthique semble s'imposer. Les questions délicates, et souvent inextricables, qui se nouent autour de ces situations de refus de soins, de fin de vie ou d'interruption de traitement, ne sauraient être appréhendées uniquement sous l'angle et sous le prisme juridique. Comme l'écrit le Conseil d'État,

> « il convient de se garder de l'illusion que le droit pourrait se substituer à ce que Paul Ricoeur nommait la 'sagesse pratique', celle qui 'consiste à inventer les comportements justes appropriés à la singularité des cas' »[49].

[46] Celle-ci est décrite à l'article R. 4127-37-2 du code de la santé publique. Elle prend la forme d'une concertation avec les membres présents de l'équipe de soins, si elle existe, et de l'avis motivé d'au moins un médecin, appelé en qualité de consultant et n'entretenant aucun lien hiérarchique avec le médecin en charge du patient.

[47] Du nom de ce patient en état pauci-relationnel, dont la famille s'est divisée sur la décision médicale d'arrêt de traitements, ce qui a conduit à pas moins de 35 décisions de justice au niveau national et européen, avant la mise en œuvre effective de celle-ci en juillet 2019. À ce propos, parmi une abondante bibliographie, voir Pascale Deumier, « L'affaire Lambert ou ce que les cas difficiles font aux décisions de justice », *RTD civ.,* 2019, p. 543-549.

[48] CC, 2 juin 2017, *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et cérébro-lésés*, n° 2017-62 QPC ; *AJDA*, 2017, p. 1908, note Xavier Bioy ; *RDSS*, 2017, p. 1035, note Dominique Thouvenin.

[49] *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?,* Les études du Conseil d'État, Paris, Documentation française, 2018, p. 117.

3. L'égalité d'accès aux soins ou la prise en charge sanitaire des personnes âgées dépendantes en période de pandémie

Guylène Nicolas

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

> « C'est dingue, quand on y songe : plonger le monde dans la plus grave récession depuis la Seconde Guerre mondiale pour une pandémie qui a tué pour l'instant moins de 100 000 personnes (sans parler de leur âge avancé) dans un monde de 7 milliards d'habitants ! »[1] :

c'est un, parmi beaucoup d'autres, des constats perplexes que l'on a pu lire dans la presse pendant le confinement de 2020. « La lutte des âges » que paraît avoir généré la covid-19 touche l'ensemble du monde occidental si l'on en croit la synthèse de la presse internationale publiée par Courrier international en mai[2]. On peut y lire que l'expression *boomer remover* (exterminateur de babyboomers) pour qualifier le SARS-CoV-2 a obtenu 700 000 *likes* aux États-Unis[3]. Creusant la fracture existante entre les générations, le coronavirus a accentué les fragilités qui caractérisent les deux bornes de la société, la fragilité économique de la génération des 25-35 ans opposée à la fragilité physique des plus âgés. La pandémie a très lourdement touché ces derniers puisque 75 % des morts ont plus de 75 ans, l'âge médian se situant à 84 ans et que la moitié d'entre eux ont fini leur vie en établissements d'hébergement pour personnes dépendantes (EHPAD)[4].

Dans ce domaine, comme dans bien d'autres, la période de confinement aura permis d'exacerber les questionnements sur le fondement de notre société et les valeurs que l'on entend y préserver. L'omniprésence de la maladie et de la mort a été un rappel puissant de notre vulnérabilité d'homme mais surtout des enjeux de notre civilisation telle que Margaret Mead en a défini les premiers signes de l'apparition avec le premier fémur cassé guéri[5]. Protéger la vie des plus vulnérables d'entre nous au prix d'un déséquilibre durable de notre modèle

---

[1] Propos sur twitter, le 9 avril 2020, de Jean Quatremer, spécialiste des questions européennes pour *Libération*, repris dans l'article « Coup de chaud », *Le Canard*, n° 5191, 6 avril 2020, p. 1. Fin septembre 2020, le nombre de mort sur la planète avait atteint le million, *Le Monde*, 28 septembre 2020.

[2] « Coronavirus - La lutte des âges », *Courrier international*, n° 1542 du 20 au 27 mai 2020.

[3] Tibor Kovács, « Gare à ne pas renforcer l'exclusion des vieux », *Válasz Online*, 5 mai 2020, traduit et publié in *Courrier international*, n° 1542 du 20 au 27 mai 2020, p. 8.

[4] https://www.santepubliquefrance.fr/maladies-et-traumatismes/maladies-et-infections-respiratoires/infection-a-coronavirus/articles/infection-au-nouveau-coronavirus-sars-cov-2-covid-19-france-et-monde

[5] Caitlin Fitzsimmons, « Redonnons un avenir aux jeunes générations », *The Sydney Morning Herald*, 22 avril 2020, traduit et publié in *Courrier international*, n° 1542 du 20 au 27 mai 2020, p. 7.

économique est un arbitrage fort. Bernard Ars démontre que notre capacité collective à tenir compte de la fragilité contribue à l'érection de notre civilisation :

> « […] l'effort permanent d'accueil et de soin envers les personnes les plus vulnérables de nos communautés participe de l'édification de notre société et de son intégration dans une nature où la fragilité n'est plus en soi intensifiée et légitimement susceptible d'être exclue »[6].

En termes de santé publique, les arbitrages entre les fragilités sont d'abord d'ordre économique. Face à un virus inconnu, les pouvoirs publics ont dû faire des choix en fonction des ressources en soins disponibles (particulièrement le nombre de places dans les services de réanimation), de l'efficacité des moyens de protection (prise de température dans les aéroports, distribution de maques, dépistage…) et des coûts générés pour les finances publiques comme pour le marché. Ces choix politiques tiennent ensuite à l'équilibre entre la protection de la sécurité et des droits fondamentaux (la liberté du commerce, la liberté individuelle, la liberté de pratique cultuelle…). Comme le démontre Foucault, les politiques de santé publique traduisent toujours une emprise du pouvoir sur le corps[7]. La lutte contre la pandémie a illustré combien les équilibres choisis par les pouvoirs publics entre la protection des individus et celle leur libre arbitre sont incertains. Doit-on, peut-on, préserver la santé des plus âgés au prix d'une perte de liberté et d'une contrainte d'enfermement ? La santé physique des résidents en EHPAD doit-elle être sacrifiée à leur santé mentale et à leur bien-être en les privant du contact de leurs proches ? Les décisions de politiques sanitaires prises pendant la période de pandémie ont de nouveau soulevé des questionnements sur les dérives « âgistes » de notre société. Le comité consultatif national d'éthique avait eu à se prononcer par deux fois sur des problématiques similaires, en 2018, plus largement, sur *les leviers pour une société inclusive pour les personnes âgées* et, en 2009, plus spécifiquement, sur *les questions éthiques soulevées par une possible pandémie grippale* parmi lesquelles la protection des plus vulnérables. Le confinement de 2020 a été, lui, l'occasion de trois avis[8] dont un, du 1er avril 2020, dédié aux mesures de protection dans les EHPAD[9].

En période de pandémie, cette construction progressive du positionnement éthique a été étayée par les communiqués scientifiques de l'académie de médecine. Cette dernière a relevé à son tour que

> « [la] covid-19 suscite de l'âgisme » et en a déduit que « cette confrontation intergénérationnelle […] est l'occasion de rappeler le rôle essentiel joué par les séniors sur le plan familial, associatif et sociétal, ainsi que l'impérieuse nécessité de leur garantir la protection et le respect qui leur sont dus »[10].

---

[6] Bernard Ars, *Fragilité, dis-nous ta grandeur !*, Paris, Cerf, 2013, p. 173.

[7] Sur ce point voir entre autres, Maurizio Lazzarato, « Du biopouvoir à la biopolitique », *Multitudes*, 2000/1, n° 1, p. 45-57.

[8] CCNE, Réponse à la saisine du ministre des solidarités et de la santé, *COVID-19 : Enjeux éthiques face à une pandémie*, 13 mars 2020 et CCNE, Réponse à la saisine du Conseil scientifique Covid-19 du 4 mai 2020, *Enjeux éthiques lors du déconfinement : Responsabilité, solidarité et confiance*, 20 mai 2020.

[9] 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.

[10] Académie nationale de médecine, communiqué du 18 avril 2020, *Âgisme et tensions*

Mais, surtout, dès le 27 mars 2020, l'Académie a lancé une alerte face à la fulgurance de la crise sanitaire dans les EHPAD pour « permettre aux médecins et aux soignants d'exercer leur mission en accord avec leur devoir d'humanité ». Dès le début de l'épidémie, les difficultés de la prise en charge des malades les plus âgés et en perte d'autonomie ont été pointées. Outre le manque de moyens, particulièrement en masques et en test de dépistages, l'Académie a dénoncé la souffrance du personnel soignant « de ne pouvoir honorer les valeurs qui les animent, faute de bénéficier des conditions de soin requises » et insister sur l'urgence à leur apporter des renforts humains. De plus, elle a rappelé deux principes essentiels à la prise de décision médicale. Le premier tient à l'absence de caractère automatique de l'application des scores de prédiction, ils apportent un éclairage utile « mais qui ne saurait être exclusif sauf à substituer la froideur d'un protocole à l'analyse clinique et humaine de chaque situation ». Le second concerne la réaffirmation de l'importance des soins palliatifs lorsqu'est prise la décision de ne pas transférer dans un établissement de recours ou en réanimation. Dans ce cas, l'Académie a redit le rôle essentiel des équipes mobiles de gériatries et de soins palliatifs ainsi que des acteurs associatifs. Elle a enfin souligné « l'écoute empathique et [les] sentiments d'humanité que le médecin se doit de manifester auprès du patient et de ses proches ».

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que le Conseil d'État ait été saisi de deux référés du 15 avril 2020, l'un sur les conditions de prise en charge de la pandémie dans les EHPAD et le manque de moyens par l'Union nationale des syndicats Force ouvrière santé privée[11], l'autre sur l'accès aux soins des personnes âgées dans les EHPAD par l'Association *Coronavictimes et autres*[12]. Cette dernière souhaitait, notamment, voir reconnaître la carence fautive de l'État à établir un protocole national d'admission des patients atteints d'une forme grave de la covid-19 dans les établissements de santé et leur accès aux soins de réanimation. L'absence de ce protocole aurait, selon l'association, entrainé un risque d'arbitraire dans le choix des personnes prises en charge en défaveur des résidents des EHPAD. Le Conseil d'État a ainsi examiné les conditions d'admission des malades atteints des formes graves du SARS-CoV-2 pour expertiser l'existence de critères discriminant les plus âgés. L'Union nationale des syndicats Force ouvrière soulevait également la carence fautive de l'État dans la prise en soin des personnes hébergées en EHPAD en ciblant l'absence de mesures de protection et de dépistage, du personnel comme des résidents, mais également celle de matériel d'oxygénation à haut débit pour ceux qui ne nécessitent pas une hospitalisation. Le Conseil d'État n'a relevé aucune des carences invoquées. Toutefois, les deux ordonnances sont l'occasion pour la Haute juridiction d'analyser l'ensemble des dispositifs d'accès aux soins mis en place en faveur des personnes hébergées en EHPAD dans la période

intergénérationnelles en période de Covid-19, consultable à http://www.academie-medecine.fr/communique-de-lacademie-nationale-de-medecine-agisme-et-tensions-intergenerationnelles-en-periode-de-covid-19/

[11] CE, ord., 15 avril 2020, *Union nationale des syndicats Force ouvrière*, n° 440002.

[12] CE, ord., 15 avril 2020, *Association Coronavictimes et autres*, n° 439910, com. X. Bioy, « L'accès aux soins en période de pandémie », *AJDA*, 2020, p. 1487.

spécifique de pandémie et le risque de saturation du système hospitalier qui en découlait.

Alors que le confinement a été justifié par la protection des plus faibles et plus spécifiquement des plus âgées, ces ordonnances illustrent les paradoxes de la prise en soin des personnes âgées hébergées. Si l'EHPAD n'est pas un établissement hospitalier, la protection de la santé des résidents est évidemment essentiel. La qualité des soins, l'accès aux soins hospitaliers mais également l'existence de soins palliatifs se posent avec d'autant plus d'acuité en période de pandémie. Cette dernière est alors le révélateur des failles et faiblesses de notre système de santé alors que l'ensemble de la société est mobilisée pour préserver la santé des plus fragiles. Elle révèle le paradoxe de la protection de la santé des personnes dépendantes, premières consommatrices de soins (I) mais victimes du tri dans l'accès aux services de réanimation (II).

I. L'accès aux soins dans les EPHAD ou le paradoxe de la protection de la santé des personnes dépendantes

La pandémie de la covid-19 a frappé des établissements, tant hospitaliers que sociaux ou médico-sociaux qui dénonçaient depuis longtemps les manques de moyens auxquels ils devaient faire face. Le dénuement en moyens de protection des EHPAD, associé à la saturation des hôpitaux, a soulevé la question, douloureuse, du respect de l'égalité des soins offerts aux personnes hébergées (A). La dépendance de ces dernières et leur fragilité souvent extrême laissent entrevoir des choix de renoncement aux soins pour éviter une obstination déraisonnable (B).

A. Le principe d'égalité d'accès aux soins appliqué aux personnes âgées dépendantes

L'accès au soin est un droit fondamental dont « l'État se trouve […] en première ligne des débiteurs, sous les traits d'un service public constitutionnel »[13]. Il découle de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 selon lequel « [la nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé […] ». On soulignera pour notre propos que « les vieux travailleurs » sont spécifiquement mentionnés. L'article L. 1110-1 du code de la santé publique issu de la loi du 4 mars 2002[14] consacre ainsi :

> « Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne » ainsi que « l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé ».

Issue de la combinaison du principe d'égalité avec celui de la protection de la santé, l'égalité d'accès aux soins est plus sensible. Louis Dubouis écrivait ainsi en 2010 que

[13] Xavier Bioy, « Le droit d'accès aux soins : un droit fondamental ? », Isabelle Poirot-Mazères (dir.), *L'accès aux soins, principes et réalités*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2010, p. 41.

[14] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO*, 5 mars 2002, p. 4118, art. 3.

> « le constat que l'on porte aujourd'hui demeure celui d'une profonde inégalité : des catégories importantes sont défavorisées en ce qui concerne l'accès aux soins au point, parfois, de devoir renoncer à ces derniers »[15].

Depuis dix ans, de nombreuses mesures ont été prises pour garantir un égal accès aux soins particulièrement pour éviter une rupture d'égalité liée à la classe sociale ou aux territoires. Par exemple, la version de l'article L. 1411-1 du code de la santé publique, issue de la loi du 26 janvier 2016[16] énonce que la Nation

> « tend à assurer la promotion de conditions de vie favorables à la santé, l'amélioration de l'état de santé de la population, la réduction des inégalités sociales et territoriales et l'égalité entre les femmes et les hommes et à garantir la meilleure sécurité sanitaire possible et l'accès effectif de la population à la prévention et aux soins ».

Le reste à charge zéro initié par la stratégie nationale de santé 2018-2022 offre un autre exemple récent[17].

Dès lors, les études relevant une rupture d'égalité dans l'accès aux soins des personnes âgées le font en lien avec la ruralité et l'isolement de ces dernières et/ou à leur situation précaire mais non spécifiquement de leur âge[18]. Un sondage de l'observatoire de l'égalité d'accès aux soins en 2014 illustre le sentiment d'exclusion des soins ressenti par les Français en fonction de leur couverture d'assurance maladie ou de leurs ressources, de la répartition de l'offre de soins dans leur région ou de leur lieu d'habitation mais presqu'aucun ne se considère victime d'une discrimination d'accès en soin en raison de son âge, de son handicap, de sa religion ou de son origine ethnique[19]. La rupture d'égalité dans l'accès aux soins se fait donc, à l'inverse, en faveur des personnes âgées qui sont les premières consommatrices de soins :

> « un peu plus de la moitié des soins hospitaliers et des médicaments sont consommés par des personnes de plus de 60 ans »[20].

Ainsi, selon la DRESS, « en 2018, les soins de longue durée aux personnes âgées s'élèvent à 11,3 milliards d'euros » et 85 % de cette dépense est consacrée aux personnes dépendantes hébergées en établissement[21]. L'étude révèle également que la composante des soins en EHPA/EHPAD publics est le premier facteur de croissance en 2018.

---

[15] Louis Dubouis, « Propos introductifs sur l'accès aux soins », in Isabelle Poirot-Mazères (dir.), *L'accès aux soins, principes et réalités, op. cit.*, p. 19.

[16] Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *JO*, 27 janvier 2016.

[17] Décret n° 2019-21 du 11 janvier 2019 visant à garantir un accès sans reste à charge à certains équipements d'optique, aides auditives et soins prothétiques dentaires, *JO*, 12 janvier 2019.

[18] Jean-Claude, Bontron, « L'accès aux soins des personnes âgées en milieu rural : problématiques et expériences », Gérontologie et société, 2013/3, vol. 36, n° 146, p. 153-171.

[19] FHF, *Sondage IPSOS/FHF : observatoire de l'égalité d'accès aux soins*, 19 mai 2014, p. 11 consultable sur https://www.fhf.fr/Presse-Communication/Espace-presse/Dossiers-de-presse/Sondage-FHF-Ipsos-Observatoire-de-l-egalite-d-acces-aux-soins

[20] Juliette Grangier, Myriam Mikou, Romain Roussel et Julie Solard, « Les facteurs démographiques contribuent à la moitié de la hausse des dépenses de santé de 2011 à 2015 », *DREES, Études et Résultats*, n° 1025, septembre, 2017, 6 p.

[21] DREES, *Les dépenses de santé en 2018, Résultats des comptes de la* santé, 2019, p. 98.

Selon Romain Roussel, ces dépenses de prise en charge pourraient doubler en part du PIB d'ici 2060[22].

Toutefois, la question reste de savoir quels soins sont dispensés en EHPAD. Si les dépenses de santé augmentent avec l'âge du fait de la dégradation de l'état de santé, elles sont différentes entre 80 et 94 ans car les personnes sont souvent en établissement. Outre la consommation de médicaments, les soins de ville cèdent alors leur place aux soins infirmiers, de kinésithérapie ou au transports sanitaires[23]. Les politiques publiques d'incitation à l'hospitalisation à domicile et en ambulatoire portent leur fruit depuis 2013 et l'on constate un ralentissement des activités des soins hospitaliers en MCO particulièrement pour les plus de 80 ans[24]. La CNSA a observé une baisse de l'hospitalisation des résidents en EHPAD sur les années 2016-2017 concluant uniquement

> qu' « il conviendra de suivre cet indicateur sur une période plus longue pour être en mesure de conclure effectivement à une tendance à la baisse des hospitalisations des résidents des EHPAD »[25].

L'analyse des chiffres de l'année 2020 seront donc déterminants pour démontrer une volonté récurrente d'éviter l'hospitalisation des personnes hébergées. Ils fondent la requête de l'association *Coronavictimes* selon laquelle

> « les personnes résidant dans les EHPAD ne sont désormais plus admises dans les établissements de santé lorsqu'elles sont atteintes par une infection susceptible d'être attribuée [à la] covid-19 »[26].

Néanmoins, ces chiffres, à eux seuls, ne peuvent pas fonder une discrimination et une inégalité d'accès aux soins pour les personnes dépendantes. Ils sont uniquement des marqueurs évidents de l'évolution de la prise en charge des personnes âgées en institution, se suppléant à l'hôpital public. Ce choix est soutenable dans la mesure où les soins prodigués en EHPAD sont adaptés à la santé du résident et ne dérivent pas vers un refus de soins pour privilégier des soins palliatifs. Dans le cas contraire, la rupture d'égalité est évidente et les associations fondées à soutenir l'existence d'une atteinte grave et illégale au droit à la vie, au droit à la santé et au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Le paradigme de la médicalisation en EHPAD avait été soulevé dès 2007 par Alain Villez à la suite de l'application de la loi du 2 janvier 2002[27]. Il considérait alors

---

[22] Romain Roussel, « Personnes âgées dépendantes : les dépenses de prise en charge pourraient doubler en part de PIB d'ici à 2060 », *DREES, Études et Résultats*, n° 1032, octobre 2017, 6 p.

[23] DREES, *Les dépenses de santé en 2018, op. cit.*, p. 15 et s.

[24] *Ibid.*, p. 58.

[25] « En 2016, le taux médian observé s'élevait à 1,14 % et la moyenne pondérée à 1,43 %. Si les échantillons ne se superposent pas exactement entre les deux années, il semble néanmoins que les hospitalisations des résidents des EHPAD aient été moins fréquentes en 2017. En effet, leur taux médian s'élève en 2017 à 1,11 %, et le taux moyen pondéré à 1,16 % », CNSA, *La situation des EHPAD en 2017, Analyse de la gestion des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes et de la prise en charge des résidents*, avril 2019, p. 17 consultable sur https://www.cnsa.fr/documentation/cnsa_portrait_ehpad_2017_vf.pdf

[26] Ordonnance n° 439910 du 15 avril 2020, p. 7.

[27] Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *JO*, 3 janvier 2002, p. 124.

> qu' « affirmer la primauté de l'accompagnement et du soin de confort sur toute autre considération peut à l'évidence générer des effets thérapeutiques qui en revanche ne peuvent être corrélés au caractère médical de la prise en charge »[28].

En période de pandémie, la question de l'accès à des soins adaptés des résidents d'EHPAD se pose donc avec plus d'acuité.

B. La prise en soin en EHPAD révélatrice d'une prise en charge de la fin de vie

Rappelons que dans l'acronyme EHPAD, le H est celui d'hébergement et non d'hospitalisation car la vocation première de ces établissements est celle d'une l'hôtellerie adaptée à la dépendance. Avec la loi du 30 juin 1975, les hospices des années 60, héritiers de la tradition asilaire, sont devenus des « maisons de retraite » médicalisées ou non, ou des unités de long séjour hospitalier. La mutation qui devait être réalisée en dix ans en a pris plus de trente[29]. Ainsi, trente ans plus tard, le décret du 27 mai 2005 a introduit la notion de médecin coordonnateur, « vrai 'patron' du projet de soins des établissements »[30]. Entre temps, la loi de 1997 sur la prestation spécifique dépendance et l'arsenal réglementaire de 1999 avaient révolutionné la structure de ces établissements et introduit la dénomination d'établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes[31]. En 2007, commence la « pathossification »[32] avec l'évaluation des besoins en soins des résidents, *pathos* étant le nom du référentiel utilisé en la matière. La tarification des soins repose sur un cadre réglementaire complexe qui fractionnent le régime tarifaire des établissements conventionnés entre l'hébergement (à la charge du résident avec une éventuelle intervention de l'aide sociale), la dépendance (dont la charge est répartie entre le département et le résident) et les soins (à la charge de l'assurance maladie). Dans ce dernier domaine, la dotation couvre un périmètre variable selon les options choisies par les EHPAD et repose en partie sur l'évaluation des besoins de soins conjuguée à la dépendance moyenne de la population hébergée. Les incidences de la tarification globale ont fait l'objet d'une analyse critique de l'IGAS en 2011[33], tant sur l'intérêt économique que sur la qualité de la prise en charge. L'IGAS avait soulevé le paradoxe économique du dispositif choisi, couteux au début des années 2010, il pouvait être générateur d'économiques en fonction de l'évolution des modalités de prises en charge sanitaire au sein des EHPAD. Dans ce cadre, l'IGAS préconisait, face à l'augmentation de la dépendance des résidents, le recrutement de médecins gériatres salariés dans les EHPAD et, plus généralement, enjoignait les pouvoirs publics à

---

[28] Alain Villez, « EHPAD, La crise des modèles », *Gérontologie et société*, 2007/4, vol. 30, n° 123, p. 182.
[29] *Ibid.*, p. 172.
[30] *Ibid.*, p. 181.
[31] Pour une analyse plus complète voir Gérard Brami, « Les paradoxes de l'évolution des ehpad », *Empan*, 2013/3, n° 91, p. 56-61.
[32] Rapport d'information, fait au nom de la mission commune d'information sur la prise en charge de la dépendance et la création du cinquième risque, par M. Alain Vasselle, sénateur, 26 janvier 2011, p. 48.
[33] IGAS, *Financement des soins dispensés dans les établissements pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), Évaluation de l'option tarifaire dite globale*, octobre 2011, consultable sur https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/124000032.pdf

> « appuyer les gestionnaires dans leurs efforts de rationalisation de la prise en charge médicale des résidents en développant les programmes de gestion du risque dans ce secteur et en insistant davantage sur l'évaluation de résultats qualitatifs à travers les conventions pluriannuelles »[34].

La loi AVS du 28 décembre 2015[35] a été l'occasion d'une réforme profonde de la tarification des EHPAD en initiant un passage à un financement forfaitaire des soins et de la dépendance basés sur les besoins des résidents, progressif jusqu'en 2023. Le forfait soin, calculé avec les référentiels AGGIR et PATHOS repose sur le niveau de perte d'autonomie et des besoins de soins des résidents. Les études rendues chaque année par la CNSA permettent de montrer une progression encourageante sur les dernières années[36] puisqu'elle constate

> « en tenant compte du taux d'occupation médian des EHPAD (97,6 % des places en hébergement permanent), le taux d'encadrement médian peut être estimé à 63,3 ETP[37] pour 100 résidents, contre 62,9 ETP en 2016, ce qui représente une évolution légère, mais positive »[38].

L'évolution tarifaire permet donc un frémissement positif de la qualité de la prise en charge médicale. Toutefois, si le taux d'encadrement est positif pour les auxiliaires de soins, il ne l'est que de façon inégalitaire pour les médecins, notamment en raison du manque de gériatres. Enfin, la CNSA relève que

> « globalement, le taux d'encadrement médian est nettement plus élevé dans les EHPAD avec [pharmacie d'usage intérieur] et du secteur public que dans les autres EHPAD »[39].

La crise sanitaire de la covid-19 a, dès lors, frappé les EHPAD alors que l'évolution de la prise en charge médicale n'est qu'incomplètement achevée. Elle a accentué les fragilités existantes comme renforcé les besoins déjà définis. Dans ce contexte de mutation, se pose la question de l'éventuel refus d'hospitalisation des personnes hébergées atteintes par la covid-19. L'ordonnance du 15 avril 2010 a été l'occasion pour le Conseil d'État d'analyser le respect des règles applicables. Après le rappel des articles L. 1411-1 et L. 1110-1 du code de la santé publique sur l'accès aux soins et L. 6111-1 et suivants sur les missions des établissements de santé, la Haute juridiction a rappelé les obligations déontologiques des médecins parmi lesquelles l'article R. 4127-9 énonce que

> « tout médecin qui se trouve en présence d'un malade […] doit […] s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires ».

Le Conseil d'État a ensuite listé les recommandations applicables à la période de pandémie préconisant l'hospitalisation des personnes résidant en EHPAD suspectées d'être atteintes de la covid-19 lorsque leur état de santé le justifie. Ces instructions émanent de la note du 27 mars 2020 du comité de scientifiques constitué au titre de l'état d'urgence sanitaire et de

---

[34] *Ibid*, p. 8.
[35] Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, *JO*, 29 décembre 2015, p. 24268.
[36] On relèvera toutefois que, au moment de la rédaction de cet article, seuls sont disponibles le rapport d'avril 2019 portant sur les chiffres de 2017.
[37] Équivalent temps plein.
[38] CNSA, *La situation des EHPAD en 2017, op. cit.*, p. 24.
[39] *Ibid.*, p. 31.

la fiche ARS du ministère des Solidarités et de la santé du 30 mars 2020. Enfin, outre les textes, le Conseil d'État s'est basé sur les chiffres produits par le ministère pour établir que

> « les personnes résidant en EHPAD continuent d'être effectivement admises dans les différentes structures des établissements de santé pour y recevoir des soins nécessités par une éventuelle infection due [à la] covid-19 »[40]. Il en conclut, dès lors, qu' « il n'est pas établi qu'il y aurait une pratique générale de refus d'admission dans les établissements de santé des personnes résidant dans les EHPAD atteintes par une infection pouvant être attribuée [à la] covid-19 »[41].

La réponse du Conseil d'État ne lève toutefois pas la suspicion d'un refus de soins hospitaliers des personnes atteintes de la covid-19 en EHPAD. En effet, si on ne peut douter que ces personnes sont, pour certaines d'entre elles hospitalisées, l'étude des critères fixés pour leur hospitalisation permet d'établir qu'elles ne le sont uniquement si leur état de santé permet d'espérer une guérison de l'infection au SARS-CoV-2. L'hospitalisation n'est pas automatique mais dépend de la prise de décision collective de l'orientation de la personne. La « fiche ARS » du ministère[42] précise, dans ce sens, que l'hospitalisation dépend d'une décision prise collégialement entre le médecin coordonnateur de l'EHPAD, l'astreinte sanitaire « personnes âgées » instituée par l'ARS et, le cas échéant le SAMU. Cette prise de décision s'appuie sur les recommandations de la société savante de gériatrie produite au dossier et soumise au contradictoire. Selon ces recommandations, l'hospitalisation est préconisée lorsqu'il s'agit des premiers cas identifiés de l'infection au sein de l'EHPAD. Il s'agit évidemment d'isoler la ou les personnes atteintes pour éviter la contagion. Au-delà, l'hospitalisation du malade tient à la présence de signes cliniques de gravité de l'infection et des éléments relatifs à son état de santé. Ce dernier élément est fondamental sachant que les résidents sont par définition des personnes en fin de vie, affaiblies et dépendantes. L'état de santé général du malade est dès lors un élément essentiel pour l'appréciation de l'intérêt de son hospitalisation.

Ainsi, la décision collégiale d'orientation fait écho à la procédure collégiale de décision de fin de vie. Rappelons que selon la loi du 2 février 2016[43], l'article L. 1110-5-1 du code de la santé publique établit que

> « les actes de prévention, d'investigation ou de traitements et de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, […] faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté ».

Ainsi, l'interdiction de l'obstination déraisonnable conduit à suspendre les soins ou ne pas les entreprendre

> « lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie »

---

[40] Ordonnance n° 439910 du 15 avril 2020, p. 7.
[41] *Ibid.*, p. 8.
[42] « Fiche ARS » du ministère des Solidarités et de la santé du 30 mars 2020 intitulée « prise en charge des personnes âgées en établissements et à domicile dans le cadre de la gestion de l'épidémie de covid-19 », citée par le Conseil d'État dans son ordonnance.
[43] Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, *JO*, 3 février.

selon la volonté du patient ou à l'issue d'une procédure collégiale lorsque ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, ce qui est fréquent en EHPAD. Aussi, lorsque les signes de gravité de l'infection au SRAS-CoV-2 apparaissent se posent nécessairement la question de savoir si l'état de santé générale du malade peut laisser envisager une chance de survie. Dans l'état actuel des connaissance de la covid-19, pour les résidents en EHPAD, la dépendance et la dégradation générale de l'état de santé peut laisser penser que la mise en place de soins hospitaliers ne permettra pas la guérison. Le transport, le changement d'environnement et d'habitude peuvent même être considérés comme causant plus de désagréments que d'avantages au résident si toutefois tous les soins de confort pour assurer la fin de vie peuvent être réalisés au sein de l'EHPAD. En conséquence, à partir du moment où le malade est condamné par son infection, la décision de maintien en EHPAD pour une fin de vie la plus sereine possible se justifie pleinement. L'absence d'hospitalisation n'est plus une rupture d'égalité dans l'accès aux soins ou la dispensation de soins adaptés mais, au contraire, une sauvegarde de la dignité de la personne malade en fin de vie. L'argumentation des décisions successives de maintien à l'EHPAD et en conséquence de soins palliatifs sera essentielle, particulièrement dans le cas de personnes ne pouvant exprimer leur volonté, pour que la famille ne remette pas en cause leur légitimité. Ces décisions médicales, comme toujours, reposent sur le savoir et l'analyse du ou des médecins. Elles conduisent à soutenir l'analyse du Conseil d'État dans l'absence de carence fautive de l'État consécutive à la moindre hospitalisation des personnes atteintes de la covid-19 hébergées en EHPAD. Pour les malades les plus résistants, la décision d'hospitalisation soulève, en ricochet, la question de l'accès aux soins de réanimation. Selon l'association *Coronavictimes*,

> « les critères d'admission en réanimation, habituels en cette discipline, ont été rendus plus stricts au détriment, notamment, des patients les plus âgés, en raison d'une anticipation d'une éventuelle saturation des structures de réanimation ».

Les carences de notre système hospitalier, particulièrement le manque de places en réanimation, aurait de la sorte conduit à sacrifier les personnes les plus âgées en les excluant des soins de réanimation. La pandémie aurait ainsi remis en question les critères habituels du tri des malades pour les rendre défavorables aux plus âgés.

II. La notion de sélection des malades et la chance d'être soigné pour les plus âgés

La fermeture des EHPAD durant la pandémie a soulevé, de façon accrue, les questionnements sur les conditions d'encadrement de la fin de vie au sein des établissements sociaux et médico-sociaux. Spécialisés dans l'accompagnement des derniers jours de nos aînés mais ne disposant pas des services de réanimation nécessaires, ils ont tranché des arbitrages éthiques qui ont été contestés. Le tri des malades pouvant accéder à la ventilation artificielle a été jugée discriminatoire envers les plus âgés (A), alors que l'isolement lié au confinement a été dénoncé comme un abandon (B).

A. La contestable application de la priorisation des soins

Le 17 mars 2020, un document intitulé « Priorisation de l'accès aux soins critiques dans un contexte de pandémie » était remis à la Direction

générale de la santé[44]. Ce guide permet d'aider les médecins à effectuer des choix éclairés dans l'hypothèse où les lits de réanimation seraient saturés en s'appuyant sur un indicateur bien connu des soignants qui est le « score de fragilité ». Ce dernier tient compte de l'état de santé du malade préalable à la maladie et est adapté aux spécificités connues de la covid-19[45]. Cette pratique de sélection n'est pas nouvelle mais amplifiée par la pandémie, elle soulève avec plus d'acuité les questions éthiques qu'elle génère. En 2009, face à la pandémie grippale, le CCNE s'était déjà prononcé sur les principes éthiques liés à la sélection des malades pouvant accéder aux soins de réanimation. Il avait, à cette occasion, rappelé que

> « c'est pour le réanimateur une décision de pratique courante toujours très difficile, dans laquelle interviennent de multiples critères : critères cliniques objectifs, parfois même quantifiés (différents indices de gravité ont été définis pour être utilisés en réanimation), et des critères subjectifs et des valeurs qui, dans un contexte d'urgence, ne peuvent être ni complètement explicites ni parfaitement égalitaires »[46].

Le CCNE est revenu sur les pratiques de sélection dans sa contribution à la lutte contre la covid-19[47]. Partant du constat d'une pénurie inévitable des places en réanimation, le CCNE se limite a envisagé le « tri » entre les patients infectés par le SARS-Cov-2 et les autres malades. Dans cette situation, il se contente de préciser que « ces choix devront toujours être expliqués et respecter les principes de dignité de la personne et d'équité ». Aussi, parmi les quatre recommandations concluant sa contribution, le CCNE préconise

> « la mise en place d'une 'cellule éthique de soutien' permettant d'accompagner les professionnels de santé au plus près de la définition de leurs priorités en matière de soins ».

La sélection (triage pour les médecins) des malades est donc considérée comme une pratique inévitable. Entre choix médicaux et éthiques, le Conseil d'État en a examiné l'équilibre pour s'assurer de la légitimité de la pratique à la suite de la saisine de l'association *Coronavictimes*. Il s'est fondé sur la recommandation professionnelle multi-disciplinaire opérationnelle du 24 mars 2020 intitulée

> « aspects éthiques et stratégiques de l'accès aux soins de réanimation et autres soins critiques en contexte de pandémie COVID-19 » [48].

---

[44] François. Béguin et Chloé Hecketsweiler, « Coronavirus : les hôpitaux se préparent à la « priorisation » de l'accès aux soins en cas de saturation des services », *Le Monde*, 18 mars 2020.

[45] Jean-Yves Nau, « Découvrir que l'on peut 'prioriser' des malades en période épidémique », *Revue Médicale Suisse*, 1er avril 2020, p. 658-659.

[46] CCNE, avis n° 106, « Questions éthiques soulevées par une possible pandémie grippale », 5 février 2009, p. 16.

[47] CCNE, « La contribution du CCNE à la lutte contre COVID-19 : enjeux éthiques face à une pandémie », 13 mars 2020, p. 9.

[48] Cette recommandation a été élaborée sur la responsabilité de la Société de réanimation de langue française (SRLF), de la Société française de gériatrie et de gérontologie (SFGG), de la Société française d'anesthésie et de réanimation (SFAR), de la Société de pneumologie de langue française (SPLF), de la Société de pathologie infectieuse de langue française (SPILF), de la Société française d'accompagnement et de soins palliatifs (SFAP) et de la Société française de médecine d'urgence (SFMU), sous l'égide de la mission « COREB nationale » (coordination opérationnelle du risque épidémique et biologique), voir l'ordonnance du 15 avril 2020, § 18.

Selon cette recommandation, les décisions médicales d'admission ou de non-admission en réanimation, sont commandées par les principes éthiques de non-malfaisance, de respect de l'autonomie du patient et de sa dignité, quelles que soient ses vulnérabilités, jusqu'à la fin de sa vie. Elle souligne le nécessaire respect du principe de non-discrimination selon lequel de telles décisions ne peuvent se fonder sur un seul critère d'âge ou sur tout autre critère pris isolément. Dès lors, l'absence de réanimation est une décision issue d'une procédure collégiale, tenant compte, lorsque cela est possible de la volonté du patient ou de la personne de confiance et sur la gravité de l'état de santé du malade. Ces critères de priorisation, même s'ils ont été élaborés pour la prise en charge de la covid-19 ne lui sont pas propres. Appliqués au contexte pandémique, il explique que les personnes très âgées dépendantes aient été moins réanimées que les autres malades. Pour le Conseil d'État, ils suffisent à rejeter l'inégalité d'accès aux soins en raison de la pénurie des lits en réanimation

Issu de la médecine de guerre, les protocoles de tri des malades sont apparus dans la médecine civile dans les années soixante avec les avancées technologiques extraordinaires dans le domaine de la dialyse, de la réanimation et de la greffe[49]. Ils furent alors accueillis positivement car apportant la légitimation de la pratique par l'explication du choix le plus juste possible des critères retenus. C'est donc à partir des années soixante que le triage fait l'objet de recherches éthiques et

> « produit un appareillage conceptuel visant à rationaliser, lister et ordonner, en fonction des diverses conceptions de la justice sociale, les principes et critères qui y président »[50].

Actuellement, le *continuum* du tri[51] se pose. Il est illustré dans le domaine du don où les greffons prélevés sur des personnes décédées sont une ressource inestimable et rare. L'agence de la biomédecine[52] définit des règles de répartition et d'attribution qui reposent sur les principes d'équité, d'éthique médicale et vise à l'amélioration de la qualité des soins. Une proposition prioritaire de greffon peut être faite au bénéfice d'un receveur dont la vie est menacée à très court terme ou la probabilité d'obtenir un greffon est très faible ou encore au bénéfice d'un enfant. Le *continuum* du tri, appliqué dans un contexte constant de pénurie des ressources en soins les plus couteux relativise autant qu'il légitime la sélection des malades atteints de la covid-19. Il contribue toutefois à renforcer le lien entre la pratique du triage et la rareté de l'offre de soins appropriés. Fondé sur le même dilemme moral que le canot de sauvetage, il pose la question de savoir pourquoi le canot de sauvetage n'est pas assez grand ou pourquoi il n'y en a pas assez[53]. La saturation des

[49] Guillaume Lachenal, Céline Lefève, Vinh-Kim Nguyen, « Le triage en médecine, une routine d'exception », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, 2014/1, n° 6, p. 2.
[50] *Ibid.*, p. 15.
[51] Frédérique Leichter-Flack, « De l'état d'exception de l'urgence collective au rationnement invisible des politiques de santé publique. Enjeux d'un 'continuum du triage' », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, 2014/1, n° 6, p. 67-77.
[52] Agence de la Biomédecine, *Procédure d'application des règles de répartition et d'attribution des greffons prélevés sur les personnes décédées*. Application de l'arrêté du 6 novembre 1996 dernière modification du 21 janvier 2011 ; consultable sur https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/regles_repartition_organes_decembre2013.pdf
[53] Guillaume Lachenal, Céline Lefève, Vinh-Kim Nguyen, *op. cit.*, p. 24.

hôpitaux, et plus spécifiquement des places en réanimation, questionne la légitimité des choix économiques et politiques de santé publique.

La presse s'est émaillée de témoignages de personnels ou directeurs d'EHPAD dénonçant le dénuement dans lequel se sont retrouvés les établissements face à un refus de prise en charge de leurs malades par les hôpitaux. Certains ont affirmé que le refus de soins a généré des pertes de chance de survie, avant même le pic de la pandémie, de malades atteints de pathologies autres que la covid-19 pour laisser les places libres dans l'attente du flux de malades-covid. Laurent, responsable d'EHPAD,

> « parle ainsi de deux personnes ayant déclaré une insuffisance cardiaque, qui, hors Covid, seraient directement parties à l'hôpital. On lui a imposé de les garder »[54].

Le défaut de prise en charge des plus âgés n'est pas propre à la France. En Suède, alors que la moitié des décès de la Covid-19 ont eu lieu en maisons de retraite, des plaintes ont été déposées pour euthanasie active[55].

La mission d'information parlementaire sur *l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid-19*[56] a fait réaliser une mission flash sur la situation spécifique en EHPAD[57]. Ses conclusions dénoncent d'abord le manque de moyens, particulièrement en protection individuelle, en début d'épidémie, conduisant à un absentéisme important renforçant le sous-encadrement. Les députées relèvent toutefois que malgré le

> « pilotage local parfois défaillant, la mobilisation des personnels et des acteurs (CCAS, initiative 'Plateforme Croix-Rouge') s'est efforcée de maintenir les interventions indispensables »[58].

Elles reprennent également les refus d'hospitalisation des résidents d'EHPAD considérant qu'elles

> « ont été parfois insuffisamment nombreuses ou sont intervenues trop tardivement, en particulier dans les régions les plus touchées par l'épidémie »[59].

La mission flash conclut en renvoyant à ses travaux antérieurs de 2018 alertant sur les manques de moyens en EHPAD :

> « Les sous-effectifs chroniques et le manque de moyens qui prévaut en EHPAD et dans les structures d'aide à domicile ne pouvaient qu'engendrer des conséquences tragiques en cas d'épidémie ».

Elle appelle à ce que des enseignements soient tirés pour repenser la future loi grand âge.

---

[54] Josée Pochat, « Ehpad, nos 'vieux', ces grands sacrifiés de la pandémie », *Valeurs actuelles*, 22 juin 2020 ; voir aussi Solenn De Royer, « Coronavirus : plongée dans la 'tragédie' des Ehpad pendant la crise sanitaire », *Le Monde,* 22 juillet 2020.

[55] « Coronavirus : la Suède reconnaît avoir échoué dans la protection de ses aînés », *Les Échos*, 12 mai 2020.

[56] Mission d'information, *Rapport sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid-19*, n° 3053, 3 juin 2020.

[57] Menée par les députées Monique Iborra (LREM) et Caroline Fiat (FI) auteures du rapport d'information n° 769, *Les établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes,* 14 mai 2018.

[58] Synthèse de la communication accessibles sur http://www2.assemblee-nationale.fr/content/download/309066/2994522/version/1/file/Synth%C3%A8se+m%C3%A9dico-social.pdf

[59] *Ibid.*, p. 4.

B. Une éthique de bienfaisance à redéfinir

Le tri des malades affiche que toutes les vies ne se valent pas[60]. Au Québec, le protocole de sélection des patients instauré durant la pandémie a fait polémique car il indique clairement que la déficience cognitive sévère est au nombre des critères qui peuvent rendre un malade illégitime aux soins intensifs. Considérant que cette exclusion des soins s'appliquait à toutes les personnes souffrant d'un handicap mental, la députée du Westmount-Saint-Louis a exprimé publiquement sa colère[61]. Toutefois, le docteur Joseph Dahine, expert clinique au protocole de triage, a précisé que la déficience intellectuelle n'était pas concernée au sens large mais le serait pour la démence de type Alzheimer car le malade ne pourrait, dans ce cas, être sevré de la ventilation mécanique et « serait condamné à vivre avec un respirateur artificiel à cause de cette démence-là »[62]. Ce débat illustre la fragilité des arguments d'eugénisme opposés à la sélection des patients et conduisent à être prudent sur les critères de la bientraitance applicables aux patients.

Michaël Nurok explique que

> « le triage nécessite de définir des priorités dans l'utilisation des ressources dans le temps, et passe ainsi par la projection mentale de l'issue probable d'une situation dans le futur »[63].

Il prouve ainsi que le principe de bienfaisance doit empêcher la production d'une « vie nue », c'est-à-dire maintenir en vie un patient dans un état de dépendance tel qu'il ne puisse plus être en mesure d'apprécier le fait d'être en vie. La situation de santé antérieure du malade peut conduire le médecin à considérer que la réanimation ne doit pas être entreprise pour sauvegarder sa dignité. Cette décision se trouve alors prise selon les critères de l'article L. 1110-5-1 du code de la santé publique. Pour éviter l'obstination déraisonnable, la médecine doit avoir « le courage d'échouer » [64] plutôt que de devoir prendre la décision d'interrompre un traitement devenu inutile. Le docteur Nurok synthétise ce choix médical par ces mots :

> « Plus des patients feront l'objet de soins agressifs, plus nombreux ils seront à survivre ; mais, dans le même temps, plus fréquents seront aussi, probablement, les complications et autres effets négatifs des réanimations involontaires ou inappropriées qui produisent une forme de vie nue, biologique – de survie »[65].

En conséquence, le choix de ne pas réanimer les patients dépendants des EHPAD pour leur éviter une longue agonie sous respiration artificielle justifie qu'ils n'aient pas accès aux seuls soins possibles face à la covid-19. Il peut expliquer *de facto* l'absence d'hospitalisation lorsque cette

---

[60] Didier Fassin, « Évaluer les vies essai d'anthropologie biopolitique », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2010/1, n° 128-129, p. 105-115.

[61] Geneviève Lajoie, « Le protocole de triage des malades de la covid-19 fait débat », *Le journal de Québec*, 3 juin 2020, consultable sur https://www.journaldequebec.com/2020/06/03/triage-des-malades-de-la-covid-19-cest-degueulasse-deplore-la-deputee-liberale-jennifer-maccarone

[62] *Ibid.*

[63] Michael Nurok, « Les conditions de possibilité du concept de triage. Un regard sur la longue durée (XVIII^{e}-XXI^{e} siècles) », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, 2014/1, n° 6, p. 47.

[64] *Ibid.*, p. 65.

[65] *Ibid.*, p. 64.

dernière n'aurait pour seule raison la ventilation artificielle. Le choix médical d'assurer une fin de vie plus paisible au sein de l'environnement familier de l'EHPAD se double, dans ce cas, d'un arbitrage éthique plus difficilement contestable. Il reste néanmoins subordonné à la capacité de l'EHPAD d'assurer une fin de vie digne et, sur ce point, le choix du confinement extrême conduisant à l'isolement des mourants reste critiquable.

La solitude et l'isolement des personnes âgées en fin de vie sont depuis longtemps dénoncés, de façon générale et plus spécifiquement pendant le confinement, particulièrement par Les petits frères des pauvres[66]. Le CCNE, dans sa réponse du 30 mars à la saisine du ministère des solidarités et de la santé, a 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 »[67].

Les députées de la mission flash ont également dénoncé cet abandon :

> « Tandis qu'en EHPAD de nombreuses personnes âgées décèdent par isolement et désespérance, toutes les mesures de protection des résidents doivent être opérationnelles pour permettre aux visites de reprendre ».

Elles ont recommandé de « trouver une solution pour que les familles puissent voir le corps une dernière fois et assister aux obsèques ». L'association *Coronavictimes* avait demandé au juge des référés du Conseil d'État d'ordonner à l'État de garantir à toutes ces personnes l'accès à des soins palliatifs et, pour celles qui se trouvent en EHPAD, la présence auprès d'elles d'au moins un de leurs proches. La Haute juridiction a apporté comme élément de réponse la mobilisation des ARS pour mettre en place une astreinte « soins palliatifs » dédiée aux résidents des établissements sociaux et médico-sociaux. Elle a, par ailleurs, retenu qu'il 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 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

---

[66] Voir sur ce point le rapport Petits frères de pauvres, *Isolement des personnes âgées : les effets du confinement, L'isolement des personnes âgées est une vraie distanciation sociale*, n° 4, juin 2020, consultable sur https://www.petitsfreresdespauvres.fr/plusjamais invisibles/files/2020_06_04_PFP_RAPPORT_ISOLEMENT_DES_PERSONNES_AGEES_ET_CONFINEMENT.pdf

[67] 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 « 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 ».

le respect des règles de droit et des valeurs éthiques. Dans ces conditions, l'extrême investissement du personnel et l'esprit de sacrifice a permis de préserver une situation de dignité qui aurait pu être facilitée si les réformes n'avaient pas tant tardé.

L'épreuve de la covid-19 doit, comme dans tous les domaines de notre vie collective, permettre de tirer les leçons des fragilités des établissements sociaux et médico-sociaux. Au plus fort de la crise, les principes éthiques qui ont été rappelés, et souvent appliqués, confirment que la protection de la dignité des personnes âgées en fin de vie tient plus à la qualité que l'on procure à leurs derniers jours qu'au maintien d'une vie trop dégradée. Les accords du Ségur de la santé du 21 juillet 2020 semblent une première avancée. Ils consacrent 8,2 milliards d'euros à la revalorisation des métiers des établissements de santé et des EHPAD et à l'attractivité de l'hôpital public. Ils devraient être un tremplin pour la télé santé, notamment au profit des EHPAD. Mais, les recommandations de Nicole Notat visent également à renforcer les équipes de gériatrie et de soins palliatifs[68] ou encore au « rattrapage des carences chroniques, se traduisant par la rénovation d'EHPAD et la création de places »[69]. Reste à concrétiser ces revendications depuis longtemps attendues…

[68] Ségur de la santé, Recommandation, juillet 2020, p. 85, consultables sur https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/recommandations_mission_notat_-_segur_de_la_sante.pdf
[69] *Ibid.,* p. 105.

4. La responsabilité médicale. Aspects de droit privé

Carole Hassoun
Maître de conférences de droit privé et sciences criminelles, Université de Guyane, membre du laboratoire Migrations, interculturalité et éducation en Amazonie (MINEA ; EA 7485)

> « Mon premier souci sera de rétablir, de préserver ou de promouvoir la santé dans tous ses éléments, physiques et mentaux, individuels et sociaux.
>
> Je respecterai toutes les personnes, leur autonomie et leur volonté, sans aucune discrimination selon leur état ou leurs convictions. J'interviendrai pour les protéger si elles sont affaiblies, vulnérables ou menacées dans leur intégrité ou leur dignité. Même sous la contrainte, je ne ferai pas usage de mes connaissances contre les lois de l'humanité.
>
> J'informerai les patients des décisions envisagées, de leurs raisons et de leurs conséquences. »[1]

Peut-on blâmer un médecin ? Le caractère bienfaisant de la médecine apparaît de manière explicite dans le serment d'Hippocrate. De tout temps, une certaine bienveillance à l'égard du médecin est perceptible ; il est celui qui sauve des vies. Le code d'Hammourabi [2] ou la *Lex Aquilia* ne comprenait que des sanctions pénales en cas de mauvaise pratique de la médecine, nulle responsabilité civile du professionnel de santé n'était alors envisagée. Pourtant, la question était récurrente : le médecin doit-il répondre du dommage dont souffre son patient à la suite de son fait ? Si les aléas inhérents à la science médicale justifiaient pour certains l'irresponsabilité du médecin[3] ; pour d'autres, la réponse était nécessairement positive.

À l'occasion de la célèbre affaire *Thouret-Noroy contre Guigne*, la Cour de cassation[4] fut invitée à prendre position et à harmoniser la jurisprudence relative à la responsabilité du médecin qui demeurait confuse et incertaine. Au visa des anciens articles 1382 et 1383 du code civil[5], elle reconnût la responsabilité délictuelle du médecin[6]. Si cet

---

[1] Serment d'Hippocrate, texte retenu par l'Ordre des médecins, 2012.

[2] Voir Jean-Christophe Careghi, « La position de la doctrine et des cours souveraines relativement à la responsabilité civile médicale (XVI^e^-XVIII^e^ siècles) », *Les cahiers de droit de la santé*, *La responsabilité médicale au crible de l'histoire*, n° 7, 2007, spéc. p. 15.

[3] L'art médical est présenté comme « conjectural », voir Jean-Christophe Careghi, art. précité, spéc. p. 24, 33 et s. Voir également Claude Joseph de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de Droits ; d'Ordonnances, de Coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Paris, imp. Veuve Brunet, 1769, p. 7, cité par Jean-Christophe Careghi, art. précité, p. 34.

[4] Req., 18 juin 1835, *DP*, 1835, 1, p. 300, concl. Dupin ; *S.*, 1835, 1, p. 401.

[5] Devenus les articles 1240 et 1241 du code civil.

[6] Selon la défense, « [la] responsabilité ne peut être invoquée contre [le médecin] que, si, oubliant qu'il est médecin et se livrant aux passions, aux vices, aux imprudences de l'homme,

arrêt est à saluer du fait qu'il met fin aux incertitudes liées au fondement de la responsabilité civile du médecin, sa portée ne fut qu'éphémère. L'arrêt *Mercier* du 20 mai 1936[7], arrêt historique et fondateur de la responsabilité médicale, mit un point d'arrêt au fondement délictuel. À la suite d'un traitement par rayons X en raison d'une affection nasale, une patiente a été sur-irradiée et souffra d'une radiodermite des muqueuses de la face. Elle agit en responsabilité contre le médecin radiologue plus de trois années après la fin du traitement. Or, suivant le principe d'unité des prescriptions civile et pénale autrefois retenu, l'action se trouvait en l'espèce prescrite. C'était sans penser sur le fait que la Cour de cassation allait ici procéder à son plus célèbre *obiter dictum*[8] et affirmer avec rigueur et pédagogie

> qu' « [i]l se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, […] du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, […] mais consciencieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ».

La responsabilité délictuelle laisse place au contrat et à la responsabilité contractuelle. La victime pouvait ainsi obtenir réparation de son préjudice du fait du délai de prescription de trente ans en matière contractuelle. Ce fondement trouve sa source dans le contrat *intuitu personae* qui unit le médecin à son patient et qui l'oblige à son égard à une obligation de soins de moyens. Le médecin ne garantit pas la guérison du patient mais il promet de faire son possible pour y parvenir et pour ce faire, prodiguer des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science. La responsabilité du médecin repose alors sur la faute du professionnel de santé.

Malgré le symbole de cet attendu, son importance et ses apports essentiels, la jurisprudence en matière de responsabilité médicale est rapidement devenue complexe, que ce soit pour les dommages découlant du matériel que les professionnels de santé utilisent lors des soins ou lorsque le dommage ne provient pas d'une faute du médecin mais d'un accident médical. Si le Conseil d'État reconnaissait une responsabilité de plein droit du médecin en cas d'aléa thérapeutique[9], ce n'était pas le cas de la Cour de cassation qui considérait que « la réparation des conséquences de l'aléa n'entre pas dans le champ des obligations dont

---

il occasionne, par un fait répréhensible, un préjudice réel au malade qui se confie à ses soins ». La responsabilité ne concernerait pas le médecin mais seulement l'homme, voir Ludovic Demont, « 4 000 ans de responsabilité pénale médicale », *Revue juridique de l'Ouest*, 1999/3, p. 361-376, et spéc. p. 375 et 376.

[7] Civ., 20 mai 1936, *DP*, 1936, 1, 88, rapp. Josserand, concl. Matter, note E. Pilon ; *S.*, 1937, 1, p. 321, note Breton ; *RTD civ.*, 1936, p. 691, obs. R. Demogue ; *Gaz. Pal.*, 1936, 2, p. 41 ; *GAJC*, 13e édition, n° 162-163.

[8] Voir Solenne Hortala, *Les* obiter dicta *de la Cour de cassation : étude de la jurisprudence civile*, préf. J. Julien, Paris, Dalloz, (coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses »), n° 186, 2019.

[9] L'arrêt *Bianchi* du Conseil d'État a reconnu une responsabilité objective du service public hospitalier : l'acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de pernser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommage sans rapport avec l'état initial du patient (CE, 9 avril 1993, n° 69336 ; *Lebon*, p. 127 ; *AJDA*, 1993, p. 383 ; *Ibid.*, p. 344, chron. C. Maugüé et L. Touvet ; *D.*, 1994, p. 65, obs. P. Terneyre et P. Bon ; *RFDA*, 1993, p. 573, concl. S. Daël ; *RDSS*, 1994, p. 108, obs. J.-M. De Forges).

un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient »[10]. En l'absence de faute contractuelle, les juges écartaient *a fortiori* toute responsabilité. C'est ainsi que les victimes d'accidents médicaux de l'hôpital public n'étaient pas traitées de la même manière que celles du secteur privé. Face à ces traitements inégalitaires, il était nécessaire que les règles évoluent et c'est l'un des objectifs que s'est assigné le législateur à la suite de la promulgation de la loi du 4 mars 2002 – dite loi *Kouchner* – relative aux droits des patients et à la qualité du système de santé[11]. Consacrant une responsabilité ni délictuelle ni contractuelle, la loi du 4 mars 2002 pose un régime légal de responsabilité commun aux ordres administratif et judiciaire. Codifié dans le code de la santé publique, le principe de responsabilité du médecin est précisément défini à l'article L. 1142-1 dudit code qui se trouve dans un titre consacré à la réparation des conséquences des risques sanitaires. L'article dispose dans un premier paragraphe que

> « I. - Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code[12], ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables de ces actes qu'en cas de faute ».

Il précise dans un second paragraphe :

> « II. - Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire. »

La loi consacre le principe de la responsabilité pour faute du médecin, sous réserve d'exceptions prévues par le texte. Ses dispositions,

---

[10] Civ. 1ère, 8 novembre 2000, n° 99-11.735, *Bull. civ*. I, n° 287 ; *D.,* 2001, p. 2236, obs. D. Mazeaud ; *ibid*., p. 3083, obs. J. Penneau ; *RTD civ.*, 2001, p. 154, obs. P. Jourdain ; *LPA*, 4 décembre 2000, 4, note S. Prieur.

[11] Loi n° 2002-303, 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO* du 5 mars 2002, p. 4118. Cette loi est née d'une vive réaction du législateur face à la célèbre affaire Perruche où la Cour de cassation admit la réparation du préjudice de naître handicapé (Ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13.701, *D*., 2001, p. 316, concl. J. Sainte-Rose, note D. Mazeaud ; *JCP G*, 2000, II, 10438, rapp. P. Sargos, note F. Chabas), ce qui lui a valu le surnom de loi « anti-Perruche » ; l'article 1er de la loi, codifié à l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, disposant que « [n]ul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. »

[12] Il s'agit notamment des médecins, chirurgiens-dentistes, sages femmes, pharmaciens, infirmiers, kinésithérapeutes, orthophonistes et d'autres professions précisées par le code de la santé publique.

par la suite modifiées et complétées par d'autres textes[13], ont le mérite d'harmoniser les règles de droit privé et de droit public et de lutter de la sorte contre les inégalités de traitement des victimes. Elles satisfont, en outre, un souci de clarté et de lisibilité qui était apparu primordial. À l'appui du texte précité, deux régimes juridiques coexistent à compter du 5 septembre 2001[14] : celui de la responsabilité pour faute des professionnels et établissements de santé qui repose sur un mécanisme d'assurance obligatoire et subsidiairement, celui de l'indemnisation des accidents médicaux non fautifs qui dépend de la solidarité nationale et qui est assurée par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales (ONIAM). L'ONIAM va ainsi jouer un rôle complémentaire d'indemnisation pour les dommages qui découlent de l'aléa thérapeutique. Là est l'un des plus grands apports de la loi de 2002 : le législateur n'a pas entendu exclure toute action à la victime en l'absence de faute du médecin.

Toutefois, si la clarté de ce tableau est à saluer en distinguant bien ce qui relève de la responsabilité médicale et ce qui s'en détache[15], cette clarté devient obscure au regard des limites reconnues par le législateur. Ce temps d'échanges sur les aspects de droit privé de la responsabilité médicale permettra de dresser un état des lieux du régime en vigueur et de réfléchir à sa pérennité eu égard à certaines difficultés auxquelles le droit positif est confronté ou peut être confronté dans un futur proche. Il est vrai que l'objectif d'harmonisation des règles se trouve perturbé *de lege lata* lorsqu'un dommage découle de produits de santé ou dans le cas particulier des infections nosocomiales. Par ailleurs, la pérennité du régime établi peut être douteuse *de lege ferenda* en raison des évolutions que connaît la science médicale : la responsabilité médicale est confrontée à de nouveaux défis face aux progrès scientifiques ; des défis qui peuvent mettre en lumière d'éventuelles limites de la matière que ce soit avec le développement du numérique ou celui de l'intelligence artificielle.

Comprendre les limites et les nouveaux défis de la responsabilité médicale (II) suppose de s'entendre au préalable sur le domaine de la responsabilité du médecin et d'étudier ses conditions (I).

I. Le domaine étendu de la responsabilité médicale

L'article L. 1142-1 I du code de la santé publique est un formidable repère. Sa rédaction particulièrement riche dévoile le principe de la responsabilité pour faute du professionnel de santé, une responsabilité dont l'étendue est grande tant la faute est plurielle (A). Néanmoins, la responsabilité médicale fait partie d'un ensemble plus vaste qu'est le droit de la responsabilité et dont le propre est de rétablir un équilibre qui a été injustement rompu[16]. Il y a donc d'un côté l'auteur d'une faute qui doit être

[13] Voir notamment la loi n° 2002-1577, 30 décembre 2002, relative à la responsabilité civile médicale.

[14] La loi s'applique aux accidents consécutifs à des activités médicales réalisées à compter de cette date.

[15] Voir notamment notre thèse de doctorat sur l'intérêt de dissocier la responsabilité civile et l'indemnisation : Carole Hassoun, *L'anormalité dans le droit de la responsabilité civile : contribution à la recherche d'une unité en responsabilité civile extracontractuelle*, Toulouse, 2018, spéc. n° 282 et s.

[16] Voir notamment André Tunc, *La responsabilité civile*, 2e édition, Economica, (coll. « Études

sanctionné et de l'autre, une victime qui souffre d'un dommage causé par cette faute. Déterminer le domaine de la responsabilité médicale suppose donc d'entrevoir ses différentes conditions d'autant plus qu'en cette matière, le préjudice et le lien de causalité présentent certaines spécificités (B).

A. La faute médicale : une notion plurielle

Le médecin doit répondre de sa faute. La faute se présente ici comme un bon compromis en ce qu'elle permet à la fois de préserver l'activité médicale et de reconnaître le risque inhérent à l'art de la médecine, mais aussi d'assurer la fonction normative de la responsabilité en sanctionnant l'acte blâmable du médecin à l'origine du préjudice dont souffre le patient. S'il ne fait nul doute que la faute est au centre de la responsabilité médicale au vu des dispositions légales, le fondement de la responsabilité est davantage discuté en doctrine : la responsabilité demeure-t-elle contractuelle telle qu'elle découle du célèbre arrêt *Mercier* ou l'admission d'une responsabilité légale issue de la loi du 4 mars 2002 transcende-t-elle la distinction des ordres de responsabilité délictuelle et contractuelle ? Un auteur souligne « l'opportunité » du maintien du contrat médical[17] : la consécration par la loi de la responsabilité du médecin n'ôterait en rien l'intérêt du contrat qui l'unit à son patient[18]. Néanmoins, la Cour de cassation a déjà été appelée à censurer les motifs des juges du fond au seul visa de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique[19], ce qui laisserait entendre que la responsabilité médicale dépend de la loi et non de la volonté inhérente à l'acte juridique. Quel intérêt y aurait-il alors à recourir au contrat médical et à retenir la nature contractuelle de la responsabilité du médecin[20] ? Cela, d'autant plus que la loi du 4 mars 2002 permet la réparation des dommages causés à toutes les victimes qu'elles soient parties au contrat médical ou tiers à celui-ci[21]. Ainsi, pour les accidents médicaux consécutifs à des activités médicales réalisées à compter du 5 septembre 2001, le fondement de la responsabilité médicale dépendrait du seul code de la santé publique[22]. La référence au contrat

juridiques comparatives »), 1989, spéc. n° 20.

[17] Voir Bénédicte Bévière-Boyer, « L'opportunité du maintien du contrat médical confirmée par les dispositions de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA*, 8 mars 2017, n° 123, p. 5.

[18] Ce qui est également le cas pour la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation. Cette loi dite *Badinter* transcende la distinction des ordres de responsabilité tout en considérant la situation de la victime qui est liée au conducteur du véhicule terrestre à moteur par un contrat. Voir la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, spéc. art. 1er : « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent, *même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat*, aux victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques, à l'exception des chemins de fer et des tramways circulant sur des voies qui leur sont propres. »

[19] Voir Civ. 1ère, 28 janvier 2010, n° 09-10.992.

[20] Voir Fabrice Leduc, « Pas de *requiem* prématuré pour l'arrêt Mercier », *RDC*, 2011, p. 345, spéc. n° 6.

[21] Voir Fabrice Leduc, art. précité, spéc. n° 6. La Cour de cassation ne fait pas non plus référence à l'intensité de l'obligation de moyens ou de résultat, ce qui va dans le sens d'un éloignement à l'ancien fondement, mais aussi de l'évolution des règles de la responsabilité civile. La réforme du droit des contrats de 2016 n'a pas repris cette distinction, ni le projet de réforme du droit de la responsabilité civile rendu public le 13 mars 2017.

[22] Le spécial l'emporte donc sur le général (voir Fabrice Leduc, art. précité, p. 345, spéc. n° 4).

médical et à la responsabilité contractuelle paraîtrait dès lors artificielle, en raison de l'autonomie de la loi de 2002[23].

Si le fondement contractuel n'est pas retenu, l'arrêt *Mercier* a toutefois été d'une aide précieuse dans la définition de la faute à l'origine de la responsabilité du médecin. Pour reprendre la formule qui en est héritée, le médecin est fautif s'il manque à son obligation de dispenser des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et conformes aux « données acquises de la science »[24]. La formule a depuis été codifiée dans le code de la santé publique[25]. Certains éclaircissements ont été apportés par la loi face à l'obscurité des termes. C'est ainsi que toute personne est en droit de recevoir

> « les traitements, soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue, qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire, le meilleur apaisement possible de la souffrance au regard des connaissances médicales avérées »[26].

Le standard juridique des données acquises de la science, dont l'abstraction est manifeste, permettrait alors de reconnaître la faute du médecin dans de nombreuses situations. Les caractères flou et indéterminé du standard[27] paraissent pourtant éloignés du cas concret et spécifique de l'activité du médecin. Cela, d'autant plus que les règles médicales ont pu être présentées comme « informelles, mouvantes, évolutives »[28]. Les données acquises de la science renvoient à un savoir médical étendu que l'on trouve dans des sources très variées. Les règles se trouvent tant, par exemple, dans les recommandations de la Haute autorité de la santé ou de l'Organisation mondiale de la santé que dans les avis, les enseignements ou dans la littérature médicale particulièrement riche. Ce standard, certes imprécis, présente néanmoins l'avantage de la souplesse afin de permettre l'adaptation de la règle au cas concret. Ainsi, la faute peut présenter différents visages : allant de la faute la plus technique à la faute d'humanisme.

Sa qualification va dépendre du pouvoir souverain d'appréciation du juge. Une comparaison avec le standard de la personne raisonnable, plus précisément avec le médecin raisonnable, est faite[29] : ainsi, le médecin a-t-il accompli des soins comme l'aurait fait un médecin diligent, à savoir nécessaires à l'acte et conformes aux données de la science au moment où l'acte a été réalisé ? Il peut ne pas être chose aisée d'apporter une réponse suffisamment précise à la question posée[30]. Croire que le juge

---

[23] Voir notamment Philippe le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Paris, Dalloz, (coll. « Dalloz action »), 2021/2022, spéc. n° 641.12.

[24] Voir Guillaume Canselier, *Les données acquises de la science, Les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, Bordeaux, LEH Édition, 2010.

[25] CSP, art. R. 4127-32.

[26] CSP, art. L. 1110-5.

[27] Voir Stéphane Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, spéc. n° 93 ; Vincente Fortier, « La fonction normative des notions floues », *RRJ, Droit prospectif*, 1991, p. 755.

[28] Michel et Jean Penneau, « Recommandations professionnelles et responsabilité médicale », *Médecine et droit*, n° 28, 1998, p. 4 et s.

[29] Voir notamment Antoine Béguin, « Les contours de la faute de technique médicale », *RDSS*, 2019, p. 975.

[30] Voir notamment Philippe Pierre, « L'insaisissable critère de la faute de technique médicale », *Gaz. Pal.*, 2012, p. 1.

connaît toutes les données de la science relève de l'illusion[31]. La norme médicale n'est pas la norme juridique. C'est pourquoi, le juge sera tenu de s'en remettre à l'expert, cet « homme de l'art », pour bénéficier de son avis[32]. Il n'y a qu'à songer aux fautes de diagnostic. L'erreur de diagnostic peut ne pas être fautive, tout comme révéler que le diagnostic établi par le médecin n'est pas conforme aux données acquises de la science. La Cour de cassation a déjà été invitée à dissocier l'erreur de diagnostic en raison des symptômes complexes d'une pathologie rare qui ne sera pas fautive et la faute de diagnostic qui provient d'une négligence du médecin comme l'omission d'un examen de routine qui était indispensable pour le patient[33]. Outre la faute de diagnostic, le médecin est susceptible d'engager sa responsabilité pour une faute de prescription. Il est acquis que

> « [le] médecin doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié »[34].

Les antécédents du patient pourront être déterminants dans l'appréciation de la prévisibilité des risques[35]. Si le médecin prend souvent des risques dans l'exercice de sa profession, il doit, au vu des connaissances scientifiques, les maîtriser. Ces risques peuvent être pris lors de la prescription d'un traitement. Le médecin jouit d'une liberté de prescription. Il est ainsi libre de prescrire un médicament dont la balance bénéfices-risques semble pourtant emporter davantage de risques que de bénéfices. Prenons, par exemple, le cas du valproate de sodium commercialisé sous la dénomination de Dépakine. Le médecin prescripteur qui a eu connaissance des risques du médicament peut être fautif s'il ne propose pas de traitement alternatif au regard de l'état des connaissances scientifiques dans les années 2010 et au vu des effets tératogènes du médicament[36]. Ces fautes médicales techniques dévoilent l'importance de l'expertise médicale pour guider le juge dans son travail.

En outre, le médecin peut être responsable d'une faute d'humanisme. Il lui appartient d'informer le patient des risques encourus par l'acte médical pour obtenir son consentement libre et éclairé[37]. Dès 1942 avec

---

[31] « Kelsen ne doit pas entrer chez Hippocrate » (Didier Truchet, « La décision médicale et le droit », *AJDA*, 1995, p. 611 et s., spéc. p. 612).

[32] Voir notamment Guillaume Canselier, *Les données acquises de la science*, th. précitée, spéc. n^{os} 294 s. Le juge n'est toutefois pas lié par l'avis de l'expert, voir Com., 13 avril 1972, n° 71-10.023.

[33] Civ. 1ère, 30 septembre 2010, n° 09-63.372.

[34] CSP, art. R. 4127-40. La Cour de cassation a retenu par exemple la faute du professionnel de santé qui avait pris l'initiative d'opérer un patient en l'absence d'urgence quatre mois après un traitement chirurgical d'un panaris, ce qui lui a fait courir un risque injustifié de contracter une infection nosocomiale (Civ. 1ère, 7 juillet 2011, n° 10-19.137).

[35] Un médecin psychiatre a été jugé fautif d'avoir prescrit aux membres de l'équipe soignante de maintenir ouverte la fenêtre d'un patient hospitalisé à la suite d'une rechute dépressive sévère avec idées de suicides, après sept tentatives (Civ. 1ère, 17 juin 2010, n° 09-10.334).

[36] Pour faciliter l'indemnisation des victimes, l'ONIAM a mis en place une procédure spécifique d'indemnisation. Voir notamment Laurent Bloch, « La responsabilité du fait des produits de santé : enjeux et perspectives », *RDSS*, 2019, p. 992. La liberté de prescription du médecin a pu récemment être évoquée dans le traitement des patients atteints de la covid-19 quant à la prescription de l'hydroxychloroquine.

[37] CSP, art. L. 1111-2 al. 7 : « il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé » ; voir déjà Civ. 1ère, 25 février 1997, *Hédreul*, n° 94-19.685 ; *Bull. civ*. I, n° 75 ; *Gaz. Pal*., 27-29 avril 1997, 1,

l'affaire *Teyssier*, la Cour de cassation avait retenu la responsabilité du médecin qui n'avait pas informé son patient de la nature exacte de l'opération qu'il allait subir, ni de ses conséquences[38]. Avec la loi du 4 mars 2002, le devoir d'information a une source légale. L'article L. 1111-2 du code de la santé publique dispose que « [t]oute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. » L'information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention, sur leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Que ces risques soient courants ou exceptionnels, le patient doit être pleinement informé pour se prononcer en toute connaissance de cause. La Cour de cassation avait-elle déjà pu affirmer qu'un médecin est tenu de donner au patient « une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés », quand bien même leurs réalisations seraient exceptionnelles[39].

La faute constitue donc le socle de la responsabilité médicale, qu'elle soit technique ou qu'elle provienne d'un défaut d'information, le médecin doit agir suivant les données de la science. La responsabilité du professionnel de santé repose sur un système d'assurance obligatoire[40]. Que ce soit un professionnel qui exerce à titre libéral, un établissement ou service de santé et organisme dans lesquels sont réalisés des actes de prévention, diagnostic ou soins, tous sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir de leur responsabilité civile ou administrative. Néanmoins, aussi essentielle soit-elle, la faute médicale ne sera sanctionnée que si elle cause directement un dommage au patient.

B. Les spécificités majeures du préjudice en lien avec la faute médicale

Présenter le domaine de la responsabilité médicale ne peut se faire sans entrevoir les spécificités propres au préjudice et au lien de causalité. La faute médicale établie, celle-ci demeure insuffisante pour engager la responsabilité du médecin. Aussi, la réparation du préjudice corporel dont souffre le patient doit être en lien direct avec la faute. Toutefois, il peut être particulièrement difficile d'établir ce lien en raison des aléas de la médecine. Comment peut-on être certain que sans la faute du professionnel de santé – s'il avait posé un bon diagnostic ou prescrit le bon traitement – le patient n'aurait pas vu son état s'aggraver ? Malgré ce doute légitime, il apparaît néanmoins que la faute médicale n'est pas sans lien avec le préjudice corporel et qu'elle semble avoir contribué à sa réalisation. Confrontés à cette incertitude, les juges ont été amenés à faire preuve de souplesse dans l'appréciation des conditions de la responsabilité. C'est dans ce contexte que le préjudice de perte de chance,

---

p. 274, rapp. P. Sargos, note J. Guigne ; *D.,* 1997, somm. 319, obs. J. Penneau ; *JCP G,* 1997, I, 4025, obs. G. Viney ; *CCC,* 1997, 76, chron. 5, L. Leveneur ; *Defrénois,* 1997, p. 751, obs. J.-L. Aubert ; *RCA,* 1997, chron., p. 8, C. Lapoyade-Deschamps ; *RTD civ.,* 1997, p. 434, obs. P. Jourdain ; *Ibid*., p. 924, obs. J. Mestre ; *GAJC*, 13e édition, n° 17.

[38] Req., 28 janvier 1942, *Teyssier* ; *DC*, 1942, p. 63 ; *Gaz. Pal*., 1942, 1, p. 177.

[39] Civ. 1ère, 7 octobre 1998, n° 97-10.267.

[40] CSP, art. L. 1142-2.

« mi-dommage, mi-causalité »[41], a fait son apparition dans le domaine médical comme « dommage de substitution »[42]. Défini en jurisprudence comme « la perte de la probabilité d'un événement favorable »[43], ce préjudice suppose l'existence d'une chance réelle et sérieuse d'éviter un dommage ou une chance de survie[44]. Le lien de causalité ne pouvant être établi avec certitude, la réparation du préjudice ne pourra être mesurée qu'à la chance perdue et ne pourra être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée[45]. En somme, elle ne sera que partielle[46].

Or, pour permettre à la victime d'un dommage corporel une réparation intégrale de son préjudice, la question s'est posée de l'admission d'un préjudice moral d'impréparation au risque qui s'est réalisé. Une jurisprudence a été particulièrement importante en cas de défaut d'information du médecin. La Cour de cassation refusait initialement la réparation du préjudice moral découlant d'une faute d'information au titre que seule la perte de chance d'échapper au risque et d'éviter le dommage corporel constituait le préjudice réparable[47]. Mais cette réparation présentait une limite : la perte de chance n'était pas réparée si la preuve était apportée de ce que le patient aurait accepté l'opération en connaissance du risque, ce qui est souvent le cas lorsqu'il n'y a pas d'alternative possible. En définitive, en l'absence de chance, il ne peut y avoir de préjudice de perte de chance. Un arrêt – historique[48] – de la Cour de cassation du 3 juin 2010 est venu bouleverser cette jurisprudence, ce qui a suscité de vives réactions en doctrine. Les faits sont les suivants : à la suite d'une adénomectomie prostatique, un patient s'est plaint d'impuissance sexuelle, risque dont il n'a pas été informé au préalable par le médecin. Selon les juges du fond, le médecin a manqué à son devoir d'information mais en l'absence d'alternative à l'adénomectomie pratiquée eu égard au danger d'infection encouru par le patient, il est peu problable qu'il aurait renoncé à l'intervention même dûment averti des risques. Rien de surprenant en l'espèce, la cour d'appel ne faisait ici que suivre la jurisprudence constante de la Cour de cassation en refusant la réparation du préjudice de perte de chance. Au visa des articles 16 et 16-3 alinéa 2

---

[41] Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, Paris, Dalloz, 8e édition, (coll. « Précis »), 2015, spéc. n° 850.
[42] Voir Mireille Bacache, « Longue vie à l'arrêt Mercier », *RDC*, n° 1, 2011, p. 335, spéc. n° 3.
[43] Civ. 1ère, 21 novembre 2006, n° 05-15.674, *D*., 2006, p. 3013.
[44] Le retard dans la prescription d'un coroscanner par le médecin a ainsi fait perdre à son patient une chance de survie, voir Nîmes, 7 novembre 2019, *RDS*, n° 94, 2020, p. 201-202, obs. P.-L. Vidal.
[45] Voir par exemple, Civ. 1ère, 8 février 2017, n° 15-21.528 ; Civ. 2e, 11 septembre 2014, n° 13-10.414 ; Civ. 1ère, 9 avril 2002, n° 00-13.314.
[46] Civ. 1ère, 14 novembre 2019, n° 18-23.915 ; 14 octobre 2010, n° 09-69.195. Le préjudice de perte de chance dépend de l'appréciation souveraine des juges du fond (voir notamment Civ. 3e, 7 avril 2016, n° 15-11.342).
[47] Civ. 1ère, 6 décembre 2007, n° 06-19.301, *Bull. civ*. I, n° 380 ; *D*., 2008, p. 192, note P. Sargos ; *ibid*., p. 2894, obs. Ph. Brun et P. Jourdain ; *JCP G,* 2008, I, 125, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RTD civ.,* 2008, p. 272, obs. J. Hauser ; *ibid*., 303, obs. P. Jourdain (« le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé »).
[48] Voir Pierre Sargos, « Deux arrêts 'historiques' en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information », *D.,* 2010, p. 1522.

du code civil portant sur la dignité et la protection du corps humain, ainsi que de l'ancien article 1382 du code civil, la Cour de cassation reconnaît que

> « toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, […] que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation »[49].

Sont ainsi mis en exergue tant l'importance du droit à l'information du patient eu égard aux risques inhérents aux investigations ou traitements, que l'importance de son consentement. Les juges admettent, non plus le préjudice de perte de chance d'éviter le dommage corporel, mais le préjudice moral du patient qui sera intégralement réparé. Par ailleurs, l'attendu surprend par le fondement délictuel de la responsabilité médicale que retient la Cour de cassation : les faits ne relevant pas de la loi du 4 mars 2002 et l'obligation d'information étant accessoire au contrat médical, un fondement contractuel n'était-il pas davantage concevable ? C'est pourtant au visa de l'ancien article 1382 du code civil que statue la Cour de cassation. Est-ce à dire que la responsabilité médicale repose nécessairement sur un fondement délictuel ? Le retenir pourrait être jugé précipité. Les articles 16 et 16-3 du code civil accolés au visa susvisé ont ici leur importance. Renvoyant aux droits subjectifs, plus précisément à la dignité de la personne humaine et au respect de son intégrité corporelle, ces articles permettraient de considérer que le fait pour le médecin de manquer à son devoir d'information à l'égard du patient et d'obtenir son consentement libre et éclairé découlerait directement du principe de sauvegarde de la dignité humaine[50]. Finalement, l'obligation d'information se détacherait du contrat et serait sanctionnée distinctement.

Cette jurisprudence a toutefois connu une évolution certaine. En 2014, la Cour de cassation a fait le choix de reconnaître un préjudice moral d'impréparation aux risques à la suite du choc subi par le patient à la condition que ce risque se réalise[51]. Le préjudice moral est ainsi

---

[49] Civ. 1ère, 3 juin 2010, n° 09-13.591, *Bull. civ*. I, n° 128 ; *D.,* 2010, p. 1522, obs. I. Gallmeister, note P. Sargos ; *ibid*., 2092, chron., N. Auroy et C. Creton ; *AJDA*, 2010, p. 2169, note C. Lantero ; *JCP G*, 2010, p. 788, note S. Porchy-Simon ; *RDSS*, 2010, p. 898, note F. Arhab-Girardin ; *Gaz. Pal*., 16-17 juin 2010, p. 9, avis A. Legoux ; *LPA*, 17-18 août 2010, p. 9, note R. Mislawski ; *RCA*, 2010, p. 222, obs. S. Hocquet-Berg ; *RTD civ*., 2010, p. 571, obs. P. Jourdain ; notamment Mireille Bacache, « Longue vie à l'arrêt Mercier », art. précité ; Fabrice Leduc, « Pas de requiem prématuré pour l'arrêt Mercier », *RDC*, n° 1, 2011, p. 345 ; Philippe Pierre, « Feu l'arrêt Mercier ! Feu l'arrêt Mercier ? », *RDC*, n° 1, 2011, p. 357.

[50] Un principe ayant valeur constitutionnelle, voir CC, 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, *D*., 2000, p. 424, obs. S. Garneri ; *RTD civ*., 2000, p. 109, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid*., p. 870, obs. T. Revet ; *JCP G*, 2000, I, 280, obs. G. Viney.

[51] Civ. 1ère, 23 janvier 2014, n° 12-22.123 ; *Bull. civ*. I, n° 13 ; *D.,* 2014, p. 584, obs. L. Bernard de la Gatinais ; *ibid*., 590, obs. M. Bacache ; *ibid*., p. 2021, obs. A. Laude ; *RDSS*, 2014, p. 295, obs. F. Arhab-Girardin ; *RTD. civ*., 2014, p. 379, obs. P. Jourdain ; *D*., 2015, p. 124, obs. Ph. Brun et O. Gout ; 25 janvier 2017, n° 15-27.898, *D*., 2017, p. 555, obs. S.-M. Ferrié ; *ibid*., p. 2224, obs. M. Bacache ; *RDSS*, 2017, p. 716, obs. D. Cristol ; *RTD civ*., 2017, p. 403, obs. P. Jourdain ; *D*., 2018, p. 35, obs. Ph. Brun et O. Gout.

dorénavant en lien avec l'atteinte corporelle subie par le patient[52] : il dépend de la réalisation du risque[53]. Le champ de la réparation du préjudice est de la sorte limité, contrairement à la jurisprudence de 2010 qui permettait toute réparation indépendamment de la réalisation du risque[54]. Cela invite, plus largement, à réfléchir à la distinction du régime des droits subjectifs et des règles de la responsabilité civile[55] : les droits subjectifs peuvent, en effet, créer un trouble dans les règles de responsabilité civile relativement à la condition du préjudice[56].

Le domaine de la responsabilité médicale pour faute montre bien certaines spécificités qui sont propres à la science médicale et à l'aléa inhérent à la médecine, que ce soit dans l'appréciation de la faute ou du préjudice en lien avec la faute. Le principe posé par la loi connaît toutefois certaines limites et se trouve confronté à de nouveaux défis.

II. Les limites et les défis de la responsabilité médicale

Des limites ressortent explicitement de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique à propos des produits de santé et des infections nosocomiales. Dans ces deux cas, la responsabilité est objective et de plein droit. Néanmoins, la théorie peut ici s'avérer plus difficile à mettre en œuvre. Il y aurait beaucoup à dire sur les infections nosocomiales notamment parce que plusieurs régimes se juxtaposent, qu'ils soient de responsabilité ou d'indemnisation. Cependant, l'exception à la responsabilité pour faute qui est posée en ce cas particulier ne vaut que pour les établissements, services et organismes de santé et non pour les professionnels de santé qui restent soumis à la preuve d'une faute médicale[57]. Le choix opéré par le législateur peut se comprendre : le risque de contracter une infection nosocomiale est plus grand pour les soins pratiqués dans un établissement de santé notamment en raison de la durée des soins qui sont prodigués[58]. Quant aux produits de santé, les règles relatives à ces produits suscitent en l'état du droit positif de vives interrogations (A), sans oublier les défis auxquels la responsabilité médicale doit faire face. La responsabilité médicale est aujourd'hui mise à l'épreuve à l'ère du développement du numérique et de l'intelligence artificielle (B).

---

[52] La décision rendue par la Cour de cassation peut toutefois surprendre car les faits se déroulaient sous l'empire de la loi du 4 mars 2002 et en vertu des dispositions du code de la santé publique, « [t]oute personne a le droit d'être informée sur son état de santé ». Voir aussi Civ. 1ère, 25 janvier 2017, n° 15-27.898.

[53] Voir également Civ. 1ère, 23 janvier 2019, n° 18-10.706.

[54] Ce qui montrerait pour un auteur les limites de l'application des règles de la responsabilité civile, voir Scarlett-May Ferrié, « Quelle sanction pour la violation du devoir d'information médicale ? », *D.*, 2017, p. 555.

[55] Voir Tristan Azzi, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.*, 2007, p. 227.

[56] Voir notamment Carole Hassoun, thèse précitée, nos 243 et s.

[57] La Cour de cassation l'a rappelé dernièrement dans une décision où elle censure les motifs des juges du fond qui ont condamné solidairement pour manquement à leur obligation de sécurité de résultat l'établissement privé et le médecin (Civ. 1ère, 28 janvier 2010, n° 08-20.571).

[58] La Cour de cassation voyait dans cette règle une possible rupture d'égalité entre les victimes : si certaines doivent prouver la faute du médecin, d'autres bénéficient des avantages d'une responsabilité de plein droit. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, n'a pas entendu remettre en cause ces dispositions (CC, 1er avril 2016, n° 2016-531).

A. Le cas particulier des produits de santé

Le principe est acquis : la responsabilité des professionnels de santé repose sur une faute sauf, lorsque « leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé »[59]. Que le dommage corporel découle d'un médicament ou d'un dispositif médical, celui-ci doit provenir d'une défectuosité attachée au produit. La loi du 4 mars 2002 ne fait alors que renvoyer au régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux[60], codifié aux articles 1245 et suivants du code civil. Cette responsabilité légale, soumise à des conditions déterminées[61], permet de retenir la responsabilité du producteur du produit de santé dont le défaut est à l'origine du dommage dont souffre le patient ; que le défaut soit intrinsèque en raison d'un défaut de fabrication ou de conception ; ou extrinsèque s'il entoure le produit en question et qu'il est en lien avec l'information qui a été communiquée. En toutes circonstances, le produit est défectueux « lorsqu'il ne présente pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre »[62]. Ainsi dans le domaine médical, la responsabilité du producteur d'un médicament pourra être retenue si la notice du produit ne mentionne pas tous les effets indésirables[63]. Toutefois, prouver la défectuosité d'un produit de santé peut s'avérer complexe. La dangerosité ne suffit pas à établir la défectuosité. Ce n'est que si les dangers de l'utilisation dépassent les bénéfices escomptés que le produit pourra être considéré défectueux. En somme, une dangerosité anormale doit être prouvée[64]. La Cour de justice de l'Union européenne a-t-elle ainsi rappelé pour du matériel médical que « le défaut potentiel de sécurité réside dans la potentialité anormale de dommage »[65].

D'autres difficultés sont perceptibles au vu du régime légal de responsabilité établi par la loi et du risque médical prégnant. Seules deux d'entre elles seront envisagées. Tout d'abord, la loi prévoit un double délai de prescription[66] : l'action à l'encontre du producteur doit être engagée dans un délai de trois ans à compter de la date à laquelle le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage et dans un délai de dix ans après la mise en circulation du produit, lorsqu'il est sorti du processus de fabrication pour entrer dans la commercialisation. Or, les effets indésirables d'un médicament peuvent mettre du temps à se

---

[59] Voir Olivier Gout, « Regard particulier sur la responsabilité du fait des produits de santé », *RDSS*, 2010, p. 111 ; Vincent Bouquet et Éric Fouassier, « Le projet de réforme de la responsabilité civile et les produits de santé », *D.*, 2017, p. 834 ; Laurent Bloch, « La responsabilité du fait des produits de santé : enjeux et perspectives », *RDSS*, 2019, p. 992.

[60] Loi n° 98-389, 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *JORF*, n° 117, 21 mai 1998.

[61] Outre la preuve du défaut, la victime doit prouver le dommage et le lien de causalité entre le défaut et le dommage (C. civ., art. 1245-8).

[62] C. civ., art. 1245-3.

[63] Par exemple, Civ. 1ère, 27 novembre 2019, n° 18-16.537 ; 9 juillet 2009, n° 08-11.073 ; 22 mai 2008, n° 06-14.952.

[64] Voir Carole Hassoun, thèse précitée, spéc. n° 124.

[65] CJUE, 5 mars 2015, *Boston Scientific Medizintechnik (Sté) c. AOK Sachsen-Anhalt-Die Gesundheitskasse*, aff. jtes, nos C-503/13 et C.-504/13, *D.*, 2015, p. 1247, note J.-S. Borghetti ; *ibid.*, p. 2283, obs. M. Bacache, A. Guégan-Lécuyer et S. Porchy-Simon ; *ibid.*, 2016, p. 35, obs. Ph. Brun et O. Gout ; *RTD civ.*, 2015, p. 406, obs. P. Jourdain ; *JCP*, 2015, p. 543, note L. Grynbaum ; *ibid.,* p. 1409, obs. M. Bacache.

[66] Voir Laurent Bloch, art. précité.

développer. Ce double délai, qui limite considérablement les actions[67], semble sévère pour le domaine médical. Un traitement peut provoquer des effets indésirables des années après sa prise. L'affaire du *Distilbène* le prouve : la molécule, prescrite et administrée à des femmes enceintes, a produit ses effets indésirables plus de vingt ans après le traitement. Par ailleurs, l'état des connaissances scientifiques et techniques objectivement accessibles au moment où le produit a été mis en circulation peut exonérer le producteur de toute responsabilité, s'il n'a pas permis « de déceler l'existence du défaut »[68]. La cause d'exonération que représente le risque de développement ne fait-elle pas preuve de sévérité à l'égard de la victime[69] ? Celle-ci pourrait toutefois voir ses jours comptés[70].

Outre ces limites apparentes, des difficultés sont manifestes dans l'établissement du lien de causalité entre le défaut du produit et le dommage dont souffre la victime, toujours en raison des incertitudes attachées à la science médicale. Les juges ont donc dû une nouvelle fois faire preuve de souplesse dans l'appréciation des conditions de la responsabilité et admettre que la causalité juridique peut être établie indépendamment de la causalité scientifique[71]. La responsabilité du producteur pourra être engagée sous réserve néanmoins qu'il soit identifié[72]. Le droit est donc appelé à s'adapter au milieu médical et à ses aléas[73].

---

[67] Le délai de prescription de droit commun en cas de dommage corporel est de dix ans à compter de la consolidation du dommage (C. civ., art. 2226). Voir en ce sens, Laurent Bloch, « La responsabilité du fait des produits de santé : enjeux et perspectives », art. précité.

[68] C. civ., art. 1245-10 4°.

[69] Voir Laurent Bloch, « La responsabilité du fait des produits de santé : enjeux et perspectives », art. précité (« Le risque médicamenteux est en partie inévitable : pourquoi seul le patient devrait-il l'assumer ? »).

[70] Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile rendu public le 13 mars 2017 propose d'y mettre un terme, contrairement au rapport de la cour d'appel de Paris rendu public le 25 juin 2019 qui souhaite le maintien de cette cause d'exonération pour ne pas « nuire à l'innovation » (voir Groupe de travail, rapport sur « La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques », avril 2019).

[71] L'exemple du contentieux des laboratoires pharmaceutiques relativement au vaccin contre l'hépatite B illustre cet assouplissement. Suite à la vaccination, des patients souffrent de pathologies démyélinisantes comme la sclérose en plaques. Les experts concluent l'incertitude de l'étiologie de la maladie. Saisie d'une question préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît que les juges peuvent se fonder sur des présomptions de fait graves, précises et concordantes pour établir le lien entre le défaut du produit et le dommage subi (CJUE, 21 juin 2017, *N.W. e.a. contre Sanofi Pasteur MSD e.a.*, C-621/15 : *D.,* 2017, p. 1807, obs. J.-S. Borghetti ; *JCP G*, 2017, 908, obs. G. Viney ; *JCP E*, 2017, 1419, note L. Grynbaum ; *RCA*, n° 9, septembre 2017, al. 19, obs. L. Bloch ; *RLDC*, 2017, p. 151, obs. Ph. Brun et C. Quézel-Ambrunaz), comme la proximité temporelle entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie ou l'absence d'antécédents familiaux du patient.

[72] À défaut, l'article 1245-6 du code civil prévoit la possibilité d'engager la responsabilité du fournisseur professionnel dans les mêmes conditions que le producteur, à moins qu'il ne désigne son propre fournisseur dans le délai imparti, soit un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la demande de la victime lui a été notifiée (voir Civ. 1ère, 12 juillet 2012, n° 11-17.510, *D.*, 2012, p. 2277, note M. Bacache ; *ibid*., 2013, p. 40, obs. Ph. Brun et O. Gout ; *RTD civ.*, 2012, p. 737, obs. P. Jourdain ; *RTD eur.*, 2013, p. 292-36, obs. N. Rias ; *JCP*, 2012, n° 40, 1036, note P. Sargos ; *ibid.,* 2013, p. 484, obs. C. Bloch ; 14 novembre 2018, n° 17-28.529, *RCA*, 2019, n° 2, p. 51, note S. Hocquet-Berg).

[73] La Cour de cassation a reconnu la théorie de la causalité alternative dans la mesure où il n'était pas possible d'identifier le laboratoire qui avait produit la molécule et qui était directement à l'origine du dommage dont la victime demande réparation. Ainsi, les juges considèrent que les deux laboratoires ayant commercialisé le médicament sont tous deux

Concernant les professionnels de santé, ils sont amenés, dans le cadre de leur activité, à utiliser du matériel qui peut se révéler défectueux. Avant la loi *Kouchner* du 4 mars 2002, il avait été jugé que

> « le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins »[74] y compris pour les « produits tels les médicaments qu'il fournit »[75].

Cette jurisprudence ne reflète plus l'état du droit positif. La Cour de justice de l'Union européenne a livré son interprétation de la directive européenne de 1985 et retient que la responsabilité susceptible d'incomber à l'utilisateur du produit – dont il n'est pas le producteur – échappe à son champ d'application[76]. À l'appui de cette décision, la Cour de cassation a décidé que la responsabilité des prestataires de services de soins, qui ne peuvent être assimilés à des distributeurs de produits ou de dispositifs médicaux, ne relève pas du champ d'application de la directive, hormis le cas évidemment où ils sont eux-mêmes les producteurs des produits. Elle retient alors le principe de responsabilité pour faute[77] que prévoit la loi du 4 mars 2002[78]. L'exception des produits de santé expressément posée par le code de la santé publique ne vaut donc qu'à l'égard de leurs producteurs.

B. Les défis de la responsabilité médicale

Les progrès de la médecine peuvent être à l'origine de nouvelles sources de dommages et de contentieux. La responsabilité médicale est mise à l'épreuve à l'aune de deux défis actuels : le recours à l'intelligence artificielle et le développement du numérique.

L'essor de l'intelligence artificielle est manifeste. Un décret du 27 mars 2020 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel, dénommé « Datajust »[79], est paru au journal officiel du 29 mars 2020. Ce décret permet la mise en place d'un algorithme en vue de faciliter l'évaluation du préjudice corporel dont il est acquis qu'elle

---

solidairement responsables, au laboratoire ensuite d'en rapporter la preuve contraire. Voir Civ. 1ère, 24 septembre 2009, *UCB Pharma et Novartis Santé Familiale*, nos 08-10.081 et 08-16.365, *D*., 2009, p. 2342, obs. I. Gallmeister ; *D*., 2010, p. 49, note Ph. Brun ; *JCP,* 2009, n° 44, p. 381, note S. Hocquet-Berg ; *RCA*, 2009, ét. 15, obs. C. Radé.

[74] Civ. 1ère, 9 novembre 1999, n° 98-10.010, *Bull. civ.* I, n° 300.

[75] Civ. 1ère, 7 novembre 2000, n° 99-12.255, *Bull.civ*. I, n° 279.

[76] Libre néanmoins à l'État membre d'instituer un régime qui prévoit directement la responsabilité de l'utilisateur à l'égard des dommages occasionnés, voir CJUE, 21 décembre 2011, *CHU Besançon*, n° C-495/10. Cette décision a été rendue sur question préjudicielle du Conseil d'État (CE, 4 octobre 2010, n° 327449 A).

[77] Civ. 1ère, 12 juillet 2012, n° 11-17.510 ; 14 novembre 2018, n° 17-27.980. L'exigence de la faute peut surprendre lorsqu'on connaît l'objectif de la loi du 4 mars 2002 qui est l'harmonisation des règles de responsabilité médicale. Depuis 2003, le Conseil d'État reconnaît une responsabilité sans faute des établissements publics (CE, 9 juillet 2003, *AP-HP c/ Marzouk*, n° 220437 A), à savoir que l'hôpital est responsable de plein droit du matériel qu'il utilise (CE, 12 mars 2012, *CHU de Besançon*, n° 327449). La Cour de cassation n'a pas entendu profiter de l'interprétation de la CJUE pour suivre cette même règle.

[78] C'est ainsi qu'à propos d'une prothèse défectueuse, la Cour de cassation a rappelé l'exigence de la faute du praticien qui a fait usage de la prothèse défectueuse contrairement à la responsabilité de plein droit du producteur de la prothèse qui peut être engagée, voir Civ. 1ère, 26 février 2020, n° 18-26.256.

[79] Décret n° 2020-356, 27 mars 2020, portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel.

est particulièrement difficile. L'évaluation du dommage corporel est, en effet, au centre des principales problématiques du droit de la responsabilité civile[80], du fait de sa technicité. Il est fréquent que les victimes de dommages corporels ne soient pas indemnisées de la même façon. Le juge, tenu de réparer intégralement les préjudices dont souffre la victime – sans perte, ni profit pour elle[81] – peut rencontrer des difficultés pour déterminer avec rigueur et constance le montant de la réparation. S'il a à sa disposition des outils pour faciliter ce travail, que ce soit des nomenclatures, barèmes ou référentiels d'indemnisation, ceux-ci se révèlent toutefois souvent imparfaits. Utilisés de manière différenciée par les acteurs de l'évaluation du dommage corporel, ils ne permettent pas d'avoir une vue harmonisée des différents postes de préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux réparables qui découlent de l'atteinte portée au corps[82]. Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile rendu public le 13 mars 2017 contient un certain nombre de dispositions relatives à ces outils et qui attestent de la volonté d'améliorer la situation de la victime d'un dommage corporel[83]. C'est ainsi que le projet propose de consacrer la nomenclature Dintilhac qui répertorie poste par poste, sans être limitative[84], les préjudices résultant d'un dommage corporel. Véritable référence en matière d'évaluation du dommage corporel, la nomenclature Dintilhac offre une bonne visibilité du dommage réparable. Le projet reconnaît également l'existence d'un barème médical unique pour fixer l'indice qui servira de curseur dans l'évaluation du dommage, ce qui mettrait un frein à la diversité des barèmes aujourd'hui utilisés[85]. En outre, le projet reconnaît un référentiel indicatif d'indemnisation afin d'évaluer les différents postes de préjudices extrapatrimoniaux[86]. Ce référentiel, déterminé par décret en Conseil d'État, serait réévalué tous les trois ans en fonction de l'évolution de la moyenne des indemnités accordées par les juridictions administratives et judiciaires, ainsi que les montants alloués à la suite des transactions conclues entre la victime et le débiteur de l'indemnisation. Cet outil présente un atout de taille : parce qu'il n'est qu'indicatif, la dette de réparation pourrait toujours être personnalisée par le juge. Associé à une base de données qui répertorie les décisions des cours d'appel, le référentiel indicatif d'indemnisation se révèlerait utile.

Le décret *Datajust* s'inscrit dans la continuité de ces dispositions. L'algorithme a pour but de recenser tous les montants d'indemnisation des préjudices corporels à savoir les différents postes de la nomenclature

---

[80] Voir Stéphanie Porchy-Simon, « L'évaluation des préjudices par les acteurs de la réparation », *RDSS*, 2019, p. 1025 ; Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, *op. cit.*, p. 21, spéc. n° 28, qui soulignent la nécessité de mettre en place « une méthodologie claire et unifiée » de l'évaluation du dommage corporel.

[81] Voir notamment Civ. 1ère, 28 novembre 2018, n° 17-28.272.

[82] Voir Stéphanie Porchy-Simon, « L'évaluation des préjudices par les acteurs de la réparation », art. précité.

[83] Aline Vignon-Barrault, « Projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 et indemnisation du dommage corporel », *RDSS*, 2019, p. 1033.

[84] Projet de réforme, art. 1269.

[85] Il existe, en effet, des barèmes médico-légaux qui servent d'appui aux experts médicaux comme le barème indicatif d'évaluation des taux d'incapacité encore appelé le barème du concours médical.

[86] Sa pratique est courante, comme l'illustre le référentiel *Mornet* utilisée par les juges. L'ONIAM dispose également de son propre référentiel d'indemnisation.

Dintilhac et l'ensemble des montants des décisions judiciaires et administratives de cours d'appel depuis l'année 2017[87]. Si cet algorithme semble avantageux, l'évaluation du préjudice corporel peut-elle en dépendre pleinement ? Le droit, de plus en plus influencé par le développement de l'intelligence artificielle, pourrait être soumis à un traitement algorithmique. Or, si un algorithme peut s'avérer nécessaire et utile, laisser de côté l'appréciation souveraine et humaine du juge serait préjudiciable[88]. Le juge est face à une victime qui souffre dans son corps et dans ses sentiments. La justice prédictive permet sans nul doute un traitement plus rapide du contentieux et de croire en l'égalité des victimes, mais il est légitime d'avoir certains doutes au regard du contentieux qui est concerné.

Toujours dans le giron de l'intelligence artificielle, outre la question des algorithmes et de la justice prédictive, la question des robots mérite ici d'être soulignée. Ces choses autonomes sont appelées à se multiplier dans le domaine médical[89]. Les robots chirurgicaux sont des avancées technologiques majeures. Face à la multiplication des choses autonomes, il est à craindre de nouvelles situations dommageables où une victime souffre d'un dommage causé par un robot. Quelles sont les règles alors applicables ? Le niveau de sophistication du robot est déterminant[90]. Lorsque les chirurgiens sont appelés à utiliser des télécommandes pour manier le robot, on pourrait penser que le dommage est causé du fait de l'utilisation de la chose à la suite d'une mauvaise manipulation et *in fine* d'une faute de l'utilisateur ou d'une défectuosité de la chose semi-autonome elle-même qui permettrait d'engager la responsabilité de son fabricant sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux. Si plusieurs fondements sont proposés, comme le recours au régime légal de responsabilité du fait des produits défectueux ou le droit commun de la responsabilité du fait des choses, l'émergence de ces nouvelles situations dommageables pourrait redonner à la théorie de la garde divisée son intérêt d'autrefois[91]. En outre, les risques de la robotique supposeront une information plus étendue à destination du patient, ce qui pourrait être à l'origine d'un contentieux en lien avec son consentement libre et éclairé.

Si le recours aux algorithmes est un nouveau défi, qu'en est-il du développement du numérique et des outils de communication et

[87] Voir Pierre Januel, « Datajust : un algorithme pour évaluer les préjudices corporels », *D. actu,* 1er avril 2020 ; Laurence Pécaut-Rivolier et Stéphane Robin, « Justice et intelligence artificielle, préparer demain », *D. actu*, 14 et 15 avril 2020.

[88] Voir notamment Carole Hassoun, « Quelle place pour le juge judiciaire dans la cohésion sociale ? Les rapports du juge et de l'équité en droit privé », in Florence Faberon (dir.), *De la cohésion sociale : théories et pratiques*, Clermont-Ferrand, Recherches sur la cohésion sociale, 2020, p. 317.

[89] Philippe le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, *op. cit*., spéc. n° 641.18.

[90] Voir Alain Bensoussan, « Droit des robots : science fiction ou anticipation ? » : *D.*, 2015, p. 1640. Voir aussi Jean-Sébastien Borghetti, « L'accident généré par l'intelligence artificielle autonome », *JCP G*, 2017, 23 ; Cédric Coulon, « Du robot en droit de la responsabilité civile : à propos des dommages causés par les choses intelligentes », *RCA*, 2016, 6, p. 17 ; Alexandra Mendoza-Caminade, « Le droit confronté à l'intelligence artificielle des robots : vers l'émergence de nouveaux concepts juridiques ? », *D*., 2016, p. 445 ; Grégoire Loiseau et Matthieu Bourgeois, « Du robot en droit à un droit des robots », *JCP G,* 2014, p. 2162.

[91] Voir notre thèse, Carole Hassoun, thèse précitée, nos 114 s.

d'information ? Grâce à ces technologies, la télémédecine, qui n'est autre qu'une pratique médicale à distance, connaît un essor remarquable[92]. Elle se présente, en effet, comme une réponse favorable à certains défis auxquels la société peut être confrontée[93]. La télémédecine peut ainsi mettre en rapport un ou plusieurs professionnels de santé entre eux, ce qui est le cas par exemple de la télé-expertise ou un professionnel de santé avec un patient dans le cadre de la téléconsultation[94]. Le télémédecin va donc pouvoir établir à distance un diagnostic et prescrire un traitement. Cet acte médical entre dans le champ des règles du code de la santé publique. Le médecin qui pratique la téléconsultation est alors susceptible d'engager sa responsabilité pour faute. Il est possible d'y voir une source majeure de contentieux en raison des risques d'un diagnostic à distance. La téléconsultation invite donc à la précaution et à la vigilance du praticien. Bien évidemment, son appréciation sera déterminante : il peut juger qu'une consultation physique est indispensable au vu des symptômes présentés ou prescrire des examens complémentaires.

« Tout simplifier, est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. Tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre », disait Portalis[95]. Si la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé simplifie les règles de responsabilité civile du médecin – une simplification qui était espérée – par l'harmonisation des règles des ordres judiciaire et administratif, elle est aujourd'hui confrontée à de nouveaux défis en lien notamment avec les avancées scientifiques et technologiques. Outre ces défis, l'indemnisation du dommage corporel soulève encore de nombreuses interrogations auxquelles le projet de réforme du droit de la responsabilité civile se propose d'apporter des clés de résolution en vue de renforcer la protection des victimes de dommages corporels.

La responsabilité médicale fait partie d'un champ plus vaste : celui du droit de la responsabilité, un droit qui a été présenté comme « un droit des larmes, de l'émotion, des passions […], un droit vivant, un droit social, un droit produit par la société et qui rejaillit sur la société »[96]. L'atteinte portée

---

[92] Voir Philippe le Tourneau, *op. cit.,* n° 641.17 ; Pierre Desmarais, « La télémédecine, source de nouveaux cas de responsabilité », *CCE,* 2011, ét. 16. V. CSP, art. L. 6313-1.

[93] C'est ainsi que le décret du 23 mars 2020 qui a fixé les mesures générales pour lutter contre la propagation du virus covid-19 a imposé une restriction de déplacements y compris en matière de santé : seules sont autorisées les sorties pour consultations et soins qui ne peuvent être assurés à distance et qui ne peuvent être différés (voir décret n° 2020-293, 23 mars 2020, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire). D'autres décrets ont permis d'adapter les conditions du bénéfice des prestations d'assurance maladie et de prise en charge des actes de télémédecine pour les personnes exposées au covid-19 (voir par exemple, décret n° 2020-227, 9 mars 2020 adaptant les conditions du bénéfice des prestations en espèces d'assurance maladie et de prise en charge des actes de télémédecine pour les personnes exposées au covid-19).

[94] Voir décret n° 2010-1229, 19 octobre 2010, relatif à la télémédecine. Plusieurs actes de télémédecine sont reconnus : la téléconsultation, la téléexpertise, la télésurveillance, la téléassistance, la régulation médicale.

[95] Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1er pluviôse an IX, in Wanda Mastor, Julie Benetti, Pierre Égéa et Xavier Magnon (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, préf. Robert Badinter, Paris, Dalloz, (coll. « Grands discours »), 1ère éd., 2017, n° 56, spéc. p. 692.

[96] Mustapha Mekki, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », in *Études offertes à G. Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 739 et s., spéc. n° 14.

au corps est la plus grave et appelle des réponses juridiques suffisamment stables : « [c]hacun a droit au respect de son corps »[97]. Le caractère généreux attaché à la médecine ne fait alors pas obstacle à toute action en responsabilité à l'encontre du médecin. La loi du 4 mars 2002 a su bâtir un régime juridique solide, garantissant une sécurité pour les victimes de dommages corporels à la suite d'accidents médicaux fautifs comme non fautifs. Cette présentation destinée à poser les grandes lignes de la responsabilité médicale sous ses aspects de droit privé est ainsi l'occasion de réfléchir à la pérennité de la loi. Bien sûr, réfléchir à l'avenir de la loi *Kouchner* supposerait également d'apprécier les règles de l'aléa thérapeutique et de l'indemnisation qui peut en découler, mais le choix a été fait de n'envisager que les règles de responsabilité.

Tout comme la médecine est un art qui évolue avec son temps, les règles de la responsabilité médicale pourront être appelées à évoluer pour garantir aux victimes la sécurité qu'elles sont en droit d'attendre.

[97] C. civ., art. 16-1.

5. Innovations et relation de soins : *non nova, sed nove* ?

François Vialla

Professeur des universités,
Directeur du Centre Européen d'Études et de Recherche Droit & Santé (UMR 5815), Université de Montpellier

Le domaine de la santé est incontestablement l'un de ceux où les innovations ont le plus profondément bouleversé les connaissances et les pratiques. Conséquemment, la relation entre le praticien et le patient a, elle aussi, évolué. Longtemps figée, la science médicale a fait, depuis la fin du XIX[e] siècle, davantage de progrès qu'au cours des siècles qui précédèrent. Des évolutions majeures se présentent encore devant nous, l'irruption de l'intelligence artificielle[1] dans le champ de la santé en atteste :

> « de nos jours, le spectre de l'intelligence artificielle dans le domaine de la santé est immense. Techniquement, la quasi-totalité des champs de l'intelligence artificielle […] sont susceptibles de générer des application concrètes en matière de santé. Sur le plan de la prise en charge médicale,

[1] I. Bratko, Prolog Programming for Artificial Intelligence, Fourth Edition 2011; S. Russell, P. Norvig, Artificial Intelligence: A Modern Approach, Pearson 2016 ; A. Goodfellow, Y. Bengio, A. Courville, *Deep learning*, MIT Press 2016 ; S. Putier, V. Mathivet, *Intelligence artificielle et langage C# , Concepts et implémentation*, 2ème édition, ENI octobre 2018 ; A. Conuejols, L. Miclet, V. Barra, *Apprentissage artificiel, deep learning et algorithmes,* Paris, Eyrolles, 3e édition, 2018 ; A. Vannieuwenhuyze, *Intelligence artificielle vulgarisée*, Saint-Herblain, éd. ENI, 2019 ; J-P. Mueller**,** L. Massaron, *L'intelligence artificielle pour les nuls*, Paris, First, 2019 ; Par ex. G. Vallancien, *La médecine sans médecin ?*, Paris, Gallimard, (Le débat), 2016 ; A. Roche, « La médecine sans médecin », *RGDM,* n° 68, 2018, p. 37-47 ; D. Gruson, « La machine, le médecin et moi. L'intelligence artificielle nous soigne déjà », Paris, édition l'Observatoire, 2018 ; B. Nordlinger, C. Villani, « Santé et intelligence artificielle », Paris, CNRS, 2018 ; E. Topol, Deep medicine ; how artificial intelligence can make healtcare humain again, Basic Books, New York, 2019 ; A. Fagot-Lageault, *Médecine et philosophie*, Paris, PUF, (coll. Éthique et philosophie morale), 2010 : voir spécialement « 6. Le concept de maladie sous-jacent aux tentatives d'informatisation du diagnostic médical » ; Par ex. D. Boursier, P. Hasset, C. Roquilly, *Droit de l'intelligence artificielle*, Paris, Rommillat, (coll. Droit et technologies), 1994 ; M. Clément-Fontaine (Ed.), J. Petrelluzzi, M. Miliotis, *L'intelligence artificielle ses enjeux en droit civil européen*, éditions universitaires européennes, 2017 ; V. Depadt (dir.), D. Guevel (dir.), *Lex robotica, le droit à l'épreuve de la robotique*, Paris, LGDJ, 2018 ; A. Bensoussan, J. Bensoussan, *IA, Robots et Droit*, Bruxelles, Bruylant, 2019 ; « L'intelligence artificielle », *Pouvoirs,* n° 170, 2019 ; A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, Paris, LGDJ, (Les intégrales), 2019 ; I. Poirot-Mazeres (dir.), *Santé, numérique et droit-s*, Actes de colloques de l'IFR/34, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, OpenEdition Books, 2018 ; H. Jacquemin et A. de Streel (dir.), *L'intelligence artificielle et le droit*, Paris, Larcier, (coll. du CRIDS), 2018 ; E. Brosset, S. Gambardella, G. Nicolas (dir.), *La santé connectée et son droit*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2017 ; C. Lequillerier, « L'impact de l'intelligence artificielle sur la relation de soin », *JDSAM*, 2017, n° 17, p. 15 ; L. Delavenne, A-C. Hubert*, E-santé : les enjeux de la médecine de demain*, Bordeaux, LEH édition, (Actes et séminaires), 2018 ; Q. Bluche, « Petit à petit l'innovation fait son nid », *RDS*, n° 89, 2019, p. 471-472 ; M. Bouteille-Brigand (dir.), *La personne face à l'intelligence artificielle*, éd. IFJD (collection colloques et Essais), à paraître 2021.

> il n'est pas de domaine qui puisse échapper aux foudres de l'intelligence artificielle […] »[2].

On peut légitimement se questionner sur le sens du verbe « soigner » à l'ère des bouleversement technoscientifiques, pareillement il convient de s'interroger sur les éventuelles mutations de la relation de soins confrontées à la permanente intrusion de la technologie.

Suivant l'enseignement de Pascal il faut accepter de dire : « Je ne dispute jamais du nom, pourvu qu'on m'avertisse du sens qu'on lui donne »[3]. Faute d'une approche univoque, l'équivoque pourrait survenir si l'on ne prend la précaution de préciser la signification que l'on donne à un mot[4], il convient donc de prendre le temps de délibérer sur la signification des termes « innovation » et « progrès ». Les « objets frontière »[5] que sont les mots nécessitent, en effet, d'en préciser le sens tant les approches peuvent différer dans des espaces de recherches distincts, singulièrement entre la médecine et le droit.

Progrès puise sa source de « *progredior* »[6] constitué de « *pro* » (en avant) et de « *gradior* » (marcher, s'avancer). Progrès signifie, donc, « aller en avant ». « *Progressus* » désigne, « la marche en avant » et « *progressio* » indique « le progrès, l'accroissement ».

Pour le dictionnaire de l'Académie française « progrès » est ainsi défini : « 1. Mouvement, déplacement vers l'avant […] 2. Le fait de croître, de prendre de l'ampleur […] Mouvement de la civilisation lié aux avancées de la pensée, des sciences et des techniques »[7].

« *Innnovare* »[8] signifie renouveler.

Dans la première édition (1694) du dictionnaire de l'Académie française « innovation » était ainsi définie :

> « Introduction de quelque nouveauté dans une coustume, dans un usage desja receu. Il ne faut point faire d'innovation. ces innovations sont dangereuses »[9]. On voit que l'on se défiait […déjà ?] de l'innovation ! La 6ème édition du dictionnaire maintient la définition mais en élargit le champ « Introduction de quelque nouveauté dans le gouvernement, dans les lois, dans un acte, dans une croyance, un usage, une science, etc. »[10].

« Innover » désigne le fait d' « Introduire quelque chose de nouveau dans l'usage, dans une pratique, dans un domaine particulier »[11].

Quelle attitude doit-on adopter face aux progrès et à l'innovation, singulièrement en matière de santé ? Faut-il avec Condorcet considérer

---

[2] P. Mistretta, « Intelligence artificielle et droit de la santé », in A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, chapitre 12, *op. cit.,* p. 310 ; A. Bensoussan, J. Bensoussan, *IA, Robots et Droit, op. cit.*, p. 357 et s.

[3] Blaise Pascal, *1. Provinciales.*

[4] « Le sens des mots en droit des personnes et de la santé », Actes du colloque des 22-23 juin 2007 (sous la direction de Philippe Pedrot), *RGDM*, n° 11, 2008.

[5] « Boundary object » ; S.L. Star, J.R. Griesemer (1989), "Institutionnal ecology, 'Translations', and Boundary objects: amateurs and professionals on Berkeley's museum of vertrebate zoologie, 1907-39", Social Studies of Science, *Sage Journal*, https://doi.org/10.1177/030631289019003001

[6] *Dict. Latin-Français, Gaffiot*, Hachette, « *Progredior, gressus sum, gredi* ».

[7] https://www.dictionnaire-academie.fr

[8] *Dict. Latin-Français, Gaffiot*, Hachette, « *Innovo, avi, atum, are*».

[9] https://www.dictionnaire-academie.fr

[10] *Ibid.*

[11] *Ibid.*

qu'il n'y a pas de limite assignable au progrès[12] ? L'innovation augmente toujours davantage le champ du faisable, mais tous les possibles sont-ils autant souhaitables ? Quelle doit être l'attitude du droit face au progrès et à l'innovation :

> il « […] doit s'écarter de deux tentations perverses. La première consisterait à ignorer les données techniques et sociales engendrées par la science et à maintenir contre vents et marées la pureté de règles inadaptées. La seconde conduit le légiste à se limiter à un rôle de notaire transcrivant les avancées scientifiques en règles juridiques sans cesse renouvelées et adaptées »[13].

Le droit doit-il alors jouer un rôle de régulateur pour préserver les fondements de la relation de soins ? Il convient ici de rappeler la relativité du droit[14]. Relativité dans le temps de première part. Un cadre normatif figé ne saurait résister éternellement. Relativité dans l'espace, de seconde part, la rigidité extrême du droit interne serait incontournablement contestée dans un environnement mondialisé.

Si l'on souhaite étudier l'emprise du progrès et des innovations sur le cadre juridique de la relation de soin, il convient, dans le même souci de précision, de cerner les contours du rapport patient/praticien. On constate alors que « Le droit de la santé définit peu les termes qu'il utilise »[15]. Il nous faut pourtant tenter d'appréhender, juridiquement, la relation de soin et l'acte médical[16]. Si on aborde les rapports soignants/patients sous

---

[12] Condorcet, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, ouvrage posthume, 4ème éd. à Gènes 1798, Yves G*ravier* Libraire, An 1 de la République Ligurienne, p. 355 : « Toutes ces causes du perfectionnement de l'espèce humaine, tous ces moyens qui l'assurent, doivent par leur nature, exercer une action toujours active, et acquérir une étendue toujours croissante […] les progrès de la médecine préservatrice, devenus plus efficaces par ceux de la raison et de l'ordre social, doivent faire disparaître à la longue les maladies transmissibles ou contagieuses […] Serait-il absurde maintenant, de supposer que ce perfectionnement de l'espèce humaine doit être regardé comme susceptible d'un progrès indéfini, qu'il doit arriver un temps où la mort ne serait plus que l'effet, ou d'accident extraordinaires, ou de la destruction de plus en plus lente des forces vitales, et qu'enfin la durée de l'intervalle moyen entre la naissance et cette destruction n'a elle-même aucun terme assignable […] Comme nous parlons ici d'un progrès susceptible d'être représenté par des quantités numériques ou par des lignes, c'est le moment où il convient de développer les deux sens dont le mot indéfini est susceptible. ».

[13] B. Mathieu, *La bioéthique*, Paris, Dalloz, 2009, p. 11.

[14] « Quelle vérité est-ce que ces montagnes bornent, mensonge au monde qui se tient au-delà ? », Montaigne, *Essais*, II, XII, *Apologie de Raymond Sebond*, éd. Balsamo *et alii*, Pléiade, p. 613-616 ; « Un méridien décide de la vérité, en peu d'années de possession les lois fondamentales changent. Le droit a ses époques, l'entrée de Saturne du Lion nous marque l'origine d'un tel crime. Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà », Pascal, Fragment *Misère*, n° 9 / 24, Éditions de Port-Royal : Chap. XXV – *Faiblesse de l'homme :* 1669 et janvier 1670 p. 192-193.

[15] D. Truchet et B. Apollis, *Droit de la santé publique*, Paris, Dalloz, 10ème éd., 2020, p. 20 ; P. Mistretta, « Intelligence artificielle et droit de la santé », in A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, Chapitre 12, p. 310 : « […] le droit de la santé, chacun s'accorde à reconnaître […] est difficile [à] cerner précisément, principalement en raison du fait que le législateur lui-même ne s'aventure pas à tenter une définition. Bon nombre de concepts juridiques au cœur du droit de la santé ne sont pas ainsi définis (la vie, la mort, l'acte médical, le patient, la maladie, etc.) ».

[16] F. Vialla, « 'Salutat vos Lucas medicus carissimus'. L'ambivalence des devoirs du médecin », in J. Léonhard, B. Py et F. Vialla (dir.), *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains,* Bordeaux, LEH édition, 2015, p. 209-226.

l'angle normatif[17] une grande diversité des règles apparaît, lesquelles osscillent entre éthique, déontologie et droit[18].

Enferrée dans une logique de performance et de progrès la médecine ne doit pas oublier l'enseignement hippocratique « *ἀσκέειν, περὶ τὰ νουσήματα, δύο, ὠφελέειν, ἢ μὴ βλάπτειν* » (« Être utile ou du moins ne pas nuire » ; « *primum non nocere, deinde curare* » « avant tout ne pas nuire, ensuite soigner)[19].

Tournée vers l'intérêt du patient, l'action du soignant doit demeurer ancrée dans le principe de « non nuisance ». L'usage des techniques innovantes ne sauraient faire exception, elles doivent demeurer un moyen et non une fin. Le lien de confiance, socle incontournable de la relation de soin, ne peut être préservé qu'à cette condition. La confiance est une « Espérance ferme que l'on place en quelqu'un, en quelque chose, certitude de la loyauté d'autrui »[20]. On conçoit dès lors que la confiance n'est pas due à l'homme de l'Art, elle est plutôt un risque pris par le malade. Le terme ancien « *fiance* » qui signifiait « Asseurance, Esperance certaine »[21], ce mot était lui-même tiré de « foy » (foi), est le signe d'une dimension quasi mystique de la relation de soin. Cette confiance a évolué, sous la pression du progrès des sciences et des techniques. Le lien client/praticien fut, selon René Savatier, le rapport du « profane » envers un « initié » avant de devenir celui « de l'ignorant » envers un « savant »[22], voire « celui d'un faible envers un protecteur »[23].

La confiance est la pierre angulaire sur laquelle est bâtie la relation de soin[24] et elle doit le demeurer en dépit de notables mutations[25].

Sur ce socle, la relation de soin a été qualifiée de « colloque singulier »[26],

---

[17] R. Porcher, *Éthique et normativité. L'éthique biomédicale et les droits fondamentaux aux sources du droit*, Th. Droit Montpellier, décembre 2019.

[18] L. Roche, « Réflexion d'un médecin sur le droit médical », *Cahiers de droit médical*, Académie Internationale de médecine légale et de médecine sociale, n° 1, 8 juin 1981 : « Droit médical, déontologie, éthique médicale sont un peu synonymes pour le médecin et sont en général étudiés ensemble ».

[19] *« Avoir, dans les maladies, deux choses en vue : être utile ou du moins ne pas nuire »,* Hippocrate (*Epidémies*) ; « *Primum non nocere. Deinde curare* », « Avant tout ne pas nuire, ensuite soigner ».

[20] https://www.dictionnaire-academie.fr

[21] *Ibid*., 1ère ed., 1694.

[22] R. Savatier, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 2ème série, 1959, chap. VII sociologie juridique des professions libérales, p. 189.

[23] L-M. Auby, H. Péquignot, R. Savatier, J. Savatier, *Traité de de droit médical*, Paris, Litec 1956, p. 224.

[24] L. Portes, *À la recherche d'une éthique médicale*, Paris, Masson, 1954, p. 131 : « […] il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confidence et de confidence sans secret ».

[25] CCNE, Avis 130 « Données massives et santé, une nouvelle approche des enjeux éthiques », https://www.ccne-ethique.fr/fr/actualites/lavis-130-du-ccne-sur-donnees-massives-big-data-et-sante-une-nouvelle-approche-des-enjeux ; *CCNE, Numérique & Santé : quels enjeux éthiques pour quelle régulation ?, rapp. 19 novembre 2018* ; M. Grit, « Numérique & Santé : le rapport du CCNE », *RDS*, n° 87, 2019, p. 65-66, www.bnds.fr

[26] Cette formule est née sous la plume de Georges Duhamel : « le colloque du médecin et du malade est essentiellement un colloque singulier, un duo entre l'être souffrant et celui dont il attend délivrance. Entre ces deux personnages existe presque toujours un secret », Duhamel, in Paroles de médecin 1946 ; du même auteur « Entre le médecin de famille et l'homme souffrant s'engageait ce qu'il m'est arrivé d'appeler déjà « un colloque singulier »,

> « L'expression a fait fortune, l'acte médical (l'acte de soin) est un colloque singulier, c'est à dire une espèce de duo qui ne comporte dans le silence du cabinet que deux personnages : le médecin et le malade. C'est un acte clos dans l'espace et dans le temps qui commence par une confession, qui se continue par un examen et qui se termine par une prescription. Il y a unité de temps, de lieu et d'action. Cette rencontre, on l'avoue bien, est celle d'une technique scientifique et d'un corps, mais on aime à souligner que se sont essentiellement deux âmes, ou, si l'on préfère, un langage plus moderne, deux personnes humaines qui réagissent l'une sur l'autre »[27].

Ce rapport binaire n'a pas parfaitement résisté dans nos sociétés entrées dans « dans l'ère de l'équipe et de l'équipement »[28]. Avec la multiplication des « écrans techniques »[29], sous l'effet de la spécialisation à outrance[30] la relation de soin s'est profondément modifiée.

Le rôle imparti au progrès devient une question de société. Doit-on considérer que « *Non progredi est regredi* »[31] au risque de voir surgir une nouvelle « querelle des Anciens et des Modernes » ?

De tout temps le progrès a divisé. Certains le rejette par principe et sans autre forme de procès :

> « J'exprime fortement, quoiqu'inutilement, mon horreur pour cette ordure, dont l'humanité s'est si bien passée, jusqu'au dernier siècle, et dont l'Angleterre nous gratifia. Le courant moderne est, d'ailleurs, aux inoculations de tout genre. On finira par putréfier les petits enfants de quarante sortes de vaccins »[32] !

D'autres l'adoptent :

> « Ah ! je vois que vous utilisez le stéthoscope ! Vous avez raison. Je m'y étais mis également. Oh ! remarquez bien, sur certaines juvénilités, l'auscultation directe à l'oreille avait son charme, mais je reconnais que dans d'autres cas, les plus fréquents hélas ! ce n'était pas l'idéal. Certes, on entend aussi bien à l'oreille, mais que de courage pour l'appliquer sur certaines poitrines que l'on ne mobilise qu'avec appréhension ! Il faut le reconnaître, l'hygiène n'est pas le propre du Périgord ! »[33].

Assurément les innovations peuvent être salvatrices en ce qu'elles permettent de raffermir, en particulier grâce au temps libéré, le lien unissant patient et praticien. Il faut cependant veiller à ne pas « enfermer le loup dans la bergerie »[34] en faisant d'un progrès incontrôlé l'*άλφα* et

---

un colloque d'homme à homme », in Problèmes de l'heure, Mercure de France, 1957 ; l'expression apparaît sous sa plume pour la première fois in « Les excès de l'étatisme et les responsabilités de la médecine », *Revue des deux mondes*, 15 mai 1934, p. 277-299.

[27] H. Péquignot, *Médecine et monde moderne*, Paris, Les éditions de minuit,1953, p. 14.

[28] R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 1959*,* 2ème série, p. 229, n° 205.

[29] H. Péquignot, *Médecine et monde moderne*, *op. cit.,* p. 7.

[30] Pour une illustration voir l'ouvrage de Daniel Pénac, *Ancien malade des hôpitaux de Paris*, Paris, Gallimard, 2015, 77p.

[31] « Ne pas avancer c'est reculer » ? ; Grégoire Le Grand, *Regula pastoralis*, 3, 34 ; Thomas d'Aquin, *Summa Theologiae*, 2/2,24, 6, 3.

[32] L. Bloy, *Le Mendiant ingrat* - 1892-1895, Paris, éd. Robert Laffont, (coll. « Bouquins »), 1999, p. 164.

[33] L. Tamain, *Médecin de campagne*, Paris, éditions de Borée, 2011, p. 42.

[34] Rappelons l'origine médicale de cette expression : elle désigne dans la langue médicale classique (XVII[e] siècle) le fait de « refermer une plaie sans l'avoir fait suppurer » ; « Enfermer le loup dans la bergerie : se dit quand on laisse refermer une plaie sans l'avoir bien fait

l'*ωμέγα* d'une médecine contemporaine. Si la quête du progrès doit être ardente, son utilisation doit être mesurée plutôt qu'exaltée, comme nous l'enseigne la prière médicale Moshe ben Maïmon[35] « […] Fais que je sois modéré en tout, mais insatiable dans mon amour de la science. Éloigne de moi l'idée que je peux tout »[36].

Le patient doit demeurer le centre des préoccupations, le progrès doit être mobilisé à son profit en respectant son autonomie[37].

Assurément, « depuis que le médecin s'est clairement distingué du thaumaturge et du mage par le caractère scientifique de ses interventions »[38], tout praticien se doit de connaître et d'intégrer les progrès de la connaissance et « […] la notion d'acte s'est modifié au point de rendre cette définition difficile. […] l'acte posé en vue de guérir n'est un acte médical que s'il repose sur l'usage, au moins apparent [sic], de connaissances biologiques unies à une technique appropriée »[39]. La dimension scientifique et technique est alors consubstancielle à la prestation attendue du médecin dont le savoir est constitué de la somme des connaissances scientifiques[40] et de l'expérience[41] qui, combinées, permettent la maîtrise de la technique[42].

Assurément la dimension technique est essentielle, mais, sauf à en avoir une vision hémiplégique, elle ne résume pas la relation de soin. Présente dans l'Évangile de Lukas « *medicus carissimus* »[43], la parabole du « bon samaritain » révèle une véritable ambivalence des devoirs du soignant : « un Samaritain, s'approcha, et banda ses plaies, en y versant de l'huile et du vin; puis il […] prit soin de lui »[44]. La connaissance scientifique en « traumatologie » permet la réalisation de l'acte technique (« banda ses plaies, en y versant de l'huile et du vin »), mais là ne s'arrête pas l'action du « soignant », qui veille à poursuivre son office en « prenant soin » avec bienveillance. Le savoir-faire est donc complété par le « savoir-être ». On retrouve cette ambivalence dans l'œuvre de jeunesse de Picasso, « *Ciencia y caridad* »[45]. L'artiste dans ce tableau met *en image* le soin combinant technique et humanité. Ce sont toutefois deux personnages distincts qui réalisent ces deux parts du soin. Tout à sa technique, le médecin ne se préoccupe pas de la patiente, à laquelle il tourne symboliquement le dos ! Le « prendre soin » est représenté, de

---

suppurer... », Philibert Joseph Le Roux, *Dictionnaire comique*, Amsterdam, éditions Zacharie Chastelain, 1752.

[35] Moïse Maïmonide, הרב משה בן מימון *HaRav Moshé ben Maïmon*.

[36] Fred Rosner (*la Médecine tirée du Mishneh Torah*, Paris Biblieurope et Britt International 1992, pref. E. Chouchana) considère que la parternité de ce texte ne saurait revenir à Maïmonide ; L'auteur pourrait être Makus Hertz dans les années 1790 : R.B. Baker et L.B. McCullough, *The Cambridge World History of Medical Ethics*, New York, Cambridge University Press, 2009.

[37] « *Ce que vous faites pour moi, sans moi, vous le faites contre moi »,* cette expression est attribuée à Gandhi et/ou à Mandela.

[38] J-M.Auby, H. Péquignot, R. Savatier et J. Savatier, *Traité de droit médical*, Paris, Litec 1956, p. 11, n° 1.

[39] *Ibid.*

[40] ἐπιστήμη, epistêmê.

[41] ἔμπειρία ἔμπειρος émpeiros.

[42] τέχν, τέχνη, tékhnê.

[43] Paul, Col. 4-14 ; F. Vialla, *Salutat vos Lucas medicus carissimus,* préc.

[44] Luc 10.25-37 ; Rappelons que Lukas – Luc – est présenté comme un médecin, Voir Paul Col. 4-14.

[45] http://www.bcn.cat/museupicasso/es/coleccion/mpb110-046.html

l'autre côté du lit, par une religieuse qui apporte à boire à la malade et lui présente son enfant.

L'image est saisissante d'une séparation grandissante entre savoir-faire et savoir-être et on est conduit à souligner que « Peu à peu, la médecine moderne, aux connaissances de plus en plus développées, a fini par considérer la maladie plutôt que le malade. Le médecin tend à devenir un 'technicien de l'organe malade', et le malade un 'usager de la médecine', voire un simple consommateur »[46].

L'intrusion et de l'immixtion incontournables du progrès et des innovations dans la médecine, sont, admettons-le, souvent bienvenues. La qualité et l'efficacité des soins en sont augmentées. Il reste à se demander si ces progrès doivent être circonscrits à la seule dimension technique de l'Art médical ou s'ils pourraient aussi profiter au « prendre-soin » ?

I. Innovation et « savoir-faire médical » : « *Non nova, sed nove* »[47]

Incontestablement l'acceptation et l'intégration du progrès sont au nombre des devoirs du soignant. La prière médicale de Maïmonide[48] se conclut sur ces phrases : « […] Donne-moi la force, la volonté et l'occasion d'élargir de plus en plus mes connaissances. Je peux aujourd'hui découvrir dans mon savoir des choses que je ne soupçonnais pas hier, car l'Art est grand mais l'esprit de l'homme pénètre toujours plus avant ».

Il convient de souligner que les praticiens se doivent de faire évoluer leurs pratiques en s'informant et se formant aux techniques innovantes validées : « Le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés »[49].

La pratique de l'Art médical nécessite invariablement la maîtrise technique et la quête de nouvelles méthodes curatives. Mais de quel « *Art* » s'agit-il lorsque l'on se réfère aux « règles *de arte* » ? Si l'on se place sur le terrain « artistique » on doit concéder que toute œuvre se doit d'être unique et originale, en conséquence « du pareil au même » n'aurait pas sa place en matière « d'art médical ». D'art pourtant il semble bien être question lorsque l'on lit Paul Valery qui écrit que « soigner, donner des soins […] c'est une sorte de poème » (et qui n'a jamais été écrit), que la sollicitude intelligente compose »[50]. La référence valérienne à « une sorte de poème » tire sa source dans le terme « *ποίησις, poíêsis* » qui désigne la « création »[51]. Pourtant il faut admettre que l'Art du médecin appréhendé comme un « savoir-faire », renvoie à une tout autre approche,

---

[46] D. Sicard, Rapport *« penser solidairement la fin de vie »*, Paris, La documentation française, 2012, p. 28 « Partie II, la médecine désarmée », https://www.vie-publique.fr/rapport/32878-penser-solidairement-fin-de-vie-commission-de-reflexion-sur-fin-de-vie

[47] « Non pas des choses nouvelles, mais d'une manière nouvelle ».

[48] Voir *supra*, note 34 et 35.

[49] CSP art. R. 4127-33 ; art. R. 4127-32 : « Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents ».

[50] Paul Valéry, politique organo-psychique II.

[51] ποιεῖν (*poiein*) signifie « faire, créer ».

plus proche de l'artisan que de l'artiste. Le respect des « règles *de arte* » induit la réitération plutôt que l'innovation et l'initiative ! La définition du mort « art » peut d'ailleurs le confirmer : « manière de faire une chose selon une certaine méthode »[52].

On comprend que, pour importante qu'elle soit, la part faite à l'innovation se demeure mesurée et qu'elle doive subir l'épreuve du temps avant que d'être intégrée dans la pratique médicale.

L'acte médical, en effet, est strictement encadré dans la mesure où il porte atteinte à l'intégrité de la personne sujet, et non objet, des soins.

« *Μή μου ἅπτου ; Noli me tangere* ; Ne me touche pas »[53], « Descendu des Ecritures »[54] ce principe[55] « est renforcée par l'interdiction faite, à l'article 16-3 [56], de porter atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui […] L'inviolabilité renforce alors la protection dont le droit entend entourer le corps humain en lui conférant un caractère proche du sacré […] »[57]. La définition de l'inviolabilité du corps humain réserve parfois quelques surprises, ainsi en va-t-il à la lecture du dictionnaire médical de l'académie nationale de médecine : « Principe prohibant toute atteinte à *l'intégralité* [sic] corporelle, sauf nécessité médicale pour la personne et consentement préalable de l'intéressé (art. 16-1s du code civil ; art. L.1111-4 du code de santé publique) »[58].

L'innovation est alors bien souvent un vecteur de meilleure protection de l'intégrité corporelle. Les progrès de la technique ont permis, au cours des dernières décennies, de réduire considérablement le caractère très intrusif de la chirurgie. Pareillement, le recours à l'intelligence artificielle concourt indéniablement à une meilleure pertinence des actes médicaux[59].

---

[52] Quicherat et Châtelain : dictionnaire Français-Latin v° Art. ; pour le dictionnaire Littré « art : *méthode pour faire un ouvrage, talent, industrie... ».*

[53] Évangile selon Jean 20,17 ; H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999, n° 265, p. 526.

[54] G. Mémeteau, « À l'abordage : de l'article 16-3 du code civil », Les Petites affiches, 1994, n° 149, p. 41-48.

[55] H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, *op. cit.*, p. 526.

[56] C. civ. art. 16-3 : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. / Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

[57] J.-R. Binet, *Droit de la bioéthique*, Paris, LGDJ, 2017, p. 130, § 263 et 264 ; Dictionnaire de l'Académie française, 8e éd. https://www.dictionnaire-academie.fr, V° Sacré : 1. Qui est pourvu d'un caractère religieux, qui est relatif au culte d'une divinité ; que son lien avec le divin place à part et rend inviolable (par opposition à Profane) ; 2. Par extension. Qui est digne de la plus grande révérence ; intangible, qui ne saurait être enfreint.

[58] *Dictionnaire médical de l'académie nationale de médecine*, version 2019 (consultation du 4 novembre 2019), V° Inviolabilité du corps humain l.f. immunity of the human body :http://dictionnaire.academie-medecine.fr

[59] R. Mornex et J. Orgiazz, « La pertinence des actes médicaux », Actes du colloque du 3 décembre 2018 à la faculté de médecine de Lyon : « Pertinence des actes médicaux », *Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine*, volume 203, Issues 8–9, November–December 2019, Pages 722-740, https://doi.org/10.1016/j.banm.2019.10.001 ; Ch. Obez, V. Mondain, A.-M. Barisic, W. Chatelier, C. Koubi, Ch. Pradier, P. Dellamonica, *Apport des logiciels d'aide à la décision en antibiothérapie, Antibiotiques*, volume 8, Issue 1, février 2006, p. 5-16, https://doi.org/10.1016/S1294-5501(06)70791-9 ; J.-E. Bibault, A. Burgun, P. Giraud, « Intelligence artificielle appliquée à la radiothérapie », *Radiothérapie*, vol. 21, 3 mai 2017, p. 239-243 ; A.-T. Dinh-Xuan, « Intelligence artificielle, 'machine learning' et 'deep learning' : de nouvelles notions bientôt incontournables en peumologie ?, Revue des maladies respiratoires, Actualités, vol. 11, 2 octobre 2019, p. 59-62.

Or, l'impératif de pertinence des actes est depuis toujours une préoccupation majeure des praticiens : « En toute maladie, l'art commande la propre curation, excepté en trois cas, esquels suffit la curation large, perseruative et palliative. Le premier cas est quand le mal est simplement ou absolument incurable, comme ladrerie. Le second, quand le mal de soy est guerissable, mais il est vn patient désobéissant, ou qui ne peut souffrir, et soutenir la peine. Le troisième est quand la guarison de ce mal là engendreroit une pire maladie »[60].

Nombres d'innovations (intelligence artificielle ; robots chirurgicaux ; outils d'aide à la décision) permettent de limiter les atteintes à l'intégrité corporelle, ils participent, ce-faisant, au meilleur respect des impératifs juridiques. L'exigence de « nécessité médicale »[61] est soutenue par les « outils » innovants qui permettent une meilleure pertinence des actes et qui évitent que certains examens, parfois très intrusifs, soient inutilement réitérés. Pareillement, certaines innovations contribuent à un meilleur respect des règles mise en place par le code de la santé publique (CSP) qui exige que soit observés une proportionnalité bénéfice escompté /risques encourus[62].

Remarquons cependant que le respect des « connaissances médicale avérées » et autres « données acquises de la science »[63] imposent que tout progrès subisse l'épreuve du temps avant qu'il soit possible d'y recourir.

Les innovations sont dès lors source d'une meilleure efficacité et d'une efficience accrue des actes de soin. L'efficacité et la performance sont indéniablement augmentées par le recours à certaines formes d'intelligence artificielle, en imagerie[64], par exemple[65]. L'efficience est aussi renforcée lorsque les innovations conduisent à une meilleure pertinence et à une fiabilité amplifiée des actes médicaux :

> « nul ne doute aujourd'hui que l'intelligence artificielle permet d'automatiser une partie de la radiologie conventionnelle. Dans ces domaines où l'intelligence artificielle égale ou dépasse le médecin, point n'est besoin de recourir au radiologue, lequel peut réserver son

[60] Guy de Chauliac XIV^e^ siècle ; Édouard Nicaise, « Des instruments du chirurgien », in *La grande chirurgie de Guy de Chauliac, chirurgien, maître en médecine de l'Université de Montpellier composée en l'an 1363*, Paris, Alcan, 1890, p. 8.

[61] C. civ., art. 16-3, al. 1.

[62] CSP, art. L1110-5 .

[63] CSP, art. L1110-5 ; art. R. 4127-32.

[64] F. Brunelle, P. Brunelle, « Intelligence artificielle et imagerie médicale : définition, état des lieux et perspectives », *Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine*, vol. 203, November-December 2019, p. 683-687 : « la numérisation des images médicales permettant leur paramétrage, le développement des algorithmes autorisant l'utilisation des données saisies en langage naturel, et l'apprentissage profond (*deep learning*) permettant à partir de données radiologiques massives de développer des algorithmes de traitement automatique d'images médicales. Ces systèmes permettent dès aujourd'hui la détection automatique de lésion et ouvre la voie au dépistage du cancer du poumon, du sein ou de la prostate. Leur fiabilité est supérieure à celles des radiologues. Intégrées aux données médicales cliniques, biologiques, génétiques, ces techniques modifient considérablement l'organisation et la structuration du monde de la santé ».

[65] Mais encore en médecine prédictive, en chirurgie assistée, en prévention (d'une épidémie notamment… !), en médecine de précision etc. ; L. Lareng, « Du SAMU et de la télémédecine à la cybersanté », in I. Poirot-Mazeres (dir.), *Santé, numérique et droit-s*, Actes de colloques de l'IFR/34, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, OpenEdition Books, 2018, p. 17 et s.

> temps à l'interprétation de cas complexes, surtout en imagerie interventionnelle ou diagnostique […]. Il en est de même en cardiologie où se développent de nouveaux services d'interprétation d'électrocardiogrammes assurés non plus par des cardiologues, mais par des logiciels encore plus performants que le corps médical »[66].

Les progrès permettent aussi de garantir au patient une plus grande sécurité

> « parce qu'elle [l'intelligence artificielle] permet, notamment, une gestion massive de la littérature médicale, [elle] devrait pouvoir réduire les risques d'erreurs humaines de diagnostic et de thérapeutiques (ces erreurs qui, rappelons-le, ne sont pas nécessairement fautives et n'engagent donc pas systématiquement la responsabilité des professionnels de santé) »[67].

De manière contre-intuitive, l'innovation permet, encore, d'individualiser les soins, en atteste l'essor de la « médecine personnalisée »[68].

Survient, alors, le spectre d'un effacement du médecin derrière l'écran de la technique. On assiste à une évolution paradoxale, le pouvoir, médical, du praticien augmente, tandis que son autorité s'amenuise :

> « Alors que le pouvoir médical s'accroît, du fait des progrès de la science en matière de soins, de procréation, de prédiction, l'autorité du médecin est à repenser »[69].

Il ne s'agit pas de récuser dogmatiquement le recours aux techniques nouvelles, mais de les maintenir dans leur statut d'outils, l'innovation n'est pas une fin mais un moyen[70]. Il faut éviter qu'en se cantonnant dans un rôle de technicien le praticien ne s'efface derrière l'outil : « Tout médecin qui pense qu'il pourrait être remplacé par un ordinateur devra l'être »[71].

---

[66] P. Mistretta, « Intelligence artificielle et droit de la santé », in A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.,* chapitre 12, p. 314 ; A. Bensoussan et J. Bensoussan, *IA, Robots et Droit*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 357 et s.

[67] C. Lequillerier, « L'impact de l'intelligence artificielle sur la relation de soin », *JDSAM*, 2017, n° 17, p. 17 ; I. Poirot-Mazeres, « Rappel des cadres normatifs : quel(s) droit(s) en santé à l'heure du numérique ? », in I. Poirot-Mazeres (Dir.), Santé, numérique et droit-s, Actes de colloques de l'IFR/34, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole OpenEdition Books 2018, p. 41.

[68] B. Beviere-Boyer, « Médecine personnalisée : de la délimitation entre le soin et la recherche », in C. Hervé et M.-S. Jean (dir.), *Les nouveaux paradigmes de la médecine personnalisée ou médecine de précision, Enjeux juridiques, médicaux et éthiques*, Paris, Dalloz, 2014, p. 129 et s., spéc. p. 138 ; H. Gaumont-Prat, « La médecine personnalisée et le droit », in J. Leonhard, B. Py et F. Vialla (dir.), *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : Regards contemporains*, vol. 1, *op. cit.*, p. 495 et s., spéc. p. 496 ; Rapport fait au nom de l'OPECST : « Le progrès de la génétique : vers une médecine de précision ? Les enjeux scientifiques, technologiques, sociaux et éthiques de la médecine personnalisée », janvier 2014.

[69] J. Russ et C. Leguil, *La pensée éthique contemporaine*, Paris, PUF, 2012, p. 55-56.

[70] A. et E. Kempf, « L'informatisation de l'aide à la décision : la décision médicale est-elle indemne ? L'exemple d'un outil prédictif en cancérologie », *RFEA,* n° 1, 2015, p. 48 : « Supports devenus nécessaires à la dispensation d'un soin moderne et performant, [les logiciels d'aide la décision] ne doivent pas menacer le statut de décideur du praticien et le décharger de ses responsabilités. Le défi, dès lors, n'est plus de récuser dogmatiquement l'intrusion de la technique dans le soin mais de penser, rappeler, voire redéfinir son statut d'outil attendu et accueilli dans l'espace artisanal de la décision médicale. En d'autres termes, de trouver quels sont les leviers susceptibles d'induire un juste positionnement face à l'outil »

[71] Abraham Moles, Les *sciences de l'imprécis*, Paris, Seuil, 1990.

Le droit pose des garde-fous au nombre desquels figurent la liberté thérapeutique [72] et l'indépendance professionnelle [73] qui protègent le praticien mais aussi le patient. Le médecin doit, dans sa pratique, demeurer indépendant vis-à-vis des intrusions du progrès. S'il doit appréhender les innovations il doit demeurer maitre de leur utilisation en accord avec le patient : « À défaut de liberté thérapeutique, les risques d'une médecine sélective seraient grands […] »[74].

Il convient aussi de veiller à ce que les progrès et les innovations ne conduisent au désengagement et à la déresponsabilisation de soignants passant « de l'assistance à la suppléance ? »[75].

II. Innovation et « savoir-être médical »

L'innovation omniprésente peut-elle signifier la fin de l'humanisme médical [76] ? L'humanisme dont René Savatier soulignait qu'elle était une valeur commune à la médecine et au droit :

> « Médecin et juriste incarnent deux humanismes […] Toutefois l'être humain est si riche que le médecin et le juriste, le regardant respectivement sous l'angle de leur profession, ne se rencontrent pas immédiatement… Mais, par le sommet, les deux professions se rejoignent. Le médecin, à travers le corps qu'il soigne, noue nécessairement un lien étroit avec cette 'personne' qui préoccupe le juriste. Et le juriste […] prend nécessairement appui sur les corps humains qui sont l'élément vivant de la personne »[77].

L'exigence d'humanisme est présente dans les articles L. 1110-3 et R. 4127-47 du code de la santé publique qui se réfèrent aux « devoirs d'humanité » du professionnel de santé et du médecin.

Si la dimension technique est un donné incontournable de la relation de soin, il faut inlassablement rappeler que le savoir-faire doit être complété d'un savoir-être permettant de prendre en considération chaque patient dans son individualité :

---

[72] F. Vialla (dir.), *Les Grandes décisions du droit médical*, Paris, LGDJ, 2014, 2e éd., p. 123 et s.

[73] D. Truchet, « L'intervention publique dans le domaine de la santé, La décision médicale et le droit », *AJDA*, 1995, n° 9, p. 612 : « personne ne peut, en droit, le contraindre à une décision qu'il n'approuverait pas. Parallèlement, dans l'exercice de son art, il n'a d'autorisation à demander à personne ».

[74] G. Rebecq, *La prescription médicale, Aix-en-Provence,* Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998, n° 228.

[75] C. Lequillerier, « L'impact de l'intelligence artificielle sur la relation de soin », *JDSAM*, 2017, n° 17, p. 13.

[76] Dictionnaire de l'Académie française, V° HUMANISME n. m. XVIIIe siècle. https://www.dictionnaire-academie.fr : « 3. Doctrine, attitude philosophique, mouvement de pensée qui prend l'homme pour fin et valeur suprême, qui vise à l'épanouissement de la personne humaine et au respect de sa dignité ». Soulignons la proximité de cette définition avec les dispositions de l'article 16 du Code civil : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

[77] R. Savatier, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui,* Seconde série, Paris, Dalloz, 1959, L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Au confluent de deux humanismes : ententes et mésententes entre médecins et juristes,* p. 234, n° 213.

> « Il faut insister sur le fait que, par-delà le corps vivant qu'il soigne, l'homme de l'art doit aussi se préoccuper du corps vécu »[78].

Dans la prise en soin du patient, le praticien doit mobiliser science et conscience :

> « Mais, parce que selon le saige Salomon sapience n'entre poinct en âme malivole et science sans conscience n'est que ruine de l'âme »[79].

La place réservée à la l'innovation ne saurait faire oublier que

> « tout acte médical normal n'est, ne peut être, ne doit être qu'une confiance qui rejoint librement une conscience »[80].

« L'autonomie décisionnelle du médecin » [81] doit être soutenue, il faut « recentrer l'intervention médicale »[82] et veiller à « préserver le colloque singulier […] »[83], ce « mythe français »[84] aujourd'hui menacé.

L'immixtion du progrès dans la relation de soin ne doit pas conduire au recul de la relation interpersonnelle. Le risque est grand de voir s'accroître la distanciation et l'opacification d'une relation jusqu'alors ancrée dans une dimension intimiste permettant au patient de se livrer « corps et âme » :

> « C'est cette donnée mystique, voire magique, de la relation médicale qui est menacée avec le développement de l'intelligence artificielle, lequel incontestablement opère un glissement du savoir médical à la disposition des médecins vers les dispositifs techniques utilisés »[85].

Il faut tenter de préserver la confiance née d'une relation '*intuitu personae*' qui ne saurait exister dans un rapport '*intuitu instrumentae'*. Si l'on n'y prend garde on pourrait devoir constater que « la représentation traditionnelle du colloque singulier en tant que rencontre entre un 'sachant' et un 'ignorant' se périme »[86].

C'est un défi pluriel que se doivent de relever les praticiens, il leur faut maintenir une relation personnelle avec le patient tout en soutenant un haut niveau de connaissance médicale. Il leur incombe en sus de maitriser des modèles algorithmiques complexes et

---

[78] F. Vialla, « Le consentement », in E. Martinez et F. Vialla (dir.*), Les grands avis du CCNE*, préf. D. Sicard, Paris, LGDJ, octobre 2013, p. 138 ; J. Russ et C. Leguil, *La pensée éthique contemporaine*, Paris, PUF, (Que sais-je ?), 2012, p. 58.

[79] Rabelais, Pantagruel, Lettre de Gargantua à son filz Pantagruel.

[80] L. Portes, A la recherche d'une éthique médicale, Masson 1964, p. 163

[81] P. Mistretta, « Intelligence artificielle et droit de la santé », in A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle, op. cit.*, chapitre 12, p. 314.

[82] *Ibid*.

[83] *Ibid*.

[84] Voir A-C Hardy, *Travailler à guérir. Sociologie de l'objet du travail médical,* Rennes, Presses de l'EHESP, 2013 ; L'expression cependant n'est pas sans être connue au-delà des frontières hexagonales. Pour s'en convaincre voir P. Molinari, « Émergence et structuration du droit de la santé : du colloque singulier à la théorie des droits sociaux », in *Droit de la santé : fondements et perspectives*, Actes de la 10e Journée de droit de la santé, Institut de droit de la santé, Université de Neuchâtel, (Collection Bibliothèques numériques de l'Université de Montréal), 2004, p. 9, https://papyrus.bib.umontreal.ca, notamment § 2.1, p. 11 et s. , Paul Veron et F. Vialla, « Qualification juridique du 'colloque singulier' : faut-il en finir avec le contrat ? », in V. Gautrais, C. Regis, L. Largente (dir.), *Mélanges en l'honneur de Patrick A. Molinari*, Québec Les éditions Thémis, 2018, p. 245

[85] P. Mistretta, « Intelligence artificielle et droit de la santé », in A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.,* chapître 12, p. 314.

[86] C. Debost, « Le colloque singulier à l'épreuve des technologies de l'information et de la communication », *in Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale, Regards contemporains*, *op. cit.,* p. 385 et s., spéc. p. 389.

> « la question se pose toutefois de savoir si l'on assiste réellement à une dépossession du savoir médical, à une véritable mutation de la source du savoir. Assurément non. Le médecin ne pourrait pas même être cantonné à un simple rôle de 'passeur du savoir médical' »[87].

Ajoutons que les innovations, et singulièrement l'intelligence artificielle, peinent à restituer l'intimité de la relation praticien/patient, le langage corporel non verbal leur échappe, la compréhension du dit et dit non-dit demeure le fait de l'homme de l'Art. Pareillement le médecin est susceptible de mobiliser ses cinq sens[88] dont on connait l'importance[89] dans l'édification du diagnostic et dans la prise de décision[90] ? La parfaite restitution du contexte clinique semble, aujourd'hui encore, rendre incontournable la présence humaine.

Il faut pourtant remarquer, de manière assurément contre-intuitive, que parfois les malades, certains d'entre eux du moins, sont plus enclins à la confidence si la relation est désincarnée.

Un risque de « déshumanisation »[91] menace la relation de soin et une forme de sècheresse relationnelle peut alors se faire jour, confinant le praticien au simple rôle d'exécutant[92]. Si le rôle du soignant doit être préservé[93], il doit indubitablement être repensé et adapté sous l'emprise des innovations. L'information dispensée, par exemple

> « devra ainsi port[er] sur l'utilisation qui sera faite des données personnelles du patient, voire sur les risques liés à l'utilisation de l'intelligence artificielle »[94].

En contrepoint une vigilance accrue doit être accordée au secret professionnel menacé par l'usage de données massives. Le risque est grand de voir céder la logique de secret vers une logique d'anonymat.

Si les innovations peuvent, d'une certaine manière, menacer les contours traditionnels de la relation de soin, elles peuvent, à l'inverse,

---

[87] C. Lequillerier, « L'impact de l'intelligence artificielle sur la relation de soin », *JDSAM*, *op. cit.,* p. 16.

[88] Pour une application très particulière de diagnostic du Choléra en « téléconsultation » par vacation radio entre la Légion et l'infanterie coloniale lire : P. Bonnecarrere, *Par le sang versé, la légion étrangère en Indochine,* Paris, Perrin, (coll. Tempus), 2013, p. 97 : « Il y en a un qui à la gueule comme un fromage… - Quel genre de fromage, questionne Osling, observez bien c'est important. […] – Mes hommes ont parlé de roquefort ».

[89] J.-C. Debongnie, *Hippocrate et les cinq sens*, https://www.louvainmedical.be ; I. Boehm et P. Luccioni (dir.), « Les cinq sens dans la médecine de l'époque impériale : sources et développements » [compte-rendu], in F. Le Blay*, L'Antiquité Classique*, année 2004, 73, p. 482-484.

[90] S. Grosjean et F. Matte, « La prise de décision clinique à l'épreuve des sens », *Revue française des sciences de l'information et de la communication* [en ligne], 14 | 2018, mis en ligne le 01 septembre 2018, consulté le 07 mai 2020. URL : http://journals.openedition.org/rfsic/4161 ; DOI : https://doi.org/10.4000/rfsic.4161

[91] C. Lequillerier, « L'impact de l'intelligence artificielle sur la relation de soin », *JDSAM*, *op. cit.,* p. 16.

[92] P. Mistretta, « Intelligence artificielle et droit de la santé », in A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle, op. cit.*, chapitre 12, p. 315.

[93] « Aucune technologie peut venir remplacer la relation humaine interpersonnelle et singulière qui doit rester le fondement même de l'exercice de la médecine », in Livre Blanc du Conseil National de l'Ordre des Médecins sur la télémédecine, janv. 2009, p. 2.

[94] C. Lequillerier, « L'impact de l'intelligence artificielle sur la relation de soin », *JDSAM*, *op. cit.,* p. 18 ; P. Mistretta, « Intelligence artificielle et droit de la santé », in A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle, op. cit.*, chapitre 12, p. 319 ; J.-M. Kermarrec, « Le respect des droits fondamentaux des usagers du numérique en santé », *RDS*, n° 92, 2019, p. 936-940.

> « […] libérer le médecin, quelle que soit sa spécialité, d'actes de nature purement techniques ou administratifs que l'intelligence artificielle réalise avec plus d'efficacité et de perspicacité. Dégagé des scories de son activité, le médecin pourrait recentrer son activité sur les cas les plus complexes, sur la formation […] pour pouvoir proposer des pratiques médicales plus actualisées. Plus encore, le médecin aurait surtout la possibilité de se focaliser sur ce qui constitue la substantifique moelle de la relation médicale, à savoir l'expérience intime des malades qu'il soigne »[95].

Les progrès sont alors non seulement susceptibles de libérer du temps relationnel mais ils peuvent, encore, conduire à une meilleure sécurité.

Parmi les innovations potentiellement vertueuses on peut, par exemple, évoquer les robots de téléprésence auprès de jeunes patients atteints de cancer[96] ou le développement des « robots compagnons » auprès de personnes âgées. Ces outils ne vont pas cependant sans soulever nombre d'interrogations sur le plan éthique[97].

Toutefois, d'autres « innovations » se révèlent fort contestables. Ainsi en va-t-il de l'outil intitulé « consentement facilité » (*easy consent* !)[98] permettant au chirurgien, notamment, de « déléguer » la recherche du consentement du malade en recourant à une plateforme internet couplée à un algorithme[99] ! Il est assez stupéfiant de remarquer que toute interruption ou refus de valider une étape du processus de recueil dématérialisé du consentement conduit à une déprogrammation de l'intervention planifiée[100] !

La libération de « temps médical » est assurément estimable mais elle ne doit pas conduire à une perte de sens, à une déshumanisation de la relation. On se doit de rappeler inlassablement que l'information due au patient doit être délivrée dans le cadre d'un entretien individuel[101]. Il ne saurait pas davantage être admis que le praticien se décharge de son obligation de recueil du consentement[102] en délégant cette tâche à une plateforme internet.

Il faut aussi que les outils innovants soient irréprochables. Cela induit que les personnes[103] qui les conçoivent le soient aussi. Ainsi un important

---

[95] P. Mistretta, « Intelligence artificielle et droit de la santé », in A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle, op. cit.*, chapitre 12, p. 314.

[96] Hospimedia, 29/09/16, projet VIK-e, pour *victory in innovation for kids – electronic*.

[97] R. Gelin, « Robots compagnons : au-delà des problèmes techniques », in V. depadt et D. Guevel (dir.), *Lex robotica, le droit à l'épreuve de la robotique*, Paris, LGDJ, 2018, p. 21-33.

[98] François Vialla, Éditorial : « Aux énervés de la toile », *RDS*, n° 94, 2020, p. 173-177.

[99] https://www.calimed-sante.fr/solutions-gestion-de-cabinet-medical/easy-consent-consentement-numerique/ : « Easy-consent est le premier consentement numérique libre et éclairé. Il permet aux patients de s'assurer de leur compréhension sur l'acte chirurgical grâce à une plateforme web couplée à un algorithme innovant en répondant à un questionnaire interactif et personnalisé dont le contenu est validé par des experts et conforme aux documents des sociétés savantes ».

[100] « Si ce questionnaire est incomplet ou interrompu, le chirurgien recevra un message pour l'en informer et l'intervention ne pourra être validée et maintenue. Vous devrez contacter le chirurgien pour reprendre rendez-vous »

[101] CSP, art. L1111-2.

[102] CSP, art. L1111-4.

[103] Dictionnaire médical de l'Académie nationale de médecine V° « Intelligence artificielle », http://dictionnaire.academie-medecine.fr : « Les algorithmes dits d'intelligence artificielle ont

biais majeur peut-être relever à l'encontre de l'intelligence artificielle sur le terrain de l'égal accès au soin sans discrimination[104] :

> « Et donc il ne faut pas que les acteurs de l'intelligence artificielle soient par trop un peu ce que je suis devant vous, c'est-à-dire des mâles blancs quadragénaires – il en faut et je ne vais pas scier la branche sur laquelle je suis assise n'ayant pu changer de condition – mais je constate que dans ce secteur, il y a beaucoup de mâles blancs quadragénaires formés essentiellement dans les grandes universités américaines ou européennes »[105].

S'il est avéré que l'hégémonisme et le conformisme WASP [106] gouvernent l'intelligence artificielle, alors y recourir sans précaution serait susceptible d'accroître les inégalités voire les discriminations[107].

Une prise de conscience s'impose afin de

> « mobiliser davantage de formations scientifiques pour aller chercher justement plus de femmes, d'aller chercher aussi plus d'égalité, plus de diversité sociale. Je pense que dans le pari qui est le nôtre, il y a la nécessité d'avoir une inclusivité dans ces formations parce qu'on le voit bien, ce sont des métiers critiques où des choix profonds sont aussi faits par les acteurs de chaque jour. Et donc, dans les stratégies que nous devons développer, nous devons veiller à ce qu'il n'y ait pas une concentration justement des talents, une concentration dans la main de quelques-uns »[108].

Un tel chemin peut s'avérer long et, dans l'attente de son accomplissement, il faut intégrer ce biais et le prendre en considération dans l'usage qui est fait de l'intelligence artificielle en santé !

Au terme de cette approche, non exhaustive, des liens tissés entre droit et innovation dans l'approche de la relation de soin il reste à relever que le droit de la responsabilité est aussi questionné[109]. Il faut s'interroger sur l'adaptation des règles actuelles et envisager l'éventualité d' « un droit de la responsabilité *sui generis* »[110]. Quel seront les contours de la faute liée,

---

pour base l'étude approfondie des démarches d'un spécialiste humain de la question à traiter, de façon à dégager les voies de réflexion et d'analyse qui l'ont conduit à la solution ».

[104] CSP, art. L. 1110-3, al. 1er : « Aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins » ; P. Mistretta, « Intelligence artificielle et droit de la santé », in A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, chapitre 12, p. 319.

[105] M. Emmanuel Macron, Président de la République, Discours du jeudi 29 mars 2018, Paris Collège de France – ; https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2018/03/29/discours-du-president-de-la-republique-sur-lintelligence-artificielle ; https://www.youtube.com/watch?v=8SSJ27s1ks4

[106] *White Anglo-Saxon Protestant.*

[107] Courrier international, 14-20 novembre 2019, n° 1515, Dossier « Les algorithmes : ils prédisent notre avenir » ; voir spécialement l'article « Première victime : la santé des américians noirs » : « 17,7 % des patients qui se voient attribuer des soins supplémentaires sont noirs. Ils seraient 46,5 % si l'algorithme n'était biaisé ».

[108] M. Emmanuel Macron, Président de la République, discours précité.

[109] J.-M. Kermarrec, « La judiciarisation de l'usage numérique en santé… un risque émergent », *RDS*, n° 88, 2019, p. 238-239 ; J. Sourd, « Intelligence artificielle, algorithmes : quelle réglementation pour quelle responsabilité ? », in L. Delavenne, A-C. Hubert, *E-santé : les enjeux de la médecine de demain*, Bordeaux, LEH édition, 2018 ; V. Depadt, « La responsabilité : le point de vue du juriste » in V. Depadt et D. Guevel (dir.), *Lex robotica, le droit à l'épreuve de la robotique*, Paris, LGDJ, 2018, p. 115 et s. ; M. Bacache, « Intelligence artificielle et droits de la responsabilité et des assurances », in A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.*, chapitre 3, p. 69 et s.

[110] P. Mistretta, « Intelligence artificielle et droit de la santé », in A. Bensamoun et

par exemple, au recours à l'intelligence artificielle ? Le droit commun[111] est-il adapté, doit-on recourir aux règles de la responsabilité du fait des choses[112], à celles de la responsabilité du fait des produits des produits défectueux[113] ou à celles de la défectuosité de produits de santé[114] et des dispositifs médicaux[115]. Ces règles suffiront-elles à appréhender les préjudices auxquels contribueraient les innovations ? Pareillement il faut se soucier de l'identification des auteurs du fait dommageable ou infractionnel. Faudra-t-il envisager une responsabilité de la machine « intelligente »[116] ?

G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.,* chapitre 12, p. 322 ; G. Loiseau, « Responsabilité », in *JDSAM*, 2017, n° 17 « Intelligence artificielle et santé », p. 20 et s. ; T. James, « Vers la création d'un régime spécial de responsabilité du fait de l'intelligence artificielle », *JDSAM*, 2020, n° 27 ; A. Bonnet, « La responsabilité du fait de l'intelligence artificielle », Banque des Mémoires Université Paris II, 2015, https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/90fcfa29-62e4-4b79-b0b4-d1beacc35e86?inline

[111] E. Verges et L. Khoury, « Innovation technologique, incertitudes et responsabilités », *McGill Law Journal,* volume 59, n° 4, june 2014, Technological Innovation and Civil Responsibility/L'innovation technologique et la responsabilité civile, p. 773 et s. ; E. Verges, « Risks and Uncertainties of Scientific Innovations in French Liability Law: Between Radical Departure and Continuity », *McGill Law Journal*, volume 59, n° 4, June 2014, p. 889–912 Technological Innovation and Civil Responsibility, DOI https://doi.org/10.7202/1026132ar

[112] Code civil, art. 1242.

[113] Code civil, art. 1245 et s.

[114] CSP, art. L. 11142-1.

[115] CSP, art. 5212-2 ; CSP, art. L. 5461-2.

[116] G. Loiseau, « Responsabilité », *JDSAM,* « Intelligence artificielle et santé », 2017, n° 17, p. 20 : « L'inacceptable responsabilité du robot ».

6. L'État d'urgence sanitaire. Nécessité ou menace ?

Christian Vallar

Professeur agrégé de droit public, doyen honoraire et directeur du Centre d'études et de recherche en droit administratif, constitutionnel, financier et fiscal (CERDACFF), Université Côte d'Azur

L'entrée de la France dans l'état d'urgence, cette fois-ci sanitaire, pose à nouveau le débat de la subtile dialectique autorité-libertés fondamentales, avec les critiques sur l'autoritarisme sinon la « dictature sanitaire »[1].

La loi du 23 mars 2020 adopté par le Conseil des ministres du 18 mars instaure un dispositif d'urgence sanitaire (selon les propos mêmes du Premier ministre) pour faire face à l'épidémie de la Covid-19, prolongé par la loi du 11 mai 2020. Hors Mayotte et la Guyane, la loi du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire a mis en place un régime transitoire, applicable jusqu'au 30 octobre. Néanmoins, le 16 septembre, un projet de loi prorogeant ce régime transitoire jusqu'au 1er avril 2021 a été déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, projet dont la présentation semble donner raison à ceux qui redoutent la pérennité de l' « exception ». En effet l'exposé des motifs indique le choix de la mise en place d'un dispositif pérenne de gestion de l'urgence sanitaire, le Parlement étant saisi en ce sens en janvier 2021(projet de loi n° 3340 AN)… La dégradation de la situation sanitaire amène à une nouvelle proclamation de l'état d'urgence par le décret du 14 octobre 2020, entérinée par le projet de loi du 21 octobre voté en dernier ressort par l'Assemblée nationale le 7 novembre, avec fin de l'état d'urgence le 26 février 2021, le Conseil constitutionnel rendant une décision favorable le 13 novembre.

L'on comprend que d'aucuns s'inquiètent du respect des libertés fondamentales, éventuellement menacé par les mesures de sécurité sanitaire. C'est en France un réflexe quasi pavlovien (l'État Leviathan), ce qui ne signifie pas que la question soit à écarter avec désinvolture.

Quel instrument juridique le pouvoir dit à tort exécutif allait-il utiliser ? L'article 16 de la Constitution de même que l'état de siège étaient inadaptés. L'état d'urgence aurait pu être plus approprié, mais l'option a été prise d'un état d'urgence sanitaire, donc *ad hoc*.

L' article 16 et l'état de siège : des outils inadaptés

L'article 16 de la Constitution dispose que lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Chef de l'État prend les mesures exigées par les circonstances. Celui-ci dispose de la plénitude du pouvoir

[1] Voir A. Laurent, « Médecins, le nouveau pouvoir », *L'express*, 7 mai 2020 ; B.-H. Lévy, *Ce virus qui rend fou*, Grasset, Paris, 2020.

d'État, y compris dans le domaine de la loi, ses décisions échappant pour l'essentiel au contrôle du juge. Seul le général de Gaulle en a fait usage durant plusieurs mois en 1961 suite à la tentative de putsch des généraux à Alger, dans des conditions discutables.

A priori aucune des conditions requises n'existait lors de la survenance de la pandémie, rendant l'éventuelle utilisation de cet article « inappropriée » pour user du langage conventionnel contemporain…

L'état de siège figure lui aussi dans la Constitution (article 36), et remonte à une loi du 9 août 1849. Son instauration exige l'existence d'un péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée sur tout ou partie du territoire national, et permet le transfert de pouvoirs de police considérables à l'autorité militaire. À l évidence, il était inapplicable en l'espèce, même si le président Macron martèle que nous sommes en guerre…

La suggestion de l'inscription d'un régime civil de crise dans la Constitution n'a pas davantage été retenue[2].

C'est donc l'établissement d'un régime *ad hoc* qui remporté les suffrages.

L'état d'urgence sanitaire, adaptation de l'état d'urgence

Le Premier ministre assure que le dispositif adopté, porté par une loi ordinaire, s'inspire de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence « dans son déclenchement et dans son déclenchement seulement ». En réalité l'inspiration en est bien plus importante.

Urgence et urgence sanitaire sont décrétées en Conseil des ministres respectivement pour douze jours et un mois, et prorogées par la loi au-delà de ce délai. La loi prolongeant l'état d'urgence sanitaire fixe sa durée définitive (ce n'est pas le cas pour l'état d'urgence classique), mais ne se trouve pas frappée de caducité à l'issue d'un délai de quinze jours suivant la démission du Gouvernement ou la dissolution de l'Assemblée nationale (comme dans le cadre de la loi de 1955).

La proclamation de l'état d'urgence loi de 1955 est possible 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).

Le régime juridique de la loi de 1955, modifiée à plusieurs reprises (en particulier sur la période 2015-2017), étend considérablement les pouvoirs de police du préfet ou du ministre de l'Intérieur , autorisés à limiter ou interdire la circulation dans certains lieux ; interdire certaines réunions publiques ou fermer provisoirement certains lieux publics ; réquisitionner des personnes ou moyens privés ; autoriser des perquisitions administratives (avec la possibilité de saisies après accord du juge de données informatiques) ; interdire de séjour certaines personnes ; prononcer des assignations à résidence ; l'institution, de zones de protection et de sécurité (censurée par la Conseil constitutionnel). Mais également permet-il la dissolution, en conseil des ministres, d'associations ou groupements de fait qui participent, facilitent ou incitent à des actes portant atteinte grave à l'ordre public ; d'ordonner la remise des armes et des munitions, détenues ou acquises légalement par leur propriétaires ;

[2] Voir P. Blacher, J.-E. Gicquel, « Pour gérer des crises comme celle du coronavirus, il faut modifier notre constitution », *Huffpost, Les blogs*, 17 mars 2020.

prendre toute mesure pour bloquer des sites internet faisant l'apologie du terrorisme ou incitant à des actes terroristes ; la possibilité de fouiller les bagages et les véhicules sans instruction du procureur.

Le parlement a son mot à dire. L'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le gouvernement pendant l'état d'urgence et peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures.

Le bilan de l'état d'urgence du 14 novembre 2015 au 31 octobre 2017 (presque deux ans !) est considérable : 4 469 perquisitions administratives ont été effectuées qui ont permis 625 saisies d'armes dont 78 armes de guerre ; 754 assignations à résidence ont été prononcées, 41 étaient encore en vigueur au 31 octobre 2017 ; 75 zones de protection et de sécurité ont été mises en place ; 19 lieux de culte ont été fermés.

Le petit frère (ou le cousin) qu'est l'état d'urgence sanitaire, qui ajoute la particularité d'un comité scientifique comprenant des personnalités qualifiées dont deux sont nommées par le président de chaque assemblée parlementaire et son président par le Chef de l'État, qui rend public périodiquement son avis sur les mesures prises, se caractérise comme celui de la loi de 1955 par des mesures qui sont et seront contraignantes pour les libertés individuelles et collectives, mais la menace est considérable. La République est en danger, la situation s'assimile à une guerre, et les dispositions ad hoc doivent impérativement permettre de faire face, à condition de rester en démocratie. Nous ne sommes pas pour autant dans le cadre d'un régime autoritaire (quoiqu'en disent certains), la loi fonde ces mesures, sous le double contrôle du parlement et du juge.

I. Une restriction des libertés de l'ensemble des citoyens : une démocratie confinée ?

L'expression a été utilisée par le président de la Ligue des droits de l'homme. Il est de fait que l'état d'urgence sanitaire est porteur de restrictions considérables des libertés, quel que soit le texte considéré.

A. L'état d'urgence sanitaire de la loi du 23 mars 2020 et les lois subséquentes : « Libertés confinées et démocratie confinée » ? (Salemkour)

Une différence majeure entre les deux états d'urgence : l'état d'urgence antiterroriste ne vise que les individus dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics, alors que l'état d'urgence sanitaire vise la population globale.

La loi du 23 mars 2020 dispose que « l'état d'urgence sanitaire » peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain, des départements d'outre-mer, et des collectivités d'outre-mer « en cas de catastrophe sanitaire, notamment d'épidémie mettant en jeu par sa nature et sa gravité, la santé de la population ».

Il donne au Premier ministre le pouvoir de prendre par décret les mesures générales limitant la liberté d'aller et venir, la liberté d'entreprendre et la liberté de réunion et permettant de procéder aux réquisitions de tous biens et services. Ces mesures règlementaires peuvent inclure l'interdiction du déplacement de toute personne hors de son domicile dans la zone géographique qu'elles déterminent, ordonner des mesures de quarantaine, de placement en isolement des personnes infectées, limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique ou les réunions de toute nature, adopter

des mesures de contrôle des prix et de mise à disposition des patients des médicaments appropriés

Néanmoins les mesures prescrites sont strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires.

Le ministre de la Santé a compétence pour prendre des mesures complémentaires générales et individuelles dans son champ de compétence et les préfets peuvent être habilités par le Premier ministre ou le ministre à prendre des mesures dans leur ressort.

Il est à préciser que ces dispositions sont introduites dans le code de la santé publique pour la quasi-totalité d'entre elles (L. 3131-12 à L. 3131-20 CSP).

Pour le Conseil d'État

> « l'existence d'une catastrophe sanitaire rend utile un régime particulier de l'état d'urgence pour disposer d'un cadre organisé et clair d'intervention » (avis du 18 mars 2020).

Il s'agit bien d'une déclinaison de l'état d'urgence adaptée aux dangers épidémiques, qui autorise le déploiement des pouvoirs de police administrative, sous le contrôle du juge administratif, dont bien sûr le Conseil d'État. L'état d'urgence loi de 1955 avait fait l'objet d'une jurisprudence abondante et précise.

Le Parlement a aussi autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnances un certain nombre de mesures, en matière économique en particulier. Prévues à l'article 38 de la Constitution, votées par le Parlement, elles permettent au Gouvernement d'intervenir dans le domaine de la loi durant un délai préfixé, ce qui facilite la rapidité d'adoption des mesures. À l'expiration du délai, le Parlement vote sur ces textes, et soit les entérine soit les rejette. Pas moins de 25 projets d'ordonnance ont été présentés au conseil des ministres du 25 mars !

Quelle est la durée non pas de la loi du 23 mars mais des dispositions prises pour l'urgence sanitaire ? Elles prennent fin en même temps que l'état d'urgence sanitaire, ce qui ne signifie pas forcément dès la fin de l'épidémie. Tout dépend de la situation. En outre des mesures peuvent être adoptées, après la fin de l'état d'urgence sanitaire, afin d'assurer la disparition durable de la situation de crise sanitaire (article L. 3131-1 du code de la santé publique).

Le confinement résulte des dispositions que le code de la santé publique autorise avec la nouvelle loi (article L. 3131-15 1° à 10° CSP). La palette en est étendue :

> « Restreindre ou interdire la circulation des personnes et des véhicules.
>
> Interdire aux personnes de sortir de leur domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé.
>
> Ordonner des mesures ayant pour objet la mise en quarantaine.
>
> Ordonner des mesures de placement et de maintien en isolement.
>
> Ordonner la fermeture provisoire d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public.
>
> Limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique.
>
> Ordonner la réquisition de tous biens et services.

> En tant que de besoin, prendre toute mesure permettant la mise à la disposition des patients de médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire.
>
> En tant que de besoin, prendre par décret toute autre mesure réglementaire limitant la liberté d'entreprendre, dans la seule finalité de mettre fin à la catastrophe sanitaire »

Les atteintes aux libertés se sont avérées considérables, à la hauteur de l'enjeu crucial pour la nation et l'État. Mais ces dispositions ne sont adoptées que pour une durée déterminée : la loi au-delà d'un mois précise la durée de l'état d'urgence, fixée en l'espèce d'emblée pour gagner du temps à deux mois par le législateur lui-même (article 4 de la loi du 23 mars). Il peut évidement être renouvelé, mais la loi rappelle qu'il est mis fin sans délai aux mesures lorsqu'elles ne sont plus nécessaires.

B. La loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 : un maintien quasi identique des restrictions aux libertés

Le texte proroge l'état d'urgence jusqu'au 10 juillet inclus (le Gouvernement avait demandé le 23 juillet), renouvelant pour l'essentiel les compétences et pouvoirs du Premier ministre.

À titre d'exemples le pouvoir, dévolu au Premier ministre, de :

> « restreindre ou interdire la circulation des personnes et des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par décret » devient celui de « réglementer ou interdire la circulation des personnes et des véhicules et réglementer l'accès aux moyens de transport et les conditions de leur usage » (champ d'application plus large et pouvoir réglementaire plus large), le pouvoir d' « ordonner la fermeture provisoire d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion, à l'exception des établissements fournissant des biens ou des services de première nécessité... » devient celui d' « ordonner la fermeture provisoire et réglementer l'ouverture, y compris les conditions d'accès et de présence, d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion, en garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité » (réglementation aussi de l'accès, des ouvertures…).

C'est dans ce cadre qu'ont été limités à 100 km les déplacements qui ne sont pas nécessités par des motifs impérieux et l'accès aux transports réservé aux personnes justifiant de la nécessité de se rendre à leur travail.

Dans la perspective du déconfinement, les régimes de quarantaine et d'isolement sont précisés par le décret n° 2020-617 du 22 mai 2020. Ces mesures ont été initialement prises uniquement à l'arrivée en Outre-mer pour protéger les insulaires.

Sur amendements des sénateurs et députés, le dispositif a été complété et les garanties des personnes ainsi confinées renforcées.

La mise en quarantaine (personnes susceptibles d'être infectées) et la mise à l'isolement (personnes malades) ne peuvent concerner que les

> « personnes qui, ayant séjourné au cours du mois précédent dans une zone de circulation de l'infection, entrent sur le territoire national, arrivent en Corse ou dans l'un des territoires d'outre-mer ».

La liste des zones de circulation de l'infection au Covid-19 est fixée par arrêté du ministre de la Santé.

Le cadre général applicable à ces mesures (suivi médical, information régulière des personnes, conditions d'hébergement...) doit être défini par décret du Premier ministre, après avis du comité de scientifiques, « en fonction de la nature et des modes de propagation » du virus. Les mesures individuelles sont prononcées par le préfet, sur proposition du directeur général de l'agence régionale de santé (ARS), au vu d'un certificat médical. Sur demande du préfet, les entreprises de transports lui communiquent les données relatives aux passagers entrants.

La quarantaine ou l'isolement peut avoir lieu au choix des personnes à leur domicile ou dans des lieux d'hébergement adaptés. La durée initiale de la mesure est limitée à 14 jours, son renouvellement nécessite un avis médical. La mesure ne peut pas dépasser au total un mois. Il y est mis fin si l'état de santé de la personne l'autorise.

Durant la quarantaine ou l'isolement, la personne peut se voir interdire de sortir sauf autorisation de l'administration ou de fréquenter certains lieux. Un isolement complet peut aussi être prononcé.

Les femmes et les enfants victimes de violences conjugales ou familiales ne peuvent pas être placés en quarantaine ou à l'isolement dans le même endroit que le conjoint ou le parent violent, y compris quand ces violences sont alléguées.

Toutes les personnes placées en quarantaine ou à l'isolement peuvent déposer un recours auprès du juge des libertés et de la détention (JLD), qui a 72 heures pour statuer. Le juge peut aussi se saisir d'office ou être saisi par le procureur de la République concerné.

Si la mesure est assortie d'une interdiction de sortie, elle ne peut se poursuivre au-delà de 14 jours, qu'après autorisation du JLD, saisi par le préfet.

Le titre 3 du décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de la covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence et dans ceux où il a été prorogé (Mayotte et la Guyane, mais le décret n° 2020-1143 du 16 septembre y met un terme) reprend quasiment les mêmes dispositions.

Toujours en vue du déconfinement, le Premier ministre peut réglementer par décret les déplacements, l'accès et l'usage des transports et l'ouverture des établissements recevant du public (et non plus seulement limiter ou interdire). L'objectif est de permettre la reprise progressive des déplacements, des transports en commun et des commerces et les mesures nécessaires (port du masque...).

Pour faciliter le suivi des malades, le traçage des chaînes de contamination de la covid-19 (traçage des contacts ou contact tracing) et le travail des brigades sanitaires annoncées par le Gouvernement, la loi permet le déploiement d'outils informatiques.

Le ministre de la Santé est autorisé à mettre en oeuvre, via un système d'information créé par décret, le traitement et le partage des données de santé des personnes malades et des personnes ayant été au contact avec elles, le cas échéant sans leur consentement. Ces données sont accessibles à un certain nombre d'intervenants, y compris à des professionnels non médicaux. En outre, le ministre de la Santé, l'Agence nationale de santé publique, l'assurance maladie et les agences

régionales de santé sont autorisés à adapter dans le même but des systèmes existants.

Il s'agit de permettre le recensement des cas confirmés à destination d'un dispositif de tracing et de mettre en oeuvre le tracing lui-même.

Le système d'information doit reposer sur deux outils :

- le fichier SI-DEP (service intégré de dépistage et de prévention) qui doit centraliser les informations sur les tests Covid-19 afin de les partager avec les acteurs sanitaires ;
- et le fichier « Contact Covid » de l'assurance maladie, pour suivre les patients et du décridentifier les cas contacts.

Les parlementaires ont apporté de nouvelles garanties pour la mise en place du système. Il est autorisé pour une durée au plus de six mois à partir de la fin de l'état d'urgence sanitaire. Les données collectées sont limitées, notamment au statut virologique ou sérologique d'une personne à l'égard du Covid-19. Elles ne peuvent pas être conservées plus de trois mois. Elles n'alimenteront pas l'application StopCovid, qui n'a pas été disponible avant le 2 juin 2020. D'autres amendements ont été adoptés : obligation de secret professionnel pour les personnels ayant accès aux données, anonymisation des données pour la surveillance épidémiologique et la recherche sur le virus, meilleur encadrement du recours aux données d'identification...

Il apparaît de l'ensemble de ces dispositions que les contraintes établies par l'état d'urgence sanitaire ont été considérables, sans pour autant échapper aux contrôles et aux limitations. Il en est de même pour les mesures dites transitoires.

C. Les mesures transitoires de sortie de l'état d'urgence sanitaire : l'existence d'exceptions fortes aux libertés

La loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 définit les conditions de sortie du régime de l'état d'urgence sanitaire, mis en place par la loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de la Covid-19 du 23 mars et prolongé le 11 mai pour une durée de deux mois. Elle organise un régime *ad hoc* transitoire à partir du 11 juillet 2020, compte tenu des incertitudes liées à l'évolution de l'épidémie de la Covid-19. L'état d'urgence sanitaire est néanmoins maintenu en Guyane et à Mayotte, et ne sera levé qu'en septembre.

Du 11 juillet au 30 octobre 2020 inclus, le Premier ministre peut ordonner par décret plusieurs mesures afin de lutter contre l'épidémie de la Covid-19. Il peut réglementer : la circulation des personnes et des véhicules et l'accès aux transports collectifs (port du masque...), l'ouverture des établissements recevant du public tels les restaurants, les cinémas et des lieux de réunion (mesures barrière ...), les rassemblements et les réunions sur la voie publique et dans les lieux publics.

Il peut également imposer un test virologique aux personnes qui voyagent en avion entre la métropole et les outre-mer et entre les outre-mer. Les passagers en provenance d'une collectivité d'outre-mer où ne circule pas le virus en sont dispensés.

Les interdictions que peut décider le gouvernement, au titre de ce nouveau régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire, ont été limitées par les parlementaires. Seuls peuvent être restreints ou interdits les déplacements par avion ou par bateau. Par ailleurs, en cas de réactivation

du virus dans certaines parties du territoire, des interdictions de déplacement peuvent être décidées et les établissements recevant du public peuvent être obligés de fermer. En revanche, un confinement généralisé de la population ne peut plus être ordonné.

Les préfets peuvent être amenés à prendre des mesures d'application. Si elles concernent un seul département, ils peuvent être autorisés par exemple à alléger les mesures nationales si les circonstances locales le permettent ou, à l'inverse, les renforcer en cas d'apparition de foyers. Ils peuvent également fermer, au cas par cas, des établissements ne respectant pas les mesures barrières et les règles d'accès fixées par décret.

Des sanctions, identiques à celles prévues par l'état d'urgence sanitaire, sont possibles en cas de non-respect des mesures (amende forfaitaire de 135 euros...).

Le texte précise, à l'initiative des députés, que toutes ces mesures peuvent faire l'objet d'un référé devant le juge administratif.

Comme durant l'état d'urgence sanitaire, le Parlement est informé sans délai des mesures prises par le Gouvernement et peut demander toute information complémentaire afin de les contrôler et de les évaluer. Par ailleurs, sur amendement des députés, le Conseil scientifique est maintenu pendant ce régime transitoire.

À partir du 11 juillet, les autres dispositions de l'état d'urgence sanitaire cessent.

Lors de la discussion parlementaire, la possibilité de placer en quarantaine ou à l'isolement les voyageurs en provenance d'Outre-mer à leur arrivée en Métropole (sauf pour ceux qui arrivent d'une collectivité où ne circule pas le virus) a été introduite.

La loi permet également d'allonger la durée de conservation des données collectées dans le cadre des systèmes d'information instaurés pour lutter contre l'épidémie, à l'exclusion de Stop Covid. Ces données peuvent être conservées pendant six mois maximum à partir du 10 juillet, au lieu de trois mois à l'issue de leur collecte. L'allongement doit être justifié pour chaque type de données, après avis public de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

Si la transition lève des contraintes et des obligations, elle reste cependant attentatoire aux libertés.

Le rétablissement de l'état d'urgence, décidément devenu l'état « normal » en France, a débouché immédiatement sur l'adoption du décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de la covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. À ce texte de 59 articles (!) s'est substitué au décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de la covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé. Il reprend pour l'essentiel les dispositions du décret antérieur, conférant de nombreuses habilitations au représentant de l'État dans le département à prendre des mesures de police sanitaire, en vue d'adapter la réponse réglementaire à la situation locale.

La loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire ne comportait initialement que 4 articles (concision rare)… devenus 17 in fine !

Parmi les principales dispositions, la loi proroge jusqu'au 16 février 2021, soit pour une durée de trois mois, l'état d'urgence sanitaire en vigueur depuis le 17 octobre sur l'ensemble du territoire national. Elle proroge le régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 1er avril 2021, en vue de disposer de facultés d'intervention à l'issue de l'état d'urgence sanitaire en cours, sur la totalité du territoire national. Il est toujours question de la mise en place d'un dispositif pérenne de gestion de l'urgence sanitaire.

Est autorisée la mise en œuvre de systèmes dédiés à la pandémie pour la durée correspondant à celle de la période de sortie, le 1er avril 2021. Cela permettra également de prolonger pour la même durée la conservation de données pseudonymisées collectées dans ces systèmes, aux seules fins de surveillance épidémiologique et de recherche sur le virus. Le Gouvernement est habilité à procéder par voie d'ordonnances, pour rétablir ou prolonger les dispositions de certaines ordonnances prises sur le fondement des lois du 23 mars et du 17 juin 2020 ou de dispositions législatives récentes précisément identifiées.

Ainsi donc cette singulière période de démocratie dirigée continue. Peut-on considérer que les contre-pouvoirs sont des plus discrets, sinon effacés ?

II. Des contre-pouvoirs effacés ? Une affirmation contestable

« L'état d'urgence rompt avec la répartition des compétences en matière de restriction des droits et libertés » relève la CNCDH, critiquant « l'affaiblissement des mécanismes de contrôle »[3].

> « La suspension actuelle des procédures et la posture récemment adoptée par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, davantage promoteurs de l'ordre sanitaire que gardiens de la légalité, font toutefois sérieusement douter de la solidité de tels garde-fous »[4].

Une fois encore les veilleurs auto-proclamés des libertés en danger font entendre leurs mises en garde sévères. Conseil constitutionnel et Conseil d'État sont des « chiens de garde du pouvoir »[5], « le contrôle parlementaire qualifié par certains de 'tigre de papier' »[6].

La République en est-elle à ce point de déréliction démocratique qu'une sournoise remise en cause des droits fondamentaux prétextant du terrorisme et de la pandémie la mine inéluctablement ? Si certes des textes parfois mal rédigés, des décisions politiques et juridictionnelles prêtent le flanc à la critique, c'est bien que l'agora fonctionne toujours, fut-ce en numérique !

---

[3] CNCDH, Avis « État d'urgence et État de droit », 28 avril 2020, p. 5 et 6.
[4] S. Renard, « L'état d'urgence sanitaire ; droit d'exception et exceptions au droit », *RDLF*, 2020, chron., n° 13, www. revuedlf.com.
[5] P. Januel, « Libertés : le Conseil d'État agit le plus souvent en chien de garde du pouvoir », *Mediapart*, 22 avril 2020.
[6] A. Jacquin et E. Daoud, « L'État d'urgence sanitaire ou l'État de droit mutilé », *AJ Pénal*, avril 2020, p. 196.

Un Conseil d'État juge auxiliaire du pouvoir dit exécutif (A) ? Un Conseil constitutionnel absent (B) ? Un Parlement démissionnaire (C)? Vraiment ?

A. Un Conseil d'État juge auxiliaire du pouvoir dit exécutif ?

> « […] je suis vraiment surpris par la tonalité de certaines critiques, qui font le procès d'un supposé manque d'impartialité du Conseil d'État. Il y a quelques mois, tout le monde saluait notre position sur la réforme des retraites, ou encore sur la circulaire Castaner. Aujourd'hui, on nous accuse d'être les défenseurs du gouvernement : ainsi, selon que l'on donne ou non satisfaction à telle ou telle personne, un jour nous sommes présentés comme indépendants, le lendemain comme partiaux ! »[7].

Ces propos désabusés du Vice-président du Conseil d'État valent pour toute l'histoire de l'institution et donc évidemment en ces périodes troublée. Bruno Lasserre explique clairement la portée des ordonnances de référé rendues durant la période de crise sanitaire. Au total, 576 dossiers liés aux mesures de l'état d'urgence sanitaire et du régime transitoire succédant à l'état d'urgence sanitaire ont été enregistrés par le Conseil d'État, dont 423 référés. Au niveau des tribunaux administratifs, le contentieux a, pour l'essentiel, concerné des arrêtés préfectoraux et municipaux imposant le port d'un masque de protection dans certains lieux et sur la voie publique.

> « De nombreux recours ont pour objet de demander au juge administratif de tenir un rôle qui n'est pas le sien, en prenant la place du politique ou des experts. Et les difficultés qu'on nous signale résultent la plupart du temps d'un problème de rareté : la réponse ne se trouve pas dans une injonction du juge – à quoi cela servirait-il d'ordonner au gouvernement de livrer immédiatement des millions de masques si c'est impossible ? – mais dans des impératifs de production, de distribution, de logistique. C'est ainsi moins souvent un problème de légalité que de gestion de la pénurie. Cela explique le nombre élevé de rejets. Dans cette crise, il faut gouverner, définir et mettre en œuvre une stratégie : c'est au politique, éclairé par les experts, qu'il appartient de le faire, sous le contrôle du Parlement. Lorsqu'on nous demande d'autoriser la prescription de chloroquine en médecine de ville alors que la communauté des experts est divisée, j'estime qu'on nous demande de sortir de notre rôle. De même lorsqu'on attend de nous que l'on se prononce sur la nationalisation d'une entreprise qui pourrait produire des masques : c'est une décision politique, le droit ne l'impose pas. Le rôle du juge est d'être un recours, de déterminer les bornes à ne pas dépasser et, dans le cas du référé liberté, de vérifier que le curseur a été correctement placé entre les impératifs sanitaires et les libertés publiques. Nous avions déjà été confrontés à cela dans le cadre de l'état d'urgence terroriste, mais les recours ne concernaient alors que quelques personnes. Ici, tous les Français sont appelés à limiter leur liberté afin de protéger tous les Français, de sorte que l'enjeu consiste davantage à définir un équilibre entre libertés, plutôt qu'à concilier des objectifs de sécurité qui s'opposeraient à des libertés individuelles. On nous a demandé dans certains cas de prendre les commandes du pays, mais ce n'est pas le rôle du juge ! Nous avons avec force, mais également

[7] B. Lasserre, « Entretien », *LPA*, 13 mai 2020, p. 3.

> humilité, rappelé que l'État de droit c'est aussi – et peut-être avant tout – la séparation des pouvoirs. »[8]

L'étude de Marie-Odile Perroux-Sissoko rend justice à la jurisprudence de la Haute assemblée, sans en méconnaître la dimension parfois critiquable[9]. La notion de liberté fondamentale est limitativement entendue : la méconnaissance du principe d'égalité ne porte pas par elle-même atteinte à une liberté fondamentale, le droit à la santé n'est pas invocable ni semble t-il le principe de précaution. De même la confrontation des libertés et intérêts en présence, prenant en compte particulièrement les faits et le contexte, va plutôt dans le sens des mesures de sécurité sanitaire. Cependant la compétence de l'autorité publique est réellement encadrée : réserves d'interprétation, obligations de résultat, redéfinition des compétences en matière de police administrative… « le juge administratif, sous couvert de rester délimité par son office, accroît son rôle face à celui de l'autorité publique »[10]

Quelques espèces illustrent ces analyses.

L'ordonnance du 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*[11], refuse le confinement total :

> « il appartient à ces différentes autorités de prendre, en vue de sauvegarder la santé de la population, toutes dispositions de nature à prévenir ou à limiter les effets de l'épidémie. Ces mesures, qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux, comme la liberté d'aller et venir, la liberté de réunion ou encore la liberté d'exercice d'une profession doivent, dans cette mesure, être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent ».

Le rappel du triple test de proportionnalité, issu de la jurisprudence allemande, situe la requête dans le cadre classique du contrôle des mesures de police administrative.

> « Si un confinement total de la population dans certaines zones peut être envisagé, les mesures demandées au plan national ne peuvent, s'agissant en premier lieu du ravitaillement à domicile de la population, être adoptées, et organisées sur l'ensemble du territoire national, compte tenu des moyens dont l'administration dispose, sauf à risquer de graves ruptures d'approvisionnement qui seraient elles-mêmes dangereuses pour la protection de la vie et à retarder l'acheminement des matériels indispensables à cette protection ».

En revanche, pour le dépistage, la haute assemblée relève que les autorités ont pris les dispositions avec l'ensemble des industriels en France et à l'étranger pour augmenter les capacités de tests dans les meilleurs délais. La limitation, à ce jour, des tests aux seuls personnels de santé présentant des symptômes du virus résulte d'une insuffisante disponibilité des matériels. Cette motivation laconique écarte une demande pourtant légitime, eu égard au caractère crucial du dépistage. Une attitude similaire est adoptée pour les requêtes en référé-liberté

---

[8] *Ibid.*

[9] M.-O. Perroux-Sissoko, « Quel rôle pour le Conseil d'État dans le confinement des libertés ? », *Le blog Droit administratif*, 4 mai 2020.

[10] *Ibid.*

[11] C. Vallar, « Covid-19 : le Conseil d'État en faveur d'un confinement modulé et adapté », note sous CE, ord., 22 mars 2020, *AJDA*, 2020, p. 851.

déposées en Guadeloupe et auxquelles le tribunal avait fait droit[12], enjoignant au centre hospitalier universitaire (CHU) de la Guadeloupe et à l'agence régionale de santé (ARS) de passer commande des doses nécessaires au traitement de l'épidémie de la covid-19 par l'hydroxychloroquine et l'azithromycine, comme défini par l'Institut hospitalo-universitaire Méditerranée infection, et de tests de dépistage de la covid-19, le tout en nombre suffisant pour couvrir les besoins présents et à venir de la population de l'archipel guadeloupéen. Le Conseil les rejette en appel[13].

À vrai dire, les demandes en référé-liberté se multiplient et toutes échouent, le Conseil d'État défendant systématiquement les décisions (ou l'absence de décision) des autorités[14].

Il y a eu des censures néanmoins. Le Conseil d'État ordonne la suspension sans délai de la surveillance par drones dans le cadre du déconfinement à Paris (ordonnance du 18 mai 2020). Pour la juridiction, l'utilisation de tels dispositifs sans qu'elle ne soit encadrée par un texte réglementaire pris après avis de la Cnil ou sans qu'elle ne garantisse l'anonymat des personnes filmées constitue « une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie privée ». Le Conseil d'État avait été saisi par la Ligue des droits de l'homme et la Quadrature du Net, après le rejet d'un recours devant le tribunal administratif.

Le maire de Sceaux ne peut imposer le port du masque sur sa commune. C'est en résumé ce que confirme le Conseil d'État dans son ordonnance de référé du 17 avril 2020. L'arrêté du maire avait été suspendu par le TA de Cergy-Pontoise le 9 avril 2020. Philippe Laurent (UDI) avait interjeté appel devant la haute juridiction, qui donne raison à la Ligue des droits de l'homme et au gouvernement. « En l'absence de circonstances locales particulières », le maire ne peut édicter un tel arrêté qui, par ailleurs, nuit à la cohérence des mesures nationales et des messages de prévention :

> « Les maires peuvent contribuer à la bonne application des mesures décidées par l'État sur le territoire de leur commune, notamment en interdisant l'accès à des lieux où sont susceptibles de se produire des rassemblements »,

précise le Conseil d'État dans un communiqué commentant l'ordonnance. En revanche, ils ne peuvent, de leur propre initiative, prendre d'autres mesures destinées à lutter contre la catastrophe sanitaire,

> « à moins que des raisons impérieuses liées à des circonstances locales les rendent indispensables et à condition de ne pas

[12] TA Guadeloupe, 27 mars 2020*, Union générale des travailleurs de la Guadeloupe*, n° 2000295, *AJDA*, 2020, p. 700.
[13] CE, ord., 4 avril 2020, *CHU de la Guadeloupe, ministre des solidarités et de la santé*, n° 4399040, *AJDA*, 2020, p. 756.
[14] CE, ord., 28 mars 2020, *Le Syndicat des médecins d'Aix et région*, n° 439726, *AJDA*, 2020, p. 700, pour la production de masques et de tests de dépistage ; CE, ord., 28 mars 2020, n° 439765, *AJDA*, 2020, p. 700 , demande de recommandation temporaire d'utilisation d'hydroxychloroquine à l'hôpital et en ambulatoire ; CE 28 mars 2020, n° 439693, *AJDA*, 2020, p. 700, approvisionnement et distribution de matériels de protection suffisants pour les professionnels de santé [masques, gel hydroalcoolique, surblouses, charlottes, gants, surchaussures et lunettes de protection].

> compromettre la cohérence et l'efficacité de celles prises par les autorités de l'État »[15].

Le juge des référés ordonne au ministre de l'Intérieur et à l'OFII de rétablir dans un délai de cinq jours et dans les conditions sanitaires imposées par la covid-19, l'enregistrement des demandes d'asile, en priorité de celles émanant des personnes présentant une vulnérabilité particulière, et de rouvrir la plateforme téléphonique de prise de rendez-vous[16].

De même ordonne-t-il au Gouvernement de lever l'interdiction générale et absolue de réunion dans les lieux de culte et d'édicter à sa place des mesures strictement proportionnées aux risques sanitaires et appropriées au début du « déconfinement »[17].

Et plus récemment il a fait preuve de sens de la mesure par deux ordonnances : le juge des référés du Conseil d'État estime que les préfets du Bas-Rhin et du Rhône pouvaient imposer le port du masque dans des zones larges, afin que cette obligation soit cohérente et facile à appliquer pour les citoyens. Toutefois ces périmètres étendus doivent être délimités – et se justifier – par l'existence de plusieurs zones à fort risque de contamination. Le port du masque peut ainsi être imposé sur l'ensemble d'une commune densément peuplée comme Lyon ou Villeurbanne, mais doit être limité au centre-ville dans les communes moins denses[18].

La Haute assemblée ne saurait par conséquent être taxée de suivisme ou de complaisance, même si certaines décisions sont critiquables.

B. Un Conseil constitutionnel absent ?

Le Conseil constitutionnel autorise qu'il puisse être dérogé à la Constitution dans certaines circonstances, dont celle de l'épidémie de la Covid-19. Par une décision que certains ont qualifiée de « pire décision que le Conseil constitutionnel a prise depuis 1958 », il a en effet jugé qu'il pouvait être dérogé à la Constitution et en l'espèce aux modalités de vote et d'adoption des lois organiques telles que prévues à l'article 46 de la Constitution, compte tenu de « circonstances particulières de l'espèce » , soit l'épidémie de la Covid-19[19].

Cette décision, totalement inédite, consacre le caractère proprement dérogatoire et exceptionnel de ce régime de l'état d'urgence sanitaire. Si le Conseil constitutionnel s'est défendu en indiquant qu'il s'agissait d'une « appréciation au regard de la situation d'espèce » liée au Covid-19, l'on peut toutefois en douter au vu de la largesse de l'expression « circonstances particulières ». Certes, il a également jugé que les dispositions de la loi organique suspendant le délai de transmission par le Conseil d'État et la Cour de cassation des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) jusqu'au 30 juin 2020, ne remettaient pas « en cause l'exercice de ce recours, ni interdi[-saient] qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période». Il n'a donc

---

[15] CE, ord. réf., 17 avril 2020, *Commune de Sceaux*, n° 440057.
[16] CE, ord. réf., 30 avril 2020, *Ministre de l'Intérieur et Office français de l'immigration et de l'intégration,* n° 440250 et 440253.
[17] CE, ord. réf., 18 mai 2020, *Association Civitas*, n° 440361 et 440511.
[18] CE, ord. réf., 6 septembre 2020, n° 443750 et CE, ord. réf., 6 septembre 2020, n° 443751.
[19] Décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*.

pas totalement fermé la porte à ce que des QPC portant sur le régime de l'état d'urgence sanitaire puissent lui être transmises.

> « On sait désormais, vu l'attristante décision du 26 mars 2020 et l'effet cliquet qu'elle enclenche, qu'il n'y a rien non plus à attendre du contrôle du Conseil constitutionnel, lequel se révèle en ces temps de grave crise sanitaire (notamment) non pas un garde-fou mais un risque pour les droits et libertés constitutionnels »[20].

Ce réquisitoire sévère semble bien excessif. Il est vrai que ladite décision est pour le moins singulière, mais a-t-elle en quoi que ce soit remis en cause une quelconque liberté fondamentale ? Dans la foulée, la juridiction constitutionnelle a repris ses habits de contrôleur vigilant.

Le Conseil constitutionnel émet, en effet, plusieurs réserves d'interprétation sur le projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire, et censure des dispositions relatives à l'isolement des malades et au traçage numérique, dans sa décision n° 2020-800 du 11 mai 2020. Il valide le prolongement de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020, le régime de responsabilité pénale des élus et des employeurs dans le cadre de la crise sanitaire, ainsi que l'extension des pouvoirs de constat d'infractions aux mesures de l'état d'urgence sanitaire.

> Il estime que les mesures « consistant en un isolement complet » d'un individu, c'est-à-dire impliquant une interdiction de toute sortie, sont « des mesures privatives de libertés ». « 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 », précise-t-il.

Par une réserve d'interprétation, il considère que les dispositions de la loi ne sauraient permettre la prolongation des mesures de mise en quarantaine ou de placement en isolement imposant de demeurer à son domicile pendant plus de douze heures par jour « sans l'autorisation du juge judiciaire ».

Il censure par ailleurs une disposition ayant pour effet de laisser subsister, au plus tard jusqu'au 1er juin 2020, le régime juridique actuellement en vigueur des mesures de mise en quarantaine et de placement et maintien à l'isolement en cas d'état d'urgence sanitaire. Selon lui,

> « le législateur n'a assorti leur mise en œuvre d'aucune autre garantie, notamment quant aux obligations pouvant être imposées aux personnes y étant soumises, à leur durée maximale et au contrôle de ces mesures par le juge judiciaire dans l'hypothèse où elles seraient privatives de liberté ».

S'agissant des fichiers de santé, le Conseil constitutionnel ajoute, par une réserve d'interprétation, que l'exigence de suppression des noms et prénoms des intéressés, de leur numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques et de leur adresse, dans les parties de ces traitements ayant pour finalité la surveillance épidémiologique et la recherche contre le virus, « doit également s'étendre aux coordonnées de contact téléphonique ou électronique des intéressés ». Il censure la possibilité, pour les organismes qui assurent

[20] P. Cassia, « Le Conseil constitutionnel déchire la Constitution », *blog Mediapart*, 27 mars 2020.

l'accompagnement social des malades, d'accéder aux données médicales.

> « 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 ».

Toujours par une réserve d'interprétation, il considère qu'il appartiendra au pouvoir réglementaire

> « de définir des modalités de collecte, de traitement et de partage des informations assurant leur stricte confidentialité et, notamment, l'habilitation spécifique des agents chargés, au sein de chaque organisme, de participer à la mise en œuvre du système d'information ainsi que la traçabilité des accès à ce système d'information ».

Il souligne également que si les organismes peuvent recourir à des sous-traitants, ces derniers

> « agissent pour leur compte et sous leur responsabilité ». « Pour respecter le droit au respect de la vie privée, ce recours aux sous-traitants doit s'effectuer en conformité avec les exigences de nécessité et de confidentialité ».

Enfin il censure également la nécessité d'obtenir un avis « conforme » de la Cnil comme condition d'application des fichiers de suivi des contacts. Les dispositions de la Constitution

> « 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 ».

Il censure en outre une mesure du contrôle parlementaire prévoyant une transmission immédiate à l'Assemblée nationale et au Sénat d'une copie de chacun des actes pris en application du texte.

Il exerce donc la plénitude de ses fonctions…

Dans sa décision n° 220-803 du 9 juillet 2020, *Loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*, si le Conseil valide le texte déféré, il le fait en en examinant précisément les dispositions. Ainsi à titre d'exemple pour l'interdiction des rassemblements ou réunions publics a-t-il insisté notamment sur le fait que l'exigence de stricte proportionnalité imposait qu'une telle mesure ne puisse être ordonnée que pour « des motifs tenant à l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutte contre la propagation de l'épidémie de covid-19 » (paragr. 25). Une utilisation de cette interdiction pour toute autre raison, afin d'éviter la tenue d'une manifestation, serait donc un détournement de cette procédure.

Sur l'instauration d'une peine délictuelle pour la violation réitérée des mesures de réglementation et d'interdiction prises après la fin de l'état d'urgence sanitaire, les sénateurs requérants faisaient valoir que ces dispositions violaient le principe de légalité des délits et des peines au motif que les mesures dont la méconnaissance constitue un délit ne seraient pas suffisamment définies par le législateur, qui en aurait laissé la détermination au pouvoir réglementaire.

Le Conseil a jugé que le législateur a suffisamment déterminé le champ des obligations et interdictions qui peuvent être édictées par le pouvoir réglementaire ainsi que les conditions dans lesquelles leur méconnaissance constitue un délit (paragr. 34). Il a donc écarté le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines.

Enfin sa décision n° 2020-808 du 13 novembre, *Loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire*, valide le texte en l'examinant selon ses méthodes éprouvées.

La Cour de cassation aussi a joué son rôle de gardienne de la liberté individuelle. Le système de prolongation automatique de la détention provisoire institué dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire n'est compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme « qu'à la condition qu'un juge judiciaire examine à bref délai, s'il ne l'a déjà fait, la nécessité de la détention en cause ». C'est ce qu'a considéré la chambre criminelle de la Cour de cassation dans deux arrêts rendus le 26 mai 2020. Elle a renvoyé de ce fait au Conseil constitutionnel deux QPC sur la constitutionnalité de cette disposition issue d'une ordonnance du 25 mars 2020.

C. Un Parlement démissionnaire ?

Aucune leçon n'a non plus été tirée de l'absence de contrôle effectif des régimes d'exception par le Parlement dans le cadre de la loi du 3 avril 1955. Dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le législateur, a, dans des termes exactement identiques à ceux de la loi du 3 avril 1955, prévu aux termes de l'article L. 3131-13 du CSP que

> « l'Assemblée nationale et le Sénat [étaient uniquement] informés sans délai des mesures prises par le gouvernement au titre de l'état d'urgence sanitaire » leur offrant en outre la possibilité de requérir des informations complémentaires. Il est fort probable que ce contrôle parlementaire qualifié par certains de « tigre de papier », « ne conduira (comme pour l'état d'urgence de la loi du 3 avril 1955 ou les mesures de la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure) qu'à la production de rapports parlementaires utiles aux seuls chercheurs en droit ou en sciences sociales, tant il est exclu en l'état de la séparation des pouvoirs à la française que le parlement de la République contrôle de manière effective l'action du gouvernement »[21].

Le pessimisme de cette appréciation en est presque outrancier. En aucun cas le Parlement n'a été réduit au rôle terne de chambre d'enregistrement, qu'il s'agisse du Sénat ou de l'Assemblée nationale.

Le Sénat crée d'emblée une mission de contrôle au sein de la commission des lois : installée dés le début de l'état d'urgence sanitaire, elle se livre à un travail intensif afin de veiller que les restrictions aux libertés soient nécessaires et proportionnées.

À titre d'exemple révélateur, réunie le 20 mai 2020, la commission des lois du Sénat a adopté une version fortement modifiée du projet de loi relatif à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, et à d'autres mesures urgentes.

Ce texte prévoyait initialement 40 habilitations à légiférer par ordonnances, ce nombre ayant été ramené à 24 habilitations lors des travaux de l'Assemblée nationale. La commission des lois du Sénat les a réduites à 10, tout en précisant leur champ d'application.

La commission des lois n'a accepté de déléguer le pouvoir législatif au Gouvernement pour qu'il l'exerce par ordonnances que dans les seuls cas

[21] A. Jacquin et E. Daoud, « L'État d'urgence ou l'État de droit mutilé », *AJ Pénal*, 2020, p. 196.

où cette méthode s'avérait indispensable pour prendre en compte les conséquences de l'épidémie, et seulement lorsqu'il n'était pas possible de traiter la question directement dans la loi.

La commission a également raccourci les délais d'habilitation et de ratification retenus par le Gouvernement, des délais trop longs étant contradictoires avec le caractère urgent du projet de loi. Comme l'indique Muriel Jourda, rapporteur :

> « le Gouvernement prétexte l'urgence pour demander au Parlement de se dessaisir de sa compétence pour des périodes d'une longueur injustifiable et dans de nombreux domaines de notre droit. Comment invoquer l'urgence quand, par ailleurs, de nombreuses habilitations sont demandées pour 6 mois, voire 15 mois ? ».

La commission a été particulièrement attentive aux droits des justiciables. Ainsi, elle a rejeté l'extension de l'expérimentation des cours criminelles , qui remet en cause la tradition démocratique du jury à la française et les cours d'assises. Selon Philippe Bas, président de la commission,

> « On ne peut accepter de multiplier les mesures dont l'unique objet est d'adapter nos règles juridiques à la faiblesse des moyens humains et matériels mis en œuvre ; or, tel est bien l'objet de l'extension demandée par le Gouvernement. L'essence même des réformes dans le domaine de la justice est de conforter les garanties offertes aux justiciables, non de les amoindrir au seul motif que les moyens ne sont pas là ».

Par ailleurs, la commission a supprimé des habilitations pour réformer directement, notamment :

- les règles d'emploi des gendarmes volontaires et de la réserve civile de la police nationale ;

- les règles de protection des consommateurs, pour faciliter leur indemnisation ;

- l'expérimentation relative au seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées alimentaires, afin de faciliter l'écoulement des stocks de produits saisonniers.

La commission a, enfin, accepté le report de l'entrée en vigueur du nouveau code de la justice pénale des mineurs, afin que le Parlement puisse avoir sur cette réforme un débat préalable approfondi.

Pour ce qui est de l'Assemblée nationale, une mission d'information sur la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-COVID19 a été créée par la Conférence des présidents du 17 mars 2020. Ses modalités d'organisation et de fonctionnement ont été précisées par le Conférence des présidents du 24 mars 2020.

Cette mission transversale et à durée indéterminée, au sein de laquelle l'ensemble des commissions permanentes et des délégations sont représentés et à laquelle les présidents de groupe sont associés, a pour objectif, dans une première phase, d'assurer un suivi renforcé de la gestion de la crise sanitaire et des mesures prises dans le cadre de l'urgence sanitaire conformément à ce que prévoit la loi du 23 mars 2020.

Le président de l'Assemblée nationale, président de la mission d'information en est le rapporteur général et les huit présidents de commission en sont les co-rapporteurs.

Un nouveau rapporteur général issu du premier groupe de l'opposition ainsi qu'un co-rapporteur de la majorité ont été désignés lorsque la mission a débuté la deuxième phase de ses travaux en étant dotée des prérogatives d'une commission d'enquête.

En effet, à l'issue de la période d'urgence sanitaire, dans une seconde phase, le champ des travaux de la mission a été élargi à l'évaluation de la gestion de la crise et à ses conséquences, notamment en matière économique, budgétaire, sociale, culturelle et internationale. La mission est en charge d'émettre sur ces sujets toutes les recommandations et préconisations qu'elle juge utiles.

Si une juste crainte anime de nombreux juristes, philosophes et autres penseurs de toutes disciplines, elle ne doit pas pour autant amener à croire déceler les prémices d'un État totalitaire. Le seul fait qu'elle s'exprime librement en la preuve irréfutable.

7. Les centres de rétention administrative face à l'état d'urgence sanitaire et aux recours en référé-liberté devant le Conseil d'État

Morgane Reclus
Doctorante en droit public, Université Côte d'Azur,
Centre d'études et de recherche en droit administratif,
constitutionnel, financier et fiscal (CERDACFF)

« La raison ne se soumettrait jamais si elle ne jugeait
qu'il y a des occasions où elle se doit soumettre.
Il est donc juste qu'elle se soumette
quand elle juge qu'elle se doit soumettre »
(Blaise Pascal, Pens. XIII, 4)

1. Propos liminaires. D'abord placé comme observateur stupéfait face à la flambée de cas de pneumonie humaine d'origine inconnue en Chine, l'État français se retrouve quelques mois plus tard, comme la plupart des pays du monde[1], touché de plein fouet. L'agent causal identifié est un nouveau coronavirus[2]. Encore inconnu il y a moins d'une année, il est aujourd'hui au centre de toutes les attentions et de tous les débats, notamment juridiques. Abstraction faite d'une présentation exhaustive et chiffrée, cette pandémie a, rappelons-le tout de même, engendré des difficultés visibles et distinctes pour les populations et leur gouvernement respectif. Dans le dessein de juguler sa propagation, les autorités publiques ont pris une pluralité de mesures, jugées trop permissives pour certains et liberticides pour d'autres. À l'épreuve de l'incertitude scientifique et de l'accroissement du sentiment de peur voire de panique au sein de la société, des mesures nationales de confinement ont été déclarées dans plusieurs pays, dont la France. Il a en effet été interdit « tout déplacement de personne hors de son domicile […] en évitant tout regroupement de personnes »[3]. Eu égard au contexte sanitaire de mars dernier, ces restrictions apparaissent compréhensibles mais ont posé des difficultés dans leur mise en œuvre, notamment pour ce qui est du fonctionnement des centres de rétention administrative.

[1] Jonhs Hopkins University of Medecine. COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU) (consulté le 20 septembre 2020) ; voir https://coronavirus.jhu.edu/map.html
[2] Organisation mondiale de la santé (OMS), Questions sur les nouveaux coronavirus. 17 avril 2020 ; voir https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/q-a-coronaviruses
[3] Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, art. 3.

Non sans rappeler les écrits de Jean-Jacques Rousseau, particulièrement son célèbre Contrat social, les promesses de sécurité, tranquillité et santé publiques mènent l'individu à restreindre ses libertés, même les plus fondamentales[4]. Le juriste doit alors être très attentif et agir en sentinelle surveillant que la restriction ne se transforme pas en disproportion voire en extinction arbitraire. Le contexte de crise requiert évidemment un temps de concessions de la part des individus, mais jamais d'abandon.

De fait, la recherche permanente d'un juste équilibre entre contrainte de l'urgence et impératif de sauvegarde des libertés constitue un exercice impérieux face auquel aucun gouvernement, tout du moins de nature démocratique, ne peut se soustraire. La communauté académique s'accorde pour constater que les modalités de gestion de la crise adoptées par le Gouvernement ont été vectrices de nombreuses interrogations en droit public[5], le droit des étrangers ayant aussi inévitablement été impacté. Cette communication vise donc à proposer une réflexion juridique quant à la situation des centres de rétention administrative en période de crise sanitaire, notamment face aux recours en référé-liberté devant le Conseil d'État.

2. La question de l'opportunité de fermer temporairement les centres de rétention administrative. Les centres de rétention administrative sont des « locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire »[6] dans lesquels « sont placés en rétention par l'autorité administrative »[7] les étrangers visés par les conditions du paragraphe II de l'article L. 551-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et de l'asile (Ceseda). Bien que distincts de l'administration pénitentiaire, ils ont pour similitude d'être des lieux de privation de liberté. En ce sens, lorsque par arrêté du 14 mars 2020[8], le ministre de la Santé précise la nature des lieux accueillant du public considérés comme « non indispensables à la vie de la Nation »[9] qui devront fermer en conséquence leurs portes, les centres de rétention administrative n'en font partie. Alerté par ce qui peut être apprécié comme un paradoxe, plusieurs associations se sont saisies de la question et de ses enjeux. Il est vrai que les mesures drastiques imposées au même moment, comme le confinement ou encore la distanciation physique[10], ne semblaient pouvoir être pleinement mises en

[4] Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat social ou Principes du droit politique*, L.I, Ch.VI : « L'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté. Car, premièrement, chacun se donnant tout entier, la condition est égale pour tous, et la condition étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres ».

[5] En témoigne le nombre important d'articles traitant des différentes difficultés posées dans plusieurs domaine du droit public : J. Petit, « L'état d'urgence sanitaire », *AJDA*, 2020, p. 833 ; J.-M. Pastor, « L'accès au juge administratif pendant l'épidémie », *Dalloz actualité*, 17 avril 2020 ; J. Roux, « Report du second tour des élections municipales », *D.*, 2020, p. 816.

[6] Art. L. 551-1, I. du code de l'entrée et du séjour des étrangers et de l'asile.

[7] *Ibid.*

[8] Cet arrêté fut modifié à de nombreuses reprises (arrêté du 16 mars 2020 ; arrêté du 17 mars 2020 ; arrêté du 19 mars 2020) sans toutefois modifier la situation des centres de rétention administrative quant à leurs modalités de fonctionnement.

[9] Déclaration du Premier ministre, 14 mars 2020, à consulter : https://www.gouvernement.fr/partage/11445-point-presse-coronavirus-declaration-sur-l-evolution-de-la-situation-en-france

[10] L'arrêté du 15 mars 2020 complétant l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19 dispose dans article 1er que ces

œuvre dans ces lieux. Ces possibles atteintes aux libertés et droits des étrangers placés en rétention ont dès lors fait l'objet d'une passe-d'arme entre le secteur associatif et le juge des référés du Palais Royal. En témoigne, les recours en référé-liberté déposés par le GISTI, ADDE, le Syndicat des avocats de France, la Cimade et le Conseil national des barreaux, le 23 mars 2020. À cette occasion, les requérants demandaient qu'il soit enjoint à l'administration de fermer temporairement les centres de rétention administrative. Cette question de l'opportunité de garantir le fonctionnement de ces centres durant la pandémie a été tranchée, faisant l'objet d'une ordonnance de rejet du Conseil d'État le 27 mars 2020. Loin de se satisfaire de cette décision, les requérants ont cette fois saisi, sur le cas spécifique du centre de rétention administrative de Vincennes, le tribunal administratif de Paris. Malgré une ordonnance remarquée du juge des référés[11], la Haute juridiction confirmera le raisonnement utilisé dans l'ordonnance du 27 mars pour annuler l'ordonnance du tribunal précitée[12].

3. Le référé-liberté comme procédure d'urgence privilégiée en période de crise. Argument de création défendu lors de loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, l'urgence de la situation justifie aujourd'hui l'unicité de la procédure de référé-liberté. Consacré à l'article L. 521-2 du code de justice administrative, cet instrument permet au juge d'ordonner

> « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ».

À l'appui de cette disposition et depuis les premières annonces du Président de la République et du Gouvernement, nombre de syndicats, d'associations ou de groupes d'experts se saisissent de cet instrument pour dénoncer les carences de l'État à prendre les mesures appropriées pour garantir la santé publique.

Le référé-liberté présente de réels avantages pour les requérants, notamment pour ce qui est de sa mise en œuvre simplifiée et sa procédure d'instruction accélérée. Ces deux spécificités expliquent à elles seules que cette procédure soit si fortement mobilisée, *a fortiori* en droit des étrangers. Elle représente, tant d'un point de vue des autres procédures d'urgence[13], que des recours contentieux, une voie privilégiée pour les requérants, davantage en période exceptionnelle. Cette communication intéresse les centres de rétention administrative en tant que lieux de privation de liberté *face au* référé-liberté en tant qu'outil de sauvegarde des libertés fondamentales.

---

mesures « définies au niveau national, doivent être observées en tout lieu et en toute circonstance ».

[11] L'article 1er de l'ordonnance n° 2006287-2006288-2006289/9 du 15 avril « enjoint aux autorités administratives compétentes de lever la rétention de tout étranger placé au centre de rétention administrative (CRA) de Vincennes qui serait testé positif au covid-19 et de l'orienter vers un centre de l'Agence régionale de santé (ARS) d'Île-de-France ».

[12] CE, ord., 7 mai 2020, n° 440255.

[13] Notamment vis-à-vis du référé-suspension qui nécessite selon les termes de l'article L. 521-1 du CJA, qu'au préalable ou simultanément, l'étranger ait demandé au juge administratif l'annulation de la décision.

4. Intérêt du sujet. À l'aune d'une actualité juridique florissante en la matière, la communication proposée vise donc à s'interroger sur les centres de rétention administrative face aux recours en référé-liberté devant le Conseil d'État. L'emploi de la locution prépositive « face à » se justifie par la volonté de souligner l'existence d'une relation de confrontation voire d'affrontement entre ces deux objets d'étude. D'un côté, un établissement qui a pour fonction d'enfermer les étrangers en situation irrégulière, visés par une mesure d'éloignement ou d'interdiction de territoire, symbolisant l'administration sous le prisme de ses prérogatives de puissance publique. De l'autre, un outil procédural qui a pour fonction de sauvegarder les libertés fondamentales de toute atteinte grave et manifestement illégale pouvant être commise directement ou indirectement par l'administration, symbolisant dès lors l'État de droit[14].

5. Problématique. Constatant les carences de l'Administration comme l'incapacité de prendre, au moment opportun, des mesures de police administrative, fidèles aux mesures de confinement décrétées, les difficultés liées au fonctionnement des centres de rétention administrative ont conduit à une pluie de référé-liberté devant le juge administratif. Aussi, ce sont deux principaux arguments qui ont été opposés à l'administration. Le premier est relatif aux atteintes grave et manifestement illégale à diverses libertés fondamentales en raison des conditions de fonctionnement *dégradées* en période de crise sanitaire (I). Le second porte sur l'opportunité de garantir l'ouverture de ces lieux durant la pandémie, tant au regard des consignes gouvernementales que des obstacles pratiques à la mise en œuvre effective des mesures d'éloignement (II).

I. Sur les conditions de fonctionnement des centres de rétention administrative en période de crise sanitaire et les possibles atteintes à diverses libertés fondamentales associées

6. Un constat similaire d'autorités administratives indépendantes : le Défenseur des droits et le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Le constat de

> « l'absence totale d'information de la population retenue, hébergement collectif dans la promiscuité, maintien de la restauration collective et défaut complet de protection, tant de la population retenue que des fonctionnaires de police »[15]

a mené le Défenseur des droits[16], M. Jacques Toubon, ainsi que le contrôleur général des lieux de privation de liberté, Mme Adeline Hazan, à interpeller le gouvernement, dès le début de la crise, sur la situation sanitaire préoccupante de ces centres. Ils recommandaient que

---

[14] O. Le Bot, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, Paris, LGDJ, 2007.

[15] Communiqué du CGLPL du 17 mars 2020 quant à la situation sanitaire des prisons et des centres de rétention administratif, à consulter : https://www.cglpl.fr/2020/situation-sanitaire-des-prisons-et-centres-de-retention-administrative-le-cglpl-demande-la-prise-de-mesures-pour-la-protection-des-personnes-privees-de-liberte/

[16] Le site du Défenseur des droits renseigne que dès le « jeudi 19 mars un courrier [*a été adressé*] au ministre de l'Intérieur, Christophe Castaner, pour lui faire part de la situation préoccupante des personnes étrangères actuellement retenues dans les centres de rétention administrative (CRA) français », à consulter : https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/actualites/2020/03/covid-19-face-aux-risques-de-contamination-le-defenseur-des-droits-demande-la

> « des mesures immédiates et concrètes soient prises pour la protection des personnes privées de libertés et de leurs droits » et concluaient communément à la nécessité de « procéder sans délai à la fermeture temporaire des centres et locaux de rétention administrative »[17].

7. Les moyens de légalité soulevés par les requérants. Les recours s'appuient sur les observations susvisées pour démontrer que les conditions de fonctionnement des centres de rétention administrative ne permettent pas de garantir le respect des mesures gouvernementales. Ils dénoncent ainsi l'inaction de l'État dans le domaine. Considérées comme contraires aux impératifs liés aux restrictions du confinement, les conditions de fonctionnement de ces centres constitueraient, selon eux, une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie[18], au droit de recevoir les soins que requiert son état de santé[19] et à la liberté d'aller et venir[20]. Notons que toutes ces libertés sont garanties au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (CJA), alors que le droit à la santé invoqué initialement, quant à lui, n'est pas une liberté fondamentale au sens du référé-liberté[21] comme l'a jugé le Conseil d'État dans son arrêt *Garde des sceaux c. B.* du 8 septembre 2005[22].

Plus que le débat sur la reconnaissance de ce droit comme liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA, c'est bien la notion de carence de l'État qui doit attirer l'attention. Sur ce point, l'ordonnance du Conseil d'État s'inscrit dans la continuité du raisonnement qu'il fait désormais sien dans divers domaines[23]. Somme toute, l'État fait ce qu'il peut, comme il peut, quand il peut.

8. L'appréciation de la notion de carence de l'État par le Conseil d'État. Cette ordonnance apporte en premier lieu des précisions sur l'office du juge des référés. Depuis les prémices de cette crise sanitaire, le Conseil d'État rejette la kyrielle de référés-liberté dont il est saisi[24] avec une conclusion désormais devenue célèbre, selon laquelle

> « aucune carence de l'État entrainant une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale n'est caractérisée en l'état de l'instruction »[25].

Le juge des référés du Palais Royal précise, de façon prudente, l'appréciation de la notion de carence, lorsque celle-ci se trouve mobilisée en période exceptionnelle. Il juge en ce sens que

> « le caractère manifestement illégal de l'atteinte doit s'apprécier notamment en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a déjà prises »[26].

---

[17] Déjà énoncées dans leurs recommandations du 17 et 19 mars, le Défenseur des droits ainsi que le CGLPL ont notamment réitéré leurs inquiétudes en ce sens, les 18 et 20 avril 2020 suivants.
[18] CE, 13 août 2013, *Min. de l'intérieur c/ Cne de St Leu*, n° 370902.
[19] CE, 13 décembre 2017, *Pica-Picard*, n° 415207.
[20] CE, ord., 9 janvier 2001, *Desperthes*, n° 22892.
[21] M. Laudijois, « Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale », *AJDA*, 2006, p. 376.
[22] CE, ord., 8 septembre 2005, n° 284803.
[23] J. Micchielli, « Les avocats, les référés-liberté et le Conseil d'État », *D.* actu, 17 avril 2020.
[24] « Des référés-liberté tous azimuts – Conseil d'État, 2 avril 2020 – », *AJDA*, 2020, p. 756.
[25] À titre illustratif, et plus récemment : CE, ord., 14 mai 2020, n° 440413 et CE, ord., 15 mai 2020, n° 440369.
[26] CE, ord., 27 mars 2020, n° 439720, cons. 2

À la lecture de ce considérant, il est aisé de constater que la nature exceptionnelle de la période n'influe aucunement le juge administratif à adopter une appréciation large de cette notion. Aussi, lorsque les contraintes de l'urgence nécessitent de la proactivité de la part des autorités publiques compétentes, l'office du juge des référés se confine à apprécier la nature et l'étendue des mesures d'ores et déjà mises en œuvre par lesdites autorités au jour où il statue. En conclusion, le simple fait que ces mesures aient été prononcées tardivement ne relève pas de son appréciation et ne constitue pas une carence portant assurément une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

À n'en pas douter, cette interprétation restrictive fera l'objet de débats futurs. Bien qu'elle s'explique par une prise en compte indispensable des difficultés rencontrées par l'État et par la volonté de ne pas transformer le référé-liberté en arme de déstabilisation perpétuelle de l'action publique, elle entraîne des conséquences non négligeables en pratique, ce qui oblige naturellement à la repenser en période de crise.

9. L'argument de diminution des étrangers retenus dans les centres comme raisonnement fragilisé par la pratique. Le Conseil d'État juge que la fermeture temporaire des centres de rétention administrative n'est pas nécessaire puisque

> « le nombre de personnes retenues […] a diminué dans des proportions très importantes depuis que l'épidémie de covid-19 a atteint la France »[27].

À la suite, il rappelle, en vertu de l'article L. 512-1 du Ceseda, que c'est au juge des libertés et de la détention qu'il appartient de mettre fin à la rétention « lorsqu'elle ne se justifie plus pour quelque motif que ce soit ». Dans les faits, la majorité des juges des libertés et de la détention ordonne la remise en liberté des étrangers retenus dans les centres[28]. Cependant, ce raisonnement interroge et la logique choisie peut laisser perplexe à certains égards. En premier lieu, cela signifie que le juge judiciaire, en respectant les préconisations d'autorités administratives indépendantes, à l'instar du Défenseur des droits, permet au juge administratif d'exclure tout comportement fautif des autorités publiques. Au-delà du questionnement rhétorique énoncé, cet argument se trouve fragilisé par la pratique elle-même. Les décisions de remise en liberté sont parfois le théâtre d'incohérences et quelques juges de la liberté et de la détention ou conseillers près les cours d'appel refusent les remises en liberté[29].

Ainsi, de façon schématique, le raisonnement du Conseil d'État repose sur la diminution du nombre d'étrangers dans les centres afin de justifier de la continuité de leur fonctionnement *mais* cette diminution est

---

[27] *Ibid.*, cons. 13

[28] J. Micchielli, « Les centres de rétention se vident, l'administration persiste », *D.* actu, 25 mars 2020.

[29] *Ibid.*, §3 : « Vendredi 20 mars, deux conseillers ont rendu des décisions contradictoires. Le premier a suivi le raisonnement de ses collègues de première instance et a confirmé la mise en liberté, la seconde, en revanche, a estimé que la preuve que le centre de rétention n'était pas adapté à la sécurité sanitaire requise n'était pas rapportée et qu'en tout état de cause, l'administration disposait d'un délai de quatre-vingt-dix jours pour éloigner la personne retenue. 'Les JLD sont excédés, ils attendaient une clarification qui n'est pas venue', explique l'avocate ».

conditionnée par la réussite des recours engagés *et* leur réussite n'est pas toujours garantie.

Dans le sillage du déconfinement, le retour à un fonctionnement *normal* de la société peut mener le juge judiciaire à accepter de nouveau le placement en rétention ou refuser la remise en liberté, alors même que des foyers infectieux subsistent. Toujours selon le raisonnement du Conseil d'État, dans l'hypothèse où le nombre d'étrangers retenus augmente de façon significative, en parallèle de la propagation du virus, faudra-t-il imputer à l'autorité judiciaire cette situation et non à l'administration au motif qu'elle ne peut garantir des conditions de fonctionnement conformes aux impératifs de sécurité sanitaire ? L'ordonnance du juge des référés du Conseil d'État du 27 mars nous enseigne que *vider* ne veut pas dire *fermer***.**

10. Le fondement juridique de la rétention administrative considéré comme obsolète par les requérants. En raison de l'absence pratique de perspective d'éloignement, les requérants soutiennent que la rétention est dépourvue de fondement légal. Lors de l'introduction des recours, mais encore aujourd'hui, les obstacles étaient et restent nombreux, entraînant des durées de maintien contraires aux termes de l'article L. 554-1 du Ceseda. En effet, cet article dispose

> qu' « un étranger ne peut être placé ou maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ ».

Au regard de cet impératif, le préfet de Mayotte avait par exemple décidé de suspendre toutes les reconduites à la frontière vers l'Union des Comores dès le 17 mars. Cette décision le plaçant dès lors dans une situation juridique délicate : ne pouvant ni reconduire ni maintenir. En Guyane, fortement impactée, le préfet avait pour sa part décidé de maintenir uniquement *en cas de nécessité*, c'est-à-dire lorsque l'étranger présente un risque vraisemblable de trouble à l'ordre public.

Pour rejeter cet argument, le Conseil d'État s'appuie sur les données transmises par le ministère de l'Intérieur et juge que

> « l'autorité administrative a pu procéder, dans la période récente, à des éloignements du territoire, en dépit des restrictions mises par de nombreux États à l'entrée sur leur territoire de ressortissants de pays tiers et de la très forte diminution des transports aériens »[30].

Au contraire de la notion de *carence de l'État*, la notion de *perspectives d'éloignement effectif du territoire* bénéficie d'une appréciation extensive de la part du Conseil d'État mais soulève elle aussi des questions. Permettre l'éloignement des personnes retenues dans ces centres, et potentiellement contaminées par le virus, apparait contraire aux recommandations de l'Organisation mondiale pour la Santé (OMS).

Ainsi, dans l'hypothèse où l'éloignement est rendu possible, il semble *déraisonnable* de prendre le risque d'une nouvelle vague de propagation du virus alors que la situation peine à se stabiliser. En somme, n'est-ce pas contraire à l'obligation première de l'État envers sa population, soit assurer la protection qu'il doit à tout citoyen français ou à toute personne se trouvant sur son territoire ? Pour conclure, ces centres ont pour fonction de garantir l'effectivité de la mesure d'éloignement mais qu'en est-il

[30] Ord., préc., cons. 16.

lorsque l'éloignement ne peut plus être ? S'agit-il d'une dénaturation ou d'une transformation de la fonction essentielle de ces centres ?

II. Sur l'opportunité de garantir l'ouverture des centres de rétention administrative en période de crise sanitaire

11. Sur la reconnaissance du caractère « essentiel à la vie de la nation » des centres de rétention administrative. Affirmé par l'arrêté du 14 mars 2020, le Conseil d'État valide sans surprise le caractère indispensable des centres de rétention administrative à la vie de la nation, justifiant de fait l'impérieuse nécessité d'assurer la continuité du service public. Au demeurant, cette position s'inscrit en cohérence avec la circulaire ministérielle du 14 mars 2020 qui considère le contentieux des étrangers comme un contentieux essentiel dont le traitement doit être assuré même en période de crise[31].

12. Sur les aspects positifs du refus de fermeture temporaire des centres de rétention administrative. Dans l'hypothèse où le Conseil d'État aurait ordonné la fermeture temporaire de ces centres, la question de l'hébergement des personnes retenues aurait été un enjeu de taille. Le Conseil d'État n'apporte néanmoins aucune précision sur les conséquences induites par une telle éventualité. Tandis que dans son ordonnance du 22 mars 2020, relative à la demande de confinement total souhaitée par le syndicat Jeunes Médecin, il énonce les risques d'une telle injonction à l'administration[32]. Ici, il n'en est rien.

Dans les faits, les étrangers en situation irrégulière, qu'ils soient sous le coup d'une mesure d'éloignement ou d'interdiction du territoire, se retrouvent souvent en situation de très grande précarité, c'est-à-dire dans des camps fortune, à la rue et avec peu ou pas d'accompagnement[33]. En outre, le Conseil d'État, saisi par la Fédération nationale du droit au logement et plusieurs autres associations de protection des migrants a, lors de son ordonnance du 2 avril 2020[34], rejeté les recours en référé-liberté tendant tous deux à demander au juge administratif d'enjoindre à l'administration de mettre à l'abri toute personne en grande précarité[35].

---

[31] Dans le cadre de la mission de suivi de la Covid-19, le second rapport d'étape thématique relatif aux juridictions judiciaires et administratives établit par le Sénat précise que le périmètre des contentieux essentiels visés par la circulaire de la Garde des Sceaux du 14 mars 2020, en matière civile sont maintenues les référés devant le tribunal judiciaire visant l'urgence, les procédures d'urgence devant le juge civil *et* les audiences du juge des libertés et de la détention civile (rétention des étrangers) ; en matière administrative sont maintenues des référés-liberté, des procédures d'urgence en contentieux des étrangers (devant être jugées en moins de 7 jours) et des contestations des listes électorales et des déclarations de candidature ; à consulter : http://www.senat.fr/rap/r19-608/r19-6086.html

[32] CE, ord., 22 mars 2020, n° 439674, cons. 8 : « Si un confinement total de la population dans certaines zones peut être envisagé, les mesures demandées au plan national ne peuvent, s'agissant en premier lieu du ravitaillement à domicile de la population, être adoptées, et organisées sur l'ensemble du territoire national, compte tenu des moyens dont l'administration dispose, sauf à risquer de graves ruptures d'approvisionnement qui seraient elles-mêmes dangereuses pour la protection de la vie et à retarder l'acheminement des matériels indispensables à cette protection »

[33] Récemment, la Cour européenne des droits de l'Homme vient de conclure à la violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme et condamnée la France pour son inaction (voir CEDH, 2 juillet 2020, n° 28820/13 ; « Demandeurs d'asile dans la rue : la France condamnée pour son inertie – Cour européenne des droits de l'Homme, 2 juillet 2020 –, *AJDA*, 2020, p. 1385).

[34] CE, ord., 2 avril 2020, n° 439763.

[35] Le juge des référés du Palais Royal estime dans son considérant 8 que : « Toutefois, outre

En pratique et dans les conditions actuelles, les centre de rétention administrative s'avèrent offrir de meilleures garanties de protection. Néanmoins, la réalité pratique doit-elle justifier et asseoir un détournement juridique de la fonction primordiale de ces centres. En conclusion, sont-ils les lieux de l'éloignement ou du confinement ?

13. Actualité de la situation administrative des personnes retenues en centres de rétention administrative. Suite à cette ordonnance, un premier cas a été détecté au centre de rétention de Paris-Vincennes. Moins de dix jours après, c'est une dizaine de personnes qui est testée positive et plus de soixante personnes qui sont placées en quatorzaine[36].

Par une décision du 18 avril, le Défenseur des droits renouvelle ses recommandations et réitère ses inquiétudes quant au

> « risque indéniable de contamination, tant pour les retenus que pour les personnels, portant au droit à la vie et à la protection de la santé une atteinte disproportionnée et alors même qu'il n'existe pratiquement aucune perspective d'éloignement à bref délai »[37].

Le 20 avril suivant, c'est le contrôleur général des lieux de privation de liberté qui saisit à nouveau le ministre de l'Intérieur, M. Christophe Castaner, pour l'alerter sur la nécessité de fermer temporairement ces centres, notamment et impérativement celui de Paris-Vincennes. Il est intéressant de constater que la juridiction administrative n'est pas insensible à ces mises en garde puisque le juge des référés du tribunal de Paris a, comme souligné dans nos propos introductifs, enjoint

> « aux autorités administratives compétentes de lever la rétention de tout étranger qui serait testé positif au covid-19 et de l'orienter vers un centre de l'agence régionale de santé d'Île-de-France »[38],

entraînant *de facto* l'exclusion du centre de Vincennes comme lieu d'exécution de la mesure d'éloignement. Le juge parisien va encore plus loin et considère que le Préfet de police, au regard des décisions prises,

> « méconnaît de ce fait les impératifs de santé publique qui s'imposent à lui en vertu de l'état de catastrophe sanitaire mettant en péril la santé de la population, déclaré par la loi du 23 mars 2020 d'urgence sanitaire, [..] ainsi que l'obligation qui s'impose aux autorités chargées d'appliquer les procédures d'éloignement en vertu des dispositions du code des étrangers et du droit d'asile »[39].

---

que les capacités d'hébergement ainsi mobilisées n'ont jamais été aussi importantes, l'administration fait valoir qu'elle poursuit ses efforts pour les accroître encore à brève échéance, notamment par les négociations en cours avec les professionnels des secteurs de l'hôtellerie et des centres de vacances afin d'identifier le plus rapidement possible les disponibilités supplémentaires, sans exclure de recourir à des réquisitions si cela s'avérait nécessaire ».

[36] L'inquiétude enfle sur les conditions sanitaires dans les centres de rétention – Tribunal administratif de Paris 15 avril 2020 – *AJDA*, 2020, p. 818.

[37] Communiqué de presse du Défenseur des droits du 18 avril 2020, à consulter : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/cp1804_ddd-cra_0.pdf

[38] TA Paris, 15 avril 2020, n° 2006287/9, *Avocats pour la défense des droits des étrangers (Assoc.), Syndicats des avocats de France, Groupe d'information et de soutien des immigrés*, *AJDA*, 2020, p. 818.

[39] *Ibid.*

14. Conclusion. Bien que le Conseil d'État soit cette fois saisi d'une requête d'appel de la part de l'administration, et plus précisément du ministre de l'Intérieur lui-même, la nature de recours engagé et la solution proposée reste inchangées par rapport à l'ordonnance du 27 mars. Sur la nature, c'est une nouvelle fois le référé-liberté qui est employé comme procédure d'urgence privilégiée par les requérants et ce quelle que soit leur qualité. Pour ce qui est raisonnement, l'ordonnance du 7 mai 2020 s'inscrit dans la même logique que celle adoptée, à savoir une approche restrictive de la notion de carence de l'État, une appréciation exclusive de la temporalité en ce qui concerne les mesures de police administrative et enfin une appréciation extensive de la notion de perspectives d'éloignement. C'est donc sans surprise que le Conseil d'État a mis fin à l'injonction faite à l'administration de lever la rétention des étrangers retenus et contaminés du centre de Paris-Vincennes[40].

La situation sanitaire reste préoccupante et les enjeux liés à la rétention des étrangers en situation irrégulière dans un tel contexte perdurent. Ainsi, près de huit mois après l'ordonnance du Conseil d'État rejetant la demande de fermeture de ces centres, aucune évolution n'est perceptible. En témoigne, la dernière intervention de la contrôleure générale des lieux de privation, Dominique Simonnot, en date du 17 novembre 2020, qui vise à alerter les ministres de la Santé, de l'Intérieur et de la Justice sur les carences des protocoles sanitaires mis en place au sein desdits centres. Le 20 novembre suivant, le bâtonnier de Lyon attire l'attention de la préfecture d'Auvergne-Rhône-Alpes sur l'augmentation des cas de retenus positifs à la Covid-19 au centre de rétention administrative de Lyon et demande que les placements en rétention soient suspendus. La préfecture ayant à nouveau répondu par la négative à cet appel. À l'épreuve de la crise sanitaire, les conditions de fonctionnement des centres de rétention administrative n'ont pas fini de faire l'objet de débats politique et juridique. Faudrait-il désormais que des solutions concrètes soient trouvées pour garantir le nécessaire équilibre entre protection des libertés fondamentales et sauvegarde de l'ordre public.

[40] Le centre de rétention de Vincennes peut recevoir des étrangers atteints du coronavirus – Conseil d'État, ord. 7 mai 2020 n° 440255, mentionné aux tables du Recueil *Lebon* (2020).

8. Les entraves à la liberté d'entreprendre et l'état d'urgence sanitaire

Alexia Bessi

Doctorante en droit public, Université Côte d'Azur, Centre d'études et de recherche en droit administratif, constitutionnel, financier et fiscal (CERDACFF)

« Face à des dangers bien réels,
le risque serait que les responsables politiques
s'orientent vers de mauvaises réponses,
créant un nouveau danger, qui serait de perdre la
Démocratie au motif de la défendre »[1]

Introduction

La pandémie de la Covid-19 a impliqué des décisions fortes de la part des pouvoirs publics. Pour la première fois de notre Histoire, nous avons mis notre économie à l'arrêt, ou presque. Tous les aspects de nos vies et de nos activités ont été affectés. La France a provoqué une crise économique par anticipation de la crise sanitaire qui semblait inéluctable. Ces mesures portent donc nécessairement atteintes à nos libertés fondamentales. La solution de cette crise se trouve dans l'équilibre du système instauré par les autorités publiques et dont il conviendra demain de tirer les conséquences.

Si la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 est l'un des plus grands textes que la politique ait produit, elle est également sobre et laconique[2]. Elle expose des principes simples et incontestables, que chaque citoyen pourrait rappeler, l'occasion venue, à ceux qui tenteraient de les bafouer. Certains principes sont directement proclamés et donc immédiatement opérationnels. Tandis que d'autres, en sont des prolongements ou des corollaires. C'est ainsi, que la liberté d'entreprendre est absente de cette oeuvre fondatrice. La consécration prudente de la liberté d'entreprendre[3] est la conjugaison entre l'article 4[4] et le droit de propriété, inaliénable et sacré selon l'article 14, par le

[1] Henri Oberdorff, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales,* Paris, LGDJ, 4ème édition, 2013, p. 19.
[2] Guy Carcassonne et Marc Guillaume, *La Constitution*, Paris, Points, 2014, p. 415.
[3] Conseil constitutionnel, n° 81-132 DC, 16 janvier 1982 : « la liberté qui au terme de l'article 4 de la DDHC consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ne saurait être elle-même préservée si des restrictions arbitraires ou arbitraires étaient apportées à la liberté d'entreprendre ».
[4] Article 4 de la DDHC : « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui… »

Conseil constitutionnel. Lequel l'a ensuite rendue opératoire en introduisant un contrôle de proportionnalité[5]. Les juridictions européennes ont également fait une place à cette liberté. Aujourd'hui, elle peut être définie très simplement comme le droit de fonder et d'exercer l'activité de son choix. Denys de Béchillon[6] envisage la liberté d'entreprendre comme la protection de

> « l'autonomie des entrepreneurs, leur aptitude à effectuer eux-mêmes les choix de gestion, de stratégie et de gouvernance qu'ils jugent bons. Le droit offert à chacun d'entreprendre librement se comprend avant tout comme une latitude d'autodétermination, pour ne pas dire une souveraineté ».

La consécration de la liberté d'entreprendre au rang de liberté fondamentale a pourtant été l'objet des critiques les plus sévères. Les droits de l'Homme et les libertés fondamentales constituent l'un des fondements essentiels des sociétés démocratiques. La démocratie n'existe que si elle pratique la reconnaissance, la mise en oeuvre et le respect des droits de l'Homme et des droits humain[7]. Pour Véronique Champeil-Desplats, la fondamentalité renvoie à l'expression de valeurs indispensables à l'humanité.

> « Soutenir le caractère fondamental des libertés économiques reviendrait à considérer qu'il est inhérent à l'homme d'entreprendre et de se constituer dans des rapports marchands »[8].

Qualifier une liberté économique de fondamentale peut donc sembler exagéré, voire dangereux. Ainsi, lorsque les autorités publiques ont eu à concilier impératif sanitaire et impératif économique, c'est le second qui a plié. Ce sont ces entraves que nous sommes conduits à examiner dans cette communication.

L'usage juridique aurait voulu que l'on retienne le terme : « atteintes » à la liberté d'entreprendre. Il nous a pourtant semblé que le terme idoine était le non-juridique : « entraves ». Et ce parce qu'il semble mieux refléter la « gêne » et l' « embarras » provoqués par ces mesures. L'État a semblé incapable de faire des choix entre deux impératifs : d'un côté son devoir de protection sanitaire des travailleurs, et de l'autre côté l'impératif de pérenniser l'économie. Le terme entrave porte également l'idée que ce n'est pas l'activité économique en tant que telle qui est remise en cause. C'est l'urgence sanitaire qui a contraint les autorités publiques à prendre des mesures aussi fortes que contestables. Des restrictions aux libertés fondamentales sont possibles, à condition qu'elles ne soient pas disproportionnées au regard des objectifs, d'intérêt général ou privés, qu'elles entendent poursuivre. Dans cette recherche d'équilibre, le premier rôle revient au pouvoir public. Le second, au juge administratif, dans le

---

[5] Conseil constitutionnel, n° 2000-436 DC, 7 décembre 2002, première déclaration d'inconstitutionnalité, le législateur a porté une atteinte disproportionné aux objectifs poursuivi.

[6] Denys Béchillon, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 49, n° 4, 2015, p. 5-14. Le secrétariat général du Conseil constitutionnel emploie la notion de « libre disposition de la propriété économique » dans son commentaire officiel de la décision n° 2014-692 DC, précitée.

[7] Traduction littérale du vocabulaire des Nations unies.

[8] Véronique Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de Droit du Travail*, 2007, p. 19-25.

cadre de son contrôle des mesures prises pour la sauvegarde de l'ordre public.

I. Des mesures de protection sanitaire

L'enjeu essentiel de cette crise est de conjuguer la liberté d'entreprendre et la protection de la santé. Dès les premières mesures de mars 2020, le Gouvernement décide de limiter drastiquement la liberté d'entreprendre et de compenser les pertes d'exploitation par des « perfusions »[9] aux aides d'État[10].

Le premier confinement. Par un décret du 16 mars 2020[11], motivé par les *circonstances exceptionnelles* découlant de l'épidémie de la covid-19, le Premier ministre interdit le déplacement de toute personne hors de son domicile[12], sans préjudice de mesures plus strictes susceptibles d'être ordonnées par le représentant de l'État dans le département. Puis, l'article 4 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, déclare l'état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois sur l'ensemble du territoire national. Ainsi, Premier ministre et ministre de la santé peuvent prendre des mesures générales limitant la liberté d'aller et venir, la liberté de réunion ainsi que la liberté d'entreprendre. Il est précisé la répartition du pouvoir de police sanitaire. Le ministre de la Santé dispose d'une compétence résiduelle afin d'appliquer les mesures du Premier ministre par arrêté. Cette loi va plus loin puisqu'elle habilite le Gouvernement a édicté des ordonnances. Un grand nombre de dispositions dérogatoires à l'ensemble du droit économique sont prises sur le fondement de cette loi[13].

Le déconfinement. En raison de l'enlisement budgétaire de l'État et des pertes économiques considérables pour les entreprises, les autorités publiques organisent le « déconfinement ». L'état d'urgence sanitaire de la loi du 23 mars 2020 est prorogé jusqu'au 10 juillet 2020, par la loi[14] de prorogation de l'état d'urgence sanitaire[15]. Le décret du même jour organise le déconfinement de la population, et ainsi des entreprises, par territoire. La liberté d'entreprendre n'est plus entravée par secteurs

---

[9] Vincent Fagot, « La crise liée au coronavirus, une épreuve du feu pour les start-up », *Le Monde*, 31 mars 2020.

[10] Voir notamment : décret n° 2020-371 du 30 mars 2020 relatif au fonds de solidarité à destination des entreprises particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation et ses modifications suivantes.

[11] Modifié par décret n° 2020-279 du 19 mars 2020 modifiant le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19.

[12] Sous réserve d'exceptions limitativement énumérées et devant être dûment justifiées.

[13] 25 ordonnances sont édictées sur le fondement du titre 3 de la loi du 23 mars 2020 – et non pas sur le fondement des ordonnances de l'article 16 de la Constitution.

[14] Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

[15] Le Conseil constitutionnel s'est prononcé, le 11 mai 2020, sur la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire. L'essentiel du texte est déclaré conforme à la Constitution, même si on relève quelques points censurés et des réserves d'interprétation. Le Gouvernement, d'abord, dispose enfin d'un fondement juridique aux mesures qu'il entend prendre pour réussir le déconfinement.

d'activité mais par territoire. Il arrive même que les préfets aggravent ces mesures[16].

Les secteurs « particulièrement impactés ». En raison des protocoles sanitaires plus ou moins strictes, et des répercussions sur le tourisme français des mesures de lutte contre la covid-19 prises à l'étranger, les secteurs du tourisme, de la restauration, de l'hôtellerie et de la culture restent particulièrement touchés par la crise sanitaire. Ils continuent donc à bénéficier de certains dispositifs d'aides d'État.

Le couvre-feu. Le décret n° 2020-1294 du 23 octobre 2020, modifiant le décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de la covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire instaure une notion nouvelle le « couvre-feu » sur certains territoires. Ces mesures peuvent être aggravées par les autorités locales. Cette mesure porte un coup fatal à la liberté d'entreprendre des secteurs de l'hôtellerie, du tourisme et de la restauration, réalisant l'essentiel de leur chiffre d'affaire après l'heure du couvre-feu, soit 21 heures.

Le second confinement. Après seulement quelques jours d'application, le couvre-feu s'avère inefficace face à l'augmentation de nouveaux cas positifs à la covid-19. Un décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de la covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, instaure un nouveau confinement. Les leçons du passé ne sont que partiellement tirées. Les mesures de fermeture des établissements scolaires ont été abandonnées. Il est donc, cette fois, permis aux parents de travailler. En revanche, la confusion entre secteur essentiel et non-essentiel n'a pas été corrigée. Il est demandé à des entrepreneurs, qui avaient fourni de gros efforts afin de mettre en place des parcours clients appropriés aux impératifs sanitaires, de fermer parce que « non-essentiels ». Le terme « non-essentiel » devient alors « vexatoire ». En raison du tollé médiatique provoqué ce terme, le Gouvernement est contraint d'affiner sa définition de « non-essentielle », et de lister les produits pouvant être vendus. Il s'enlise alors dans dans une distinction critiquable.

II. Second confinement et fronde des autorités locales

Ce nouveau confinement est l'occasion pour de nombreux maires de s'illustrer comme les protecteurs des petits entrepreneurs locaux. Soixante-et-onze d'entre eux ont pris des arrêtés autorisant les commerces dits « non-essentiels » à poursuivre leurs activités, provoquant une vague de recours des préfets. Dans cette fronde, les élus locaux réclament des adaptations locales. Plutôt que de permettre aux petits commerces non-essentiels de rouvrirent, le Premier ministre entend mettre la grande distribution au même régime. Ainsi, la vente des produits qui sont d'ores et déjà interdits dans les commerces de proximité sont également prohibés dans les grandes surfaces. Les libraires s'emparent

[16] L'article 13 précise que « dans le respect des compétences des collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution, le représentant de l'État y est habilité à adapter les dispositions mentionnées aux articles 9 et 10 lorsque les circonstances locales l'exigent ».

de ce débat, qui glisse finalement vers la concurrence du commerce en ligne[17] à l'approche des fêtes de fin d'année.

L'appréciation des atteintes portées à la liberté d'entreprendre par le juge. La consécration de la liberté d'entreprendre permet de protéger un intérêt privé, celui des entrepreneurs, contre les interventions des pouvoirs publics. Des restrictions légales sont bien possibles, mais à condition d'être justifiées par la volonté de protéger l'intérêt général[18].

Le contrôle de proportionnalité. La loi du 23 mars 2020 et le Conseil d'État, lui-même, le 22 mars, tant au contentieux qu'en avis, invite au contrôle juridictionnel des atteintes aux libertés fondamentales, notamment à celle d'entreprendre. Le juge opère alors un contrôle de proportionnalité. Quand la justice est saisie d'une éventuelle atteinte aux libertés, il doit examiner concrètement, au cas par cas, quelle est l'effectivité des libertés, s'il leur a été porté atteinte, et dans quelle mesure cette atteinte était nécessaire pour éviter qu'il ne soit porté une atteinte plus grande encore à une autre liberté fondamentale. L'objectif étant toujours de parvenir au meilleur équilibre général des libertés fondamentales.

Pour l'heure, Conseil d'État considère invariablement que les atteintes à la liberté d'entreprendre doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de santé publique qu'elles poursuivent.

Si certains craignaient une approche trop libérale des droits de l'Homme, les juges ont démontré, en cette période de crise sanitaire qu'il existe toujours une hiérarchie entre les droits fondamentaux. C'est sous le couvert de la solidarité face à la propagation du virus que Pierre Delmas-Goyon, membre du Comité consultatif national d'éthique en sciences de la vie et en santé (CCNE), magistrat, ancien conseiller à la Cour de cassation rappelle que

> « dans nos sociétés, chacun a évidemment tendance à mettre sa liberté individuelle en avant. Mais dans le contexte d'une épidémie, une conduite personnelle, individualiste, pour ne pas dire égoïste, peut mettre en péril l'intérêt général. Elle témoigne d'un manque de solidarité choquant ».

Il faut bien reconnaître que l'exercice demandé aux juges n'était pas aisé. Il convient, d'abord, de rappeler le contexte d'incertitudes scientifiques[19] face au virus lors de l'adoption des premières mesures,

---

[17] Interrogée par divers médias, la maire de Paris Anne Hidalgo appèle lundi 2 novembre 2020, les lecteurs à soutenir leur libraire : « je le dis vraiment aux Parisiennes et aux Parisiens : n'achetez pas sur Amazon. Amazon, c'est la mort de nos librairies et de notre vie de quartier ».

[18] CE, 23 juin 1963, *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe*, n° 51787 : « dès lors qu'une activité ne nuit pas à autrui, elle peut être exercée. sauf quelques restrictions posées par voie législative » ; CC, n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *Molfessis*, *RTDC*, 1998, p. 796 : « Il est loisible au législateur d'apporter des à la liberté d'entreprendre […] les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constItutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée » ; CE, 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye*, n° 98293, sanction de l'interdiction générale et absolue de cette liberté ; CE, 27 avril 2012, *Maire de Nancy*, n° 358714.

[19] Chloé Hecketsweiler et Cédric Pietralunga, « Coronavirus : les simulations alarmantes des épidémiologistes pour la France », *Le Monde*, 15 mars 2020.

notamment l'absence de manque de moyens de lutte contre le virus, tels que la pénurie de masques. Ensuite, parce que la gestion d'une crise d'une telle ampleur confronte des philosophies radicalement opposées. D'un côté, les partisans aux entraves strictes à la liberté d'entreprendre afin de protéger entrepreneurs et salariés du risque sanitaire. Et de l'autre côté, ceux qui estimaient que la peur du virus ne devait pas être si irraisonnable qu'elle conduirait à paralyser notre économie.

Et surtout, parce que ce qui a été demandé au juge des référés du Conseil d'État, c'est de se prononcer sur la responsabilité de l'État dans sa gestion de la crise. Pourtant, l'office du juge des référés diffère de celui du juge administratif qui serait saisi d'une demande tendant à la condamnation d'une personne publique pour faute. La procédure de référé est une voie de droit accélérée, parallèle, à un recours exercé au fond ou susceptible de l'être, permettant dans le cadre de ce que l'on appelle, le référé-liberté, d'obtenir du juge administratif une injonction aux autorités compétentes de faire cesser une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

Les partisans de la continuité de l'activité économique reprochent aux autorités publiques des atteintes à la liberté d'entreprendre exagérées, non proportionnées au risque sanitaire. Au contraire les partisans d'atteintes beaucoup plus strictes à la liberté d'entreprendre, afin de protéger les entrepreneurs et leurs salariés, considéreront que les incertitudes du texte, et le maintien de certains secteurs en activité, ont porté atteinte à d'autres libertés fondamentales, notamment au droit à la vie. C'est ainsi que les travailleurs de la métallurgie reprochent au Gouvernement leur obligation d'entreprendre. Sur le fondement de l'article L. 521-2, il est demandé au Conseil d'État[20] d'enjoindre aux autorités publiques de prendre des mesures spécifiques de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs qui poursuivront leurs activités au sein des entreprises essentielles (fourniture de matériels de protection, de tests, etc.). La Fédération requérante fait valoir que la lutte contre l'épidémie passe par un confinement plus strict et que les travailleurs des entreprises de la métallurgie « non essentielles à la Nation » ne devaient pas être exposés au risque de contamination. La Fédération a indiqué qu'il était possible de distinguer entre les entreprises « essentielles à la Nation » et les autres, et qu'il fallait renforcer la protection de ceux qui continuent à travailler. Compte tenu de l'ensemble des mesures déjà prises, le juge des référés a estimé que l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie et au droit au respect de la santé n'était pas établie et a donc rejeté les demandes du syndicat.

Au contraire, les entrepreneurs des marchés en plein air demandent au juge administratif d'enjoindre à l'État de rétablir le principe d'autorisation de la tenue des marchés alimentaires, couverts et de plein air, sur l'ensemble du territoire national[21], sans préjudice de la faculté qui pourrait être utilement accordée aux préfets sur avis des maires concernés, ou directement aux maires, d'édicter les mesures de toute nature propres à garantir la santé de la clientèle des marchés et des commerçant non-

[20] Conseil d'État, 18 avril 2020, *Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT*, n° 440012.
[21] CE, 1er avril 2020, *Fédération nationale des marchés*, n° 439752.

sédentaires, pour faire face efficacement à la propagation de la covid-19, dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire déclaré par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020. Ils considèrent qu'il est porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'exercice d'une profession, à la liberté d'entreprendre et la liberté de commerce et d'industrie, à la libre administration des collectivités territoriales, à l'égalité de traitement entre les commerçant non sédentaires exerçant sur le domaine public et les commerces sédentaires. Le Conseil d'État rejette la demande de réouverture des marchés. Il estime que l'atteinte à la liberté d'entreprendre n'est ni illégale ni grave. Elle est proportionnée à l'objectif de protection de population des mesures en place. Quant au principe d'égalité, le juge du Conseil d'État rappelle qu'à situation différente, traitement différent. Cette décision mérite toute notre attention puisque le juge suprême y prévoit une répartition originale du pouvoir de police sanitaire : l'autorité locale pourrait prendre une mesure plus douce que le ministre de la santé.

L'appréciation du pouvoir de police sanitaire des maires. Forts de cette décision, les maires dans une série d'arrêtés autorisent la réouverture des commerces dits « non-essentiels » afin de permettre une reprise d'une activité économique sur le territoire des communes. Les préfets saisissent aussitôt le juge des référés aux fins d'obtenir la suspension de ces arrêtés. Les juges du référé des tribunaux administratifs rappèlent, à l'unanimité[22], que le législateur a institué une police spéciale donnant aux autorités de l'État la compétence pour édicter, dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, les mesures générales ou individuelles visant à mettre fin à une catastrophe sanitaire telle que l'épidémie de la covid-19. Ils mettent en garde les élus concernant les conséquences d'un tel usage de leur pouvoir sur la cohérence et l'efficacité des mesures prises sur l'ensemble du territoire. Si le maire peut, le cas échéant, prendre des dispositions destinées à contribuer à la bonne application, sur le territoire de la commune, des mesures décidées par les autorités compétentes de l'État, il ne peut prendre de telles mesures supplémentaires au titre de son pouvoir de police générale que pour des raisons impérieuses liées à des circonstances locales qui en rendent

[22] TA de Besançon, ord., 5 novembre 2020, *Commune d'Audincourt contre Préfecture du Doubs,* n° 2001666 ; TA de Besançon, ord., 5 novembre 2020, *Commune de Delle contre Préfecture du Territoire de Belfort*, n° 2001669 ; TA de Besançon, ord., 5 novembre 2020 *Commune de Beaucourt contre Préfecture du Territoire de Belfort,* n° 2001674 ; TA de Besançon, ord., 5 novembre 2020, *Commune de Rougemont contre Préfecture du Doubs,* n° 2001686 ; TA de Lille, ord., 6 novembre 2020, *Commune de Cateau-Cambrésis*, n° 2007838 ; TA de Lille, ord., 6 novembre 2020, *Commune d'Estaires*, n° 2007839 ; TA de Lille, ord., 6 novembre 2020, *Commune de Faches-Thumesnil*, n° 2007840 ; TA de Lyon, ord., 6 novembre 2020, *Commune de Champagne-en-Valromey*, n° 2007774 ; TA de Limoges, 6 novembre 2020, *Commune d'Objat* ; TA de Limoges, 6 novembre 2020, *Commune de Brive-la-Gaillarde* ; TA de Limoges, 6 novembre 2020, *Commune d'Allassac* ; TA de Limoges, 6 novembre 2020, *Commune de Malemort* ; TA de Limoges, 6 novembre 2020, *Commune de Meyssac* ; TA de Nîmes, ord., 13 novembre 2020, *Commune de Camaret sur Aygues*, n° 2003322 ; TA de Nîmes, ord., 13 novembre 2020, Commune de Saint-Bresson n° 2003402 ; TA de Nice, ord., 5 novembre 2020, Commune de Villeneuve-Loubet, n° 2004420 ; TA de Pau, ord., 5 novembre 2020, *Commune de Saint-Sever*, n° 2002132 ; TA de Pau, ord., 5 novembre 2020, *Commune de Mont-de-Marsan*, n° 2002154 ; TA de Poitiers, ord., 6 novembre 2020, *Commune de Rochefort*, n° 2002629 ; TA de Poitiers, ord., 6 novembre 2020, *Commune de La Couronne*, n° 2002668 ; TA de Toulouse, ordonnance, 9 novembre 2020, *Commune de Montauban*, n° 2005497 ; TA de Strasbourg, ord., 3 novembre 2020, *Commune de Colmar*, n° 2006788.

l'édiction indispensable et à condition de ne pas compromettre, ce faisant, la cohérence et l'efficacité de celles prises par les autorités compétentes de l'État. Par ailleurs, dans cette décision, le Conseil d'État considère que l'existence de cette police spéciale fait obstacle à ce que le maire prenne des mesures, au titre de son pouvoir de police générale, moins restrictives que celles adoptées par les autorités compétentes de l'État. Les juges des référés considèrent que lesdits arrêtés méconnaissent les dispositions du décret du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Au jour de la rédaction de cette communication, aucun appel n'est connu, toutefois la répartition des compétences de police sanitaire pourrait être réexaminée par une cour administrative d'appel.

L'appréciation de l'incohérence des mesures de protection sanitaire. Si les atteintes portées à la liberté d'entreprendre par les mesures de protection de la santé des travailleurs, et des clients, sont majoritairement comprises. Le manque de clarté de ces mesures est dénoncé. Lorsque le droit perd en certitudes, la protection des libertés aussi[23].

Dès le premier discours présidentiel, le 12 mars 2020, relayé par un arrêté du ministre de la Santé du 14 mars, les autorités optent pour une distinction entre secteurs d'activité dit « essentiels » [24] et secteurs d'activités « non-essentiels ». Ce classement pouvait sembler limpide. La pratique a démontré l'inverse. En raison de la méconnaissance scientifique du virus et de la pénurie de moyens, les entrepreneurs comprennent d'abord que tous les secteurs qui ne sont pas liés à la survie alimentaire ou à la santé de la population doivent cesser leurs activités s'ils ne peuvent télétravailler. Cette opinion a été confortée par les médias. L'ambiguité du discours n'a pas atteint que les entrepreneurs puisque bon nombre de maires, dans le cadre de leur pouvoir de police sanitaire locale, ont ordonné la fermeture de tous les établissements non-essentiels encore ouverts. Le Gouvernement a été contraint de réagir rapidement en remettant en cause la distinction comprise entre activité essentielle et non-essentielle. Puis, en exhortant les entreprises à reprendre leurs activités. C'est le secteur du BTP qui a incarné les incohérences de ce premier confinement en portant l'incongruité des déclarations, et des mesures, devant le juge administratif. La Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT demande au juge des référés du Conseil d'État, d'enjoindre les autorités publiques à dresser la liste, par secteurs d'activités, des entreprises de la métallurgie « essentielles à la Nation » et d'ordonner la fermeture des entreprises métallurgiques non essentielles. Face à cette incompréhension, le Conseil d'État répond dans une ordonnance en date du 18 avril 2020[25], que les incohérences de l'administration étaient justifiées par

[23] Intervention de Jean-Marc Sauvé lors du colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), à l'Université d'Auvergne, le 16 juin 2016.
[24] Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2020 ; essentiel signifie « primordial, d'importance capitale, par opposition à accessoire, secondaire ».
[25] CE, 18 avril 2020, *Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT (FTM-CGT)*, n° 440012.

> « l'extrême difficulté de distinguer, dans un tissu industriel où les activités sont étroitement intriquées, les entreprises dont la poursuite d'activité est indispensable dans la situation actuelle et celles dont la poursuite d'activité est directement ou indirectement nécessaire à ces dernières ».

Une fois est désormais coutume, à l'occasion du second confinement, le Conseil d'État rejette les requêtes de la société Le Poirier-au-loup[26], qui réclamaient la suspension de la fermeture au public des librairies. La juridiction suprême reconnaît alors « un caractère essentiel » aux livres, mais rappelle que la fermeture au public des commerces, dont les librairies, « demeure particulièrement nécessaire » dans le contexte sanitaire actuel.

Conclusion

La définition de la liberté d'entreprendre s'est construite dans la protection de ses atteintes. Nous pouvons donc imaginer que l'absence de protection de la liberté d'entreprendre face à l'urgence sanitaire pourrait engendrer une nouvelle évolution de cette notion. Le juge administratif estimant, inlassablement, que les mesures prises par les autorités locales sont proportionnées aux circonstances inédites. Cette position est, selon le Conseil d'État, équilibrée par le colossal dispositif d'aides aux entreprises. Ce dispositif, à 470 milliards d'euros[27], ne pourra pourtant jamais compenser les pertes d'exploitation des entrepreneurs. Les finances publiques de la France porteront longtemps les stigmates des décisions prises par les autorités publiques.

[26] CE, ord., 13 novembre 2020, *Société Le Poirier-au-Loup*, n° 445883, 445886, 445899.
[27] Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020 ; loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020 ; loi n° 2020-935 du 30 juillet 2020 de finances rectificative pour 2020.

V. *Varia*

1. Regard sur les cinq Guyanes

Dominique Breillat

Professeur émérite de l'Université de Poitiers

Habituellement, trois Guyanes sont évoquées : le Guyana – puisque ce mot est maintenant utilisé au masculin –, le Suriname et la Guyane française. En réalité, il faut ajouter la Guyane vénézuélienne et la Guyane brésilienne (il faut en effet intégrer l'Amapá, c'est-à-dire l'État le plus au nord du Brésil qui jouxte la Guyane française), d'autant plus qu'il est important de connaître toutes ces situations. Cela l'est notamment parce qu'il y a un certain nombre de litiges entre ces États : les frontières ont eu quelque mal à être déterminées.

Le Plateau des Guyanes (cf. cartes 1) est délimité au Nord et à l'Ouest par l'immense fleuve qu'est l'Orénoque au Venezuela. Il est également borné au Nord et au Nord-est par l'Océan Atlantique et au Sud et à l'Est par le Rio Negro qui est un affluent de l'Amazone et l'Amazone jusqu'à son embouchure.

Cartes 1

Plateau des Guyanes et Amérique latine

© Arnold Platon, CC BY-SA 3.0 – Wikimedia Commons

© Sémhur, CC BY-SA 3.0 –Wikimedia Commons

Le Plateau des Guyanes est une zone relativement importante qui s'appuie sur un très vieux massif précambrien avec d'imposants plateaux d'altitude. Ce Plateau des Guyanes culmine à la frontière entre le Brésil et le Venezuela jusqu'à 2 995 mètres, au Pico de Nablina.

Ces différentes Guyanes partent ainsi de l'Ouest au Venezuela jusqu'à l'embouchure de l'Amazone, en passant par la Guyane vénézuélienne, le Guyana, le Suriname, la Guyane française et l'État brésilien d'Amapá, cette Guyane brésilienne étant sans doute l'une de celles pour lesquelles les relations avec la Guyane française sont certainement les plus intéressantes et importantes, notamment parce qu'un pont franchit l'Oyapock depuis 2017. Nous aborderons successivement chacune des Guyanes du Plateau considéré.

I. La Guyane vénézuélienne[1]

1. Le territoire guyanais vénézuélien

Ce que nous appellerons la Guyane vénézuélienne se situe à l'est du fleuve Orénoque (Orinoco). Elle s'appuie sur trois, voire 4 territoires : il y a trois États du Venezuela et un territoire revendiqué (voir cartes 2 et 3).

On trouve au sud l'Amazonas qui est un territoire fédéral devenu un État en 1992 et dont la capitale est Puerto Ayacucho, au bord de l'Orénoque à la frontière colombienne. Au centre figure l'État de Bolívar dont la capitale est Ciudad Bolívar qui, autrefois s'appelait Angostura et les amateurs de cocktails connaissent bien le bitter angostura qui relève certains cocktails. Enfin bordé par l'Atlantique, mais dont la ville la plus peuplée est Ciudad Guayana, se situe le Delta Amacuro qui a pour capitale Tucupita, sur le delta de l'Orénoque.

[1] Pour en savoir plus sur la Guyane vénézuélienne, voir tout d'abord un roman de Jules Verne, « le Superbe Orénoque » où nous avons l'histoire d'un père à la recherche d'un fils au fil du fleuve Orénoque. Cet ouvrage comporte un débat entre trois géographes vénézuéliens afin de savoir où est le véritable cours de l'Orénoque, les hypothèses étant l'Atabapo, le Guaviare et l'Orénoque. Voir également, et pas par chauvinisme même si nous sommes originaire des Deux-Sèvres, le roman de Mathias Enard, romancier né à Niort et Prix Goncourt en 2015, écrit en 2005, « Remonter l'Orénoque ». Voir enfin, un troisième roman qui surprendra peut-être. Il s'agit de l'œuvre de Daniel Defoe qui s'appelle « Robinson Crusoe ». En réalité Robinson Crusoe a vécu 28 ans sur une île de l'embouchure de l'Orénoque. Et le titre complet du roman est « La vie et les aventures étranges et surprenantes de Robinson Crusoe de York, marin qui vécut 28 ans sur une île du grand fleuve Orénoque à la suite d'un naufrage où tous périrent à l'exception de lui-même et comment il fut délivré d'une manière tout aussi étrange par des pirates, écrit par lui-même ». On savait faire des titres très, très brefs en 1719 ! C'est souvent une grande confusion parce qu'on a tendance à se référer à Alexandre Selkirk qui a inspiré Defoe, et donc à situer l'île de Robinson dans l'île Más a Tierra de l'archipel Juan Fernández, archipel au large du Chili. On est bien loin de l'Orénoque.

Carte 2

Venezuela

© Pavalena – Adobe stock

Carte 3

Venezuela, divisions politiques territoriales

© Wilfredor – CC BY-SA 3.0 – Wikimedia commons

2. La revendication de la Guayana Esequiba

Il y a une revendication du Venezuela sur la région qu'on appellera Guayana Esequiba ou Territorio Esequibo ou Zona en reclamación, c'est-à-dire la partie occidentale du Guyana entre la frontière vénézuélienne et le fleuve Essequibo (voir carte 3). Il s'agit d'une région relativement importante de 159 000 km² représentant pas moins de 62 % du Guyana.

Malgré le principe de l'*uti possidetis* (principe affirmé au moment de l'indépendance posant que les limites administratives fixées par l'Espagne soient les frontières des nouveaux États), des contentieux subsistent toujours, et pas seulement dans cette partie de l'Amérique latine. On pense notamment au conflit entre le Chili et l'Argentine et aux revendications de la Bolivie pour un accès à la mer confisqué par le Chili suite à la guerre du Pacifique de 1879 à 1883 entre d'une part le Chili et d'autre part le Pérou et la Bolivie.

Le Venezuela n'échappe pas à ces conflits. Il est en litige avec la Colombie et, surtout, pour ce qui nous intéresse, avec le Guyana. Il existe en effet une revendication de la zone du Guyana qui se trouve à l'ouest de ce pays.

Le conflit entre le Guyana et le Venezuela est très ancien et, en 1899, une commission d'arbitrage avec deux Américains, représentant les intérêts vénézuéliens, et deux Britanniques, le tout sous la direction d'un juge russe, avait décidé que les territoires à l'ouest de l'Essequibo reviendraient à la Grande-Bretagne. La solution avait, semble-t-il, été acceptée et théoriquement une commission mixte devait se mettre en place pour délimiter les limites sur le terrain. En réalité, cela ne s'est pas fait pratiquement et la conséquence a été, qu'en 1963, en prévision de l'indépendance du Guyana, le Venezuela a déclaré que l'arbitrage qui était intervenu en 1899 était nul parce que c'était des Américains qui représentaient leur pays, ces derniers pouvant être soupçonnés de ne pas avoir été d'une totale intégrité.

À la veille de l'indépendance du Guyana, un accord eut lieu, le 17 février 1966, entre le Royaume-Uni et le Venezuela pour la création d'une commission mixte chargée de trouver un accord dans les quatre ans mais, quatre ans plus tard, rien n'était fait, et le Protocole de Port of Spain signé le 18 juin 1970, a gelé les revendications et prolongé les discussions sur 12 ans, nous conduisant à 1982. À cette date, le Venezuela a décidé de ne pas renouveler le protocole et de porter l'affaire devant l'Organisation des Nations unies. Depuis lors, il y a des tensions, des incursions de soldats vénézuéliens dans le territoire comme ce fût le cas en 2017 et le conflit a encore été récemment réactivé. Le problème est que chacun reste sur ses positions et il y a toute une symbolique à cet égard au Venezuela. La Constitution vénézuélienne pose que

> « le territoire et les autres espaces géographiques de la République sont ceux qui correspondent à la Capitainerie générale du Venezuela avant sa transformation politique débutant le 19 avril 1810, incluant les modifications résultant des traités et arbitrages non frappés de nullité ».

Le drapeau vénézuélien comportait 7 étoiles représentant les éléments constitutifs du Venezuela lors de la proclamation de l'indépendance et jusqu'à une date récente. Il a été modifié sur l'initiative du président Chávez. Une huitième étoile a été ajoutée, celle-ci représentant la Guyane vénézuélienne.

3. La crise politique vénézuélienne

a) L'impossible unité latino-américaine

Le Venezuela est devenu indépendant en 1811 ou tout au moins s'est détaché de l'Espagne à cette date. Il y eut d'abord une tentative quasi-fédérale pour constituer un grand État qui aurait réuni l'actuel Venezuela, l'actuelle Colombie, l'actuel Panama – les actuels Colombie et Panama étaient alors unis dans la Nouvelle-Grenade – et l'Équateur. Cela eut formé un État important. Mais en 1830, tout cela a explosé et la conséquence a été que chacun est revenu à son splendide isolement. Nous avons donc eu un Venezuela, une Colombie ou Nouvelle-Grenade et un Équateur et, au début du XX^{e} siècle, Panama a fait sécession poussé bien évidemment par les États-Unis intéressés par la construction d'un canal transocéanique où Ferdinand de Lesseps avait échoué.

b) Un système politique instable

Le Venezuela connaît une forte instabilité du fait des tensions qui existent entre le pouvoir et l'opposition. Il s'agit d'une République présidentielle fédérale avec vingt-trois États, un district capitale et une dépendance fédérale constituée d'îles de l'Atlantique contrôlées par le pouvoir fédéral.

C'est un État dont la Constitution – la 25ème depuis 1811 – est du 15 décembre 1999 mais il pourrait changer de texte fondamental. En 2016, le président Nicolás Maduro Moros a pris un décret pour faire élire une assemblée constituante, assemblée élue en juillet 2017 avec des membres qui sont tout à fait à la dévotion du pouvoir de Nicolás Maduro. Jusqu'à présent les travaux de l'assemblée constituante n'ont pas abouti et le Venezuela est donc un régime dans lequel le Chef de l'État est celui qui avait succédé au président Hugo Chávez Frias lorsque celui-ci est décédé en 2013. Nicolás Maduro a été réélu en 2018 dans des circonstances bien agitées. Le Parlement est un peu particulier dans un État fédéral. Habituellement dans ce type d'État, le parlement est bicaméral, une chambre représentant le peuple et l'autre représentant les entités fédérées. Or, au Venezuela, le Parlement est monocaméral et dominé par l'opposition sous l'étiquette de la Table démocratique unie et on sait que cette opposition soutient un président autoproclamé, Juan Guaidó Márquez. De ce fait nous sommes dans une situation plus que conflictuelle[2].

[2] La situation a changé avec les dernières élections boycottées par l'opposition le 6 décembre 2020. Avec un taux de participation de seulement 31 %, le Grand Pôle patriotique Símon Bolívar autour du Parti socialiste unifié du président Maduro et de ses alliés a obtenu 253 des 277 sièges remportant une large majorité des sièges.

II. Le Guyana (ex-Guyane britannique)[3]

1. Le territoire guyanien et son évolution

À côté de la Guyane vénézuélienne se trouve la deuxième Guyane que nous voulons évoquer, à savoir le Guyana, que bien souvent à tort on dénomme au féminin la Guyana (voir carte 4). C'est un État de 215 0000 km² peuplé de 750 000 habitants. Sa capitale est Georgetown, ville au nom sans originalité, les Britanniques ayant voulu honorer le roi George III.

Carte 4

Guyana

© Peter Hermes Furian – Adobe stock

[3] Afin d'en savoir plus sur le Guyana, on peut lire un roman d'Arthur Conan Doyle, « Le Monde perdu » (*The lost World*) ; le premier des cinq romans de la série « Les exploits du Professeur Challenger » qui nous fait découvrir des animaux préhistoriques !

Ce territoire a été aperçu par Christophe Colomb lors de son troisième voyage en 1498, territoire qui est né en réalité de colonies à l'origine néerlandaises, les colonies d'Essequibo, Berbice et Demerara. Celles-ci furent ensuite acquises par les Britanniques. Il y eut une sorte de troc entre Néerlandais et Britanniques et les colonies de Demerara-Essequibo et de Berbice formèrent en 1831 la colonie de Guyane britannique.

Celle-ci est devenue indépendante le 26 mai 1966 et a pris le titre officiel tout à fait original en 1970 de « République coopérative de Guyana ». C'est un État qui, depuis son indépendance, a été gouverné par des dirigeants d'orientation socialiste, sauf de 2015 à 2020.

Le père de l'indépendance, celui qui a joué un rôle majeur, celui qui est considéré comme le père de la Nation est Cheddi Jagan, décédé en 1997 et son épouse Janet, d'origine américaine lui ayant succédé.

Le Guyana est un petit pays, le troisième le plus petit d'Amérique du Sud après le Suriname et l'Uruguay. La population est constituée en grande majorité – près de la moitié de la population – d'Indiens venus d'Asie, 30 % de descendants d'Africains, 14 % de métis et 7 % d'Amérindiens. C'est un État dont la langue officielle est bien sûr l'anglais, mais 75 % parlent un créole guyanien.

Il s'agit d'un État dont les richesses sont l'or, les diamants, le bois et surtout la bauxite qui est une ressource tout à fait importante.

Sur le plan géographique, la configuration est celle classique des Guyanes, c'est-à-dire une étroite plaine littorale, puis une ceinture de sable blanc à l'intérieur, et enfin des montagnes, et c'est là que se situe le point culminant, le Mont Roraima qui atteint 2 772 m. C'est un État surtout marqué du sud au nord par ce grand axe qu'est le fleuve Essequibo.

2. Le drame du Temple du Peuple

Il s'agit d'un État ayant peu fait parler de lui sauf, malheureusement, lorsqu'il y a eu cette tragédie qu'a été le suicide collectif des membres du Temple du Peuple, en 1978. Neuf cent dix-huit personnes sont mortes à Jonestown, cette cité « idéale » qui avait été imaginée par le révérend James (Jim) Jones et qui a abouti à l'une des plus grandes tragédies en matière de sectes.

3. La crise politique guyanienne

a) L'originalité guyanienne

C'est un État qui désormais fait un peu parler de lui en raison d'une situation politique complexe.

Le Guyana est une République parlementaire particulière avec un exécutif dont le président est désigné d'une façon originale dans la mesure où, lors des élections législatives, le candidat prédésigné par le parti vainqueur devient président pour 5 ans. Le président Irfaan Ali a succédé, le 2 août 2020, à David Granger. Ce dernier est ancien officier, journaliste, historien, appartenait à la coalition du Partenariat pour l'Unité nationale – Alliance pour le changement.

Il y a un Premier ministre distinct duCchef de l'État, nommé par le Chef de l'État. Depuis, le 2 août 2020, il s'agit de Mark Phillips.

Le Parlement est monocaméral avec une Assemblée nationale de soixante-cinq membres dont quarante sont élus dans une seule circonscription nationale et vingt-cinq dans des circonscriptions à plusieurs sièges, tous élus à la représentation proportionnelle. C'est presque un miracle qu'avec une élection avec ce mode de scrutin on ait finalement que deux forces présentes.

b) Guyana et CARICOM

Le système judiciaire connaît bien sûr une Cour suprême de justice, mais, ce qui est intéressant, c'est cette cour finale d'appel qui intéresse toute la région, la Cour caribéenne de justice. Auparavant, il s'agissait du Conseil privé de la Couronne britannique qui tenait lieu de cour d'appel suprême. Maintenant et pour beaucoup d'États des Antilles, autrefois britanniques, il y a des appels devant cette cour caribéenne.

La Cour caribéenne est liée à la Communauté caribéenne (CARICOM). Le CARICOM a été créée par le traité de Chaguaramas le 4 juillet 1973, afin de créer des liens entre ces micro-États antillais, anciennes possessions britanniques qui n'avaient pu se réunir au sein notamment de la Fédération des Indes occidentales. On voulait créer un marché unique caraïbe. Cette organisation s'est développée à partir de quatre États fondateurs, dont le Guyana qui abrite le siège du CARICOM, et elle compte maintenant quinze États – ou territoires d'outre-mer-britanniques – membres (Barbade, Guyana, Jamaïque, Trinidad et Tobago, fondateurs, Belize, Dominique, Grenade, Montserrat, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-Grenadines, Antigua-et-Barbuda, Saint-Christophe-et-Niévès, Bahamas, Suriname et Haïti. Cinq territoires britanniques sont membres associés (Anguilla, Bermudes, Îles Caïman, Îles Turques et Caïques et Îles Vierges britanniques). Enfin on compte 8 observateurs (Aruba, Colombie, Curaçao, République Dominicaine, Mexique, Porto Rico, Sint Maarten, Venezuela). Il est intéressant de constater la présence du Venezuela parmi les observateurs. En outre, la Guadeloupe, la Martinique et surtout la Guyane française ont envisagé en 2012 de devenir État associé.

Les Antilles connaissent un droit avec certaines originalités même s'il est influencé par la *common law*. Beaucoup d'États sont des monarchies dont la Reine est la Reine du Royaume-Uni – certains ont cependant opté pour la République – la Reine étant représentée par un gouverneur qui n'a pas de rôle réel. Lorsque ces Antilles britanniques sont devenues indépendantes elles ont conservé le Conseil privé de la Couronne comme juridiction d'appel finale ce qui a pu poser quelques problèmes. Ainsi la peine de mort a fort heureusement été abolie au Royaume-Uni, mais la Jamaïque a conservé cet odieux châtiment. Lorsque des appels venant de Jamaïque étaient faits au Conseil privé de la Couronne, il était difficile pour celui-ci de pouvoir statuer sur des questions de ce type. La Jamaïque a été à l'origine de l'idée de cette cour caribéenne. Le rôle de cette Cour dont le siège est à Port of Spain est proche de celui de la Cour de Luxembourg pour l'Union européenne, devant régler les différends relatifs au CARICOM.

c) L'alternance

Le Guyana se trouve confronté aux difficultés liées à une majorité étroite. En décembre 2018, il y a eu un vote de défiance contre le Gouvernement de Moses Nagamootoo, suite à une motion de censure. Il faut dire que le Gouvernement ne disposait que d'une voix de majorité. Suite à une défection, ce vote de défiance, contesté devant les tribunaux, a eu lieu. On est allé jusqu'à la Cour caribéenne de justice qui, finalement le 18 juin 2019, a validé le vote de défiance. Cela a conduit à des élections le 2 mars 2020 et le Partenariat pour l'Unité nationale – Alliance pour le changement (APNU-AFC), alliance au pouvoir, a conservé sa très faible majorité avec trente-trois sièges contre trente-deux au Parti progressiste du Peuple. Ces résultats ont cependant été contestés et la contestation conduit à des recours pouvant remttre en cause un résultat hâtivement proclamé[4].

4. Un État aux frontières menacées

Le Guyana connaît aussi des litiges territoriaux avec ses voisins. Nous avons déjà évoqué celui avec le Venezuela qui s'il donnait satisfaction à ce dernier ferait perdre 60 % de son territoire au Guyana.

Mais il existe également un conflit avec le Suriname qui réclame un triangle de 6 000 km² dénommé triangle de la New River ou Territoire du Tigri, entre deux rivières qui là encore avaient été très mal définies dans le sud du pays pour les eaux en amont de la rivière Corentyne. Il s'agit de ces litiges qui empoisonnent les relations entre les États de la région. Deux rivières pouvaient faire office d'amont du Corentyne. Ces deux rivières dessinent un triangle et c'est ce triangle qui est l'objet d'une revendication du Suriname sur le Guyana. Au Sud du Corentyne, la rivière Kutari était la limite mais les Néerlandais ont considéré que la New River était l'affluent principal du Corentyne et ont voulu déplacer la frontière jusqu'à ce qu'un accord la rétablisse. Ce n'est qu'en 1969 que le Guyana a réussi à occuper le triangle mais, en 1975, lorsqu'il est devenu indépendant, le Suriname a émis à nouveau la revendication dudit triangle.

Si les revendications vénézuéliennes et surinamaises étaient satisfaites, le Guyana serait réduit à peu de choses.

Voyons maintenant ce Suriname avec lequel le Guyana est en conflit.

III. Le Suriname (ex-Guyane Néerlandaise)

1. Le plus petit État indépendant sud-américain

Il s'agit d'un État dont la superficie est de 163 800 km², un peu plus petit que le Guyana et dont la population est de 609 569 habitants au dernier recensement consulté (voir carte 5). La forêt représente 94,6 % de la surface du pays, un record mondial.

---

[4] Suite à la contestation de ces résultats, la formation au pouvoir étant accusée de fraudes, le Gouvernement a renoncé à faire prêter serment au président Granger pour un nouveau mandat et un nouveau décompte a conduit au résultat inverse, le Parti progressiste du peuple l'emportant avec un siège d'avance, faisant revenir le Parti progressiste du Peuple.

Carte 5

Suriname

© Peter Hermes Furian – Adobe stock

Paramaribo, sur la rivière Suriname à quelques kilomètres de la côte et dont le nom signifie, en tupi-guarani, « les habitants de la grande rivière » en est la capitale.

Le Suriname connaît une grande diversité ethnique. Le groupe le plus important est celui des Hindoustanis, Indiens de l'Inde, représentant 37 % de la population. Il faut ajouter 31% de créoles surinamais, 15 % de Javanais surinamais, 10 % de « Noirs de brousse » et 2 % d'Amérindiens.

La langue officielle est toujours le néerlandais même si l'anglais est largement parlé et qu'on parle le surinamais (negretongo) ou *taki taki* (parler parler).

Les ressources sont la bauxite qui représente 80 % des recettes d'exportation.

2. De la souveraineté néerlandaise à l'indépendance

Le Suriname est devenu une colonie néerlandaise à partir de 1667 avec une occupation britannique de 1796 à 1816. On le connaît alors en tant que Guyane néerlandaise voire Guyane hollandaise. Mais en tant que puriste, nous préférons qu'on parle bien évidemment de Guyane néerlandaise.

C'est peut-être cette occupation anglaise qui peut nous donner l'explication de la conduite à gauche au Suriname ce qui sera une surprise lorsqu'on arrive de Guyane française. On roule pourtant à droite aux Pays-Bas ! On peut trouver un peu curieux qu'on n'ait pas décidé d'imposer la conduite à droite au Suriname tout simplement pour faciliter les liens avec les territoires proches de la Guyane française ou du Brésil. Il est vrai qu'en Guyana la circulation se fait également à gauche. Mais il y a des États qui à cet égard ont été plus pragmatiques. C'est le cas des anciennes colonies britanniques d'Afrique de l'Ouest qui toutes sont passées à la circulation à droite.

L'évènement important en Guyane néerlandaise fut, en 1863, l'abolition de l'esclavage. Dès lors, on fit venir un très grand nombre de travailleurs indiens notamment de l'Inde du Nord, ainsi que, bien évidemment de Java qui était une colonie néerlandaise et cela a conduit à bouleverser la composition humaine du territoire.

Le Suriname a vu une certaine évolution du fait de la politique menée par les Néerlandais. En 1948, une première évolution voulait faire de la Guyane néerlandaise une partie égale du Royaume des Pays-Bas et puis il y a eu, en 1954, le Statut des Pays-Bas, – *Het Statuut* –, statut qui est celui du Royaume des Pays-Bas, statut qui a connu récemment des évolutions en 2010 avec l'évolution de ce qui était les Antilles néerlandaises et Aruba. Trois îles – Aruba, Curaçao et Saint-Martin (Sint Marteen) – devenant avec les Pays-Bas européens des pays constitutifs du Royaume des Pays-Bas, les trois autres petites îles – Bonaire, Saba et Saint-Eustache – devenant des communes néerlandaises.

En 1975, la Guyane néerlandaise est devenue indépendante sous le nom de Suriname. Dans le passé on écrivait souvent le nom Surinam mais l'appellation officielle est maintenant Suriname.

L'indépendance du Suriname ne s'est pas faite de façon idyllique et il y a eu une très forte émigration de Surinamais vers les Pays-Bas et aujourd'hui il y a aux Pays-Bas 350 000 personnes descendants de Surinamais. Ceci fait que l'influence des Pays-Bas est toujours très vivace au Suriname.

3. À la recherche de la démocratie

a) L'originalité du système

La constitution du 30 septembre 1987 a prévu une élection présidentielle originale. Le président est élu par l'Assemblée nationale, pour cinq ans, à la majorité des deux tiers. Si aucun candidat ne l'obtient, le président est alors élu par l'Assemblée du Peuple qui comprend trois cent-quarante personnes – les cinquante-et-un députés et des

représentants régionaux. Il n'y a donc pas d'élection au suffrage universel direct.

Cela peut expliquer le caractère curieux de certaines élections. Lorsqu'en 2010, Desi Bouterse a été élu, il n'atteignait pas les deux tiers des suffrages mais il y a eu des tractations, des accords, peut-être un peu de corruption, et il a fini par être élu. En 2015, la situation a été plus facile car il a été élu sans adversaire. Il a été élu par une Assemblée nationale dont les membres sont élus à la représentation proportionnelle dans une circonscription nationale ce qui fait qu'il y a un très grand nombre de partis politiques. C'est un peu le modèle néerlandais : aux Pays-Bas, les élections ont lieu à la représentation proportionnelle à l'échelle nationale et on compte actuellement treize partis à la Tweede Kamer, chambre basse néerlandaise.

Au Suriname, c'est le parti de Bouterse, le parti démocratique national, qui en 2015 est resté majoritaire avec vingt-six sièges sur cinquante-et-un, l'opposition V7 ayant dix-hui sièges et il y a des députés d'autre formations.

Quant au système judiciaire, il possède une Haute cour de justice qui coiffe l'ensemble avec des appels devant la Cour caribéenne de justice à laquelle a adhéré le Suriname, institution du CARICOM, cette sorte de marché commun qu'on veut mettre en place dans les Caraïbes.

b) La dictature de Desi Bouterse

L'histoire récente du pays reste assez dramatique. Le 25 février 1980 se produit le coup d'État des sergents, renversant le président Johan Ferrier et prétendant faire du Suriname une République socialiste mais qui, en réalité, sera une dictature et malgré la présence d'administrations civiles, celles-ci seront sous la domination des militaires. L'auteur du coup d'État, toujours au cœur de l'actualité, est Désiré (Desi) Delano Bouterse. C'est l'homme fort du Suriname, encore qu'aujourd'hui il soit bien affaibli. Âgé aujourd'hui de 75 ans, originaire de la petite ville de Domburg, il est issu d'une famille multiethnique où il y a des Amérindiens, des Africains, des Néerlandais, des Français, des Chinois… On ne peut être plus surinamien.

De 1980 à 1987, nous avons eu ce régime sous domination militaire marqué par des massacres, notamment en décembre 1982 et en décembre 1986 dans le village marron de Moïwana.

La guerre civile de 1986 à 1992 entre Bouterse et son ancien garde du corps Ronnie Brunswijk, a conduit à renforcer l'émigration vers les Pays-Bas. Pourtant, en 1987, il y avait eu des élections démocratiques, mais à nouveau en 1990 un coup d'État de Bouterse renversa le gouvernement élu. Celui-ci cependant réussit à revenir au pouvoir en 1991. On a pu croire que les gouvernements civils allaient se poursuivre mais Bouterse n'a jamais abandonné la lutte pour le pouvoir. En 2010, lors d'élections démocratiques, il a pu revenir au pouvoir et devenir le président du Suriname dans une situation désormais bien particulière.

En 1996, il avait voulu être candidat mais avait perdu. Ont alors commencé les difficultés judiciaires.

En 1999, il a été condamné par contumace, par un tribunal néerlandais, pour trafic de cocaïne. Il a fait l'objet d'un mandat d'arrêt international. Il ne pouvait plus ainsi quitter le Suriname, sauf à trouver un pays n'acceptant pas ce mandat ; il a ainsi effectué une visite officielle en Chine, en novembre 2019, mais alors qu'il était à Pékin, un tribunal du Suriname en a profité pour le condamner à 20 ans de prison pour des massacres. Malgré tout il est revenu au Suriname et arguant de l'immunité présidentielle, il est resté président entendant briguer un nouveau mandat à la suite des élections législatives de mai 2020.

Il se trouve actuellement dans une situation qui ne fait que conduire à des risques de luttes extrêmement graves au sein du pays, voisin de la Guyane française avec laquelle il y a là aussi un litige frontalier.

4. Le différend territorial franco-surinamien

Entre la France et le Suriname, il y a un problème un peu semblable à celui du conflit entre le Suriname et le Guyana relatif au cours des fleuves en Amazonie. Le litige porte sur la zone entre la rivière Litani ou Itany et la rivière Marouini ou Marwini. Ces rivières forment le Lawa qui ensuite devient le Maroni.

La frontière avait été fixée au Maroni par le traité d'Utrecht de 1713. Mais qu'est-ce que le Maroni ? Quand on remonte son cours, c'est le Lawa mais, après, est-ce la rivière Litani ou la rivière Marouini ? Bien entendu les Français soutiennent que c'est la rivière Litani et les Néerlandais et aujourd'hui le Suriname affirment que c'est le Marouini. C'est une zone de 6 000 km² qui est inhabitée et, en réalité, aujourd'hui, sous l'autorité de la France. Cette zone devait faire l'objet d'un arbitrage par le Tsar de Russie pour définir la limite. L'arbitrage a été rendu les 13 et 25 mai 1891 et a posé que la frontière était en suivant le Lawa après sa confluence avec le Tapanahoni. Mais cela n'indiquait pas si c'était la rivière Litani ou Marouani. Et le conflit perdure. Dans cette zone, il y a donc quelques difficultés. Il y a eu également des tensions en 2019 avec la destruction d'un site illégal d'orpaillage sur un îlot du Maroni. Ces tensions relatives à des sites illégaux et cette tension ont conduit au fait que Désiré (Desi) Delano Bouterse, en mars 2019, a décidé de rompre la coopération avec la France, une France qui est présente sur le Plateau des Guyanes avec la Guyane française.

IV. La Guyane française

Du fait que la dénomination de deux des cinq Guyanes est devenue assez différente avec Guyana et Suriname, la tendance est souvent de dénommer la Guyane française uniquement Guyane. C'est ce qui résulte de l'article 72-3 de la Constitution.

1. Un peu de géographie

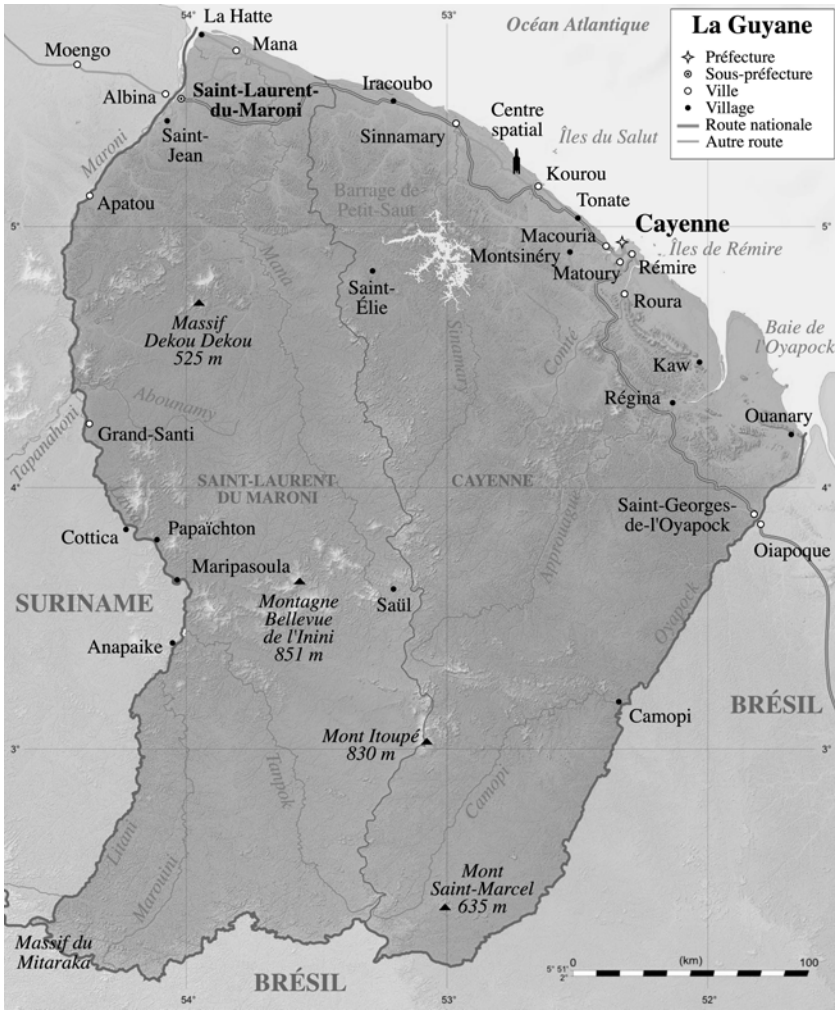
La Guyane a une superficie de 83 539 km² la forêt constituant 97 % du territoire. C'est la deuxième région française par la superficie. Nous ne voulons pas faire preuve de fierté en indiquant que la première région est la Nouvelle-Aquitaine dans laquelle se trouve Poitiers qui a 84 036 km². Nous devançons d'une courte tête la Guyane mais, personnellement, nous lui aurions volontiers laissé cette place de leader à la Guyane afin de ne

pas intégrer la Nouvelle-Aquitaine et de rester Poitou-Charentes où nous étions très heureux !

La Guyane française compte 296 711 habitants en 2019 et est l'une des 9 régions ultrapériphériques de l'Union européenne.

Carte 6

Guyane française



© Sémhur – Wikimedia Commons

2. De la « vieille colonie » à la collectivité territoriale de Guyane

a) Image négative – Image positive

Elle a été abordée par les Européens en 1498, lors du troisième voyage de Christophe Colomb, et c'est au XVIII^{e} siècle, avec quelques petites alternances, qu'il y a eu occupation ou installation durable par la France étant entendu que pendant près de dix ans on a connu une occupation

britannique et pendant un an une occupation néerlandaise. En 1713, le traité d'Utrecht a reconnu l'autorité de la France mais cette Guyane connaîtra encore une période d'occupation, par le Portugal/Brésil de 1809 à 1817.

La Guyane avait accédé au statut départemental temporairement sous la Révolution et son image a été fortement marquée, et de façon négative, par les colonies pénitentiaires. C'est dès la Révolution qu'ont commencé les premières déportations qui apparaissaient comme des déportations politiques. Le 30 mai 1854 ce sera l'installation du bagne. Il y aura 90 000 hommes et 2 000 femmes envoyés, transportés en Guyane. En 1848, l'esclavage est aboli sous l'impulsion de Victor Schoelcher.

Le territoire va être organisé administrativement d'une façon un peu différente en 1930. L'arrière-pays devient territoire, le territoire de l'Inini dont le chef-lieu est Saint-Élie. C'était un territoire où les habitants étaient majoritairement Amérindiens. En 1951 le territoire devient un arrondissement de la Guyane qui est supprimé en 1969 et ce sont alors deux arrondissements qui sont créés : Cayenne et Saint-Laurent-du-Maroni. Avant 1969 la division était par une ligne horizontale ; désormais elle l'est par une ligne verticale.

En 1965, l'installation du Centre spatial de Kourou vient donner une image particulièrement positive de la Guyane et vient faire oublier l'image désastreuse du bagne. Celui-ci était connu en métropole à travers certains détenus connus comme Alfred Dreyfus ou Henri Charrière dit Papillon. Nous pensons aussi à Guillaume Seznec sur lequel plane toujours la question de son innocence.

Deux personnes ont joué un rôle important dans la fermeture du bagne.

C'est tout d'abord Albert Londres. Journaliste, il a publié une série d'articles repris par la suite dans l'ouvrage « Au bagne ». Albert Londres a été sans doute l'un des plus grands journalistes. Aujourd'hui, le grand prix qui récompense les journalistes porte son nom.

La deuxième personne est Gaston Monnerville. Député radical de la Guyane en 1932, réélu en 1936, il devient sous-secrétaire d'État aux colonies en 1937 et c'est lui qui va faire en sorte qu'il y ait suppression du bagne. Mais il faudra du temps. Ce qui sera supprimé en 1938, par un décret-loi, c'est la transportation des bagnards. Le dernier bagnard ne sera libéré qu'en 1946. C'est une honte pour la République !

Le bagne a été souvent aux XVIII^{e} et XIX^{e} siècles utilisé à la fois pour éloigner de la métropole des individus jugés dangereux mais aussi pour coloniser des territoires nouveaux. On le verra aussi en Nouvelle-Calédonie. Les Britanniques ont commencé à coloniser l'Australie par des bagnards.

b) Les évolutions statutaires

La Guyane française a vu son statut évoluer par le fait qu'elle a d'abord été une colonie. Elle faisait partie des « vieilles colonies » avec les 5 comptoirs de l'Inde, le Sénégal, la Cochinchine, les Antilles et la Réunion. Ces vieilles colonies avaient le droit d'envoyer des députés et c'est ce qui explique l'élection de Gaston Monnerville. Certaines d'entre

elles – Guyane, Martinique, Guadeloupe et Réunion – deviendront en 1946 des départements d'outre-mer et, là encore, Gaston Monnerville a joué un rôle fondamental. Ces départements d'outre-mer bénéficieront de la réforme de 1982 sur la décentralisation. Et puis, il y aura cette fusion des institutions parce qu'il apparaissait compliqué d'avoir à la fois un conseil général et un conseil régional. Sera donc proposée la création d'une collectivité territoriale unique fondant conseil général et conseil régional. Cela interviendra après deux référendums dans le même mois. Le premier, le 10 janvier 2010 portait sur la transformation de la Guyane en une collectivité d'un type particulier se référant à l'article 74 de la Constitution. Le résultat a été plus que décevant pour le pouvoir puisqu'il n'y a eu que 30 % de oui contre 70 % de non. Un second référendum s'est déroulé le 24 janvier 2020 afin de proposer une collectivité unique régie par l'article 73-3 de la Constitution. Le oui a atteint 57,49 % des voix mais avec seulement 27,42 % de participation. Cela démontre aussi que quand on multiplie les référendums, on vote de moins en moins. Maintenant la Guyane possède une assemblée unique de cinquante-et-un membres ainsi qu'un conseil économique, social et environnemental. L'assemblée unique est élue dans une circonscription unique composée de plusieurs sections avec un scrutin de liste à la représentation proportionnelle avec une prime majoritaire de 20 %.

Pour le reste, et de manière simple, la Guyane a deux sénateurs : Marie-Laure Phinera-Horth (élue depuis le 27 septembre 2020) et Georges Patient (élu depuis le 21 septembre 2008)[5]. Il y a deux députés, Gabriel Serville et Lénaïck Adam[6] ; l'un est en fonction depuis 2012 et l'autre depuis 2017.

Sur le plan judiciaire une cour d'appel a été rétablie le 1er janvier 2012 et le tribunal administratif est totalement autonome.

c) Guyane et laïcité

Nous évoquerons une question particulière sur le plan juridique avec la situation religieuse[7].

Il n'y a pas de séparation des Églises et de l'État. La loi de 1905 ne s'y applique pas. S'y applique le régime de l'Ordonnance du 28 août 1828, c'est-à-dire un texte élaboré sous le régime de Charles X. Seul le clergé catholique est salarié par la collectivité territoriale. En 1828 on ne reconnaissait comme religion dominante que la religion catholique.

L'évêque a un statut d'agent public et il appartient à la catégorie A tandis que les prêtres sont aussi des agents publics mais de catégorie B. La hiérarchie est respectée. L'État entretient les lieux de culte catholiques.

Pourquoi se trouve-t-on dans cette situation ? En 1911, lorsqu'il y a eu extension de la loi de1905 aux Antilles et à la Réunion, la classe politique guyanaise s'est opposée au changement. La situation a été validée le 2 juin 2017 par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2017-633

[5] Tous les deux sont membres du groupe des démocrates, progressistes et indépendants, dans la mouvance de la République en Marche.
[6] Gabriel Serville, Parti socialiste guyanais, est membre du groupe Gauche démocrate et républicaine et Lenaïck Adam est membre du groupe La République en marche.
[7] Voir *supra*, dans ce numéro, le dossier sur le régime des cultes en Guyane.

QPC et nous invitons les lecteurs à visionner la vidéo présente sur le site du Conseil constitutionnel où intervient Maître Patrick Lingibé qui a lui-même contribué au cycle de visioconférences *Sociétés, cultures et politiques*. Maître Lingibé y présente ses observations pour la collectivité territoriale de Guyane.

3. De quelques personnalités guyanaises

Pour en terminer, nous voudrions évoquer quelques personnalités de Guyane qui ont marqué ou marquent cette région.

a) Charles Marie de La Condamine

Charles Marie de La Condamine était un explorateur, un savant, qui, de 1735 à 1743, a participé à une expédition géodésique en Équateur pour mesurer 3 degrés du méridien en vue d'établir la forme réelle de la Terre. Surtout, de 1743 à 1744, il a rejoint la Guyane en descendant l'Amazone de Jaen, au Pérou, jusqu'à Belém. Ensuite, il a rejoint Cayenne où il s'est livré à certaines expériences.

b) Gaston Monnerville

Une autre personnalité majeure, que nous avons déjà évoquée, est Gaston Monnerville. Il a été une personnalité politique majeure. Avocat en 1918, à Toulouse et à Paris, il sera l'un des grands dignitaires de la franc-maçonnerie. Député radical de 1932 à 1940, sous-secrétaire d'État aux colonies en 1937-1938, faisant fermer le bagne, il participe à la Résistance. Membre des deux assemblées constituantes de 1945-1946, il est élu conseiller de la République (sénateur) de Guyane en 1946 avant de représenter le Lot à partir de 1948 et jusqu'en 1974. De 1947 à 1968, il devient président du Conseil de la République puis du Sénat. Il siège au Conseil constitutionnel de 1974 à 1983.

c) Jean Galmot

C'est une autre personnalité qui avait révélé Gaston Monnerville : Jean Galmot. Ce dernier est une sorte d'aventurier venu faire fortune en Guyane et qui dans un premier temps va gagner beaucoup d'argent et se faire élire député en 1919. Mais ses affaires tournent mal et il est impliqué dans le scandale des rhums. Il est condamné sans preuves et meurt brusquement le 6 août 1928. On prétend qu'il aurait été empoisonné ce qui déclenche des émeutes à Cayenne. Lors du procès de certains émeutiers ceux-ci sont défendus par l'avocat Gaston Monnerville et acquittés grâce à une brillante plaidoirie. Sur cette affaire une lecture s'impose : celle du roman de Blaise Cendrars, *Rhum – L'Aventure de Jean Galmot*, en 1930.

d) Félix Eboué

Félix Eboué est une autre magnifique personnalité. Fils d'un orpailleur, il fait des études de droit puis entre à l'École coloniale devenant ensuite gouverneur de la Guadeloupe puis du Tchad. En 1940, le 18 juin, il entend l'appel du général de Gaulle et immédiatement se rallie à lui. Le Tchad et l'Afrique équatoriale française se ralliant à de Gaulle, cela donne une assise territoriale à la France libre. Il est parmi les cinq premiers compagnons de la Libération, le 29 janvier 1941, mais malheureusement

meurt d'un accident vasculaire cérébral au Caire le 17 mai 1944. Il entre au Panthéon en 1949 avec Victor Schoelcher.

e) Christiane Taubira

On ne peut ignorer Christiane Taubira. Elle nous a fait l'honneur de venir pour la rentrée solennelle de l'Université de Poitiers en 2017, donnant une conférence éblouissante, sans notes, témoignant d'une culture exceptionnelle, de fortes convictions. Professeure de sciences économiques, elle a été députée de Guyane de 1993 à 2012, députée européenne de 1994 à 1999, candidate à l'élection présidentielle en 2002 et surtout ministre de la Justice de 2012 à 2016.

Mais la Guyane n'a pas que d'illustres enfants dans le domaine de la politique.

f) Henri Salvador

On peut évoquer un artiste né à Cayenne mais issu d'une famille guadeloupéenne avec Henri Salvador qui a enchanté par son talent et son humour tant de nos compatriotes.

g) René Érignac

Nous conclurons avec une certaine émotion avec René Érignac. Son fils était Claude Erignac, préfet de la Corse, assassiné le 6 février 1998. René Érignac a lui été préfet de la Guyane de 1960 à 1963.

V. La Guyane bésilienne

1. Le contesté franco-brésilien

Il nous reste une dernière Guyane à évoquer, la Guyane brésilienne (voir carte n° 7). Là encore, il s'agit d'une Guyane marquée par un contentieux qu'on a dénommé le contesté franco-brésilien. Il s'agit d'un vaste territoire qui était revendiqué par la France et le Brésil, incluant le nord de l'État de Pará, le Nord-est de l'État d'Amazonas et une partie de l'État de Roraima. Le traité d'Utrecht avait décidé que la frontière irait jusqu'à la « rivière de Japoc ou Vincent Pinson ». Par un protocole, il fut décidé en 1897 de soumettre la décision à l'arbitrage du Conseil fédéral suisse. Celui-ci, sous la présidence de Walter Hauser rendit sa décision le 1er décembre 1900, donnant satisfaction au Brésil. Il est vrai que la France n'avait pas fait d'efforts démesurés pour défendre ses positions. C'est l'arbitrage qui a décidé que la frontière serait à l'Oyapock.

Mais auparavant cette région avait connu quelques tentations séparatistes. En 1886, avait été proclamée une république favorable à la France appelée République de Counani dont l'expérience a été vite arrêtée par les autorités françaises. En 1894, un territoire indépendant d'Amapá, favorable au Brésil, s'était proclamé, territoire qui a vite disparu. Cela explique, pour éviter les questions relatives à cette Guyane indépendante, l'accord entre la France et le Brésil pour déterminer la frontière.

Carte 7

États du Brésil

© Vectorshop – Adobe stock

2. Un État brésilien

La Guyane brésilienne correspond à l'État d'Amapá. Ce territoire a été détaché de l'État de Pará en 1943 et n'est devenu un État du Brésil qu'en 1988. D'une superficie de 140 276 km² et peuplé de 850 000 habitants, sa capitale est Macapá. Dans cet État, on a imposé l'enseignement du français dans les écoles publiques en 1999 pour se rapprocher de la Guyane et pour éviter un enclavement. L'État a la particularité de n'être relié par aucune route avec un autre État du Brésil.

L'Amapá a une altitude peu élevée car on est déjà dans l'immense embouchure de l'Amazone se situant entre l'Amazone et l'Oyapock. C'est un État où les rivières et les fleuves jouent un rôle très important avec une économie reposant sur la noix du Brésil, le bois et le manganèse.

Aujourd'hui, l'Amapá est l'un des vingt-six États du Brésil, disposant comme tout État brésilien de trois sénateurs et aussi de huit députés (tout État a droit à au moins huit députés ce qui pour l'Amapá aboutit à une surreprésentation).

Le gouverneur est élu au suffrage universel direct et est aujourd'hui Waldez Góes, qui appartient au Parti démocratique travailliste. L'Amapá est un État qui vote plutôt à gauche, même si, et il n'en est peut-être plus très fier, il a voté Bolsonaro lors de l'élection présidentielle.

3. La Guyane française chance de la Guyane brésilienne

Depuis 2017, cet État est relié à la Guyane française par un pont – sans péage –, entre Oiapoque au Brésil et Saint-Georges en Guyane française, qui permet aux habitants de Macapa d'aller jusqu'à Saint-Laurent-du-Maroni, mais s'ils veulent poursuivre au Suriname, il leur faut prendre un bac. On comprend mieux pourquoi on veut que l'on parle français en Amapá car les liens économiques peuvent être développés surtout avec la Guyane française et on peut penser qu'il y a là le début d'une coopération qui pourrait s'établir entre les cinq Guyanes.

On peut en effet souhaiter que les relations entre les cinq Guyanes s'améliorent, oubliant les différents litiges, afin que se développe une coopération nécessaire pour le développement de toute cette région, dans laquelle la Guyane française pourrait jouer un rôle moteur à travers une organisation régionale dont on pourrait par exemple imaginer le siège à Cayenne ou peut-être encore, de manière plus symbolique, Saint-Laurent-du-Maroni.

2. L'intégration européenne à la lumière du statut du Parlement européen

Didier Blanc
Professeur des universités,
Institut de recherche en droit européen, international et comparé (IRDEIC), Centre d'excellence Jean Monnet,
Université Toulouse I Capitole

40 ans après la première élection du Parlement européen au suffrage universel direct, le temps est sans doute venu de s'interroger – pour reprendre l'expression de Simone Veil prononcée lors de la première session du Parlement européen nouvellement élu – sur la rencontre entre « l'idée européenne et le principe démocratique »[1]. Si le caractère inédit d'une élection au suffrage universel direct d'une assemblée transnationale a été maintes fois souligné, elle procède d'une intention également inédite en ce sens que le processus historique est ici inversé. Traditionnellement, la démocratisation des sociétés européennes s'est opérée à la suite de faits et d'événements au terme desquels les individus souffrant d'une dépossession politique décidèrent de la création d'une instance chargée de les représenter. À cette aune, tout progrès de l'idéal démocratique réside dans le caractère le plus étroit possible entre représentants et représentés. Pour le dire autrement, la chronologie ainsi que la logique placent les représentés avant les représentants dans l'ordre de la constitution de la démocratie représentative. S'agissant de la construction européenne, un mouvement inverse se produit dans la mesure où ce sont les représentants qui précédent les représentés. Cette inversion en dit long sur la nature même des Communautés puis de l'Union européenne puisque les membres de l'Assemblée parlementaire tenaient cette qualité d'une autre, celle de représentants des parlements nationaux désignés en leur sein. Ainsi, l'apparition d'une Assemblée parlementaire européenne ayant pour cadre inédit le Conseil de l'Europe témoigne de ce rattachement. Il est prévu dans ses statuts que l'Assemblée parlementaire est composée de représentants de chaque membre, élus par son parlement en son sein ou désignés parmi les membres du Parlement selon une procédure fixée par celui-ci.

Les débuts de l'Europe communautaire se caractérisent par le rejet de ce modèle d'une chambre des parlements puisque l'article 20 CECA annonce que l'Assemblée est « composée de représentants des peuples des États réunis dans la Communauté ». Présentée comme une chambre des peuples, là où l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe est une chambre des parlements, telle semble être la barrière des espèces entre les deux, fondant en partie l'irréductible spécificité de l'Europe communautaire.

[1] *JOCE*, Débats, PE, mardi 17 juillet 1979, p. 23.

De plus, en contrepoint de l'article 20 CECA, l'article 21 CECA contient cette double affirmation que les membres de l'Assemblée sont désignés en leur sein par les parlements « ou élus au suffrage universel direct » selon une procédure propre à chaque État. S'il est permis d'envisager que les membres d'une même enceinte parlementaire puissent être issus de procédés de désignation différents (des assemblées passées ou présentes accueillent uniment des membres élus, nommés ou de droit), la possibilité d'élections au suffrage universel direct rapproche l'Assemblée de la CECA, en dépit d'attributions particulièrement réduites, d'un véritable parlement. Compte ici la valeur symbolique que représente une assemblée parlementaire, à la fois en raison de son ancrage dans la vie démocratique des États et comme vecteur de la formation d'un corps politique européen. En tout état de cause, le traité de Paris porte en germe de futures évolutions, mais l'Assemblée des origines est à la fois conçue et perçue comme une chambre des peuples par leurs représentants.

Le traité de Rome instituant la CEE reprend ce schéma puisque l'article 137 CEE prévoit d'une part, à l'égal du traité CEEA, que l'Assemblée est « composée de représentants des peuples des États réunis dans la Communauté » et, d'autre part, qu'elle

> « élaborera des projets en vue de permettre l'élection au suffrage universel direct selon une procédure uniforme dans tous les États membres ».

Avant que celle-ci ne prenne imparfaitement forme, il faut considérer que l'Assemblée est une assemblée européenne de parlementaires, c'est-à-dire une institution européenne formée de membres des parlements nationaux. Ce n'est qu'à partir de 1979 qu'elle peut être assimilée à une assemblée de parlementaires européens, qui demeure cependant une chambre des peuples des États membres (I). Une fois ce processus de légitimation démocratique enclenché, le Parlement européen a vocation à devenir depuis le traité de Lisbonne, l'Assemblée de l'Union (II).

I. Le Parlement européen, une chambre des peuples des États membres

La portée de l'innovation que représente la première élection au suffrage universel direct d'une assemblée transnationale est demeurée limitée : ni menace contre la souveraineté nationale ni avènement d'une fédération européenne. Ainsi que l'observe le Conseil constitutionnel au sujet de la compatibilité avec la Constitution de la décision du Conseil du 20 septembre 1976 relative à l'élection de l'Assemblée au suffrage universel direct[2], elle n'a aucunement modifié « la nature de cette Assemblée qui demeure composée de représentants de chacun des peuples de ces États »[3]. Cette appréciation conserve toute sa pertinence et sa vigueur : elle témoigne à la fois de la persistance du fait étatique dans la composition du Parlement européen (A), illustrative d'une représentation des États et de leurs peuples, et de la résistance étatique dans son mode d'élection (B).

[2] *JOCE* L 278, 8 octobre 1976, p. 1.
[3] Cons. 3, décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, *JORF*, 31 décembre 1976, p. 7651.

A. La persistance étatique dans la composition

Plus vaste assemblée parlementaire des systèmes démocratiques occidentaux, bien loin des 78 membres des origines, l'institution parlementaire s'efforce dès sa création de prendre en compte le poids démographique des États membres (les peuples) tout en n'occultant pas le critère étatique (les États). Deux grands principes guident alors les traités : assurer une égalité de représentation entre les trois États membres les plus peuplés (Allemagne, France, Italie) ; abandonner toute idée de proportionnalité au bénéfice des États membres les moins peuplés. Pour ce faire, elle dispose d'un modèle opérationnel dans l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe en reprenant le nombre de représentants initialement prévu pour les États les plus peuplés (18), tout en ajoutant un représentant au Luxembourg (4), et quatre à la Belgique et aux Pays-Bas (10). Par la suite, au gré des adhésions cette répartition sera peu ou prou conservée avec pour résultat la constitution d'une assemblée pléthorique dont la pondération ne cessera d'être en enjeu pour les États membres[4].

C'est ainsi que le traité signé à Amsterdam le 2 octobre 1997, en préparation du futur élargissement des années 2000, fixe un plafond de 700 membres, porté à 732 par le traité signé à Nice le 26 février 2001. Le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1er décembre 2009, l'a porté au niveau actuel de « sept cent cinquante plus le président » conformément à l'article 14-2 TUE[5], étant entendu selon la déclaration n° 4 annexée au traité que le siège supplémentaire au Parlement européen sera attribué à l'Italie[6]. Aussi s'est-il attaché à fixer un cadre pérenne en retenant d'une part un seuil minimal relevé à six députés par État membre, afin d'assurer la plus large représentation possible des forces politiques de pays faiblement peuplés et d'autre part un seuil maximal de quatre-vingt seize sièges pour un seul État. Au sein de cette fourchette ordonnée autour d'un rapport de 1 à 16, la répartition se fait « de façon dégressivement

[4] Au point de les livrer à de savants calculs agrémentés de coefficients multiplicateurs au moment du passage vers les élections au suffrage universel direct, par exemple les 4 pays les plus peuplés se sont vus attribuer un coefficient de 2,25 (36 sièges x 2,25 = 81) tandis que pour les « petits » (Danemark et Irlande) et moyens (Belgique et Pays-Bas) il était respectivement de 1,75 et 1,5, avec une correction pour la Belgique afin d'assurer une parité communautaire entre Flamands et Wallons. Le Luxembourg quant à lui conservait le même nombre de membres (6).

[5] Deux dépassements du plafond de 751 députés sont provisoirement intervenus. Le premier à la suite de la déclaration du Conseil européen des 11 et 12 décembre 2008 relative aux mesures transitoires concernant la composition du Parlement européen, le Protocole modifiant le Protocole sur les dispositions transitoires annexé au TUE, au TFUE et au traité Euratom (*JOUE* C 263, 29 septembre 2010) porte « provisoirement le nombre total de membres du Parlement européen à 754 jusqu'à la fin de la législature 2009-2014 ». Les 3 membres supplémentaires proviennent des 99 sièges attribués à l'Allemagne par le traité de Nice au lieu des 96 retenus sous l'empire du traité de Lisbonne, seul pays à connaître une diminution de sièges. Le second à ce jour ressort de l'article 19-1 du traité d'adhésion de la Croatie dérogeant au plafond pour la période allant de la date d'adhésion à la fin de la législature 2009-2014, le Parlement européen comptant alors jusqu'à 766 membres.

[6] À l'issue d'une réunion informelle des chefs d'État ou de gouvernement à Lisbonne réunis les 18 et 19 octobre 2007 il a été décidé d'attribuer un siège supplémentaire à l'Italie (72+1) pour éviter un décrochage trop important avec la France (74) et l'aligner sur le Royaume-Uni (73), sans formellement augmenter le nombre de membres du Parlement européen, son président étant artificiellement exclu du décompte final. Il va sans dire que la manœuvre est particulièrement illustrative de la persistance étatique.

proportionnelle ». Cette formule introduite par le traité de Lisbonne est tardivement définie par une décision du Conseil européen du 28 juin 2018

> « comme suit : le rapport entre la population et le nombre de sièges de chaque État membre avant l'arrondi à des nombres entiers varie en fonction de leurs populations respectives, de telle sorte que chaque député au Parlement européen d'un État membre plus peuplé représente davantage de citoyens que chaque député au Parlement européen d'un État membre moins peuplé et, à l'inverse, que plus un État membre est peuplé, plus il a droit à un nombre de sièges élevé au Parlement européen »[7].

Il s'agit, en d'autres termes, d'un moindre nombre de sièges au fur et à mesure que la population de l'État augmente. Le critère retenu est ainsi démographique et non pas civique, c'est-à-dire que la population totale est comptabilisée et non le corps électoral ; il vaut pour l'ensemble des États membres. La persistance de cet arrière-plan étatique soutient le recours à la dégressivité proportionnelle et conforte l'analyse d'une chambre des peuples des États.

Dès lors, la situation du Parlement européen est originale dans l'univers démocratique occidental en ce sens que la même assemblée représente à la fois la population et les États, ce qui peut troubler sa légitimité, et atteste en tout état de cause du refus du saut fédéral. Aussi milite-t-il depuis de nombreuses années pour une meilleure représentation entre les États membres afin d'améliorer sa légitimité[8].

Des aménagements à cette fin peuvent être facilités par le traité de Lisbonne, qui à la différence de ces devanciers, ne fixe pas au-delà des prescriptions précédentes le nombre de sièges par État membre, mais renvoie à une décision prise à l'unanimité par le Conseil européen à l'initiative du Parlement européen et avec son approbation[9]. Cette procédure témoigne d'un glissement vers davantage d'intégration sur un plan formel dans la mesure où il s'agit d'un acte de droit dérivé et non conventionnel. L'intention est limpide : il s'agit d'échapper à la lourdeur de la révision des traités pour chaque modification du Parlement européen tenant en particulier aux futurs élargissements et le cas échant à la dynamique démographique, tout en l'associant très étroitement à la décision, bien que le Conseil européen reste l'auteur de l'acte[10]. Dans sa décision du 28 juin 2018, ce dernier a ainsi décidé d'utiliser

> « pleinement les seuils minimaux et maximaux par État membre fixés par le TUE afin de refléter aussi étroitement que possible les tailles des populations respectives des États membres »[11].

---

[7] Article 1er de la décision (UE) 2018/937 du Conseil européen du 28 juin 2018 fixant la composition du Parlement européen, *JOUE* L 165 I, 2 juillet 2018, p. 1.

[8] Voir par exemple la résolution du Parlement européen du 7 février 2018 sur la composition du Parlement européen (2017/2054(INL) : « C. considérant que le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne soulignent l'importance de l'égalité des citoyens et de leur traitement égal par les institutions de l'Union; qu'il est essentiel de parvenir à une représentation plus égale en vue d'améliorer la légitimité du Parlement européen en tant qu'organe législatif qui représente les citoyens de l'Union de manière égale ».

[9] Art. 14 § 2 TUE.

[10] C'est ainsi que consécutivement à l'adhésion le 1er juillet 2013 de la Croatie, la décision du Conseil européen du 28 juin 2013 fixe la composition du Parlement européen pour la législature 2014-2019, *JOUE* L 181, 29 juin 2013.

[11] Décision (UE) 2018/937 précitée.

Chambre des peuples des États membres, le Conseil européen formé de leurs dirigeants, décide de sa composition, tandis que le Conseil formé des représentants gouvernementaux des États membres occupe une place centrale dans son mode de désignation[12].

B. La résistance étatique dans le mode d'élection

La première élection d'une assemblée transnationale au suffrage universel direct a soulevé un certain enthousiasme non seulement chez les observateurs de la construction européenne mais également dans le corps électoral. Il est toutefois rapidement retombé, ce « qui ne laisse évidemment pas de surprendre », ainsi que l'analyse Boulouis[13], pour qui l'abandon de la procédure électorale uniforme compte parmi les facteurs explicatifs. Ceux qui attendaient une intégration politique poussée sous la forme d'un système électoral valant pour tous les États membres doivent se résigner à quelques règles communes, dont la réalisation, même a *minima*, a pu être délicate. De sorte qu'il est hasardeux de voir de nos jours dans la désignation des membres du Parlement européen autre chose que l'agrégation d'élections nationales[14] ; trait confortant son caractère de chambre des peuples des États membres. Il procède du régime applicable aux élections européennes relevant à la fois du cadre juridique électoral interne et de l'Union, il est comme tel à l'image de la construction normative européenne mêlant droits internes et de l'Union.

Au regard de ce dernier, l'Acte de 1976 trace le cadre des premières élections européennes en reposant sur le plus petit dénominateur commun. Le nombre de membres du Parlement européen est fixé (401), la durée de leur mandat est de 5 ans, durée la plus répandue dans les assemblées élues de l'Europe des Neuf, le cumul entre mandats parlementaires européens et nationaux États membres est autorisé, tandis qu'une série d'incompatibilités est prescrite, la formule du mandat indicatif propre à la démocratie représentative est retenue, la période électorale débute le jeudi matin et s'achève le dimanche immédiatement suivant afin de tenir compte des traditions nationales. Enfin, le Parlement européen est chargé d'élaborer un projet de procédure électorale uniforme suivant les dispositions des traités. Dans cette attente, la procédure électorale est régie par les législations nationales[15].

Les obstacles rencontrés sont tels que les divers projets du Parlement européen vont se succéder sans jamais aboutir, en se heurtant en particulier aux réticences britanniques face à ce qu'ils perçoivent comme une menace à l'égard du mode de scrutin uninominal majoritaire à un tour. En réaction à cette impasse, le traité d'Amsterdam assouplit les exigences électorales en retenant que le projet élaboré par le Parlement européen peut, alternativement à une procédure uniforme à tous les États membres,

---

[12] Art. 223 TFUE.

[13] « Note sur le non-effet de l'élection au suffrage universel direct de l'Assemblée des Communautés européennes », *Pouvoirs*, 1981, n° 2, 2ème éd., p. 114.

[14] En ce sens Christian Philip, « L'échec de l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct », in C. Boutayeb (dir.), *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 857 et s.

[15] Pour la France, elles relèvent de la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 qui retient la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne, sans panachage ni vote préférentiel (les listes sont bloquées), assortie d'un seuil de 5 % des suffrages exprimés pour prétendre être admis la répartition des sièges, *JORF*, 8 juillet 1977.

en déterminer une « conformément à des principes communs à tous les États membres » (ex-art. 190 § 4 CEE, 223 TFUE).

Cet assouplissement tarde à produire ses effets, puisque ce n'est qu'en 2002 que le Conseil adopte une décision qui n'est au surplus que le pâle reflet de ces propositions[16]. Adoptée à l'unanimité au terme de longues négociations comparables à celles ayant eu cours avant l'Acte de 1976, la décision approuvée par le Parlement européen[17] se borne à retenir quelques principes communs en lieu et place d'un système électoral uniforme dirimant : l'élection se fait au scrutin de liste ou de vote unique transférable, de type proportionnel ; le suffrage est universel, direct, libre et secret ; un seuil minimal pour l'attribution de sièges qui ne peut être supérieur à 5 % des suffrages exprimés est possible ; le cumul de mandats de parlementaire est interdit ; les élections sont prévues durant une période s'étalant du jeudi au dimanche ; un plafond pour les frais de campagne est autorisé. Toute mention de parité est absente du texte, il est vrai qu'elle prévaut dans de nombreux États membres dont la France[18]. En tout état de cause, chaque État membre garde une importante latitude pour fixer le cadre juridique des élections, comme l'atteste par exemple en France le changement du cadre du scrutin opéré par la loi n° 2018-509 du 25 juin 2018 relative à l'élection des représentants au Parlement européen[19]. Cependant, aucune conclusion radicale ne doit être tirée de cette situation quant à la représentativité et la légitimité du Parlement européen. Ainsi dans le système fédéral états-unien, l'essentiel du droit électoral relève de la compétence des États fédérés sous réserve de quelques principes constitutionnellement garantis. Tout au plus peut-on relever que ces principes communs aux États membres viennent au renfort de l'analyse d'un parlement chambre des peuples des États membres.

Inchangés depuis les élections européennes de 2004, le Parlement européen a entrepris de modifier ces principes communs au cours de la législature 2014-2019 au nom en particulier de l'article 14 § 2 TUE tel que modifié par le traité de Lisbonne qui en fait le représentant « des citoyens de l'Union ». À cet égard, la résolution du 11 novembre 2015 sur la réforme de la loi électorale de l'Union européenne (2015/2035(INL)) est guidée par trois considérations entretenant des liens étroits entre elles en vue de créer une dynamique propice à l'avènement d'une démocratie substantiellement européenne. Il s'agit tout d'abord de donner une dimension transnationale aux élections européennes, ensuite il convient de renforcer l'unité de l'expression politique des citoyens européens, et enfin, l'objectif est d'améliorer la représentativité du Parlement européen. Pour ce faire, des propositions antérieures sont reprises comme la parité qui reçoit une acception plus large en devenant « l'égalité des genres », la fixation d'un jour de scrutin commun (le 9 mai, jour de la fête de l'Europe a pu être proposé par le passé) et la création d'une circonscription électorale

[16] Décision du Conseil du 25 juin 2002 et du 23 septembre 2002 modifiant l'acte portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct, *JOCE* L 283, 21 octobre 2002.

[17] Résolution législative du Parlement européen du 12 juin 2002 sur le projet de décision du Conseil modifiant l'Acte portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct (8964/2002 - C5-0225/2002 - 2002/0807(AVC)).

[18] Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000, *JORF*, n° 131 du 7 juin 2000.

[19] *JORF*, n° 145, 26 juin 2018, texte n° 1.

commune, suivie toutefois d'une innovation née de la pratique consécutive à la désignation par le Parlement européen du président de la Commission selon l'article 17 § 7 TUE. Dans cette circonscription les listes seraient conduites par une tête de liste de chaque famille politique candidate à la présidence de la Commission, la parlementarisation de l'Union en serait consolidée et avec elle la légitimité du président de la Commission. D'autres font leur apparition comme la substitution au seuil maximal de 5 % d'une fourchette comprise entre 3 et 5 % des suffrages exprimés pour les circonscriptions uniques comptant plus de 26 sièges afin d'éviter une fragmentation de la représentation, l'établissement des listes des candidats dans un délai minimal de 12 semaines avant le début de la période électorale, l'harmonisation de l'âge minimal des électeurs à 16 ans afin de garantir une plus grande égalité aux citoyens de l'Union, certains devant attendre d'avoir 18 ans révolus, comme en France, et enfin la possibilité de recourir au vote électronique et de voter en résidant dans un pays tiers à l'Union.

Surtout, l'idée d'une constitution de listes transnationales fait son apparition au Parlement européen conformément à la position adoptée dans sa résolution du 11 novembre 2015 sur la réforme de la loi électorale de l'Union européenne (2015/2035(INL))[20]. Toutefois, elle brille par son absence dans sa résolution du 7 février 2018[21], alors que le Parlement européen invite le Conseil à conclure rapidement la révision de l'acte portant élection des membres du Parlement européen au suffrage universel direct au motif que cette « réforme […] renforcera la dimension européenne de ces élections et enverra un message positif pour l'avenir du projet européen »[22]. En attendant, la perspective de listes transnationales et d'une circonscription commune est repoussée au mieux à 2024[23].

Au demeurant, et sur le temps long, les développements de la construction européenne empruntent des détours et chemins de traverse, pour autant le tandem circonscription unique et listes transnationales est de nature à dessiner les traits futurs d'une Assemblée de l'Union.

II. Vers une Assemblée de l'Union ?

L'absence d'un peuple européen à représenter est le principal obstacle à la réalisation d'une Assemblée de l'Union, mais d'une certaine manière, l'institution représentative est pensée comme participant de l'apparition de la chose représentée. Pour autant, le Parlement européen « n'est pas (jusqu'à présent) une représentation du peuple européen »[24]. Il est

[20] Pt. 1 : le Parlement européen « décide de réformer sa procédure électorale suffisamment tôt avant les élections de 2019 afin de renforcer la dimension démocratique et transnationale des élections européennes ». La résolution propose en annexe d'insérer à l'Acte de 1976 un article 2 bis : « Le Conseil décide à l'unanimité de la création d'une circonscription électorale commune dans laquelle les listes sont emmenées par le candidat ou la candidate de chaque famille politique à la présidence de la Commission ».

[21] Résolution du Parlement européen sur la composition du Parlement européen.

[22] *Idem*, pt. 12.

[23] Rapport n° 1462 fait au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi, autorisant l'approbation de la décision (UE, EURATOM) 2018/994 du Conseil du 13 juillet 2018 modifiant l'acte portant élection des membres du Parlement européen au suffrage universel direct, annexé à la décision 76/787/CECA, CEE, Euratom du Conseil du 20 septembre 1976, 5 décembre 2018, p. 17.

[24] Thomas Schmitz, « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant de l'Union

possible de s'en rapprocher progressivement à partir d'une « européanisation » de l'écosystème parlementaire (A) et de l'ambition déjà relevée de faire du Parlement européen une assemblée réellement représentative des citoyens de l'Union (B).

A. L' « européanisation » de l'écosystème parlementaire

Jusqu'au début des années 2000, d'importantes disparités caractérisent la situation des membres d'une même assemblée, d'où la nécessité de parvenir à un statut commun quel que soit l'État d'appartenance des députés européens. Il est fixé après de longues discussions par la décision du 28 septembre 2005 portant adoption du statut des députés au Parlement européen[25]. Alors que le terme est absent des traités, leur qualité de représentants des peuples, justifie l'emploi dans le statut de la dénomination « député » suivant cette décision. À ce titre, ils sont reconnus dans le prolongement du Règlement intérieur du Parlement européen (art. 2), « libres et indépendants » (art. 2), tandis que tout mandat impératif est nul (art. 3) et que le droit d'initiative est individuel (art. 5). Au-delà de ces droits communs aux parlementaires nationaux, une part importante du statut est consacrée aux questions financières. Les indemnités parlementaires sont égales « à 38,5 % du traitement de base d'un juge de la Cour de justice » (art. 10) soit un peu moins de 8 500 euros par mois avant impôts. À la fin de leur mandat, les députés ont droit à une indemnité transitoire équivalente à cette indemnité, elle correspond à un mois par année d'exercice du mandat, avec un minimum de six mois et un maximum de vingt-quatre mois (art. 13). Quant aux pensions d'ancienneté, à 63 ans révolus, les anciens députés perçoivent pour chaque année complète d'exercice d'un mandat 3,5 % de la rémunération sans dépasser 70 % (art. 14). Ce droit est ouvert indépendamment de toute autre pension. L'ensemble de ces dépenses est couvert par le budget général de l'UE. À côté de ces indemnités couplées au mandat, les députés européens ont accès à divers financements liés à l'exercice de leur fonction (art. 20) dont le détail est fixé par une décision du Bureau du Parlement européen[26]. Ce processus d'unification des règles relatives à la désignation et au statut des députés contribue au mouvement favorable à l'apparition d'une Assemblée de l'Union, et il n'est pas anodin qu'il soit contemporain de la définition d'un statut des partis politiques européens.

« Les partis politiques au niveau européen contribuent à la formation de la conscience politique européenne et à l'expression de la volonté des citoyens de l'Union ». Ainsi présentés par l'article 10 § 4 TUE, relayé par l'article 12 § 2 de la Charte des droits fondamentaux, les partis politiques sont les agents à la fois d'une communauté politique à venir et du processus électoral européen. Le juge y voit des

> « facteurs d'intégration au sein de l'Union, de formation d'une conscience européenne et d'expression de la volonté politique des citoyens de l'Union »[27].

européenne », *RDP*, 2003, n° 6, p. 1721.

[25] *JOUE* L 262, 7 octobre 2005.

[26] Voir décision du Bureau du Parlement européen des 19 mai et 9 juillet 2008 portant mesures d'application du statut des députés au Parlement européen, *JO* C 159, 13 juillet 2009. Cette décision fait régulièrement l'objet de modifications souvent dictées par une réévaluation des montants financiers.

[27] TPI, *Martinez, de Gaulle, Front national* et *Bonino e.a.*, 2 octobre 2001, aff. jtes

Comme lieux de la coordination politiques des partis implantés dans les États membres, les partis politiques européens remplissent davantage ce second office. À leur décharge, ils ne disposent d'une base légale, consécutivement à plusieurs échecs, que depuis le règlement du 4 novembre 2003, abrogé par celui n° 1141/2014 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 relatif au statut et au financement des partis politiques européens et des fondations politiques européennes et dernièrement modifié par le règlement n° 2018/673 du 3 mai 2018[28]. Conformément à l'article 224 TFUE, ce statut est adopté par le Parlement européen et le Conseil suivant la procédure législative ordinaire. On aurait pu imaginer que le Parlement européen bénéficie d'une priorité législative sur le Conseil.

Entrent dans la catégorie de parti politique européen au sens de ce règlement une « alliance politique » remplissant cinq conditions : être enregistrée auprès du Parlement européen ; être représentée dans au moins un quart des États membres par des élus au Parlement européen ou dans les parlements nationaux ou régionaux ou ayant obtenu au moins 3 % des voix exprimées dans, au moins, un quart des États membres lors des dernières élections européennes ; respecter dans son programme et par son action, les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit (art. 2 TUE) ; participer aux élections au Parlement européen ou en ayant exprimé l'intention ; ne pas avoir de but lucratif. En vertu de quoi le parti politique européen possède la personnalité juridique européenne reconnue par le règlement de 2014. Cette notion a pour objet d'une part d'unifier le statut des europartis, elle se substitue à la personnalité juridique nationale détenue par les partis européens conformément au droit de l'État membre accueillant leur siège. D'autre part, elle assure aux partis politiques européens une reconnaissance juridique dans l'ensemble des États membres. Sans compter que la perspective de son retrait constitue une menace pesant sur les partis politiques européens les incitant à être davantage soucieux du respect non seulement de la réglementation qui leur est applicable mais également des valeurs de l'Union visées à l'article 2 TUE.

Au-delà du statut des partis politiques européens, leur financement est un enjeu essentiel motivant plusieurs adaptations normatives et constitue un volet central du règlement de 2014. Naturellement, seuls les partis politiques européens enregistrés peuvent en bénéficier après en avoir formé la demande auprès du Parlement européen à la suite d'un appel à contributions ou à propositions. Ensuite, une répartition de l'enveloppe annuelle totale est opérée suivant un ratio en vertu duquel 15 % sont répartis à égalité entre tous les partis politiques européens bénéficiaires tandis que le reste est attribué proportionnellement en fonction du nombre de députés. À partir du 1er janvier 2018, les modalités pratiques de financement ont été revues pour en améliorer la transparence et par souci d'une meilleure gestion financière, en particulier une contribution couvrant

T-222/99, T-327/99 et T-329/99, EU:T:2001:242, pt. 104.

[28] Respectivement : règlement (CE) n° 2004/2003 du Parlement européen et du Conseil relatif au statut et au financement des partis politiques au niveau européen, *JOUE* L 297, 15 novembre 2003 ; *JOUE* L 317, 4 novembre 2014 ; *JOUE* L 114, 4 mai 2018.

les dépenses remboursables se substitue au versement d'une subvention de fonctionnement[29].

En dépit de ces avancées juridiques, sur un plan pratique il est difficile de voir dans les partis politiques européens autre chose « que des conglomérats de forces politiques nationales, sans organisation politique intégrée »[30].

B. Une assemblée représentative des citoyens de l'Union

Au gré des diverses révisions des traités, la qualité d'organe représentatif du Parlement européen a reposé sur des expressions changeantes. Composé initialement « de représentants des peuples des États réunis dans la Communauté » (articles 20 CECA, 107 CEEA, 137 CECA), le traité de Lisbonne réalise un saut sémantique en précisant qu'il est « composé de représentants des citoyens de l'Union » (art. 14-2 TUE). Au vrai, cette affirmation peut sembler tardive dans la mesure où l'invention de la citoyenneté européenne remonte au traité de Maastricht en 1992, mais elle atteste, dans le prolongement du « traité constitutionnel », de la volonté des rédacteurs du traité d'extraire l'Union de son origine interétatique, de la dissimuler formellement derrière l'unité plurielle des sujets représentés (les citoyens) dont la connotation fédérative est plus marquée que la diversité plurielle précédente (les peuples des États).

Toutefois, il serait abusif d'y voir autre chose qu'une facilité terminologique sans effets sur la représentation au sein de l'Union. Plusieurs raisons à cela : tout d'abord, la construction européenne est toujours cette « union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe »[31]. Cette pluralité persiste, le peuple européen n'a pas d'existence légale, ce qui au fond correspond à une réalité politique, historique, sociologique et culturelle. Ensuite, et de manière déterminante, l'article 9 TUE affirmant : « la citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas », combiné avec l'article 20 TFUE retenant qu'est « citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre », soulignent le caractère apparent de l'unité d'une citoyenneté de l'Union en ce qu'elle ne repose pas sur elle-même, mais dérive de la pluralité étatique, siège ultime de la souveraineté. Les réserves apportées par la Cour de justice quant aux prérogatives étatiques s'agissant du droit de la nationalité n'affaiblissent pas en l'occurrence l'analyse en restant extérieures à la qualité de la représentation parlementaire[32]. Enfin, l'élection au suffrage universel

[29] Décision du Bureau du 12 juin 2017, *JOUE* C 205, 29 juin 2017. En 2018, le PPE a ainsi perçu une enveloppe financière de près de 10 millions d'euros suivi par le Parti socialiste européen (6,9 millions d'euros).

[30] Loïc Grard, « La distance entre Bruxelles et ses citoyens. Retour sur le déficit démocratique de l'Union européenne », *Revue québécoise de droit international*, hors série, novembre 2018, p. 197.

[31] Article 1er TUE.

[32] CJCE, 2 mars 2010, *Rottman*, aff. C-135/08, pt. 48 : « La réserve selon laquelle il y a lieu de respecter le droit de l'Union ne porte pas atteinte au principe de droit international déjà reconnu par la Cour […] selon lequel les États membres sont compétents pour définir les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité, mais consacre le principe selon lequel, lorsqu'il s'agit de citoyens de l'Union, l'exercice de cette compétence, dans la mesure où il affecte les droits conférés et protégés par l'ordre juridique de l'Union […] est susceptible d'un contrôle juridictionnel opéré au regard du droit de l'Union ». Voir sur un développement récent

direct en vigueur à partir de 1979 fait du Parlement européen une assemblée représentative de citoyens européens ayant la qualité de national d'un État membre avant la double innovation des traités de Maastricht et de Lisbonne. Au fond, la décision du Conseil du 13 juillet 2018 ne dit rien d'autre lorsqu'elle prévoit : « Dans chaque État membre, les membres du Parlement européen sont élus représentants des citoyens de l'Union »[33]. En sorte que la modification apportée par le traité de Lisbonne a une portée symbolique, le Parlement européen demeure une chambre des peuples des États, mais elle conforte l'intention originelle présente dans l'existence d'une assemblée parlementaire à l'ambition représentative : contribuer à la formation d'un corps politique européen. D'autant plus qu'elle doit être lue en relation avec l'ouverture aux résidents non nationaux européens du droit de vote et d'éligibilité par le traité de Maastricht.

Cette reconnaissance a entraîné à la suite de son entrée en vigueur une « européanisation » de la législation électorale ayant pour véhicule une directive du Conseil du 6 décembre 1993, transposée par la loi n° 94-104 du 5 février 1994 modifiant celle du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen[34]. Ses modalités visent à rapprocher autant que faire se peut les conditions de celles pesant sur les nationaux de l'État de résidence tout en évitant que le vote aux élections européennes ne serve à contourner l'égalité de suffrage et d'éventuelles privations de droits électoraux. Toutefois, une différence de traitement demeure, certes difficile à résorber, entre citoyens européens français et non français. Les premiers n'ont pas à s'inscrire sur des listes complémentaires pour les élections européennes (comme d'ailleurs pour les élections municipales) et bénéficient d'une inscription d'office à l'âge de dix-huit ans basée sur le recensement citoyen effectué en vue de l'organisation de la journée défense et citoyenneté[35]. De plus, ils ne sont pas soumis à une condition de résidence dans la mesure où ils peuvent exercer leur droit de vote tout en résidant dans un État membre ou non de l'Union. Ces contraintes n'expliquent pas à elles seules la faiblesse de l'inscription pour les élections européennes : en 2019, environ 280 000 citoyens, soit un taux d'environ 25% selon l'INSEE rapporté aux 1,3 millions de citoyens européens remplissant les conditions pour être électeur[36].

Cette ouverture du droit de vote aux citoyens européens se duplique naturellement en matière d'éligibilité. Dans tout État membre, les nationaux et les citoyens européens y accèdent suivant des conditions identiques à celles valant pour l'obtention du droit de vote, sous réserve de dispositions particulières ayant fait l'objet d'un allègement consécutif à la directive du 20 décembre 2012 modifiant celle du 6 décembre 1993, et

---

de cette jurisprudence : Anne Rigaux, « Retrait de la nationalité d'un État membre : recherche d'un équilibre entre les prérogatives des États membres et les exigences du droit de l'Union. À propos de l'affaire C-221/17, *M. G. Tjebbes e. a.* », *Europe*, mai 2019, p. 7-10.

[33] Article 1er 1, de la décision précitée.

[34] Respectivement : directive 93/109/CE, *JO* L 329, 30 décembre 1993, *JORF*, n° 32, 8 février 1994.

[35] Loi n° 97-1027 du 10 novembre 1997 relative à l'inscription d'office des personnes âgées de dix-huit ans sur les listes électorales.

[36] *Insee Focus*, n° 154, 7 mai 2019. Avec plus de 78 000 inscrits, les citoyens portugais sont les européens les plus représentés loin devant les britanniques (38 000).

transposée par la loi n° 2013-1159 du 16 décembre 2013[37]. Cet assouplissement réalisé à la veille des élections européennes de 2014 a eu pour but d'accroitre la présence de citoyens européens d'autres États membres parmi les candidats nationaux, mais elle demeure extrêmement faible. En 2009, quinze candidats seulement sur les 3056 issus des 160 listes présentées étaient ressortissants d'un État membre autre que la France, soit un total de 0,005 %[38] ! Bien qu'en légère progression, les données disponibles relèvent de l'infinitésimal, aussi bien en France que dans l'ensemble de l'Union. En 1994, 53 candidats (5 en France) pour une élue, en 1999, 62 candidats pour 4 élus, en 2004, 57 candidats dont 3 élus, en 2009, 95 candidats dont 4 élus, en 2014, 5 élus et en 2019 deux listes en France ont mis en avant la présence de plusieurs candidats « transnationaux »[39]. Au final, le nombre de députés européens dont le pays du mandat est différent de celui de leur nationalité pour cette législature reste inchangé : 5.

À cette faible « européanisation » des listes pour les élections européennes témoignant de la prégnance du national, s'ajoute le relatif intérêt qu'elle suscite chez les électeurs. Depuis 1979, le taux de participation aux élections européennes n'a cessé de baisser. Passés la découverte et l'enthousiasme des moments inauguraux, ce mouvement semble inéluctable, ce taux décline régulièrement, de 61,8 % (60,7 % pour la France), il passe en 1984 à 59 % (56,7 %), puis suivant ce rythme presque régulier, il est en 1989 de 58,3 % (48,7 %), en 1994 de 56,7 % (52,8 %), en 1999 de 49,5 % (46,8 %), en 2004 de 45,6 % (42,8 %), en 2009 de 43 % (40,6 %), et atteint son plus bas niveau en 2014 avec 42,6 % (42,4 %). Si un net regain de participation est observé et salué en 2019 avec 50,9 % (50,1 %), la tendance demeure au désengagement civique, notamment pour la France, dont le taux est toujours inférieur à la moyenne européenne, tandis que depuis 25 ans, moins d'un citoyen européen sur deux, toutes nationalités confondues, participe aux élections européennes. Cette faible implication des citoyens européens souligne les limites d'un statut juridique tardant à faire émerger une communauté politique transnationale.

L'ensemble de ces données additionnées au cadre juridique et politique des élections européennes repousse l'avènement d'un Parlement européen, assemblée des citoyens de l'Union, pour ancrer la figure d'une chambre des peuples. Au-delà se trouve l'enjeu de la réussite de la greffe de la démocratie représentative, davantage voulue par le haut que par le bas, sur le système institutionnel de l'Union. Il est possible de rapprocher le temps présent des débuts de la Troisième République et de paraphraser Gambetta qui voulait faire descendre la République dans les villages pour voir dans un mouvement comparable entre l'Europe et ses multiples villages la marque d'une adhésion populaire et démocratique à la *Res publica* européenne.

---

[37] Directive 2013/1/UE du Conseil, JOUE L 26, 26 janvier 2013 ; *JORF*, n° 292, 17 décembre 2013.

[38] Voir Sylvie Strudel, « L'Europe, un nouvel espace de citoyenneté ? Le vote des non-nationaux », *Revue internationale de politique comparée*, 2009, n° 4, p. 566.

[39] Dont des bi-nationaux, 7 sur la liste Génération.s dirigée par M. Hamon et 7 sur la liste Renaissance conduite par Mme Loiseau.

3. Les outre-mers hors Union européenne

Dominique Breillat
Professeur émérite de droit public de l'Université de Poitiers

Nous avons précédemment eu l'occasion d'évoquer le créateur du droit colonial, comme discipline juridique, avec le professeur Arthur Girault, un grand professeur et un doyen de la Faculté de droit de Poitiers. Peut-être y a-t-il ainsi continuité au sein de notre faculté, et à Poitiers notre collègue et ami, le Doyen Éric Gojosso travaille beaucoup sur ces questions avec notamment l'Indochine. En ce qui concerne les territoires d'Outre-mer hors Union européenne, on pourrait commencer à mentionner la liste des territoires non autonomes fixée par l'Organisation des Nations unies qui en vertu du chapitre XI de la Charte sont les « territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles mêmes ». Au nombre de 72 en 1946, ils ne sont plus que 17 aujourd'hui.

La détermination de ces territoires est très politique tant par ceux qui y figurent que peut-être plus par ceux qui n'y figurent pas. On y trouve le Sahara occidental et les autres sont des territoires insulaires. La France y figure avec la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie, la Nouvelle-Zélande avec les îles Tokelau, les États-Unis avec les îles Vierges américaines, les Samoa américaines et Guam et, enfin, 10 îles britanniques qui se situent pour l'essentiel dans les Caraïbes (Anguilla, Vierges britanniques, îles Caïmanes, Montserrat, îles Turques et Caïques) mais aussi au large des États-Unis (Bermudes), au large de l'Argentine (îles Malouines), au cœur de l'Atlantique (Sainte-Hélène), en Océanie (Pitcairn) et même en Europe (Gibraltar).

Voici un premier bilan bien incomplet. Essayons d'aller plus loin en évoquant les territoires ultramarins d'États européens hors Union européenne, des États-Unis et d'États océaniens.

I. L'ultramarin européen hors Union européenne

Il nous faut ici appréhender les territoires du froid, les confetti britanniques et la succession britannique en Océanie.

A. Les territoires du froid

Le premier État, auquel on pense peu, est celui des territoires du froid avec la Norvège.

Nous rencontrons ici une certaine diversité. Les territoires du froit se situent tout à la fois du côté de l'Artique et du côté de l'Antarctique.

Côté Arctique, on trouve notamment un territoire appelé maintenant officiellement Svalbard (62 045 km² ; 2 926 habitants dont 58 % Norvégiens)[1] mais que l'on connaît sans doute plus sous le nom de Spitzberg, puisque l'île Spitzberg est la plus importante de l'archipel. C'est un territoire extrêmement intéressant. Il est soumis à un statut de neutralité

[1] Les statistiques sont empruntées pour l'essentiel au World Factbook de la CIA.

et se trouve à part de la Norvège. La Norvège est dans l'espace Schengen et dans l'AELE (Association européenne de libre-échange), mais le Svalbard est hors de ces espaces. Le statut de l'archipel résulte d'un traité du
9 février 1920 qui accorde la souveraineté à la Norvège, mais ce territoire doit être démilitarisé et doit permettre la libre exploitation pour des ressortissants de n'importe quel pays. Ce territoire est aujourd'hui l'objet de tensions notamment avec la Russie du fait de la fonte des glaces dans cette région. La Russie a des ambitions sur le Svalbard.

Ce territoire est administré par le département polaire du ministère de la Justice et un gouverneur (sysselmann) réside dans la capitale Longyearbyen.

Un autre territoire, l'île de Jan Mayen (377 km² ; inhabitée), se situe entre le Groenland et la Norvège. L'île est inhabitée et la gestion est confiée au comté de Nordland, comté norvégien. Jan Mayen est la propriété de l'État norvégien et partie intégrante du Royaume.

Côté Antarctique, c'est aussi la diversité qui prime, une diversité à la fois géographique et administrative.

L'île Bouvet (Bouvetøya) (49 km² ; inhabitée) a été découverte par le navigateur français Jean-Baptiste Bouvet de Lozier en 1739. Elle est devenue norvégienne en 1927 et est une dépendance du Royaume de Norvège. Elle est soumise à sa souveraineté. Mais elle n'est pas une partie du Royaume. En conséquence elle pourrait être cédée très facilement si la Norvège le souhaitait. On remarquera qu'elle ne se situe pas au-delà du 60 degré de latitude sud, donc elle n'est pas soumise aux règles relatives à l'Antarctique.

Il n'en est pas de même de l'île Pierre I^{er} (Peter I Øy*)* située à côté du continent Antarctique dans la mer de Bellingshausen et revendiquée par le Norvège depuis 1929, devenant dépendance norvégienne en 1933. Assez curieusement, elle se situe à l'opposé de la Terre de la Reine-Maud (*Dronning Maud Land*) (2 500 000 km² ; inhabitée), qui est une revendication norvégienne dans l'Antarctique.

Comme la Terre de la Reine-Maud, l'île Pierre I^{er} est administrée directement par le département des affaires polaires du ministère de la Justice à Oslo. Possession norvégienne, elle a connu une difficulté an 1940, les Allemands l'ayant confisquée et appelée Nouvelle-Souabe, avant qu'elle ne redevienne norvégienne.

B. Les confetti britanniques

Parmi les États européens hors Union européenne – depuis peu il est vrai – il faut bien évidemment évoquer le Royaume-Uni. C'est celui qui possède le plus grand nombre de territoires.

La situation britannique est tout à fait complexe, comme toujours quand on s'intéresse à ce pays. Les colonies de la Couronne – c'est ainsi qu'on les appelait avant 1981 – sont devenues des territoires dépendant du Royaume-Uni et, depuis 2002, ils sont qualifiées de territoires d'outre-mer. En réalité il convient de distinguer les véritables territoires britanniques d'outre-mer des dépendances de la Couronne situées en Europe.

1. Les territoires britanniques d'outre-mer (British Overseas Territories)

On trouve 14 territoires d'outre-mer qui ont souvent une large autonomie, pratiquant le régime parlementaire, parfois avec un parlement bicaméral et qui souvent sont des territoires à la fâcheuse réputation, dans la mesure où ils apparaissent bien trop uniquement comme des territoires pour pavillons de complaisance ou bien des paradis fiscaux.

On trouve aussi d'autres territoires administrés directement par le Royaume-Uni. Il faut également mentionner une situation un peu paradoxale à Chypre avec des bases militaires.

Dans les Caraïbes, l'île d'Anguilla (91 km² ; 18 090 habitants) auparavant, aurait dû être un élément de l'État de Saint-Kitts-et-Nevis ou Saint-Christophe-et-Niévès qui aurait dû s'appeler Saint-Christophe-et-Niévès-Anguilla. Mais les habitants d'Anguilla se sont sentis complètement marginalisés et se sont révoltés nécessitant une intervention militaire britannique pour mater la révolte. Finalement, Anguilla a pu faire sécession de Saint-Christophe-et-Niévès qui aujourd'hui est un État indépendant, Anguilla restant un territoire britannique. Système parlementaire, elle possède un parlement monocaméral, la *House of Assembly* ayant 11 membres dont 7 directement élus.

Parmi ces territoires, il nous faut citer aussi les Bermudes (Bermuda) (54 km² ; 71 750 habitants), là aussi magnifique paradis fiscal situé au large des Caroline américaines. Un référendum sur l'indépendance a échoué en 1995. Système parlementaire, les Bermudes ont un parlement bicaméral, *House of Assembly* avec 36 membres élus et Sénat.

Dans les Antilles, nous trouvons encore une partie des îles Vierges avec les îles Vierges britanniques (*British Virgin Islands*) (151 km² ; 37 381 habitants). Cet archipel est partagé avec les États-Unis. Nous retrouvons le système du régime parlementaire classique avec un parlement monocaméral, House of Assembly avec 13 membres élus sur 15.

Près de Cuba apparaissent comme symbole symbolissime des paradis fiscaux, les îles Caimans (*Cayman Islands*) (264 km² ; 61 944 habitants). C'est toujours le même système parlementaire avec parlement monocaméral (*Legislative Assembly*) de 21 membres dont 19 élus.

Parmi ces territoires figure aussi l'île de Montserrat (102 km² ; 5 373 habitants), très proche de la Guadeloupe. Ce micro-territoire a néanmoins ce système parlementaire avec une *Legislative Assembly* de 11 membres dont 9 élus.

Il nous faut ajouter également les îles Turques et Caïques (Turks ans Caicos Islands) (948 km² ; 55 926 habitants). Elles ont été détachées des Bahamas lorsque cet archipel est devenu indépendant en 1973. Cette modification juridique est une stratégie utilisée très souvent par les Britanniques pour conserver des territoires afin qu'ils ne tombent pas sous la souveraineté d'autres territoires appelés à l'indépendance. On retrouve le régime parlementaire avec une *House of Assembly* de 19 membres dont 15 élus.

Dans le sud de l'Atlantique, les Malouines (*Falkland Islands/Islas Malvinas*) (12 173 km² ; 3 198 habitants), colonisées par la France de

1764 à 1766, ont connu quelque célébrité en 1982 lorsque l'Argentine les a envahies suscitant une réponse militaire britannique énergique permettant l'expulsion des Argentins. La population souhaite absolument rester britannique. Les îles sont dotées du système classique de *self-government* avec une *Legislative Assembly* de 10 membres dont 8 élus.

Non loin se trouve aussi un territoire qui a été une dépendance des Malouines et constitue maintenant un territoire distinct. Il s'agit de la Géorgie du Sud et des Sandwich du Sud (*South Georgia and South Sandwich Islands*) (3 903 km² ; inhabitées). Ce territoire d'outre-mer, revendiqué également par l'Argentine et occupé par ce pays du 3 au 25 avril 1982 ne peut avoir d'autonomie par définition. Il est administré depuis les Malouines par un commissaire qui est en même temps le gouverneur des Malouines.

Enfin, en allant toujours vers le Sud, on trouvera le territoire britannique de l'Antarctique (*British Antarctic Territory* ; inhabité) (1 395 000 km² où le Royaume-Uni exerce une revendication sur une portion également revendiquée par le Chili et l'Argentine. Détaché des Malouines en 1962, le territoire est sous administration directe du *Foreign and Commonwealth Office.*

Dans l'Océanie, le Royaume-Uni ne possède plus que les îles Pitcairn, les plus à l'est de l'Océan Pacifique. Il y a très peu d'habitants et ce sont, pour certains, des descendants des mutinés du Bounty avec, très récemment de gros problèmes qui ont défrayé la chronique sur le plan pénal. Malgré tout, ces îles ont un conseil ou une autorité consultative mais il s'agit d'une administration directe britannique. Le Commissaire est le directeur du *FCO's Overseas Territories Directorate*.

Nous voudrions insister sur le Territoire britannique de l'Océan indien (*British Indian Ocean Territory*) (BIOT) (60 km² ; inhabité par des autochtones), au cœur de l'Océan indien. On y voit véritablement le scandale que peuvent revêtir certaines soi-disant décolonisations. Le BIOT est constitué essentiellement des îles Chagos. Or ces îles dépendaient de Maurice. Quand a été envisagée l'indépendance de l'ancienne île de France, les Britanniques ont détaché les îles Chagos de Maurice ainsi que certaines îles des Seychelles, pour en faire un territoire particulier en 1965. Et les Britanniques ont conclu un accord avec les États-Unis dans une optique bien peu de gauche avec pourtant un Premier ministre travailliste, Harold Wilson. Une base militaire américaine a alors été installée sur Diego Garcia en 1965 pour 50 ans. Mais surtout les populations ont été déportées de façon odieuse. En 2016, la base aurait dû revenir aux Britanniques mais finalement ceux-ci ont décidé que cela durerait encore 20 ans. On devine que le BIOT est revendiqué par Maurice et l'affaire a été portée devant la Cour internationale de justice et a fait l'objet d'un avis le 22 mai 2019 dans lequel l'attitude britannique a été considérée contraire au droit international. Ce territoire est administré par un commissaire résidant au *Foreign and Commonwealth Office* à Londres.

Du côté de l'Afrique, les Britanniques possèdent une île connue de tous les Français puisqu'elle fut la dernière demeure de Napoléon I^{er}. Il s'agit de Sainte-Hélène à laquelle sont rattachés l'île de l'Ascension et l'île Tristan da Cunha, au milieu de l'Atlantique (394 km² ; 7 862 habitants). Ce

territoire a également son assemblée, le *Legislative Council*, avec 17 membres dont 12 élus, mais en réalité est plutôt sous administration directe.

Parmi les territoires qui ont une véritable semi-autonomie, Gibraltar (7 km² ; 29 581 habitants) constitue un cas particulièrement intéressant. Occupé par les Britanniques depuis 1704, Gibraltar est revendiqué par l'Espagne. Gibraltar se trouve en Europe et le Brexit est un traumatisme pour le territoire qui a voté à 97 % contre le Brexit car il trouve son intérêt dans l'Union européenne. L'Espagne voudrait utiliser cette difficulté et propose une solution type Hongkong, c'est-à-dire, « un pays, deux systèmes ». La question sera certainement dans les négociations entre le Royaume-Uni et l'Union européenne pour le Brexit. Néanmoins le territoire jouit de l'autonomie avec un *Chief minister* et un Parliament de 18 membres dont 17 élus.

Tous ces territoires possèdent une assemblée qui parfois même est bicamérale, cette assemblée étant en réalité très réduite avec 10 à 15 membres, mais ils jouissent d'une assez grande autonomie. C'est ce qui permet aux Britanniques, lorsqu'on se plaint de ces territoires permettant l'évasion fiscale dans le monde, de répondre : « Que voulez-vous, nous n'y pouvons rien. Ils sont autonomes… ». Hypocrisie manifeste Outre-Manche.

Toujours en Europe on peut évoquer les deux bases militaires d'Akrotiri et Dhekelia (254 km² ; 18 195 habitants) qui se trouvent sur l'île de Chypre. Les Britanniques tiennent beaucoup, semble-t-il, à ces bases qui, d'ailleurs, lorsque le Royaume-Uni était dans l'Union européenne, ne faisaient pas partie de l'Union européenne. Il y a actuellement un litige car les loyers ne semblent pas avoir été payés. Ces bases sont administrées par un administrateur qui est en même temps le commandant des forces britanniques à Chypre.

2. Les dépendances de la Couronne

Enfin, on ne saurait oublier des îles dont nos collègues historiens du droit pourraient mieux parler. L'île de Man (*Isle of Man*) (572 km² ; 90 499 km²), Jersey (118 km² ; 101 073 habitants) et Guernesey (78 km² ; 67 052 habitants) sont soumis au droit féodal, ces territoires ne faisant pas partie du Royaume-Uni. Ils sont rattachés à la Couronne. Ils se sont démocratisés mais pendant longtemps ne savaient pas exactement quel était leur statut juridique. Lorsque le Royaume-Uni est entré dans les Communautés européennes, ces îles se sont rapprochées pour mieux examiner leur statut. Nous avions eu l'occasion de rencontrer l'*Attorney general* de Man et il nous avait expliqué cette situation de façon fort passionnante.

Ces trois dépendances de la Couronne ont su faire évoluer leurs institutions dans un sens démocratique. À l'Île de Man, le Tynwald, qui se veut le plus vieux parlement du monde siégeant de façon ininterrompue, est bicaméral avec le Conseil législatif (*Legislative Council*) de 11 membres dont 8 élus indirectement par l'autre Chambre, la Chambre des Clefs (*House of Keys*) aux 24 membres élus. Un *chief Minister* dirige le gouvernement local. À Jersey et Guernesey, on connaît une assemblée unique, États de Jersey à Jersey et États de la Délibération à Guernesey, un *chief minister* dirigeant le gouvernement local.

Le destin de tous ces territoires, s'ils accédaient à l'indépendance, serait de devenir membre du *Commonwealth* qui aujourd'hui compte 54 États, mais certains comme le Mozambique ou le Rwanda n'ont jamais été territoires britanniques.

II. L'ultramarin américain

Hors de l'Europe, on trouve trois États possédant des territoires ultramarins : les États-Unis, l'Australie et la Nouvelle-Zélande.

Avec les États-Unis, 4 types de territoires sont possibles.

1. Les territoires incorporés et organisés

Les territoires incorporés et organisés appartiennent au passé. C'était le cas avec l'Alaska et Hawaii avant qu'ils ne deviennent des États des États-Unis. Dans cette hypothèse, la souveraineté des États-Unis est inaliénable.

2. Les territoires non incorporés et organisés

Avec les territoires non incorporés et organisés, la souveraineté peut évoluer. On en compte 4 actuellement qui n'ont pas le statut d'État, mais possèdent des institutions particulières, avec en général un parlement, parfois bicaméral, et un gouverneur directement élu, s'inspirant du modèle des États-Unis avec une séparation stricte des pouvoirs comprenant un parlement et un gouverneur élu directement.

L'île de Guam (544 km² ; 168 485 habitants) a été acquise de l'Espagne suite à la désastreuse guerre hispano-américaine de 1898. Elle possède un parlement monocaméral (*Legislature of Guam*) et le gouverneur et lieutenant-gouverneur sont élus directement.

Les îles Mariannes du Nord (*Commonwealth of the Northern Mariana Islands*) (464 km² ; 51 433 habitants) étaient un territoire que les Espagnols en 1898 avaient très rapidement vendus à l'Allemagne. Elles furent occupées par les Japonais pendant la Première Guerre mondiale, puis occupées par les États-Unis pendant la Seconde Guerre mondiale. Devenues territoire sous tutelle dans le cadre des Nations unies , elles sont maintenant un territoire non incorporé qui a le statut d'État associé, *commonwealth* en union politique avec les États-Unis. Avec Porto Rico, elles sont les deux *commonwealth*, mais en outre ont autorité pour mener leur politique étrangère. Le parlement est bicaméral – Sénat et Chambre des représentants – et les gouverneur et lieutenant-gouverneur sont élus directement.

L'île de Porto Rico (*Commonwealth of Puerto Rico*) (9 104 km²; 3 189 068 habitants) est aussi tombée sous la souveraineté américaine en 1898 suite à la guerre avec l'Espagne. La question de son statut a fait l'objet de beaucoup de fluctuations. En 2017, un référendum non contraignant a conduit au choix du statut d'État des États-Unis, mais la participation n'a été que de 22,7 %. La situation actuelle est très confuse car le gouverneur Rossello a dû démissionner. Porto Rico est l'autre État associé-commonwealth, disposant d'un parlement bicaméral avec Sénat et Chambre des représentants et un gouverneur et lieutenant-gouverneur élus directement.

Les îles Vierges américaines (*Virgin Islands*) (1 910 km² ; 106 235 habitants), achetées au Danemark en 1916 sont également territoire non incorporé et organisé. L'autonomie est plus limitée avec un parlement monocaméral et un gouverneur et lieutenant-gouverneur élus directement.

3. Territoires non incorporés et non organisés

Le troisième type de territoires est celui des territoires non incorporés et non organisés.

Il s'agit tout d'abord des Samoa américaines (*American Samoa*) (224 km² ; 49 437 habitants) , partie orientale de l'archipel des Samoa, l'autre partie qui était néo-zélandaise étant devenue indépendante. Les Samoa américaines ont une petite autonomie et pourraient appartenir à la catégorie précédente. Son parlement (Fono) est bicaméral avec Sénat et Chambre des représentants et un gouverneur et lieutenant-gouverneur élus directement..

Enfin on trouve une kyrielle de petites îles dont les États-Unis se sont emparés en vertu du *Guano Island Act* de 1856, c'est-à-dire, des îles où il y avait beaucoup de guano, un engrais très utilisé par les États-Unis, la loi permettant de s'emparer de ces îles. Ce sont de petites îles dénommées îles mineures éloignées des États-Unis (*United States Minor Outlying Islands*) à savoir les îles Baker (2,1 km²), Howland (2,6 km²), Jarvis (5 km²), l'atoll Johnston (2,6 km²), le récif Kingman (0,01 km²) , les îles Midway (6,2 km²) et l'île Wake (7 km² ; pas d'habitant autochtone) dans l'Océan Pacifique ainsi que l'île de la Navasse (*Navassa Island*) (5,4 km²), située près de Haïti et revendiquée par cet État.

Ces îles sont administrées directement par les États-Unis de Washington à travers le *Fish and Wildlife Service* du département américain de l'intérieur.

4. Territoires incorporés et non organisé

Enfin la quatrième catégorie, territoire incorporé et non organisé, ne compte qu'une île qui est une autre des îles mineures dans l'océan Pacifique, l'île Palmyra (14,5 km² ; pas d'habitant autochtone). Cela signifie que la souveraineté américaine est inamovible.

On peut se demander pourquoi les États-Unis s'attachent à ces micro-territoires. On y retrouve la motivation d'États comme la France avec un intérêt stratégique et surtout le fait que cela permet à chaque île d'avoir une zone économique exclusive faisant que les États-Unis ont la plus vaste ZEE du monde (11 351 000 km²), juste devant la France, ce classement pouvant être facilement contesté puisque la zone française devrait atteindre 11 691 000 km² suite à de récentes propositions.

III. La succession britannique en Océanie

Les États océaniens disposant de territoires ultramarins sont l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Ils apparaissent bien souvent comme les successeurs des Britanniques évitant à ceux-ci d'apparaître encore comme des colonisateurs. Si les territoires australiens sont dans une situation assez classique, les Néo-Zélandais ont su faire preuve de plus d'originalité.

A. Les territoires australiens

L'Australie compte 6 territoires extérieurs et un territoire associé autonome

Avec ces territoires extérieurs on voit cette stratégie du démembrement.

L'île Christmas (135 km² ; 2 205 habitants) était administrée par Singapour et quand il y a eu la perspective de l'indépendance de Singapour et de la Malaisie, Christmas a été transférée à l'Australie le, 1er janvier 1958. Ce territoire sans véritable autonomie est administré par le ministère des Infrastructures, des transports et des services régionaux. Mais il y a un conseil local, élu directement, le *Christmas Island Shire Council*.

La même technique et le même système politique ont été utilisés pour les îles Cocos (*Keeling*) (14 km² ; 598 habitants) passées sous contrôle australien en 1955.

Ces îles sont des territoires non autonomes, le conseil local n'ayant qu'un pouvoir consultatif.

Dans cette même zone, entre Australie et Indonésie, se trouvent également les îles Ashmore et Cartier (5 km²; inhabitées), sous contrôle australien depuis 1931 et administrées directement.

La même situation prévaut pour les îles Heard et McDonald (*Heard Island and McDonald Islands*) (412 km² ; inhabitées) situées entre l'Australie et l'Antarctique qui ont la particularité d'abriter le point culminant de l'Australie – le Mont Mawson, 2 745 m – plus haut que le Mont Kosciuszko (2 228 m) sur le continent australien.

Les îles de la Mer de Corail (*Coral Sea Islands*) (3 km² ; inhabitées), parallèles à la côte est de l'Australie sont administrées par le ministère australien de l'environnement.

Enfin le sixième territoire extérieur est le territoire australien antarctique (*Australian Antarctic Territory*) (6 119 818 km² ; inhabité) qui a en son sein une enclave avec la Terre Adélie, partie des Terres australes et antarctiques françaises.

L'île de Norfolk (36 km² ; 1 748 habitants), enfin, a le statut de territoire associé autonome en vertu du Norfolk Island Act 1979 mais il connaît actuellement de graves difficultés notamment avec une crise en 2008 conduisant à la suspension de l'autonomie. Depuis le 1er juillet 2018, les lois de Nouvelle-Galles-du-Sud s'appliquent à Norfolk.

B. L'originalité néo-zélandaise

La situation de la Nouvelle-Zélande est peut-être plus intéressante. Il nous faut parler du Royaume de Nouvelle-Zélande qui comprend 5 territoires : la Nouvelle-Zélande proprement dite, les îles Cook, l'île Niue, les îles Tokelau et la Dépendance de Ross.

Les îles Cook (*Cook Islands*) (2 336 km² ; 8 574 habitants) et Niue (260 km² ; 2 000 habitants) sont des États, en principe, indépendants mais qui sont en libre association avec la Nouvelle-Zélande. États indépendants, ils ont décidé par un accord avec la Nouvelle-Zélande, que cet État gérerait leurs affaires étrangères et leur défense, en accord avec les autorités des îles Cook et de Niue.

Cook connaît un parlement monocaméral, l'Assemblée législative ainsi qu'une chambre à caractère consultatif, la House of Ariki comprenant 24 chefs traditionnels. Le système est celui d'un régime parlementaire.

Niue dispose dans son système de régime parlementaire d'une assemblée unique, le Fono Ekepule.

Ce statut d'État associé est très original et pourrait être une référence intéressante pour la Nouvelle-Calédonie ou la Polynésie française.

Quand on évoque la liste des États du monde indépendants, très souvent on y ajoute les îles Cook et l'île Niue même s'ils ne font partie des Nations unies et cela évite leur présence sur la liste des territoires non autonomes.

Les îles Tokelau (12 km² ; 1 647 habitants) ne sont pas dans cette situation. Il s'agit d'îles du Pacifique beaucoup plus petites dont la souveraineté a été transférée par les Britanniques à la Nouvelle-Zélande officiellement le 1er janvier 1949. Elles possèdent un conseil exécutif qui respecte les traditions locales et un administrateur nommé par la Nouvelle-Zélande. Lors d'un référendum en 2006, les habitants de Tokelau auraient voulu un statut proche de celui de Cook ou Niue. Mais la proposition a échoué à 16 voix près (il fallait une majorité des deux tiers).

Le cinquième territoire néo-zélandais est la Dépendance de Ross (450 000 km² ; inhabitée) en Antarctique.

Cela nous conduit à évoquer l'Antarctique où la France est le seul État de l'Union européenne à avoir des revendications avec la petite Terre Adélie. Sur ce continent s'exercent des revendications avec une formule qui s'applique très bien à la situation climatique de cette région : les revendications sont « gelées ». Ces revendications sont le fait de la France, de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande, de la Norvège, du Royaume-Uni ; les revendications britanniques se chevauchant avec des revendications chiliennes et argentines.

On peut estimer que les statuts de tous ces territoires ultra-marins sont sous le signe de la diversité. Ils concernent aujourd'hui des territoires à la dimension réduite, mais les États se sont ingéniés à les doter d'un statut leur permettant de continuer à y exercer leur influence, essentiellement pour des raisons stratégiques et économiques avec principalement l'atout de la zone économique exclusive. Ces statuts seront certainement encore conduits à évoluer.

4. La représentation de l'esclave à Rome : entre statut juridique et réalité sociale

Arnaud Paturet

Chargé de recherches au CNRS,
Centre de Théorie et analyse du droit (CNRS UMR 7074),
École normale supérieure, Paris

Disons-le d'emblée, l'esclavage est considéré à notre époque comme l'un des pires fléaux imaginés par l'homme à l'encontre de ses semblables. Si le volet émotionnel commande de manière légitime une condamnation totale du phénomène servile à travers l'histoire, l'argumentation qui devrait venir appuyer ce rejet souffre quant à elle de nombreuses carences et inexactitudes, nées pour l'essentiel des images mentales modernes et de la construction du droit contemporain. En effet, l'un des postulats qui fonde ce dernier considère, dans le prolongement de la philosophie allemande du XIX^{e} s., qu'il convient d'opérer une distinction fondamentale entre la personne et la chose – entendons pour faire court entre l'homme et l'objet, ce dernier étant par définition non-humain. Le premier constitue une fin et le second un moyen, tel est le paradigme juridique des temps modernes[1].

Cette toute puissance du sujet a abouti à un certain mépris à l'encontre des éléments inertes qui l'entourent mais surtout elle a fourni à l'homme de bien une matrice toute façonnée pour une analyse rétrospective de l'esclavage : pire qu'un crime ponctuel sordide, celui-ci serait avant tout un scandale absolu en ce qu'il transformerait à grande échelle l'homme en chose ; processus à ce point intolérable qu'il ne pourrait être le résultat que d'une déviance totale de l'esclavagiste qui viendrait ainsi nier l'humanité de certains de ses semblables. Le constat est sévère, d'autant plus qu'il s'agit ici avant tout de condamner le possible acteur étatique qui institutionnalisa la pratique servile plutôt que de s'intéresser au phénomène social dans sa totalité.

C'est en suivant cette stricte ligne directrice qu'ont pu être analysées certaines législations françaises en la matière, à l'image du fameux code

[1] Ce principe apparaît au sein des *Fondements de la métaphysique des mœurs* de Kant, où seul l'homme peut être considéré comme une fin en soi alors que les choses sont des moyens (E. Kant, *Métaphysique des moeurs. Première partie. Doctrine du droit*. Préface de M. Villey, Trad. A. Philonenko, Paris 1979, § 55 et aussi p. 98), seule la personne étant un sujet voit ses actes susceptibles d'imputation. Cette dichotomie indépassable se retrouve dans les *Principes de la philosophie du droit* de Hegel (1770-1821). Pour l'auteur, une chose est « ce qui est immédiatement différent de l'esprit libre… L'extérieur en général. Une chose, quelque chose de non libre, sans personnalité et sans droit » (Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, 1940, p. 88, trad. A Kaan). « Chaque chose… reçoit comme but substantiel (ce qu'elle n'a pas en elle-même), comme destination et comme âme, ma volonté. C'est le droit d'appropriation de l'homme sur toute chose » (Hegel, *op. cit.* p. 92). La relation de pouvoir constitue un méta modèle indérogeable entre les personnes (le moi) et les choses (l'extériorité de la nature) en deux catégories asymétriques qui ne peuvent dorénavant s'imbriquer.

noir[2], par certains auteurs comme L. Sala-Molins[3] qui indique qu'il consacre une « chosification » ou « bestialisation » de l'individu. Ces propos ont suscité les controverses que l'on sait chez les historiens du droit et certains, à l'image de J.-F. Niort, ont apporté en réponse une lecture très argumenté du code et mis en évidence que celui-ci, tout en étant une législation esclavagiste, consacrait l'humanité de l'esclave[4]. Il conviendrait ici de se placer dans le contexte juridique de l'ancien droit qui dissociait la personnalité juridique de l'humanité et qui reconnaissait que la nature humaine de l'esclave impliquait pour lui certains droits[5]. En effet, la condamnation de l'esclavage est chose aisée et logique, encore faut-il s'appuyer sur des arguments objectifs et ne pas porter de regards hâtifs sur des sociétés ou leurs institutions qui nous sont distantes de plusieurs siècles.

Ces quelques pages n'ont d'autre ambition que d'apporter une pierre à l'édifice de ce débat, en tentant de décrypter les rouages en la matière de la société romaine antique, laquelle se révèle l'une des plus esclavagiste que le monde ait connu. Ce choix n'est pas innocent dans la mesure où le droit et les institutions romaines ont été un référent intellectuel très puissant en France sous l'Ancien Régime.

---

[2] *Le Code Noir ou edit du roy servant de règlement pour le Gouvernement & l'Administration de [sic] Justice & la Police des Isles Francoises de l'Amérique, & pour la Discipline & le Commerce des Nègres & Esclaves dans ledit pays, Donné à Versailles au mois de Mars 1685. Avec l'édit du mois d'août 1685 portant établissement d'un Conseil Souverain & de quatre Sièges Royaux dans la Coste de l'Isle de S. Domingue*, A Paris, chez la Veuve Saugrain, 1718 (petit recueil de 14 pages : édition conservée aux AN Paris, Fonds Marine, A^1 22, n° 28). L'expression « Code Noir » désigne l'édit de mars 1685 sur la discipline de l'Église et celle des esclaves dans les îles de l'Amérique française, lequel était composé de 60 articles. Il s'applique au départ aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de Saint-Christophe. Il sera complété par au moins deux autres législations : celle de 1723, applicable aux îles Bourbon et de France (Réunion et Maurice) qui compte 43 articles et celui de 1724, applicable à la Louisiane (55 articles). Cf. pour une édition moderne : *Codes noirs. De l'esclavage aux abolitions* avec une introduction de C. Taubira et des textes présentés par A. Castaldo, Paris, Dalloz, 2006.

[3] L. Sala-Molins, *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, Paris, PUF, (coll. Pratiques théoriques), 1987, 4e éd. 1996 (rééd. Quadrige, 2002). L'auteur qualifie le code de monstruosité juridique et il use régulièrement de la réduction anthropologique animalisante – les termes « bestialisation » ou « troupeau » sont employés – voire « chosifiante » lorsqu'il aborde la qualification de l'esclave, non seulement dans le commentaire des articles objectivement réificateurs du code noir (art. 44, 46, 49 sur l'esclave bien-meuble et l'enfant d'esclave considéré comme fruit), mais également dans celui des articles fondés sur l'humanité de l'esclave et lui conférant une certaine protection : on se reportera sur ce point notamment aux art. 25 et 47 consacrés respectivement à l'obligation d'entretien des esclaves vieux ou infirmes et à l'interdiction de vendre ou de saisir séparément les membres d'une famille servile. Il faut encore songer à l'art. 14 qui oblige le maître à prendre en charge le corps de son esclave décédé et à lui donner des funérailles décentes. Cf. également une interview de L. Sala-Molins qui résume les grandes lignes de sa pensée : http://1libertaire.free.fr/LSalaMolins12.html ; il affirme : « Avec la mise en place du code noir, Louis XIV abandonne complètement l´esclave à son maître. La chosification et la bestialisation sont totales. Le roi se limite à adresser une recommandation à ses sujets pour qu´ils ne malmènent pas leur propriété qui est aussi leur patrimoine ».

[4] Voir en ce sens les travaux de J.-F. Niort sur la question ; parmi lesquels : *Le Code noir. Idées reçues sur un texte symbolique*, Paris, 2015 ; « *Homo servilis. Essai sur l'anthropologie et le statut juridique de l'esclave dans le code noir de 1685* », *Droits*, 2009-2, n° 50, p. 119-142 ; « Les chantiers de l'histoire du droit de l'esclavage *», Clio@themis,* n° 4, « Chantiers du droit colonial » ; cf. https://www.cliothemis.com/Clio-Themis-numero-4

[5] J. Carbonnier, *Scolie sur le non-sujet de droit. L'esclavage sous le régime du Code civil*, in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001, p. 247-254.

I. L'homme et la marchandise

On connaît bien la représentation de l'esclave qu'avaient les juristes de l'Empire romain dans leurs ouvrages didactiques. Entre optimisme et pessimisme, et indépendamment de toute formalisation, Le *servus* s'y appréhende surtout, d'après la doctrine moderne, comme un être privé de droits. Et, même s'il faut admettre que cette conception stricte est très discutable, il n'en reste pas moins que l'esclave se définirait avant tout par un ensemble de mesures incontestables marquant son incapacité légale[6] et son exclusion en tant qu'acteur ou bénéficiaire de la législation civile. Il ne peut accéder à la propriété, être créancier ou avoir des dettes, ester en justice ou témoigner (sauf sous la torture[7]), ni tester ou recevoir une succession. En outre, il ne peut contracter mariage et fonder une *familia*, l'union servile n'étant pas un *justum matrimonium* mais une cohabitation de fait *contubernium*[8].

Mais surtout, l'esclavage implique la domination d'un individu par un autre et la possibilité pour le second d'être propriétaire – *dominus* – du premier. En effet, s'il est un trait fondamental de l'esclavage romain, c'est bien que tous les esclaves sans exception, et ce quelles que soient leurs réelles conditions matérielles d'existence, sont dépendants d'un maître dont ils intègrent le patrimoine[9]. Cet état de fait a nécessairement commandé de placer le *servus* dans la sphère sociale d'appropriation qui occupe la procédure civile par laquelle les biens s'échangent et s'évaluent. En écho à cette idée, un rapide examen des sources juridiques romaines montre que les esclaves sont classés parmi les *bona* et plus précisément parmi les choses (*res*[10]). Dans son ouvrage pédagogique, Gaius les range dans la catégorie des *res corporales*[11], en raison de leur évidente matérialité physique. L'esclave fait également partie, pour le même juriste et aussi pour Ulpien[12], des *res mancipi*[13], c'est-à-dire des choses sujettes

---

[6] Cf. à ce sujet à la vue d'ensemble proposée par A. Watson, *Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, p. 182-183 ; P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929 (réed. 2003), p. 105-106.

[7] Y. Thomas, *Les procédures de la majesté. La torture et l'enquête depuis les Julio-Claudiens*, in *mélanges Magdelain*, Paris, 1998, p. 477-478.

[8] Sur la reconnaissance de cette cohabitation matérielle, cf. Ulpien 5. 5 ou encore PS. 2. 19. 6 *Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest*. Dans l'usage social, l'union servile des *familiae urbanae* pouvait être regardée comme un *matrimonium*, cf. Paul au D. 16. 3. 27 au sujet du mariage entre Seia et l'esclave Pamphile. Le juriste nie néanmoins l'existence technique d'une *dos* dans le cadre de cette union.

[9] Même un esclave très privilégié comme celui décrit par M. Morabito, *Les esclaves privilégiés à travers le Digeste témoins et acteurs d'une société en crise* in *Index*, 13, 1985, p. 477 qui « voyageait accompagné de ses esclaves, pas moins de seize, du secrétaire au cuisinier », a en commun avec ses semblables défavorisés d'appartenir en principe à une personne privée, en l'occurrence l'Empereur Tibère.

[10] Voir par exemple D. 50, 17, 12. Sur la subtilité de la notion de *res* appliquée à l'esclave, on se reportera à l'analyse de J.-C. Dumont, *Servus, Rome et l'esclavage sous la république*, Rome, 1987, p. 95-105 en particulier p. 95.

[11] Gaius 2. 13. Sur l'origine de la distinction entre *res corporales* et *res incorporales*, voir M. Bretone, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Rome-Bari, 1998, en particulier les trois premiers chapitres : 1/ Astrazione ; 2/ Archeologia letteraria ; 3/ *Res* et 5/ Le cose senza corpo ; J. W. Tellegen, *Res incorporalis et les codifications modernes du droit civil* in *Labeo*, 40, 1994, p. 35-55 qui voit dans la distinction posée par Gaius une opposition juridique non pas matérielle mais procédurale.

[12] Ulpien, *Reg.* 19, 1.

[13] Gaius, 1, 119-120. Dans cet exposé, l'esclave est désigné comme homme ou comme personne. Ceci recoupe la variété de vocabulaire employé pour désigner l'esclave : *servus,*

à mancipation. Cette dénomination rappelle le terme *mancipium*, synonyme de *servus* d'après Florentin[14], qui désigne autant la personne de l'esclave que la mainmise sur ce dernier. Dans le cadre procédural, la *mancipatio* désigne un procédé d'acquisition impliquant un mode solennel d'aliénation et d'acquisition de la propriété. Ce procédé de vente symbolique s'appliquait seulement à des éléments déterminés, d'une certaine valeur dont l'énumération donnée par Gaius revêt en grande partie un lien avec l'économie et les productions rurales. Le *servus* est donc un bien important, tant en utilité qu'en valeur, et il occupe donc une place spécifique au sein des choses[15]. En outre, l'esclave n'est évidemment pas un bien comme les autres en raison de son appartenance au genre humain qui rend impossible son intégration à la catégorie des marchandises « usuelles ». En ce sens, à l'avènement de l'Empire, le juriste Fabius Mela, contemporain d'Auguste cité par Africanus au Digeste considère que l'esclave n'est pas une simple marchandise en raison de sa nature biologique, le mot *merx* ne s'appliquant pas aux hommes :

Africanus *lib*. 3 *quaest.* D. 50, 106, 207 "*Mercis*" *appellatione homines non contineri Mela ait: et ob eam rem mangones non mercatores sed venaliciarios appellari ait, et recte*

Trad : L'appellation de marchandise, affirme Mela, n'englobe pas les hommes ; pour cette raison les maquignons (marchands d'esclaves) sont appelés non pas marchands, mais agents de vente, dit-il, et à bon droit (justement).

Cette opinion qui oppose le *mercator* au *venaliciarius* paraît le fruit d'une jurisprudence constante comme l'indique l'incise *et recte* qui suggère à la fois une connotation morale ainsi qu'une forme de continuité et d'exactitude dans l'appréciation juridique[16]. Il est ainsi permis de penser

homo, puer, ancilla (femme esclave). L'esclave est aussi parfois appelé *mancipium*, comme chose acquise en toute propriété. Voir à ce sujet E. Benvéniste, *Le nom de l'esclave à Rome*, in *REL*, 1932, p. 420-440, p. 429 qui défend l'origine étrusque du terme *servus*. F. de Visscher, *Mancipium et auctoritas*, in *SDHI*, 2, 1936, p. 50-53 confirme l'origine étrusque du terme. Selon l'auteur, l'application lors de la désignation de l'esclave du terme de *mancipium* s'explique par l'utilisation d'un nom latin qui aurait été appliqué à l'idée étrusque de l'esclave. Au sujet de ce débat, voir A. Ernout-A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1953, p. 1095-1096 qui constatent une origine plus qu'incertaine du terme. F. de Martino, *Intorno all'origine della schiavitù a Roma*, in *Labeo*, 20, 1974, p. 163-195 s'écarte quant à lui de cette conception et voit l'origine de l'esclave dans un engagement du débiteur qui « dégénère » en dépendance personnelle. En ce sens aussi, M. I. Finley, *La servitude pour dettes*, in *RHD*, 43, 1965, p. 159-195.

[14] Florentinus *lib*. 9 *ins.* D. 1, 5, 4, 2 *Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent* ; *3 Mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiantur.*

[15] Le classement de l'esclave parmi les *res mancipi* montre une certaine considération au niveau de la valeur du bien, cf. R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1940, p. 211, mais cette manière de l'appréhender le place, a priori et d'après l'auteur, loin de l'être humain doué d'intelligence.

[16] Voir Cicéron, *Lae.* 8 ; *Mil.* 8 ; *Phil.* 3, 38. L'adverbe *recte* peut signifier « d'une façon convenable, correcte et régulière », avec un rapport à la procédure juridique ; il peut aussi vouloir dire « justement », avec une forme de connotation morale parfois inhérente au *ius* défini par Celse *apud* Ulpien (D. 1, 1, 1 pr.) comme *l'ars boni et aequi*. Enfin, *recte* peut être traduit par « à bon droit », comme pour justifier que la solution rendue est conforme aux normes en vigueur. Les deux dernières acceptions sont celles qu'il faut retenir pour l'interprétation de D. 50, 106, 207 puisqu'il n'y est pas question de procédure.

que l'origine de cette règle est sans doute très antérieure à la jurisprudence classique[17].

Par ailleurs, la notion de « chose » appliquée à l'esclave comporte au moins deux inconvénients. D'abord, elle gomme la réalité diffuse du jeu social en ce qu'elle unifie juridiquement une catégorie d'individus dont on sait qu'elle n'était jamais homogène dans les faits suivant les époques et les circonstances. En effet, il est vrai que le traitement factuel infligé à l'esclave pouvait dans bien des cas induire qu'il soit considéré comme un bien matériel et traité comme tel. Mais à l'inverse, il est d'autres situations où son humanité ne pouvait s'occulter. L'esclavage romain est un phénomène social hétérogène s'inscrivant dans la longue durée[18] et qui a généré des situations polymorphes.

À l'origine, les esclaves étaient peu nombreux et intégrés à la *familia*[19]. Ils étaient rapprochés des personnes soumises à la *potestas* du chef de famille[20] comme les *filii*, les *uxores in manu* ou encore les *liberi in mancipio*. Ils intégraient la même communauté d'existence et avaient des conditions de vie relativement privilégiées. Mais l'esclavage connaît une évolution hyperbolique dopée par les multiples conquêtes romaines qui augmentent régulièrement les masses de captifs, et donc d'esclaves disponibles dans des proportions très substantielles[21]. L'importance

---

[17] J.-C. Dumont, *Servus… op. cit.*, p. 96 et 337 pense que cette règle date de l'époque de Romulus et de Camille et que l'on en trouve une attestation chez Plaute, *Trin*, 330-332 ; Un témoignage d'Horace permet d'être moins catégorique : Horace, *Epis.* 2, 2, 2… *si quis forte uelit puerum tibi uendere natum…* Et l'auteur indique au sujet du maquignon qui vend sa marchandise : 10 *Multa fidem promissa leuant, ubi plenius aequo laudat uenalis qui uolt extrudere merces*. Peut-être s'agit-il là d'une exception de langage car il faut bien observer que l'idée de marchandise est liée à celle de vente.

[18] C. Nicolet, *Économie et société dans la Rome antique*, Paris, 1988, p. 70-71. L'auteur souligne au moins pour la fin de l'époque républicaine des conditions et des bouleversements pour les populations italiques.

[19] Voir par exemple Pline, *Hist. Nat.* 33, 6 *in fine.* Et d'un pont de vue doctrinal, A. Guarino, *Diritto privato romano*, Naples, 2001, p. 675-676 ; J. Mélèze-Modrzejewski, *Aut nascuntur aut fiunt : les schémas antiques des sources de l'esclavage*, in *BIDR*, 79, 1976, p. 1-25 ; F. de Martino, *Intorno all'origine della schiavitù a Roma*, in *Labeo*, 20, 1974, p. 163-193.

[20] Gaius, 1, 48 et 52.

[21] Voir à ce sujet les annexes de la thèse de J.-C. Robert, *Fructus belli ac victoriae, Les profits de guerre et de conquête à Rome, de la première guerre punique à la mort de Trajan (264 av. J. C. -117 n. è.)*, thèse d'État, Perpignan, 2002, cf. tableaux p. 943-949 (doc. 3). Les travaux de l'auteur montrent, certes des variations dans le nombre de captifs suivant l'époque concernée, mais surtout, ils mettent en évidence l'asservissement de nombreuses masses humaines qui demeurent encore considérables au début du IIème siècle de n. è. On note en effet 687 000 captifs pour la période 1-117. Lorsque l'on sait que la cité Romaine de l'époque d'Auguste comptait environ 1 million d'habitants et que d'autres auteurs comme J.-L. Lamboley, *Lexique d'histoire et de civilisation romaine*, Paris, 1995, p. 161-162, estiment qu'il y avait au début de l'Empire entre 2 et 3 millions d'esclaves (J. Andreau, « Prolétaires et entrepreneurs. La vie d'esclave à Rome », *L'Histoire*, n° 239, janvier 2000, p. 88, se prononce pour le nombre de 2 millions d'esclaves pour une population de 6 millions d'habitants dans l'Empire), l'assimilation correcte des esclaves à la société romaine a sans doute été difficile à cause de ce nombre qui paraît très important. À lui seul César en ramènera 1 million de Gaule. Il est alors impossible de croire que tous les esclaves aient pu être intégrés de manière satisfaisante à toutes les entités familiales. Si cette intégration de l'esclave à la famille a pu être possible, c'est plutôt au début du III^e^ siècle av. J.-C. qu'il faut en trouver des traces car, d'une part les masses serviles étaient un peu moins nombreuses et surtout on ne peut pas encore réellement parler d'économie de l'esclavage comme au II^e^ ou au I^er^ siècle av. J.-C. Cf. sur la question C. Nicolet, *op. cit.*, p. 70-74 et aussi F. de Martino, *Storia della costituzione romana*, 2, Naples 1973, p. 292-293. J.-C. Dumont accorde au problème du nombre des esclaves de très denses développements et établit un bon bilan doctrinal. Cf. *Servus, Rome*

accrue des effectifs, associée à l'essor du commerce servile, favorisa alors de grandes disparités de condition parmi les *servi* qui ne purent, en raison de leur nombre, intégrer le cadre favorisé de la *familia*. Les esclaves urbains jouissaient, en général, d'une vie meilleure que ceux des domaines agricoles ou des mines du fait de leurs tâches spécialisées[22]. À mesure que l'économie romaine se développe au cours des siècles, les esclaves sont de moins en moins intégrés à la société familiale. Ils deviennent une couche sociale séparée des autres et caractérisée par l'absence de droits, la déconsidération et l'exploitation[23]. Au cours des siècles de l'Empire, la situation de l'esclave change quelque peu, favorisée par la baisse numéraire de la population servile et par des contingences économiques de rentabilité[24]. Ce qui n'empêche pas les riches Romains d'avoir à leur service de véritables armées d'esclaves[25] dont l'existence n'était pas forcément enviable si l'on se réfère aux révoltes de 340[26]. À l'opposé de ce constat général, il faut pourtant convenir que l'esclavage a été le moteur de formidables rapports humains entre libres et esclaves, de nature affective, dont il faut déduire que les *servi* étaient considérés comme des homme à part entière. La relation entretenue par Cicéron avec Tiron en est un des meilleurs exemples et fait oublier la condition servile du second, qui s'efface devant son rôle d'ami et confident de l'orateur[27].

Ensuite et surtout, l'appréhension juridique de l'esclave comme *res* s'accorde mal avec l'intransigeance de la conscience et du monde juridique modernes qui séparent nettement l'homme de l'idée de chose. Pourtant, la coexistence de ces deux notions pour catégoriser l'esclave a pu s'opérer dans le système conçu par les juristes de Rome. En ce sens, Gaius affirme sans détour que la notion de *res corporales* s'applique à *l'homo*[28]. Cette dualité n'était pas seulement théorique, elle était au

---

et l'esclavage sous la république… op. cit., p. 41-82. L'auteur arrive, en terme de proportion, pour l'époque républicaine, à une fourchette allant de 32 à 70 % de la population totale, ce dernier chiffre parait en fait, un peu exagéré. L'auteur lui-même le considère comme inconcevable. On doit donc, pour une estimation correcte, considérer que la population servile représentait un gros tiers de la population. Ce nombre, au demeurant important, a nécessité une réorganisation sociale et économique de la société romaine. Par conséquent, il semble impossible que les microcosmes familiaux aient absorbé l'intégralité de la population servile et ce, même sous l'Empire, où la quantité d'esclaves diminue quelque peu.

[22] L. Harmand, *société et économie dans la république romaine*, Paris, 1976, p. 80 sq. Voir à ce sujet L. Schumacher, *Sklaverei in der Antike Alltag und schicksal der Unfrein*, Munich, 2001, 368 p. c. r. par M. George, in *Classical Review*, 53, 1, 2003. On s'attardera en particulier sur tout le chapitre 4 où l'auteur décrit des scènes de travail et la production servile dans les domaines primaires, secondaires et tertiaires. La diversité des taches serviles est mise en évidence dans différents secteurs d'activités : agriculture, construction, production de céramique, textile, commerce, administration et loisirs. L'auteur insiste aussi sur ces diverses fonctions occupées par les esclaves en Grèce et à Rome.

[23] D'après J. Gaudemet, *op. cit.*, p. 247, que la détérioration de la condition servile ait pu être progressive, il a pu être considéré comme une personne dans la loi des XII Tables. Mais dès que l'on a pris en compte sa valeur travail à l'époque de Caton, cf. *De Agr.* 63-69, la considération glisse logiquement vers la dépersonnalisation

[24] A. Chastagnol, *L'évolution politique, sociale et économique du monde romain, de Dioclétien à Julien*, Paris, 1994, 3ème éd., p. 318-319.

[25] Ammien Marcellin, 14, 6, 16 ; 28, 4, 8.

[26] Optat, 3, 4. De plus, les mesures prises à l'encontre du *fugitivus* au Bas-Empire vont aussi dans ce sens, cf. J. Gagé, *Les classes dans l'Empire romain*, Paris, 1964, p. 415.

[27] Sur cette relation, nous renvoyons aux pages de J. Schmidt, *Vie et mort des esclaves dans la Rome antique*, Paris, 2003, p. 181-196.

[28] Gaius, 1, 9 et 2, 14. Cette idée est reprise au D. 1, 8, 1, 1 où le terme *homo* est utilisé à deux reprises pour désigner le *servus*. À chaque fois, ce dernier est réputé intégrer une

contraire clairement assumée dans la vie juridique et trouvait précisément un prolongement dans le jeu procédural des actions légales. En cas de mort d'un esclave à la suite d'un acte dolosif[29], le maître peut agir par le biais de la *lex Aquilia* qui s'occupe avant tout du *damnum* causé au *dominus*[30] : l'esclave n'est envisagé ici qu'en tant que chose, au même titre qu'un animal[31], dont l'anéantissement implique une perte financière pour le maître que le tiers fautif doit naturellement compenser. Mais le *dominus* a également la possibilité de déclancher le mécanisme de la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*[32] et ainsi de faire sanctionner le coupable comme s'il s'agissait d'un homicide et non pas de la destruction d'un bien, cette loi réprimant notamment celui *qui hominem occiderit*[33], sans opérer de distinction au sujet du statut de l'homme en question[34]. Un passage de Gaius aux *Institutes* résume bien cette double possibilité offerte au *dominus* de requérir une condamnation civile ou criminelle[35] :

Gaius 3, 213 *Cuius autem seruus occisus est, is liberum arbitrium habet uel capitali crimine est, is liberum arbitrium habet uel capitali crimine reum facere eum qui occiderit, uel hac lege damnum persequi*.

Trad : Celui dont l'esclave a été tué peut choisir entre une poursuite criminelle contre le meurtrier ou une action pour dommages de la loi en question.

On voit donc bien ici qu'un même acte peut entraîner deux procédures juridiques distinctes : l'une part du principe que l'esclave est un bien ; l'autre le considère dans son aspect humain.

II. Servitude et théorie juridique romaine

L'humanité de l'esclave voit une reconnaissance très nette, exclusive et explicite dans le droit naturel[36]. Ce dernier se définit, d'après Ulpien au

catégorie juridique plus large : les *res*.

[29] Sur cette hypothèse, cf. Ulpien *lib.* 18 *ed.* D. 9, 2, 23, 9 *Si dolo servus occisus sit, et lege Cornelia agere dominum posse constat: et si lege Aquilia egerit, praeiudicium fieri Corneliae non debet.*

[30] Comme le suggère Ulpien au D. 9, 2, 23, 10.

[31] Gaius *lib.* 7 *ed. pro.* D. 9, 2 pr et 9, 2, 2.

[32] D. 9, 2, 23, 9.

[33] Marcien *lib.* 14 *ins.* D. 48, 8, 1 *Lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominem occiderit: cuiusve dolo malo incendium factum erit: quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit...*

[34] Marcien *lib.* 14 *ins.* D. 48, 8, 1, 2 *Et qui hominem occiderit, punitur non habita differentia, cuius condicionis hominem interemit*.

[35] Pour Ulpien au D. 9, 2, 23, 9, les deux moyens de droit sont cumulables. Ailleurs, le juriste semble favorable à l'action pénale tandis que son prédécesseur Labeo laisse le choix (cf. Ulpien *lib.* 57 *ed.* D. 47, 10, 5, 3).

[36] Certains auteurs ont comme P. Legendre, « Ce que nous appelons le droit », *Le Débat*, Paris, mars-avril 1993, p. 107, ont contesté l'existence d'un prétendu droit naturel : « Le droit n'a rien de <<naturel>>, pas plus qu'il ne constitue un phénomène <<objectif>> dont le caractère universel irait de soi. Quand nous prononçons le mot droit, nous postulons… une architecture de concepts portant la marque d'une certaine fabrique de l'homme… ». En ce sens aussi, J.-P. Baud, « Le corps, chose au milieu des choses », in École régionale des Beaux-Arts du Mans, *Le poids du corps*, 1995, p. 20 qui ne croit pas en l'existence d'un droit naturel. Le *ius naturale* était toutefois une notion connue et usité des juristes de Rome. Il s'agissait d'un des grands ensembles législatifs avec le *ius gentium* et le *ius civile*. Toutefois les références explicites au *ius naturale* ne sont pas très nombreuses chez les jurisconsultes classiques. À cette époque, les références à ce système sont l'expression de considérations philosophiques qui n'ont pas toujours directement retenu l'attention des auteurs. Pourtant, d'après Ciceron, *De Off.*, 3, 10, 20, certains juristes comme Tubero et Rutilius Rufus furent

D. 1. 1. 1. 3[37], comme une loi universelle régissant tous les êtres animés : non seulement les hommes mais aussi toutes les créatures et les animaux de la mer, de la terre et du ciel. Par cette loi naturelle, les hommes sont égaux comme le montre un autre *responsum* d'Ulpien :

Ulpien *lib.* 43 *Sab.* D. 50, 7, 32 *Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur : non tamen ei iure naturali : quia quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt.*

Trad : Quant à ce qui regarde le droit civil, les esclaves sont regardés comme nuls ; mais ils n'en est pas de même pour le droit naturel suivant lequel tous les hommes sont égaux.

Ce passage est presque caricatural et marque une opposition très nette entre l'approche du droit civil et celle du droit naturel. On a même l'impression que le commentaire d'Ulpien stigmatise les règles de droit civil évoquées par son prédécesseur Sabinus comme l'indique la séquence *pro nullis* qui insiste sur une dépréciation du *servus* considérée comme excessive et injuste, *pro* venant mettre en évidence davantage l'idée d'Ulpien que le statut réel de l'individu. Quelle que soit la manière dont on traduise le mot *nullus* (nul, non existant, sans valeur, sans importance), elle ne cadre pas avec la véritable qualification de l'esclave en droit civil, ce dernier intégrant la catégorie des *res mancipi* donc des choses d'une certaine valeur. Cette dramatisation verbale s'explique sans doute par les convictions humanistes d'Ulpien qui avait mis en évidence la théorie de l'égalité et de la liberté originelles de l'homme pour justifier l'existence de l'affranchissement[38].

Le droit naturel reconnaît donc de manière nette l'humanité de l'esclave à travers l'égalité de tous les hommes. Il faudrait alors se demander pourquoi cette conception humaniste n'aurait pas dû, par souci de cohérence, prévaloir davantage dans le *ius civile* dont on sait qu'il visait parfois à imiter ou à suppléer la *natura*, par exemple dans le cadre de l'adoption[39]. La réponse à cette question semble tenir en partie dans la manière dont les Romains envisageaient les interactions entre *ius naturale*, *ius gentium* et *ius civile*. Contraire au droit naturel et à la liberté naturelle[40], l'esclavage est cependant parfaitement reconnu par le *ius gentium*, droit universel à tous les hommes[41] qui prenait pourtant en compte la *naturalis ratio*. Et le droit des gens va même plus loin puisqu'il vient reconnaître la propriété d'un homme sur un autre :

---

des élèves de Panétius. Ce phénomène reste sans doute isolé car, ailleurs, Cicéron met en évidence les carences des juristes sur le plan philosophique (Cf. *De Off.*, 3, 17, 68-72).

[37] Ulpien *lib.* 1 *Ins.* D. 1. 1. 1. 3 *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeri.*

[38] D. 1, 1, 4 pr. Cette théorie aurait influencé de manière décisive l'œuvre d'autres juristes comme Marcien, cf. T. Honoré, *Les droits de l'homme chez Ulpien*, in H. Jones (ed.), *Le Monde antique et les droits de l'homme*, Bruxelles, 1996, p. 23.

[39] Javolenus *lib.* 6 *ex Cassio* D. 1, 7, 16 *Adoptio enim in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere.*

[40] Cette dernière est définie par Florentinus *lib.* 9 *ins.* D. 1, 5, 4 pr. *Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur.*

[41] Ulpien *lib.* 1 *ins.* D. 1, 1, 1, 4 *Jus gentium est quo gentes humanae utuntur : quod a naturali recedere facile intelligere licet : quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.*

Florentinus *lib.* 9 Ins. D. 1. 5. 4. 1 *Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur.*

Trad : L'esclavage est une institution du droit des gens, par laquelle quelqu'un (un homme) est assujetti contre la nature au pouvoir d'un autre.

Cette apparente contradiction entre le *ius gentium* et l'état naturel, qui trouve confirmation ailleurs sous la plume de Tryphoninus[42], s'explique par l'objet même du droit des gens qui a, entre autres choses, introduit les guerres et distingué les peuples[43], et qui devait donc admettre les conséquences de ces mesures. L'esclavage et, par la suite les *manumissiones*[44], résultent de la guerre. Il ne s'agissait pourtant pas ici de qualifier juridiquement l'esclave mais d'affirmer la légitimité d'une institution opposée au droit naturel permettant au vainqueur d'user légitimement d'un pouvoir de contrainte sur le vaincu, ce que suggère l'usage de *subicitur* dans le texte. C'est en revanche au *ius civile* qu'il incombait d'apporter des précisions. Les constructions théoriques des juristes au sein de ce sous-système, qui s'analyse comme une version particularisée, précisée et perfectionnée du *ius gentium*, instituée dans le cadre restreint de la cité, pouvaient s'opérer avec une certaine latitude puisque le droit civil ne devait, certes pas s'écarter totalement des principes du droit naturel et du droit des gens, mais n'avait pas non plus à s'y conformer complètement d'après Ulpien[45]. Ici se situe la marge de manoeuvre permettant à la théorie juridique de « l'esclave chose » de s'exprimer. Partant du postulat cette fois posé par le *ius gentium* et évoquant le *dominium* sur l'esclave[46], il était somme toute logique pour les

---

[42] L'auteur met en évidence à la fois l'existence de la liberté naturelle et aussi le fait que le *dominium* exercé sur le *servus* fut crée par le *ius gentium.* Tryphoninus *lib.* 7 *disp.* D. 12. 6. 64 *Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum: ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intellegenda est*. La disposition énoncée est telle : si un maître paye à son esclave affranchi ce qu'il lui devait quand il était esclave se croyant obligé envers lui par une action, il ne pourra cependant pas lui redemander ce qu'il lui aura payé ; parce qu'il lui était obligé naturellement. Car, comme la liberté est un présent de la nature, et que la domination du patron ne doit sa naissance qu'au droit des gens, de même les termes de dû et de non dû par rapport à notre action, doivent s'entendre de l'obligation naturelle.
Voir aussi IJ. 2. 2 *…Ius autem gentium omni humano generi commune est. nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt: bella et enim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae (iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur*)…

[43] Hermogenien *lib.* 1 *jur. Epit.* D. 1, 1, 5.

[44] Ulpien lib. 1 *Ins.* D. 1. 1. 4 *Manumissiones quoque iuris gentium sunt. Est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. Quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. Et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi.* La *manumissio* est en quelque sorte le remède partiel et nécessaire au fait que le droit des gens et le droit civil abolissent la liberté naturelle de l'homme. En effet, au sein du droit naturel, tous les hommes naissaient libres ; on ne connaissait pas l'affranchissement puisque l'esclavage était inconnu. Avec l'apparition du droit des gens et de l'esclavage ; la sortie du statut servile impliquait de créer la *manumissio*.

[45] Ulpianus *lib.* 1 *ins.* D. 1, 1, 6 *Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficimus.*

[46] Il est difficile d'évaluer le moment précis d'apparition de cette notion envisagée sur le plan

juristes d'intégrer le *servus* à la sphère sociale de l'appropriation et de l'échange. Cette démarche impliquait de l'insérer au sein de la catégorie par excellence des objets du droit à vocation patrimoniale : les *res.* Dans ce cadre, la réduction de l'esclave à une chose n'est pas une rationalisation mais plutôt une forme de fiction par laquelle le droit civil s'affranchit du droit naturel[47]. Ce mensonge technique, basé sur une négation partielle de la réalité matérielle originelle de l'esclave, et justifié par la nécessité pragmatique de rattacher celui-ci à la catégorie générale des entités patrimoniales, est toutefois parfaitement réversible : l'homme libre réduit à l'esclavage par la captivité recouvre sa liberté originelle s'il échappe au pouvoir de l'ennemi (et de ses normes)[48].

III. L'esclave et l'homme raisonnable

Dans le même temps, il apparaît que dans leurs discours casuistiques et même dans des exposés plus généraux, les concepteurs et penseurs du droit civil n'ont pas totalement occulté la nature humaine de l'esclave hors du seul contexte précis du droit naturel. Un substrat humaniste réside au moins dans l'emploi d'un des synonymes du terme *servus* dans les textes juridiques puisque ce dernier est régulièrement désigné par le terme *homo*[49]. Cet indice est toutefois insuffisant pour déceler une prise en compte globale de l'humanité du *servus*[50]. En effet, il s'agit souvent d'une désignation matérielle visant à différencier l'esclave d'autres éléments patrimoniaux dans un souci d'identification précise des biens, lorsqu'il est par exemple question d'un leg[51] ou d'un usufruit[52]. Et cette approche

---

de la technique du droit. Voir sur ce point R. Monier, *La date d'apparition du dominium et la distinction juridique des « res » en « corporales » et « incorporales »*, in *Studi S. Solazzi*, Naples, 1949, p. 357-374, l'auteur date l'apparition du *dominium* de la fin de l'époque républicaine (p. 357), la première mention où *dominium* désigne une notion abstraite et technique de « propriété » se trouverait chez le jurisconsulte Verus, Consul en 39 av. J.-C. (p. 359). Néanmoins, il existe des témoignages bien antérieurs qui font état de la notion concrète de propriétaire, cf. les écrits des agronomes latins à la fin du 3ème s. avant notre ère : Caton, *Agr.*, 145 ; 146 ; 148 et Varron, *De re rus*. 2, 1, 15 *ad mutationem domini*; 2, 2, 5 *dominum mutavit* ; 2, 10, 4 *dominum legitimum sex fere res perficiunt*. Sur ces points voir P. de Francisci, *Il trasferimento della proprietà*, *storia e critica di una dottrina* Padoue, 1924, p. 75.

[47] Y. Thomas, *Fictio legis.* « L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, 21, 1995, p. 17 « La fiction est le procédé qui, on l'a souvent signalé, appartient à la pragmatique du droit. Elle consiste à d'abord travestir les faits, à les déclarer autres qu'ils ne sont vraiment, et à tirer de cette adultération même et de cette fausse supposition les conséquences de droit qui s'attacheraient à la vérité que l'on feint, si celle-ci existait sous les dehors qu'on lui prête ». Cf. aussi H. Rolland, *Lexique juridique. Expressions latines*, Paris, 2002 (2ème éd.), p. 75 « la fiction prend le contrepied de la réalité des choses en vue de soumettre une situation nouvelle à une règle juridique non conçue pour elle… ».

[48] Gaius *lib.* 2 *rer. cott. siv. aur*. D. 41, 1, 7 pr. *Adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem deducantur: qui tamen, si evaserint hostium potestatem, recipiunt pristinam libertatem.*

[49] M. Morabito, *Esclavage et enseignement du droit : les institutes de Gaius* in *Index*, 15, 1987, p. 51- 61, p. 52 indique que « L'emploi des vocables *servus* et *homo* est dans les deux cas analogue, *servus* ayant une vocation polyvalente et *homo* désignant l'esclave objet ».

[50] Lorsqu'il s'agit de définir un monstre, Festus fait référence, entre autres choses, à un homme à deux têtes. Cf. Festus, s. v. *Monstra*, p. 146 L. *Monstra dicuntur naturae modum egredientia, ut serpens cum pedibus, avis cum quatuor alis, homo duobus capitibus, jecur, quum distabuit in coquendo* Il s'agit ici d'un vocabulaire descriptif adapté à l'observation de l'anormalité et non pas, a priori, de reconnaître expressément l'intégration des *monstra* à la catégorie des hommes. Festus affirme au contraire qu'un être à l'apparence humaine qui aurait deux têtes est un monstre, de même qu'un serpent ayant des pieds

[51] Cf. D. 6, 1, 76, 1 *homo legatus est.*

[52] Cf. D. 7, 7, 3 *hominis usufructu*.

implique bien davantage que l'esclave soit considéré comme un objet de droit, une chose, que comme un homme à part entière. L'appréhension de l'humanité du *servus* est en revanche plus facile lorsque l'esclave n'est pas le seul agent juridique présent dans une décision et qu'une comparaison peut prendre appui sur d'autres individus de condition différente comme c'est par exemple le cas dans un *responsum* de Gaius.

Gaius *lib.*1 Ins. D. 1. 5. 3 *Summa itaque de iure personarum divisio haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*.

Trad : La principale division du droit des personnes consiste en ce que tous les hommes sont ou libres ou esclaves.

Ce texte, que les compilateurs ont classé au D. 1. 5 *De Statu hominum*, semble recéler une influence des idées naturalistes[53]. L'humanité est envisagée comme une universalité (*omnes homines*) et met sur un pied d'égalité tous les hommes quels qu'ils soient. La seule distinction réside dans le fait que certains seront libres et d'autres réduits en servitude mais la servitude n'ôte en rien l'humanité de celui qui la subit ; la classification des *iura personarum* ne l'altère ni ne la réduit : le libre est autant un homme que l'esclave et vice-versa.

Un autre *responsum* d'époque sévérienne émanant de Paul, qui traite des incapacités relatives aux fonctions de *judex*, sous-entend que l'esclave possède d'évidentes qualités humaines :

Paul *lib.* 17 *ed.* D. 5. 1. 12. 2[54]*… Moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.*

Trad : Les femmes et les esclaves sont exclus, non qu'ils n'ont pas de discernement, mais parce qu'il est admis par l'usage qu'ils n'exerceraient pas de fonctions civiles.

Ce texte est intéressant à plus d'un titre. D'une part, il admet de manière très nette l'existence d'une fiction juridique, d'un postulat qui instaure un statut spécifique au *servus*. La séquence *sed quia receptum est* indique *a contrario* que rien ne vient empêcher concrètement l'esclave d'exercer une charge civile si ce n'est l'existence de *mores*, c'est à dire d'un usage, d'une coutume qui le déprécient. Ceci est confirmé dans la première partie du texte où le *servus* ne figure pas dans la liste de ceux qui sont naturellement empêchés, par une déficience physiologique, psychologique ou médicale d'exercer les fonctions de *iudex* : le sourd-muet, le fou ou l'impubère sont en effet réputés manquer de jugement d'après Paul. D'autre part, la proposition *non quia non habent judicium* prouve que le juriste, a parfaitement conscience que l'esclave possède discernement et jugement, qualités réputées spécifiques à l'homme comme le pense Cicéron qui écrit que les bêtes en sont dépourvues[55]. Le

[53] En revanche, un peu plus loin, cf. GI, 1, 22, Gaius applique le terme *homo* aux latins *homines latini iuniani appelantur* et semble en exclure les esclaves, relégués en fin de texte et appelés *servi*.

[54] *Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus. Natura, ut surdus mutus: et perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent. Lege impeditur, qui senatu motus est…* Pour le juriste, la nature empêche de nommer pour juge les sourds, les muets, les furieux perpétuels, les impubères qui n'ont pas de jugement. La loi empêche de nommer ceux qui ont été exclus du Sénat.

[55] Cicéron, *De fin.* 2, 33 *Bestiarum judicium puto.*

servus est vu ici comme un homme ayant potentiellement toute sa conscience, son entendement et doté d'intelligence, de même du reste que la femme qui est elle aussi pourtant frappée de nombreuses incapacités légales en droit romain.

Ces facultés reconnues à l'esclave le sont également dans la tâche qui pouvait leur être confiée puisque ces derniers pouvaient être le cas échéant médecin, fonctionnaire ou gestionnaires d'entreprises[56]. Ils pouvaient ainsi par là dépasser les compétences intellectuelles et pratiques de leurs maîtres et même parfois gagner une forme d'autonomie sur le plan juridique[57]. Il est permis en ce sens de penser à la capacité du *servus communis* d'aller seul en justice sans l'accord de personne et aussi d'être poursuivi, une situation marginale qui reste problématique pour la doctrine et qui est à première vue inconciliable avec le statut servile. Mais le discernement dont l'esclave est doté ne doit absolument pas remettre en cause sa situation juridique et les conséquences qui en découlent. On attend de lui une acceptation de sa condition et l'attitude s'y rattachant. Le *servus* est avant tout un homme dont on attend un comportement particulier, de passivité, de soumission et d'obéissance envers le *dominus*[58] qui s'insère dans les codes comportementaux stricts et propres à la société romaine. L'esclave fait partie d'une classe inférieure et les lois sont tournées de manière à éviter toute transgression visible : un Préteur administrant la justice en étant vêtu comme un esclave commet un crime de *maiestas* d'après Sénèque le rhéteur[59]. Par ailleurs, le *servus* doit évidemment agir dans l'intérêt de son maître. Alors qu'il est souvent glorifié quand il est pratiqué par l'homme libre, le suicide de l'esclave est réprouvé en ce qu'il porte atteinte au patrimoine du *dominus*. Ulpien n'hésite pas à qualifier l'esclave suicidaire de *malus servus*[60] pour insister sur son manque de moralité et son comportement inadéquat. Ce qui renvoie la encore à l'aspect humain, plutôt que le vice rédhibitoire de la chose vendue : la dangerosité potentielle du sujet résulte ici de son état psychologique.

Une prise en compte de la spécificité humaine de l'esclave est aussi décelable dans les conditions spécifiques de dénouement des actions noxales[61] qui concernaient les délits privés. Ces dernières faisaient suite

---

[56] Voir sur ce dernier point l'ouvrage d'A. Di Porto, *Impressa colletiva e schiavo « manager » in Roma antica (II sec. A. C. II. Sec. D. C.)*, Milan, 1984 ; A. Petrucci, *Mensam exercere. Studi sull'impreza finanziaria romana II s. A. C. –metà del III secolo d. C.* ; J. Andreau, *« L'impreza finanziaria romana* in *Labeo* 42, 1996, p. 267-275 qui est en désaccord avec les conclusions proposés par Pettrucci et met l'accent p. 274 sur le rôle fondamental du *dominus* dans les entreprises à deux étages, celui-ci l'emportant sur le gestionnaire par le statut juridique et social, le prestige, les moyens financiers. L'esclave qui gérait l'entreprise n'avait pas les moyens d'être un vrai entrepreneur..

[57] Il faut renvoyer sur ce point l'ouvrage de I. Buti, *Studi sulla capacità patrimoniale dei « servi »*, Facolta di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, 1976.

[58] Sur cette soumission envisagée sur le plan de l'érotisme, voir D. Dalla, *Ubi* cit. 15-18.

[59] Sen. *Contr.* 9.2.17 *Si praetor ius in veste muliebri vel servili dixerit, violabit maiestatem*.

[60] Ulpien *lib. 1 Ed. Aed. Cur.* D. 21. 1. 23,.3 : *Excipitur et ille, qui mortis sibi consciscendae causa qui fecerit. Malus servus creditus est, qui aliquid facit, quo magis se rebus humanis extrahat, ut puta laqueum torsit sive medicamentum pro veneno bibit praecipitemve se ex alto miserit aliudve qui fecerit, quo facto speravit mortem perventuram, tamquam non nihil in alium aususrus, qui hoc adversus se ausus est.*

[61] Les *noxales actiones* sont définies par Gaius *lib.* 2 *ed. pro.* D. 9. 4. 1. Pour un exposé général, cf. P. F. Girard, *Manuel… op. cit.*, p. 720-726 ; F. De Visscher, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles, 1947.

à un acte nuisible causé par une chose ou un individu placé sous l'autorité du *paterfamilias.* Si le *dominus* était condamné à payer une somme en réparation, il gardait la possibilité, jusqu'à l'éventuelle mise en œuvre de l'*actio judicati*, de se libérer de sa responsabilité en livrant l'esclave coupable à la victime et d'opérer ainsi un abandon noxal[62]. Un autre moyen de droit, quasi similaire et lui aussi noxal, existait en cas de dommage causé par un quadrupède[63]. Le *dominus* de l'animal conservait la possibilité de le livrer au plaignant pour se libérer ainsi de son obligation. En revanche, cet abandon exonératoire n'existait pas dans l'hypothèse d'un dommage provoqué par un objet inanimé. En ce cas, puisqu'il n'y a pas d'auteur *alieni juris*, c'est une *actio in factum* qui trouve à jouer[64] et le *dominus* devra payer une compensation financière. On peut déduire des grandes lignes de ce système que les esclaves et les animaux font déjà l'objet d'un traitement particulier eu égard aux choses inertes. Mais un autre texte de Gaius[65] prouve que l'esclave était envisagé, dans le système de la noxalité, comme un être humain à part entière différent de l'animal[66]. En effet, lorsque le délit est commis par un fils ou un *servus*, le *dominus* ou le *pater* peuvent pratiquer l'abandon noxal du cadavre voire d'une partie du corps du fautif – *Et non solum si totum corpus det, liberatur, sed etiam si partem aliquam corporis* – (Trad : Et non seulement s'il donne le corps entier, il est libéré, mais aussi s'il livre une partie quelconque du corps), solution non envisageable d'après le juriste pour ce qui concerne le dommage causé par un animal puisque ce dernier conclut : *Animal mortuum dedi non potest* (Trad : L'animal mort ne peut être livré).

L'esclave est ici placé sur le même plan que le *filius* dont personne ne songerait à contester l'humanité. La livraison du cadavre humain permet au plaignant d'envisager une vengeance, un châtiment *post-mortem* à l'encontre de l'*alieni iuris* auteur du dommage en mutilant le corps du défunt et/ou en le privant de sépulture[67]. Cette possibilité s'explique par

---

[62] D. 9. 4. 1 *in fine.*

[63] Pour M. V. Giangrieco Pessi, *L'interpretazione prudentium nell'evoluzione dell'actio de pauperie : res mancipi e res nec mancipi* in *Ricerche Gallo*, 1, Naples, 1997, p. 285-300, il faudrait admettre que l'*actio de pauperie* a été applicable dès l'origine à tous les quadrupèdes et pas seulement à ceux faisant partie des *res mancipi*.

[64] Ulpien *lib.* 23 *ed.* D. 9, 3, 1 ; 9, 3, 5, 6.

[65] Gaius, *Framenta Augustodunensia*, 4, 82-84, cf. P. F. Girard-F. Senn, *Textes de droit romain*, I, Paris, 1967, p. 219-239, n. 4 *Sed interest utrum servi filiive nomine noxalis actio proponatur, an animalium ; nam si servi filiive nomine condemnatus fuit dominus vel pater, poterunt in noxam dare etiam mortuum : condemnatus noxali actione potest servum etiam mortuum in noxam dare. 83. Et non solum si totum corpus det, liberatur, sed etiam si partem aliquam corporis. Denique tractatur de capillis et unguibus, an partes corporis sint. Quidam enim dicunt... tationi... foris posita ; animal mortuum dedi non potest.*

[66] La *lex Aquilia* visant notamment à réprimer les crimes commis par des esclaves qui seront ensuite abandonnés

[67] Servius, *Ad Aen.*, 12, 603, au sujet de la privation de sépulture pour les pendus, cf. aussi F. Cumont, *Lux perpetua*, Paris, 1949, p. 335, l'auteur montre que l'on pouvait exclure des cimetières les gladiateurs et tout ceux qui ont pu exercer une profession infamante, J. Vogt, *Lo schiavo morente. Imagine di compiuta umanità*, in *Studi romani*, 20, n. 3, Sep. 1972, p. 319, note que le métier de gladiateur est infamant et il était interdit d'ensevelir le gladiateur défunt dans le cimetière citadin. Cf. F. Cumont, *op. cit,* p. 340-342, les criminels, dont les cadavres n'étaient pas lavés, étaient traînés par un croc avant d'être jetés dans le Tibre. Il est évident que cette disposition se comprend comme un complément de peine et la carence des rites funéraires était destinée à faire encore souffrir le condamné par delà la mort. C'est pourquoi les familles des suppliciés tentaient de récupérer les corps par une demande aux magistrats. Ce type de disposition sera encore en vigueur à Byzance où les cadavres des

l'inquiétude des Romains quant au sort réservé à leur corps dont il convenait de préserver l'intégrité après la mort[68]. Ils appréhendaient de demeurer *insepulti* et cette sanction était donc sévère même si elle venait frapper un individu déjà mort. Elle existait dans d'autres domaines que la noxalité, par exemple en cas de suicide de l'esclave. La seule peine efficace qui pouvait dissuader ce dernier de mettre fin à ses jours (ce qui causait un préjudice financier au *dominus*) était la privation de sépulture que mentionne la *Lex* du collège funéraire de Diane et d'Antinoüs dite *Lex de Lanuvium*[69]. De plus, l'abandon noxal du cadavre était l'occasion pour

criminels seront portés dans un charnier infamant. La privation de sépulture peut aussi vouloir priver de sépulcre un personnage notoirement détesté. Au IV^e^ siècle, en 362, les cendres de l'évèque arien d'Alexandrie Georges, persécuteur des orthodoxes nicéens, furent dispersées et jetées à la mer d'après Ammien Marcellin, 22, 11, 10. Cf. aussi en dernier lieu, V. Cappoci, « Sulla concessione e sul divieto di sepoltura nel mondo romano ai condannati a pena capitale », in *SDHI*, 22, 1956, p. 266-310.

[68] Les Romains éprouvaient une certaine répugnance à envisager le sort réservé à leur corps après la mort. Ainsi Scapula, un des chefs pompéiens se suicide par le feu (Appien, *De bell. Civ.*, 15, 105) pour éviter que ses ennemis ne s'emparent de sa tête. Plus tard Néron prendra des dispositions pour être brûlé afin que personne ne s'empare de sa tête, cf. Suétone, *Nero*, 49. Un autre cas célèbre est celui des Capouans en 211 avant notre ère qui se suicident en s'empoisonnant pour échapper à une mort certaine. Le moyen prévu par les suicidés et employé pour prendre en charge les corps est un bûcher pour éviter que les ennemis ne s'emparent des corps et ne procèdent à des mutilations (notamment des décapitations). Il n'est pas ici question d'une quelconque *pompa funebris* qui serait favorisé par la crémation surtout à un endroit, et à une époque, où c'est le rite de l'inhumation qui prédomine largement. Le but poursuivi est de préserver le mieux possible l'intégrité du corps. Apulée, *Métam*., 2, 24, décrit une scène où la femme du défunt présente le *cadaver* à des témoins qui opposent leur sceau, *signa*, sur des tablettes. Cette formalité est renouvelée le lendemain avant le départ du cortège funéraire. Cette attitude souligne l'importance de préserver, lorsque cela est possible, le corps intact lors des rituels funèbres. La veuve craint les maléfices des sorcières qui pourraient s'introduirent dans la maison pour couper le nez et les oreilles du mort afin de s'en servir pour des opérations magiques. Voir aussi à ce sujet Cicéron, *Pro Quinc*. 6, 25 ; 21, 67 et *Pro Caec*. 16, 45. Les mutilations de cadavres étaient courantes pour infliger un châtiment supplémentaire à l'âme du mort. D'après Tertullien, *De Anima*, 56 (*Creditum est insepultos non ante ad inferos redigi quam justa perceperint*), on pouvait souhaiter à son ennemi la privation de sépulture afin de se venger de lui après sa mort. Cette pratique est en outre très ancienne à Rome. L'histoire légendaire de Tullius Hostilus qui fit écarteler Mettius Fufetius, le roi des Albains est en ce sens probante. En plus d'effrayer les ennemis de Rome, il s'agissait de châtier l'âme du malheureux après sa mort et de le priver de sépulture.

[69] *CIL*, XIV, 2112= *ILS Dessau*, 7212 ; cf. *FIRA*, III, n° 35, p. 99-105 (bibliographie p. 99) ; C.-G. Bruns, *FIRA* (7^ème^ éd.), Tubingen, 1958, n° 175, p. 388-391. Cette *lex* refuse la sépulture au membre du collège dont le décès est la conséquence d'une mort volontaire à travers la clause *quisquis ex quacumque causa mortem sibi adscisverit eius ratio funeris non habebitur*. Voir sur cette loi, J.-M. Flambard, *Éléments pour une approche financière de la mort dans les classes populaires du Haut-Empire. Analyse du budget de quelques collèges funéraires de Rome et de l'Italie* in F. Hinard (ed.), *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain*, Caen, 1987, p. 209-242 et, surtout, p. 225-234. Pour la datation présumée de cette *lex* (136 ap. J.-C.), voir l'étude de J.-P. Waltzing, *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains,* 3, Louvain, 1895-1900, p. 646. Au sujet de cette disposition, T. Mommsen, *De collegiis et sodaliciis Romanorum*, Kiel, 1843, p. 100 et la note 11, a cru à tort qu'il s'agissait d'une clause qui concernait une disposition strictement financière pour éviter que le budget du collège ne soit grevé par la sépulture de trop nombreux suicidés. A. Vandenbosche, *Recherches sur le suicide en droit romain* in *Mélanges H. Grégoire, 4 Ann. De l'Inst. De philo. Et d'hist. Orientales et slaves*, 12, 1952, p. 509-512 a repris et développé l'hypothèse d'A. Bayet, *Le suicide et la morale*, Paris, 1922, p. 304 et cette analyse semble juste. Outre les cotisations de leurs membres, les collèges funéraires ont leur budget alimenté par les maîtres et les riches citoyens. Les maîtres qui sont les principaux pourvoyeurs financiers des collèges funéraires serviles ont refusé d'octroyer une sépulture à l'esclave suicidaire. Cette attitude se comprend car la mort du *servus* est une

le plaignant d'opérer certaines opérations magiques sur le *cadaver*. Bien que réprimées par la loi, et notamment par la fameuse *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*[70], ces pratiques ont pu être assez diffusées[71] si l'on se réfère par exemple aux agissements de la sorcière Erictho décrits par Lucain[72]. L'abandon noxal sera également une issue possible étendue à de nombreux délits dans le cadre de la *lex Aquilia*[73], comme pour souligner le fait que l'esclave possède un libre-arbitre, une autonomie de pensée qui diminue d'autant la responsabilité du *dominus* du fait des agissements de son serviteur.

Enfin, l'esclave jouit en partie d'un régime particulier dans le cadre du démembrement romain de la propriété. L'usufruit (ou l'usage) d'un esclave est bien possible en droit comme l'indique Gaius[74] ou encore Papinien[75] et il consiste notamment dans ses *operae*[76] (activités, services, travail). Mais l'appréhension de cette jouissance posait problème vis-à-vis du *partus ancillae*[77]. En effet, un texte d'Ulpien rapporte un vieux débat intervenu entre Scévola, Manilius et Brutus pour savoir si l'enfant d'une

perte financière et elle grève le patrimoine du *dominus*. La clause doit avoir un effet préventif car on connaît l'enjeu religieux de la sépulture et l'importance des honneurs funèbres dans la société romaine, en particulier dans la classe servile, particulièrement pieuse (sur ce point, voir *infra*).

[70] Pour l'exposé de cette loi voir D. 48, 8. Sur ce point, voir F. De Visscher, *Le droit des tombeaux romains*, Milan, 1963, p. 152 ; T. Mommsen, *Droit pénal…, op. cit.*, 2, p. 358-360 et la note 1, p. 360 (textes à l'appui). Pour l'auteur, depuis un *senatus consulte* des premières années du règne de Tibère (p. 358, note 3 et 4), le délit de magie aurait été dégagé du *veneficium* et certaines cérémonies religieuses font encourir, de plein droit, la peine prévue par la loi. Dans ces pratiques, il faut inclure (p. 360) « la nécromancie et tous les actes magiques qui supposent l'utilisation de cadavres et de tombeaux ». Les atteintes présumées aux personnes à la suite des pratiques magiques se retrouvent au CJ. 9, 18, 4 et l'empereur préconisera à ce sujet les peines les plus sévères possibles. Cf. CJ. 9, 18, 4 (a. 321) *Eorum est scientia punienda, et severissimi merito legibus vindicanda, qui magicis accincti artibus, aut contra salutem hominum moliti, aut pudicos animos ad libidinem deflexisse detegentur…* Voir aussi CJ. 9, 18, 5 (a. 357) sur l'interdiction de consulter les haruspices, les augures et les devins.

[71] A.-M. Tupet, *La magie dans la poésie latine*, *I, des origines à la fin du règne d'Auguste*, Paris, 1976, p. 83-90 souligne l'utilisation de cadavres dans les opérations magiques. Voir aussi M. Le Glay, *Magie et sorcellerie à Rome au dernier siècle de la république*, in *Mélanges J. Heurgon*, 1, *L'Italie préromaine et la Rome républicaine,* Rome, 1976, p. 525-550 ; le livre de F. Graf, *La magie dans l'Antiquité gréco-romaine. Idéologie et pratique*, Paris, 1994 (c. r. par T. Gelzer in *MH*, 51, 1994, p. 251.

[72] Lucain, *Phars.*, 6, 543-544 et l'épisode de la sorcière Erictho qui déchire de ses dents, pour le récupérer, la corde ou le lacet du pendu. Voir aussi 6, 720-730 sur les persécutions infligées au cadavre. Chez Apulée, *Mét.* 2, 18 il est question des vieilles sorcières qui dépouillent les morts, même le tombeau ne serait pas un abri suffisant pour échapper à ces agissements. D'une manière générale, sous l'Empire, les pratiques magiques visant à se concilier ou à exorciser les bons et les mauvais esprits connurent un grand succès grâce aux spéculations des néo-platoniciens. Il s'agit des pratiques plus ou moins ésotériques, destinées à influer sur le cours naturel des évènements en agissant, la plupart du temps, sur les esprits susceptibles de les contrôler. Il semble établi qu'à partir du II^e^ siècle, la magie connaît un certain essor, et les pendus recélaient une énergie magique.

[73] P.-F. Girard, *Manuel…*, *op. cit.*, p. 440-443 ; B. Albanese, *Studi sulla legge Aquilia*, dans *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, 21, 1950, p. 5-349.

[74] Gaius *lib.* 7 *ed. pro.* D. 7, 7, 3 *hominis usufructu.*

[75] Papinien *lib.* 7 *res.* D. 33, 2, 24, 1. Dans d'autres textes, il est question d'*usus* pour qualifier les *operae servorum*.

[76] Sur l'*ususfrutus* ou l'*usus* de l'esclave et les *operae servorum*, cf. A. Guarino, *Diritto privato romano…*, *op. cit.*, p. 739-740.

[77] M. Bretone, *Frutti*, in *NNDI*, 7, Turin, 1961, p. 665-666.

esclave en usufruit appartiendrait à l'usufruitier ou au nu-propriétaire[78]. La réponse donnée est en faveur du second car Ulpien rappelle, en s'appuyant sur l'opinion de Brutus :

…neque homines in fructu hominis homo esse potest…[79]

Trad : un homme ne peut pas être inclus dans le fruit provenu d'un homme.

Cette approche souligne la spécificité humaine de l'esclave, l'individu n'est pas ici un simple agent défini par sa nature biologique comme pourrait l'être un simple animal, le *fetus* étant au contraire réputé faire partie des *fructi* pour les juristes.

IV. La mort servile

L'étude du droit des tombeaux apporte une contribution non négligeable à l'idée que l'esclave pouvait être considéré comme un homme à part entière. En ce sens, une disposition peu connue du droit funéraire, qu'il faut ranger dans les règles de droit civil en raison de ses implications patrimoniales, recèle une prise en compte très nette de l'humanité de l'esclave[80]. Ainsi, le tombeau de l'esclave pourra bénéficier du caractère religieux comme l'affirme Ulpien qui reprend l'idée du juriste Ariston :

Ulpien *lib 25 ed.* D. 11, 7, 2 pr. *locum ubi servus sepultus est religiosum esse, Aristo ait*[81].

Trad : Le lieu où a été enterré un esclave est religieux, affirme Ariston.

D'après ce texte, le lieu d'ensevelissement du *servus* est un *locus religiosus*. Il est, de ce fait, soumis à certaines incapacités légales propres aux *res religiosae*. Il est l'objet d'une inaliénabilité relative frappant l'éventuel *monumentum* qui abrite le sépulcre tandis que le lieu exact de dépôt du corps fait l'objet d'une inaliénabilité absolue. Or la religiosité est conditionnée, d'après un texte émanant du même Ulpien au dépôt du corps d'un homme[82] :

---

[78] Cicéron, *De fin.*1, 12 ; Ulpien D. 7, 1, 8, 68 pr. Ce passage a fait l'objet de nombreux commentaires dans le détail desquels il est impossible d'entrer ici. Pour un aperçu des analyses proposées, cf. J. C. Dumont, *Servus. Rome et l'esclavage…, op. cit.*, p. 99-106. Bien des romanistes comme V. Arangio-Ruiz,ou M. Talamanca ont justifié le principe par des raisons économiques : le nouveau-né serait de trop grande valeur pour le laisser à l'usufruitier. J.-C. Dumont pense plutôt que l'humanité de l'esclave, associée à certaines exigences contextuelles relatives au « péril servile », est l'argument principal qui a guidé le raisonnement de Brutus. Cette raison liée à la dignité humaine fut déjà quelque peu évoquée par W. W. Buckland, *Law of Slavery…*, *op. cit.*, p. 21 et A. Watson, *Morality, Slavrey and the Jurists in the Later Roman Republic* in *Tulane Law Review*, 42, 1967-1968, p. 294.

[79] Pour un exposé doctrinal de ce principe, voir R. Quadrato, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in *Iura*, 37, 1986, p. 1-33.

[80] En ce sens pourrait aussi s'inscrire un *responsum* de Gaius *lib.* 9 *ed. pro.* D. 16, 3, 14, 1 où un esclave mort est appelé *homo* : *…veluti si homo mortus fuerit*.

[81] Sur d'autres tentatives de restitution du texte, cf. M. Morel, *Le sepulchrum, Etude de droit romain*, Paris, 1928, p. 31, l'auteur évoque la restitution de Bremer : *Locum <fundi Italici> in quo servus <civis romani>*…On ne voit pas de raison de limiter de telle manière la portée du texte. Le sol provincial était susceptible d'acquérir le caractère *pro religiosus* (GI. 2, 7) et ce dernier ne devait pas différer du caractère à proprement parler religieux.

[82] Ce qui ressort aussi d'un texte de Macer *lib.* I *ad leg. vic. Here.* D. 11, 7, 37, 1 *Monumentum autem sepulchri id esse, divus Hadrianus rescripsit, quod monumenti, id est, causa muniendi eius loci factum sit, in quo corpus impositum sit. Itaque si amplum quid aedificari testator jusserit, veluti in circum porticationes, eos sumptus funeris causa non esse.* Le terme *corpus* fait bien évidemment référence ici au corps d'un être humain.

Ulpien *lib.* 25 *ed.* D. 11, 7, 2, 5 *Sepulchrum est, ubi corpus ossave hominis condita sunt. Celsus autem*[83] *ait : non totus qui sepulturae destinatus est, locus religiosus, sed quatenus corpus humatum*[84] *est*.

Trad : un sépulcre est l'endroit où sont renfermés le corps ou les ossements d'un homme. Et Celse dit que tout le lieu destiné à la sépulture ne devient pas religieux mais seulement l'endroit où le corps se trouve inhumé.

La combinaison de ces deux textes met en évidence une égalité de traitement entre la tombe de l'esclave et celle de l'homme libre et va donc encore plus loin dans la reconnaissance de l'humanité de l'esclave. Cette reconnaissance est exceptionnelle et contraste avec la non-religiosité de la tombe de l'étranger (ou de l'ennemi suivant l'acception donnée au terme *hostis*) énoncée à la même époque par Paul :

Paul *lib. 25 ed. prae.* D. 47, 12, 2 *sepulchra hostium*[85] *religiosa nobis non sunt ; ideoque lapides inde sublatos in quemlibet usum convertere possumus : non sepulchri violati actio competit*.

Trad : Les sépulcres des étrangers ne sont pas religieux ; c'est pourquoi les pierres qui en sont enlevées peuvent être converties à l'usage que l'on veut : il n'y a pas d'action de sépulcre violé.

---

[83] La traduction de *autem* est délicate. Cette conjonction de coordination peut revêtir différentes acceptions : d'abord une légère opposition entre deux idées (mais, tandis que…) ou un contre-balancement entre deux propositions (et d'autre part…) ; ensuite la reprise d'une idée (or…) ou encore une addition dans le cadre d'une argumentation (et, et puis, en outre) ; enfin il peut s'agir d'une simple liaison grammaticale sans véritable enjeu rhétorique qui ne mérite pas d'être traduite. La lecture du texte semble mettre en évidence que l'opinion de Celse a été sélectionnée par Ulpien comme venant préciser sa propre pensée et notamment la définition sommaire qu'il donne du *sepulchrum*. Il s'agit d'un argument additionnel à vocation conclusive qui vient trancher le litige soumis au jurisconsulte. Il paraît donc logique de traduire cette conjonction par « et » pour mettre en évidence la manière dont Ulpien s'appuie sur l'autorité de son prédécesseur comme s'il s'agissait de sa propre opinion, de manière à clore le débat en invoquant les précisions apportées par un grand maître sur la question.

[84] *Humatus* est le contraire de *inhumatus* ou de *supra terram* et souligne que l'ensevelissement est la phase essentielle du rite funéraire. Le mort doit être *humatus*, c'est-à-dire recouvert de *terra*. L'*illatio* confirme l'identité du disparu en lui réservant une part dans l'occupation de l'espace et ce par enfermement. Cf. Cicéron, *Tusc.*, 1, 44 et aussi A. Allara, *Corpus et cadaver, la « gestion » d'un nouveau corps*, in F. Hinard et M.-F. Lambert, *La mort au quotidien dans le monde romain*, Paris, 1995, p. 71. La sépulture en tant que lieu d'enfermement contribue à donner au mort un statut et fixe la limite spatiale entre le monde des vivants et l'espace réservé aux défunts. On peut dire que *humatus* n'a pas de véritable sens technique chez les juristes. La signification recoupe l'usage littéraire cf. D. 11, 7, 37 pr. *Locus in quo defunctus humatus est* . Ce sens n'a pas varié dans les sources postclassiques, cf. un texte daté de 386 au CT. 9, 17, 7 *Humatum corpus nemo ad alterium locum transferat*.

[85] Sur les différentes acceptions du terme *hostis* et sa confrontation aux concepts de *barbarus, hostis, peregrinus* et *hostis publicus*, voir A. Paturet, *Iura sepulchrorum : la sépulture en droit romain classique*, thèse, Clermont-Ferrand, 2006, p. 291-302. cf. aussi É. Ndiaye, *L'étranger « barbare » à Rome : essai d'analyse sémique*, in *AC*, 74, 2005, p. 119-135, p. 119. Le sens de *hostis* dans la *lex duodecim tabularum (*3, 7) est précisé par Cicéron (*Imp. Pomp.*, 10, 28) et Festus (p. 58 L.). Ainsi, à l'origine *hostis* désignait l'étranger celui qui était « face au seul *ciuis* qui désigne le citoyen romain dont il existe plusieurs types et dont l'ensemble forme le *populus romanus* » comme le dit E. Ndiaye p. 119. À une époque plus tardive, le terme se spécialisera dans le sens de « ennemi public » aux dépends de *perduellis*, dérivé de la forme ancienne *duellum*[85] et qui désignait au départ, l'hostilité envers la plèbe, par opposition à *inimicus*. Pendant l'Empire, *hostis* prendra le sens général de « ennemi[85] », de même que *inimicus* s'emploiera pour *hostilis*. Le terme doit être entendu, a priori, dans un contexte guerrier, puisque *hostis* remplacera *perduellis*.

Cette différence de traitement peut surprendre car, d'une part l'*hostis* et l'esclave avaient potentiellement bien des points communs[86] et, d'autre part, aucun juriste romain n'a songé à remettre en cause l'humanité de l'étranger ou de l'ennemi même si ce dernier pouvait être considéré comme un objet de droit dans le cadre du *ius belli*.

Reste à expliquer la mansuétude du *ius civile* car le bref fragment D. 11, 7, 2, qui a rarement retenu l'attention de la doctrine[87], ne contient

[86] E. Benvéniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, tome 1, *Économie, parenté, société*, Paris, 1969, p. 355 « À l'homme libre, né dans le groupe, s'oppose l'étranger (gr. *Xénos*), c'est-à-dire l'ennemi (lat. *hostis*), susceptible de devenir mon hôte (gr. *xénos*, lat. *hospes*) ou mon esclave si je le capture à la guerre (grec. *aikhmálōtos*, lat. *captivus*). Nécessairement étranger, l'esclave porte, dans les langues indo-européennes, même modernes, soit un nom étranger (gr. *doûlos*, lat. *seruus*), soit un nom d'étranger (esclave < *Slave*) ». Pour l'histoire du mot latin *seruus*, cf. p. 359-360. Par ailleurs l'individu qui devient esclave est très souvent, à l'origine, un prisonnier de guerre et un étranger. Cf. à ce sujet les amples développements de J.-C. Dumont, *Servus. Rome et l'esclavage à Rome sous la république*, Rome, 1987, p. 88-96. L'auteur fait le point sur les diverses théories en présence au sujet de l'origine de l'esclave. En ce sens aussi, J.-C. Robert, *Fructus belli ac victoriae. Les profits de guerre et de conquête à Rome*, Thèse Droit, Perpignan, 2002, p. 159-175, l'auteur montre le processus de l'asservissement après la victoire romaine et souligne la similitude de régime juridique entre le *captivus* ennemi et le *servus* ; A. Watson, *The Law of Persons in the Late Roman Republic*, Oxford, 1967, p. 159 : « The main way in wich a person became a slave were being born to a slave mother or by being captured by war ». D'après F. de Martino, *Intorno all'origine della schiavitù a Roma,* in *Labeo*, 20, 1974, p. 163-195. La guerre ne fut cependant pas la première pourvoyeuse d'esclaves.

[87] Les auteurs les plus assidus, qui se sont intéressés à l'esclavage ou au droit des tombeaux ont négligé de s'intéresser à ce texte. F. de Visscher, *Le droit des tombeaux romains*, Milan, 1963, p. 53, n'y consacre que 5 lignes et ne se livre à aucune analyse du *responsum*. De plus, ce dernier met en évidence l'importance du dépôt humain dans la tombe comme condition de la religiosité et s'interroge peu sur le statut de la tombe de l'esclave, par rapport à la situation des *sepulcha hostium*. F. Fabbrini, *Res divini iuris*, in *NNDI*, 15, Turin 1968, p. 555 note simplement que « La morte non fa distinzioni : e chi in vita era considerato una cosa, da morto otteneva rispetto come una vera persona ». L'auteur semble pourtant y voir un paradoxe de taille mais ne va pas plus loin. T. Honoré, *Les droits de l'homme chez Ulpien*, in H. Jones (dir.), *Le monde antique et les droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, p. 235-243 n'envisage pas dans son analyse au sujet de l'esclave la présente disposition qui méritait pourtant d'être portée au dossier. P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, 1, 2, Milan, 1966, p. 28 et note 4 consacre une seule ligne à ce texte alors que d'autres dispositions du droit des tombeaux sont très finement analysées. R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain,* Paris, 1947, n'en parle pas non plus. E. Petit, *Droit romain*, Paris, 1925 (9ème éd.), p. 165, met en évidence la disposition mais ne présente aucun argument à l'appui de son affirmation. F. Schulz, *principii del diritto romano*, Munich, 1934, p. 186-192, n'évoque pas cette norme alors qu'il consacre de longs développements à l'humanité de l'esclave. L'originalité de la règle est soulignée par M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, p. 381 « … *il luogo destinato a sepolcro, in quanto vi si fosse seppellito un cadavere – anche di uno schiavo –* » Voir a »ussi p. 80-85. En revanche, P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain,* Paris, 1929 (réed. Paris 2003) n'a pas manqué de remarquer cette relative prise en compte de la personnalité de l'esclave et accorde à ce texte quelques lignes, cf. p. 104-105 et note 1, p. 105. L'originalité de la norme est aussi suspectée chez A. Berger, *Encyclopedic dictionnary of roman law*, Philadelphie, 1953, p. 701 qui note que « a *sepulchrum* is a *locus religiosus*, also when a slave has been buried, but not the grave of an enemy ». Même J.-C. Dumont dans son livre sur l'esclave, *Servus, Rome et l'esclavage sous la République*, Rome, 1987 a négligé ce texte sans doute parce qu'il reprend l'opinion d'Ariston qui est un contemporain de Trajan. Pourtant le principe posé par ce texte n'est certainement pas typique de l'époque impériale. La norme se conçoit par rapport à des références bien plus anciennes puisque des sources de la fin de l'époque républicaine s'en font l'écho, cf. par ex. Varron, *De lingua latina*, 6, 24, que l'auteur n'a pas non plus étudié. L'auteur parle des dieux Mânes serviles. L'existence de ces divinités mortuaires dédiées à l'esclave s'inscrit dans le cadre d'une religion des morts servile qui irait de pair avec le caractère religieux de la tombe du *servus*.

aucune forme d'argumentation. Il s'agit donc de trouver des éléments contextuels et idéologiques qui pourraient l'expliquer.

F. de Visscher[88] pensait trouver l'explication de cette règle dans le fait que l'esclave était considéré comme un membre de la famille[89]. Il est vrai que les esclaves pouvaient parfois profiter d'une vie familiale presque normale et qu'il n'était pas si rare qu'un maître et ses esclaves se partagent le même tombeau[90]. L'argument est séduisant mais soulève pourtant des objections. La norme établie par Ulpien est un principe général qui s'applique à toutes les tombes serviles alors que la raison invoquée par cet auteur ne pourrait s'appliquer, par définition, qu'à certains cas particuliers. De plus, compte tenu du nombre très important d'esclaves présents à la fin de la République et au Haut-Empire[91], il est évident que ceux qui se trouvaient intégrés à la *familia* n'étaient pas les plus nombreux. Enfin, l'intégration de l'esclave à la *familia* évoquée par F. De Visscher induit que celui-ci aurait pu être admis dans un *sepulchrum familiare*[92]. Et ceci génère deux difficultés. En premier lieu, ces tombes étaient considérées comme religieuses sans qu'il fut utile pour le juriste de le préciser. Ensuite et surtout, Ulpien fait référence au D. 11, 7, 12, non pas à une tombe familiale, mais au lieu où un esclave a été enseveli, c'est-à-dire à une sépulture spécifiquement servile.

Une première explication pourrait s'envisager en rapport avec la notion juridique de *favor libertatis.* Il s'agit d'un courant idéologique favorable à la liberté de l'esclave qui entraînait des solutions favorables à la libération lorsque les conditions de l'affranchissement n'étaient pas parfaitement remplies ou qu'un litige survenait. La doctrine interpolationiste a longtemps cru que l'idée de *favor libertatis* était tardive, largement due à l'œuvre législative de Justinien[93] et favorisée par le christianisme. Pourtant de

[88] F. de Visscher, *Le droit des tombeaux romains…*, *op. cit.*, p. 53.

[89] Il faut renvoyer sur ce point à A. Wasowics, *Les serviteurs sur les monuments funéraires du Pont-Euxin. Élément pour une enquête*, in *Index*, 8, 1978-1979, p. 232-240. Cette intégration est attesté par bon nombre de documents iconographiques dans lesquels le serviteur (le plus souvent un esclave) figure en compagnie du défunt sur les représentations funéraires. Son intégration familiale s'exprime d'une manière particulière : certains termes sont récurrents pour désigner ce serviteur, et curieusement le mot esclave est évité, sans doute de manière à considérer le compagnon d'une vie et non le simple objet de droit. Les serviteurs sont, toutefois régulièrement montrés en retrait du personnage principal. Les stèles veulent présenter le mieux possible une situation réelle et les scènes reflètent la hiérarchie familiale. Les inscriptions sur les stèles sélectionnées par l'auteur datent des trois premiers siècles de notre ère.

[90] Certains colombaires de grandes familles romaines comme les Statilii Tauri témoignent de cette intégration. Cf. *CIL*, VI, 6213-6270. Voir aussi L. Ross Taylor, "Freedmen and Freeborn in the Epitaphs of Imperial Rome", in *Amer. Journ. of Phil.*, 82, 1961, p. 113-132 ; quelques remarques intéressantes de Iza Biezunska Malowist, *La vie familiale des esclaves*, in *Index*, 8, 1978-1979, p. 140-144. J. Gaudemet, *Esclavage et dépendance dans l'Antiquité, bilan et perspectives*, in *TR*, 50, 1982, p. 132.

[91] Voir *supra.*

[92] Pour une définition de ce type de tombe, cf. Gaius *lib.* 19 *ed. pro.* D. 11, 7, 5.

[93] cf. les contributions déjà anciennes de E. Albertario, *Studi di diritto romano, 1, persone e famiglia*, Milan, 1933, p. 63-77 ; et déjà dans *Schiavitù e favor libertatis*, in*BIDR*, 33, 1923, p. 63-77 ; voir aussi M. Nicolau, *Causa liberalis, étude historique et comparative du procès de liberté*. Paris, 1933, p. 175 sq. La littérature au sujet du *favor libertatis* est assez étendue. On s'attardera ici sur les contributions les plus récentes. Cf. M.-L. Peluso, *Aegra mancipia*, in *Index*, 28, 2000, p. 133-153 ; G. Lanata, *I figli della passione. Appunti sulla novella 74 de Justinien*, in *Atti dell Acc. Romanistica Costantiniana, 7 conv. Int,* Naples, 1988, p. 488-493 ; G. Barone-Adesi, *Favor liberorum ueterum legum moderamen*, in *Atti dell Acc. Romanistica Costantiniana, 7 conv. Int.*, Naples, 1988, p. 433-457 ; M. Rainer, *À propos de : Wolfgang*

nombreux indices montrent que les jurisconsultes classiques utilisaient cette notion et qu'elle venait en quelque sorte prendre le relais idéologique du stoïcisme[94]. Le juriste Ulpien la connaissait bien et y fait référence à plusieurs reprises, il serait alors possible de penser que la religiosité de la tombe servile, et son traitement similaire à celle de l'homme libre, puissent résulter de ce courant de pensée philanthropique. Il s'agirait de reconnaître à titre posthume la valeur humaine de l'esclave et sa liberté, cette fois en droit civil. Il faut par ailleurs préciser que cette reconnaissance *post mortem* ne lèse en rien les maîtres du point de vue patrimonial puisque par définition, un esclave décédé n'est plus d'aucune valeur. La fiction du droit civil n'a plus lieu d'être car plus aucun élément matériel ne la justifie.

S'intéresser au *favor libertatis* amène évidemment à s'interroger, eu égard à l'opinion d'Ulpien au D. 11. 7. 2 pr., aux doctrines philosophiques stoïciennes dont les influences sur le droit et les institutions romaines sont connues[95]. À travers une morale de la vertu[96] qui s'oriente vers une protection des plus faibles et un intérêt accordé à la valeur intrinsèque de l'individu[97]. La relation entre le pouvoir et ce dernier devait se calquer sur le lien intervenant entre père et fils[98]. Cette conception humaniste[99] a pu contribuer à modifier la pratique juridique à l'époque classique et à remettre au goût du jour certains principes du droit naturel au sujet de l'égalité et de la liberté pour les faire pénétrer le *ius civile*. Ulpien y fait

---

Waldstein, operae libertorum. Untersuchugen zur dienstpflicht freigelassener Sklaven, Wiesbaden, F. Steiner, 1986, 467 p. (forschungenzue antiken skaverei, 19), in *ZSS*, R.A., 105, 1988, p. 745-770 ; G. Horsmann, *Die Divi Fratresund die redemptio servis uis nommis (Zu den motiven der epistula ab urbium maximun Dig. 40, 1, 4)*, in *Historia*, 35, 1986, p. 308-321 ; une contribution lumineuse de C. Castello, *Humanitas e favor libertatis. Schiavi e liberti nel I secolo,* est à signaler in *Sodalitas*, 5, *(scritti Guarino)*, Naples, 1984, p. 2175-2189. L'auteur affirme que l'*humanitas* n'a pas, à proprement parler, influencé directement le *favor libertatis*, mais a participé à une éducation « avantageuse » de la société romaine.

[94] J. Imbert, « *Favor libertatis* », *RHD*, 27, 1949, p. 279. Il n'est pas exclu que le *favor libertatis* ait plus précéder les idées stoïciennes, cf. F. Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani*, Milan, 1938, p. 186 sq. et 606-607.

[95] Cf. M. Péna, *Le stoïcisme dans l'Empire romain*, Aix-Marseille, 1990, p. 235 ; 243-279. Il existe à ce sujet une riche littérature cf. par exemple G. Verbecke, « Le stoïcisme, une philosophie sans frontière », in *ANRW*, 1, 4, Berlin-New-York, 1974, p. 3-42, surtout p. 40-42 pour l'indice bibliographique . On consultera aussi un numéro spécial de la *Revue of Southern Journal of Philosophy*, 23, Suppl. 1985, 182 p. (=*Recovering the Stoics*) avec une très abondante bibliographie p. 132-171. C. E. Manning, "*Stoicism and Slavery in the Roman Empire"*, in *ANRW*, 2, 36, 3, Berlin-New-York, 1989, p. 1518-1543. Voir aussi G. Rocca-Serra, *Le stoicisme pré-impérial et l'esclavage*, in *Atti del centro ricerche e documentazione sull' antichità classica*, vol. 8, Milan, 1977, p. 205-222. Au sujet d'Épictète, philosophe stoïcien, esclave puis affranchi, qui vécut à Rome avant d'en être chassé par Domitien. E. Narducci, "*Perceptions of exile in Cicero: a Philosophical Interpretation of a Real Experience"*, *AJP*, 118, 1997, p. 55-73.

[96] J. le Gall et M. Le Glay, *L'Empire romain, 1, le haut empire de la bataille d'Actium à la mort de Sévère Alexandre (31 av. - 235 ap. J. C.)*, Paris, 1992, p. 194.

[97] En ce sens M. Pena, *op. cit.*, p. 236.

[98] Pline, *Panégy. De Traj*., 113-115.

[99] Cf. Sénèque, *Lettres à Lucilius*, 47, 18 où l'auteur décrit l'esclave comme un homme ou, du moins, comme un humble compagnon de vie, sans doute pour bousculer la conception traditionnelle de la société romaine. L'humanisme stoïcien, ainsi que l'adage de Sénèque : *servi sunt, immo homines* ont été mis en évidence par R. Villers, *Rome et le droit privé*, Paris, 1976-1977, p. 186, comme une justification des mesures libérales qui seront prises par les Empereurs romains.

d'ailleurs référence au D. 1, 1, 4 pr.[100] pour justifier l'existence de la *manumissio* du *servus* en tant que moyen pour lui rendre la liberté innée que lui reconnaît le droit naturel. Cette orientation altruiste qui montre que le droit se rapproche des enseignements philosophiques se retrouve chez d'autres juristes tels Marcien[101] et dans l'ensemble, l'abondante législation tardo-sévérienne révèle une tendance à l'équité et un plus grand souci des pauvres et des humbles[102]. Aussi, la religiosité de la tombe du *servus* pourrait être en partie une des conséquences de ces courants de pensée individualistes et égalitaires.

En dernier lieu, il n'est pas incongru de considérer, dans la disposition énoncée par Ulpien, une influence sociale inhérente au *ritus romanus* et à la *religio* des esclaves. En ce sens J. Gaudemet pensait que « si le droit refuse de reconnaître la personnalité de l'esclave, la religion ne l'ignore pas »[103] tant que son attitude religieuse ne porte pas atteinte à l'ordre public[104]. La participation des esclaves aux actes sacrés de la religion publique était moindre et passive. Elle était plus tangible dans le cadre de la religion familiale où les *servi* pouvait assister le sacrifiant et accomplir certains actes rituels voulus par le *dominus*[105]. Dans tous les cas, rien n'empêche l'esclave d'avoir ses propres croyances. Aussi, les *servi*, qui ne trouvent pas de véritable protection dans le droit vont se tourner vers la religion[106]. Ils fuiront parfois leurs maîtres cruels en se cachant dans les temples ou auprès des statues de l'Empereur, attitude que le jurisconsulte Gaius considère parfaitement légitime[107]. Même si des cultes comme celui rendu à la *Bona Dea* faisaient l'objet d'une séparation entre les hommes libres et les esclaves[108] ou encore que ce dernier n'était pas supposé avoir

---

[100] D. 1, 1, 4 pr. *Cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita*

[101] T. Honoré, *Les droits de l'homme chez Ulpien*, in H. Jones (dir.), *Le Monde antique et les droits de l'homme*, Bruxelles, Université libre de Bruxelles, Centre de droit comparé et d'histoire du droit, 1996 p. 23.

[102] Cette tendance recoupe la théorie de l'égalité des hommes qui sert de référence dans la dynamique politico-juridique de la dynastie Sévérienne, cf. T. Honoré, *op. cit.*, p. 24. Voir aussi N. Lewis, "*The Human Legislation of Septimus Severus"*, *Historia*, 45, 1996, p. 104-113.

[103] J. Gaudemet, *Esclavage et dépendance dans l'Antiquité, bilan et perspectives*, in *TR*, 50, 1982, p. 132. Cette position est aussi soutenue, pour une époque plus tardive par J. Imbert *Réflexions sur le christianisme et l'esclavage en droit romain*, in *RIDA*, 2, 1949, p. 445-476 qui indique que dans les doctrines chrétiennes l'esclave pouvait être traité comme un homme libre, sur le plan religieux.

[104] J. Scheid, *Religion et piété à Rome*, Paris, 2001 (2ème éd.), p. 33.

[105] On en trouve un exemple chez Caton, *Agr.*, 141 dans le chapitre consacré à la grande prière en faveur de *Mars Pater*. La *lustratio* et le transport des suovetauriles sont confiés à un certain Manius. Le censeur s'adresse sans doute à son propre *iulicus* qu'il charge d'effectuer cette tâche matérielle. Il est difficile de dire si l'esclave pouvait être ou non chargé de prononcer les formules rituelles. D'habitude, c'est le père de famille et lui seul qui s'occupe de ces tâches solennelles ; cf. au sujet des *sacra*, U. Zilleti, *Sacra* in *NNDI*, 16, 1958, p. 305-306 et P. Voci, *Diritto sacro in età arcaica*, in *SDHI*, 53, 1987, p. 38-73, surtout p. 41 sur des considérations ayant trait à la *familia.* Le père de famille est celui qui sait prononcer les formules rituelles, à la différence du fils.

[106] Sur la vie religieuse des esclaves, on consultera sur un plan général l'ouvrage de F. Bömer, *Untersuchungen über die Religion der Sklaven in Griechenland und Rom. 1, Die wichtigsten Kulte und religiosen in Rom und im lateinischen Westen*. Wiesbasen, 1958 (2ème éd., 1981, revue en collaboration avec P. Herz, 273 p.).

[107] Gaius, 1, 53.

[108] Certains cultes sont pourtant rendus de manière séparée par les libres et les esclaves comme celui de la *bona dea*. Cf. J. Gaudemet, *op. cit.*, p. 132. Au sujet du culte de la *Bona*

de *genius*[109], certaines pratiques rituelles du paganisme permettent au *servus* de transgresser sa position sociale et cette mansuétude religieuse pouvait s'étendre aussi aux prisonniers et aux étrangers comme le relatent les récits liviens relatifs aux lectisternes, fameux banquets organisés en l'honneur des dieux[110]. Un des moments important de rapprochement entre les maîtres et les esclaves survenait lors des Saturnales[111]. Un des principaux aspects des festivités est d'intégrer une abolition de la hiérarchie sociale traditionnelle entre les maîtres et les esclaves. Pendant la fête, ces derniers ne travaillent pas. La *domus* fonctionne alors comme une « petite république[112] » et les esclaves sont admis à la table des

dea, voir l'ouvrage de H. Brouver, *Bona Dea : the Sources and a Description of the Cult*, Leyden, 1989. J. Beaujeu, *Le paganisme romain sous le Haut Empire*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* (*ANRW*), 2, 16, 1, Berlin-New-York, 1978, p. 3-26 émet quelques réserves au sujet des travaux de F. Bömer qui mettent en évidence une spécificité religieuse servile sous le Haut-Empire. Pour le premier, d'autres recherches montrent que la religion servile n'était pas différente de celle de l'homme libre.

[109] G. Dumézil, *Mariageshindo-européens suivi de quinze questions romaines*, Paris, 1979, p. 327 sq.

[110] Tite-Live, 5, 13, 6-8. *Duumuiri sacris faciundis, lectisternio tum primum in urbe romana facto, per dies octo Appollinem Latonmque et Dianam, Herculem, Mercurium atque Neptunum, tribus quam amplissime tum apparari poterat stratis lectis placauere. Privatim quoque id sacrum celebratum est. Tota urbe patentibus ianouis promiscuoque rerum omnium in propatulo posito, notos ignotosque passim aduenas in hospitium ductos ferunt, et cum inimicis quoque benigne ac comiter sermones habitos ; iurgiis ac litibus temperatum ; uinctis quoque dempta in eos dies vincula ; religioni deinde fuisse quibus eam opem di tulissent vinciri*.

[111] L'histoire du culte de Saturne à Rome est attestée par la consécration d'un temple au début de la République (497 avant notre ère). Après un relatif recul pendant les trois derniers siècles de cette dernière, une réforme du culte intervient en 217 av. J.-C. au lendemain de la défaite de Trasimène. La fête des Saturnales qui s'étend sur sept jours du 17 au 23 décembre, à partir de Domitien, continuera d'être célébrée jusqu'à la fin du IV^e^ siècle. Sur les Saturnales et le rituel caractéristique de ces festivités, voir par exemple J. Marquardt, *Le culte chez les Romains*, Paris, 1889, 1, p. 54-59, 224 et 2, p. 38 ; A. Bouché-Leclercq, "*Lectisternium"*, *Dic. Ant. Gr. Et Rom.*, 3/2, p. 1006-1012 ; G. Wissowa, *Religion und Kultus der Römer*, Munich, 1912, (réed. 1971), p. 58, 61, 269, 276, 300, 311, 315, 421-423, 428 ; du même auteur *Lectisternium*, in *RE* (*Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*), 1ère série, 12, 1, p. 1108-1115 ; Au sujet de la datation des Saturnales de Macrobe, S. Doepp, "*Zur datierung von Macrobius 'Saturnalia'"*, *Hermès*, 106, 1978 ; p. 619-632. En dernier lieu, R. Carré, « Quand la cité reçoit les dieux : les lectisternes à Rome au IV^e^ siècle avant notre ère », in A. Montandon (études réunies par), *Mythes et représentations de l'hospitalité*, Clermont-Ferrand, 1999, p. 67-102. L'idée d'abolition des conventions sociales et des règles de la vie quotidienne pourraient aussi se trouver dans le rapport dionysiaque au banquet grec. Le dieu du vin libérait, par le biais de l'ivresse, les symposiastes des contraintes de la vie quotidienne. Cette explication est proposée par B. Fehr, *What has Dionysos to do with the Symposion ?* in *Pallas,* n° 61, 2003, *Symposium : banquet et représentations en Grèce et à Rome*, p. 23-37.

[112] Sénèque, *Ep.* 47, 14, *Dominum patrem familiae appellauerunt, servos, quod etiam in mimis adhuc durat, familiares. Instituerunt diem festum, non quo solo cum servis domini uescerentur, sed quo utique honores illis in domo genere, ius dicere permiserunt et domum pusillam rem publicam esse iudicaverunt.* C. Guittard avait fait remarquer dans une conférence donnée pour l'association *Utere felix* à Clermont-Ferrand le jeudi 16 janvier 2003, sous le titre *Les Saturnales à Rome : du mythe de l'Âge d'Or au banquet de décembre*, que cette conception n'induit aucune revendication sociale et que l'interprétation de *in mimis* est très délicate. La *domus* se trouve être dans ce cadre rituel déterminé, un microcosme où règnent la *concordia*, la *pietas* et la liberté de l'âge d'or. La symbolique du banquet veut recréer ce moment où Saturne régnait sur le Latium primitif, à travers des rituels qui reproduisent la commensalité entre les dieux et les hommes ainsi que l'égalité entre les hommes eux-mêmes. En ce sens, la pratique décrite par Sénèque se veut complètement décontextualisée et ne prend un sens véritable que dans une dimension religieuse. Elle a l'avantage de montrer qu'il était tout de même possible de déroger, dans des cas

maîtres sur un pied d'égalité. Il est un autre domaine où les hommes libres côtoyaient les esclaves, il s'agit des pratiques funéraires. Les esclaves étaient admis, dans ce cadre, à faire partie d'un collège aux côtés des hommes libres[113] et pouvaient le cas échéant partager le même tombeau[114]. Comme eux, les *servi* ont leurs dieux Mânes d'après le témoignage de Varron datant de la fin de la République[115]. Et Gaius souligne la nature religieuse des *res religiosae* qui font techniquement l'objet d'une forme de *derelictio* aux dieux Mânes :

Gaius, 2, 4 *Sacrae sunt quae diis superis consecratae sunt ; religiosae quae diis manibus relictae sunt*

Trad : Sont sacrée les choses qui ont été consacrées aux dieux supérieurs ; sont religieuses (il s'agit notamment des tombeaux) celles qui sont abandonnées aux dieux Mânes.

La procédure de fondation d'un tombeau était vraisemblablement, dans ses grandes lignes, la même pour tous. Sa principale conséquence était de générer un *locus religiosus* voué aux dieux Mânes car l'acte rituel exécuté de manière correcte doit générer obligatoirement un résultat. Aussi, l'opinion d'Ulpien se justifierait parfaitement suivant ce critère religieux.

Cette solution s'accorde pleinement avec la notion juridique de *causa religionis*, élément récurent du droit funéraire, qui rejoint l'*utilitas publica*, et commande de ne pas laisser les morts sans sépulture et de les honorer religieusement[116]. Et cette prescription s'applique également aux esclaves auxquels les maîtres devaient rendre les derniers devoirs[117]. Une telle

---

exceptionnels, aux schémas classiques de la société romaine. Cet exposé de C. Guittard est repris dans un ouvrage collectif : C. Orfanos et J.-C. Carrière, *Symposium. Banquet et représentations en Grèce et à Rome* (*Pallas*, n° 61, 2003), p. 219-236 (bibliographie abondante p. 233-236). Le banquet accompagne aussi certaines transformations sociales « carnavalesques », ainsi que l'a montré J.-C. Carrière, *Les banquets de Démos et la politique d'Aristophane*, in *Pallas,* n° 61, 2003, *Symposium : banquet et représentations en Grèce et à Rome*, p. 175-202. L'expression de cette transformation est rendue possible grâce à l'idée du héros de la cité, à la fois chef et guide du peuple.

[113] J. Gaudemet, *op. cit.* p. 250.

[114] Les maîtres et les esclaves partagent par ailleurs souvent le même tombeau, cf. J. Gaudemet, *op. cit.*, p. 250.

[115] Varron, *De ling. lat.* 6, 24*... diem Tarentum Accas Tarentinas. Hoc sacrificium fit in Velabro, qua in Novam viam exitur, ut aiunt quidam, ad sepulcrum Accae, ut quod ibi prope faciunt diis Manibus Servilibus sacerdotes; qui uterque locus extra urbem antiquam fuit non longe a porta Romanula, de qua in priore libro dixi*.

[116] Cf. M. Kaser, *« Ius publicum » und « ius privatum »*, in *ZSS*, R. A., 116, 1986, p. 52-53, pour l'auteur, l'*utilitas publica* de l'inhumation légale et morale des morts résulte du rapport étroit du droit funéraire avec la sphère du droit divin. Cette notion trouve à jouer en particulier dans un *responsum* de Papinien au D. 11, 7, 43 (texte soupçonné d'être interpolé, mais à tort d'après M. Kaser, voir la note 223) qui permet au *dominus* d'obtenir la tolérance d'une inhumation légale, par le biais de l'*interdictum de mortuo inferendo* malgré l'opposition d'un usufruitier ou d'un des *socii* : *nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem insuper habemus, quae nonnunquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet : nam summam esse rationem quae pro religione facit*. L'auteur indique donc p. 53 *in fine* « Die *publ. util.* Der rechtmäßigen und bisweilen sogar plflichmätßig gebotenen Bestattung Verstorbener folgt hier wohl aus dem engen Zusammenhang des Grabrechts mit der Sphäre des *ius sacrum, ius pontificium* ». Voir enfin M. Navarra, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Turin, 2002, p. 85-88.

[117] Ulpien au D. 11, 7, 31, 1 prévoit une *actio funeraria* contre le maître de l'esclave dont il pratiqué les funérailles : *qui servum alienum, vel ancillam sepelivit, habet adversus dominum funerariam actionem*. On déduit donc de ce texte que le *dominus* est, en quelque sorte, responsable des funérailles de son esclave. Cette idée est confortée par les dispositions de

orientation qui tend à favoriser une égalité de traitement face à la mort se retrouvait déjà dans l'œuvre de Cicéron qui l'estime naturelle dans son commentaire de la loi des XII Tables :

Cicéron *De leg.* 2, 23 *quod quidem maxime et natura est, tolli fortunae discriminen in morte*

Trad : Il est conforme à la nature d'effacer dans la mort toute différence de fortune.

Par la mort biologique, l'esclave retourne matériellement à la nature. La mort abat le mur entre liberté et servitude. Mais, au-delà des catégorisations juridiques, la coexistence avérée et assumée dans les écrits des juristes classiques d'un esclave tantôt envisagé comme une chose et tantôt envisagé comme un homme à part entière est une forme d'écho du caractère hétérogène des situations infligées à la population servile. Cette dichotomie atteste un décalage très net entre l'inhumanité d'une institution envisagée dans sa globalité et le traitement humain du sujet qui s'affirme dans certains domaines particuliers du droit. Il n'en reste pas moins que le seul événement qui permettra à coup sûr à l'esclave d'échapper à son statut institutionnel et de recouvrer sa liberté naturelle sans condition, est bel et bien sa propre mort. Cette dernière éteint la fiction droit civil qui n'est dès lors plus nécessaire, de la chose et de l'homme réunis auparavant en un individu ne subsistera désormais plus qu'une intangible humanité posthume.

---

la *Lex Libitina Puteolana*, II, 1 qui prévoyait une amende d'un montant assez élevé -60 sesterces- qui visait à dissuader les maîtres négligents de recourir, par économie, à l'abandon de leur esclave décédé. J.-C. Dumont, dans, *Supplices et pompes funèbres en Campanie à l'époque d'Auguste, traduction et commentaire de la Lex Libitina Puteolana*, Paris, 2003, note, dans un chapitre consacré aux données économiques perceptibles dans la loi de Pouzzoles (p. 69-74, en particulier p. 71) que cette somme (qui pourrait correspondre au même type d'amende) est aussi indiquée dans la deuxième table de Cumes (B. I, 1).

5. L'esclavage, fait global

Marc Pavé

Docteur en histoire, professeur en CPGE, chercheur associé au groupe de recherches « politiques publiques, territorialités et société » de l'Institut d'études avancées de l'Université de São Paulo (Brésil)

Évoquer l'esclavage comme « fait global » permet de préciser d'emblée deux de ses caractéristiques à travers le temps et l'espace des humains en société. Certes, il constitue bien un phénomène ancien et d'ampleur mondiale. Mais la vocation de l'histoire globale est aussi de mettre en évidence des connexions entre territoires, pays, sociétés[1] ; or, l'esclavage connaît quelquefois des diffusions comme aussi incidemment des rétractions tenant à des réseaux de relations en tous genres. Il trouve des raisons de son existence et parfois de ses reflux dans certaines formes de commerces et d'échanges, comme nous le verrons. Archaïque et barbare du point de vue des conceptions et des valeurs dominantes actuelles, il persiste pourtant jusqu'à nos jours dans des secteurs de productions et d'activités importants et parfois « modernes ». L'esclavage est une réalité perceptible à toutes les époques – mais pas toujours -, relativement fréquente – mais pas partout – et en recul à l'échelle planétaire depuis en gros la fin du XIX^{e} siècle, il persiste donc dans de nombreuses sociétés. Cela constitue d'ailleurs une raison, non seulement de l'étudier, mais aussi de comparer entre elles de nombreuses situations particulières. Nous esquisserons donc ici une synthèse, essai jusque-là peu tenté en anthropologie et en histoire. En effet, non seulement traiter de cas multiples est ardu, mais encore faudrait-il dans un premier temps s'accorder sur une définition puis au final ébaucher une théorie explicative de l'esclavage – et de ses rejets.

Les travaux abondent à propos des cas historiques de grande ampleur dont, le plus lourd, est sans nul doute celui des Européens occidentaux se livrant à la traite d'esclaves africains dans la période allant du XVI^{e} au XIX^{e} siècles ; auparavant celui des Grecs des époques archaïques, classique et hellénistique ; des Romains des tout derniers siècles de la République et de l'Empire, prolongement byzantin compris ; du monde musulman à l'Ouest de l'Indus, en particulier Maghreb et Machrek du VII^{e} au XIX^{e} siècle. Or, réalité largement plus répandue, et difficile à délimiter (une définition sera tentée ci-après), l'histoire de l'esclavage ne semble pas avoir encore débouché sur une théorie dynamique satisfaisante. L'esclavage, quelles raisons, quels invariants et quelles variations ? Nous tenterons d'apporter des éléments de réponses, au croisement de l'anthropologie et de l'histoire, d'abord en établissant un repérage historique et géographique de sa répartition, puis en distinguant plusieurs catégories de réductions en esclavage et d'affranchissements et, enfin, en précisant les évolutions historiques majeures jusqu'à nos jours. Savoir

[1] Subrahmanyam (Sanjay), *Aux Origines de l'histoire globale, leçon inaugurale prononcée le jeudi 28 novembre 2013*, Paris, Collège de France, 2014 ; Stanziani (Alessandro), *Les entrelacements du monde. Histoire globale, pensée globale, XVI^{e}-XXI^{e} siècles*, Paris, CNRS éditions, 2018.

quand cette réalité progresse et aussi quand elle régresse est forcément utile si l'on entend contribuer à l'amélioration de l'humanité. Car chacun au final est responsable de tous.

I. Fréquence historique et répartition géographique de l'esclavage

Après une mise en évidence des spécificités du statut d'esclave, nous verrons quelles en sont les conséquences dans les conditions de vie, puis quelle est sa distribution dans le temps et dans l'espace.

A. L'esclavage, une chosification

L'établissement d'une définition solide de l'esclavage suppose de dépasser les conceptions privilégiant la condition puisque des non-esclaves peuvent être eux-aussi maltraités et exploités et que les conditions de vie des esclaves eux-mêmes sont variables. De plus, les qualifications fréquentes (y compris parfois dans le droit international) en tant que « propriétés d'un autre » sont trop générales, donc peu opératoires, car elle soulèvent la redoutable difficultés de la variété historique de la notion et de la réalité de la dite « propriété » à travers les âges. Deux définitions relativement proches l'une de l'autre ont déjà été données par Alain Testart[2] du côté de l'anthropologie et par Olivier Pétré-Grenouilleau [3] du côté de l'histoire. En l'occurrence, l'esclavage est compris par rapport aux spécificités des statuts d'esclaves les distinguant des autres humains. D'après Alain Testart, l'esclave est le seul être humain à être privé de liens sociaux fondamentaux alors même qu'il fait partie intégrante d'une société (ce qui d'ailleurs réfute la définition de l'esclavage comme « mort sociale »). Il est toujours privé de parenté, en rappelant qu'il s'agit bien là d'un fait social et non pas « biologique ». Il ne s'agit pas de discuter qu'il y ait engendrement biologique – connu de tous à toutes les époques – mais d'un positionnement social à la naissance à partir des lignages et groupes familiaux dont on fait alors partie, eux-mêmes dépendant de sociétés plus larges. De plus, presque partout, on suppose que des agents supérieurs aux humains interviennent dans les conceptions. Comme le précise Maurice Godelier dans *Métamorphoses de la Parenté*, « nulle part, dans aucune société, un homme et une femme ne suffisent à eux seuls pour faire un enfant »[4]. Or il n'est reconnu aucune parenté à l'esclave, dénué de tout nom de famille, désigné par un prénom ou un sobriquet. L'esclave peut être aussi exclu de tout ou partie des rituels religieux publics, ou bien de la totalité des droits des citoyens là où une telle catégorie existe, par exemple dans la Grèce et la Rome antiques et aux États-Unis d'Amérique dans ses parties esclavagistes. Par voie de conséquence, nulle part les esclaves ne paient d'impôts ni ne doivent un service militaire.

Pour Olivier Pétré-Grenouilleau[5], trois autres critères s'ajouteraient : être la possession d'un autre ; être utile à celle-là ou celui-ci ; et surtout, être un « homme en sursis » car voué à être traité comme un animal ou une chose. Plutôt qu'en sursis, il serait possible de qualifier l'esclave

[2] Alain Testart, *L'institution de l'esclavage, une approche mondiale*, Paris, Gallimard, 2018
[3] Olivier Pétré-Grenouilleau (dir.), *Dictionnaire des esclavages*, Paris, Larousse, 2010, introduction ; Grenouilleau (Olivier) (dir.), *Esclaves. Une Humanité en sursis*, Paris, Presses universitaires de Rennes, 2012.
[4] Maurice Godelier, *Métamorphoses de la Parenté*, Paris, Fayard, 2004, p. 325.
[5] *Op. cit.*, 2010.

d'humain chosifié. Tous savent qu'il s'agit d'êtres humains, mais pouvant légitimement être traités comme des animaux, des biens, des marchandises, des machines. Dans le monde antique puis chrétien les esclaves ne sont pas considérés comme dénués d'âme. Dès le IIe siècle après Jésus Christ, le juriste romain Gaius explique bien que *omnes homines aut liberi sunt aut servi* (« les hommes sont libres ou esclaves »), rappelant donc que les asservis sont des êtres humains. Dans les siècles suivants, parfois sous certaines conditions, des esclaves peuvent se convertir au christianisme et leurs enfants peuvent être baptisés. Mais la conversion ne les libère pas. Il en va d'ailleurs de même en terres d'Islam. Les docteurs des deux monothéismes s'accordent à peu près tous pour considérer que l'on ne pourrait asservir un coreligionnaire. Pourtant l'esclave devenu chrétien ou musulman garde la macule de ses origines païennes, puis ses descendants, la tare originelle de ses ascendants.

Au final, cas extrême d'asservissement, l'esclavage est un statut qui prive des êtres humains de leur parenté et souvent d'autres liens sociaux fondamentaux, leur substituant un plein rapport de possession par quelqu'un d'autre, le réduisant au rang de chose. Cela implique des conditions de vie très difficiles, que nous allons détailler, même si tous n'accomplissent pas forcément les pires travaux.

Remarquons que la législation internationale en vigueur à l'heure actuelle est souvent fondée sur des critères de conditions plutôt que de statut, puisque l'esclavage est devenu illégal sur la planète entière, comme on le voit dans la convention de 1926 relative à l'esclavage (qui évoque cependant aussi un « droit de propriété sur quelqu'un » comme définition), la déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 (critères du travail forcé et de la dépendance extrême), la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales de 1950, la convention de 1956 qui prolonge celle de 1926 et la convention internationale n° 105 sur l'abolition du travail forcé de 1957. De nombreux autres textes interdisent des traitements inhumains dans des domaines particuliers, en particulier à propos des droits des femmes, des enfants, des migrants, du travail forcé et de la criminalité internationale.

B. Les conséquences : avoir une vie d'esclave

Les perceptions par les sociétés où sont les esclaves montrent que nulle part la réduction en esclavage ne va de soi. En effet, les justifications par des mythes ou par des « raisonnements » sont partout. Dans les mondes méditerranéens, européens et moyen orientaux, la légitimation énoncée au IVe siècle av. J.-C. par Aristote dans le livre I de la *Politique* est promise à un avenir durable. Il y aurait des esclaves par nature, ceux « chez qui tout travail consiste dans l'emploi de la force corporelle » donc voués à être « une sorte de propriété animée » par le fait même qu'ils n'auraient aucune capacité à raisonner. Pourtant, l'asservissement pourrait aussi résulter des captures de guerre, donc de la convention relevant du culturel ; après tout, il y aurait toujours des vainqueurs et des vaincus. Le texte lui-même contient ses propres contradictions internes puisque des humains dotés de raisons pourraient être asservis d'une manière « non naturelle » alors que la justification de cet état viendrait de

la nature[6]. Dans l'autre sens, les limites intellectuelles présumées des esclaves ne sont pas clairement formulées. Enfin, l'éternel impensé est celui de l'affranchissement. La prétendue nature se tairait-elle d'un jour sur l'autre dès lors qu'un maître ferait libre un esclave ?

Que l'esclavage n'aille pas de soi ne signifie pas qu'il soit très contesté ; il l'est peu sauf dans certaines conjonctures historiques sur lesquelles nous reviendrons, en particulier depuis ces deux derniers siècles. Pourtant, l'esclavage n'est jamais doux dans ses principes comme dans ses effets. Cette mythologie de la relative modération de traitement chez soi – à la différence de chez les autres – est entretenue en Europe et en Amérique durant l'esclavagisme et même après par les pays européens et américains ayant connu l'esclavage. La principale confusion en la matière vient du poncif selon lequel les esclaves (chez soi) auraient fait partie de la famille du maître, supposant une familiarité positive. L'erreur débute par l'indistinction abusive de deux notions du droit romain, entre la *familia* (ensemble de personnes vivant sous le même toit) et la *gens* (ensemble de personnes ayant une origine commune – proche du sens actuel de « famille »). Les asservis font donc bien partie de l'une, mais pas de l'autre. De plus, l'idéalisation des comportements des siens par rapport à ceux pourtant similaires des autres mène aussi à des confusions. Enfin, la proximité éventuelle d'esclaves avec leurs possesseurs ne garantit en rien des conditions avantageuses – même si cela arrive parfois. L' « adoption » de l'esclave formulée en ce terme dans plusieurs sociétés ouest-africaines mène au même genre de malentendu. Être possédé par quelqu'un ne signifie pas que l'on hérité de lui. Certes, une certaine proximité ou un certain opportunisme font que parfois des asservis se portent au secours de leur propriétaire, les protège avec zèle, jusqu'à constituer des milices, et en tirent parfois profit, mais cela témoigne plutôt de la volonté d'aménager sa situation dans une condition dont on ne pense pas à s'extraire.

Les conditions de vie au quotidien sont très variables. Elles seraient un peu meilleures dans les sociétés à État despotique ou centralisé (ainsi dans l'Égypte ancienne et dans les empires et royaumes arabes et turcs) que dans les autres contrées, sans État ou à pouvoirs publics fondés sur une citoyenneté. Cette situation très générale ne s'explique pas par une mansuétude voire un humanisme des puissants souverains, mais par la volonté d'éviter l'émergence de pouvoirs locaux forts, non pas de la part d'esclaves révoltés, dont nous reparlons, mais de maîtres trop puissants parce qu'ils disposeraient d'une main d'œuvre servile nombreuse, pouvant devenir une force de combat. Ainsi, le souverain entend avoir un regard en particulier sur les mises à mort et sur les affranchissements. Cependant, ces situations « moyennes » sont peu significatives. Les meilleures conditions bénéficient en général à ceux disposant de responsabilités par délégation d'un maître puissant, en particulier dans les bureaucraties des pouvoirs publics puissants des civilisations antiques. À l'autre extrémité, dans le pire, les esclaves employés dans les mines, ont les plus faibles espérances de vie. Ensuite, chaque cas individuel est

[6] Aristote, *Politique : Livre I et II*, t. I, Première partie, Paris, Les Belles Lettres, 1968, 178 p. (trad. Jean Aubonnet).

toujours un peu différent des autres, puisque chacun dépend de personnes différentes.

Ainsi, le statut juridique et la situation matrimoniale peuvent varier dans les détails. De différentes manières, les mariages avec un libre, avec une libre, entre asservis sont autorisés ou pas ; inconcevables dans les tribus amérindiennes de la côte Nord-Ouest de l'Amérique du Nord, interdits à Rome, rares et compliqués dans l'Amérique esclavagiste, permis dans certains cas prévus à l'avance en Afrique de l'Ouest. Presque toujours, l'accord du possesseur est nécessaire. Parfois, des usages définissent des catégories d'esclaves, on est un peu plus ou un peu moins esclaves en Afrique de l'Ouest ; dans la majeure partie des sociétés avec esclaves, certains peuvent en diriger d'autres. Mais dans tous les cas, toute forme d'avantage dépend du bon vouloir des maîtres.

Alors que les esclaves ne doivent ni impôt ni service militaire, ce qui reviendrait à les considérer comme libres, ils peuvent être utilisés quand même à des fins guerrières. Le cas le plus célèbre et complexe est celui des mameluks. Esclaves originaires de peuples païens et chrétiens des steppes de l'Europe et du Caucase, ils constituent une élite militaire d'abord autour des califes abbassides de Bagdad à partir du IX^{e} siècle, puis au début du XIII^{e} siècle autour du prince de Ghôr, conquérant avec lui puis prenant la tête pour un siècle du sultanat de Delhi. Surtout, ils constituent à partir de la même époque la garde rapprochée des sultans ayyoubides du Caire, d'origine kurdes, qu'ils renversent, dirigeant l'Égypte jusqu'à la conquête ottomane de 1517. Ils conservent ensuite un rôle important jusqu'au début du XIX^{e} siècle (1811-1812). Ainsi, les sultans (non héréditaires) d'Égypte sont d'origine servile pour trois siècles. Les jeunes captifs sont formés à la guerre lorsqu'ils sont esclaves, puis ils acquièrent, après leur affranchissement, une position dans l'armée et l'administration égyptienne sous réserve de maintenir une indéfectible fidélité envers leurs chefs et leur sultan. Cependant, les fonctions ne sont pas transmissibles. Ainsi, l'esclavage constitue le moyen de renouvellement permanent de la caste, et de son maintien éventuel au pouvoir, mais ce ne sont pas des esclaves qui sont au pouvoir. Par-delà la grande diversité des conditions de vie, un trait commun demeure partout : l'extrême dépendance envers autrui, condition de l'humain chosifié, et non pas seulement exploité. Où ce statut serait-il le plus présent ? En revanche, quelles sociétés y seraient rétives ?

C. Un phénomène mondial, ancien et persistant

Lorsque Alain Testart établit parmi 334 sociétés réparties sur toute la planète vers le XVIII^{e} siècle lesquelles pratiquent l'esclavage, il fait deux constatations d'importance majeure. D'une part il met en évidence la relative fréquence de l'esclavage un peu partout dans le monde mais il remarque aussi d'autre part son absence dans un nombre conséquent (quoique minoritaire) de contrées, elles aussi réparties en de nombreux lieux. En outre, plusieurs lignes de forces apparaissent, devant susciter aussi un questionnement sur le long terme historique. Toutes les grandes aires religieuses, de cultures et de civilisations, avec ou sans État, avec ou sans pouvoirs publics semblent avoir connu l'asservissement, et toutes semblent aussi connaître des exceptions à ce sujet. Ainsi, la répartition du phénomène observé semble produire une carte en peau de léopard, ce qui serait d'ailleurs aussi valable hors du XVIII^{e} siècle. Nous chercherons

donc à établir dans quelles configurations l'esclavage est absent et – à l'inverse – les facteurs qui le favorisent.

Tout d'abord, où et pourquoi l'absence ? Sans constituer pour autant une théorie achevée, on peut déterminer des facteurs limitant ou empêchant l'esclavage. La quasi-totalité des sociétés de chasseurs-cueilleurs ne connaissent pas ce genre de statut, à l'exception notable des peuples de la côte Nord-Ouest de l'Amérique du Nord, mais là, la pêche et l'accumulation, que celle-ci permet, rendent la configuration productive comparables aux sociétés agraires. L'absence est aussi manifeste dans certaines sociétés agricoles sans État, en particulier dans la quasi-totalité des peuples autochtones de l'espace amazonien. Là, une spécificité est caractéristique par rapport à d'autres contrées ayant aussi connu la révolution néolithique, à savoir l'absence d'accumulation de surplus agricoles. Non pas qu'il n'y en ait pas. Mais l'ancienne polyculture dans le bassin amazonien précolombien fondée sur le maïs se transforme sous le choc de la colonisation européenne, axée désormais sur la production de manioc, tubercule pouvant demeurer longtemps sous le sol, sans obligation de récoltes fréquentes et régulières. Dans le reste du monde, les exploitations des céréales sont les plus indispensables aux sociétés, en particulier celles des quatre familles d'espèces majeures, blés-orges, riz, maïs et sorghos. De plus, l'esclavage « externe » – fruit de l'acquisition de captifs extérieurs – est absent des sociétés ne faisant pas de prisonniers de guerre – comme chez les peuples autochtones australiens. L'esclavage « interne » – remarque l'anthropologie sociale – n'existe pas de son côté lorsque le prix de la fiancée sans retour est absent des rapports matrimoniaux. Selon les sociétés, les mariages impliquent des transactions préalables entre les familles concernées, où les payeurs sont tantôt du côté de la famille de l'époux, tantôt de l'épouse, tantôt des deux. En outre, ce qui est versé revient en définitive aux deux mariés, ou pas. Ainsi, dans le cas qui nous intéresse, l'épouse est achetée par la famille de l'époux à sa propre famille, et celle-ci garde tout pour elle, sans que les fiancés n'en bénéficient. Or, cet état de fait semble fortement corrélé avec les formes internes d'asservissement comme si le fait de la vente et de l'achat pur et simple d'une femme allaient de pair avec l'esclavage comme réalité plus large.

Mais les sociétés ne sont pas immuables. L'esclavage peut progresser et connaître une diffusion géographique, lorsque des sociétés sous influences ou mus par l'appât du gain se mettent à l'esclavage, ainsi certains peuples amérindiens au contact des Européens, comme par exemple les Cherokees de la fin du XVIII^{e} siècle à leur déportation par les États-Unis d'Amérique dans les années 1830. Ces processus de diffusion et plus généralement d'interconnexions sont indispensables pour comprendre la présence de l'esclavage et parfois son renforcement. Très généralement, les facteurs aggravants sont l'accumulation des biens, leur circulation importante, la fréquence des guerres et l'archaïsme technique préindustriel. Les processus de diffusion peuvent aussi être à l'œuvre dans le sens d'une régression de l'esclavage, ainsi dans le monde depuis le XIX^{e} siècle.

Enfin, les explications les plus discutées de l'asservissement concernent d'une part les États concernés lorsqu'il y en a et d'autre part les religions, en l'occurrence aussi bien en tant qu'institutions que de

systèmes de croyances et de dogmes. D'un côté, l'affirmation des pouvoirs centraux – de pair avec l'égalité des sujets dans l'obéissance – provoque des essais d'abolition complète ou quasi-complète de l'esclavage, ainsi d'une manière récurrente dans l'empire chinois depuis un millénaire, au Japon à partir du IX^e^ siècle et en Corée du XVI^e^ au XIX^e^ siècles. La montée en puissance de pouvoirs publics affirmant des droits humains universels depuis la fin du XVIII^e^ siècle irait aussi dans ce sens – mais avec complexité dans les configurations coloniales.

D'un autre côté, il semblerait que les religions ne s'opposent en général pas à l'esclavage, y compris les abrahamiques, judaïsme, christianisme et islam. En partie réglementé dans l'Ancien Testament et dans le Coran, l'esclavage est accepté par Pierre et Paul dans le Nouveau Testament. Ensuite, les théologiens des trois religions le considèrent en général comme une réalité naturelle et légitime pour lesquelles on préconisera d'en limiter un peu la dureté, d'établir quelles catégories d'humains peuvent être asservies et parfois de convertir les esclaves. En revanche, d'une manière presque toujours minoritaire, au nom de principes religieux, des prêtres, des docteurs et des fidèles se dressent aussi contre le commerce des esclaves, voire l'esclavage dans sa totalité, au moins avec l'idée que la lumière de Dieu est en nous tous et qu'elle nous métamorphose. Du côté chrétien, après quelques voix isolées, ce sont à partir du XVIII^e^ siècle les quakers soutenus par une partie des méthodistes et des baptistes qui prônent l'abolition. La position de l'Église catholique ne devient clairement abolitionniste qu'à la fin du XIX^e^ siècle. Du côté musulman, il faut en général attendre les XIX^e^ et XX^e^ siècles pour que des religieux et théologiens réformateurs s'opposent à l'esclavage : l'Égyptien Mohamed Abdouh (1849-1905), les Perses Sayyid ʿAlī Muḥammad Šīrāzī (1819-1850) fondateur du babisme et Djamal ad-Din Al-Afghani (1838-1897) ainsi que le Syrien Mohamed Rachid Rida (1865-1935). Mais toutes ces prises de positions sont récentes dans l'histoire et peinent beaucoup à s'imposer dans les faits.

Ainsi, l'esclavage est une forme extrême de domination et d'exploitation reliée à ce qui les constitue d'une manière privilégiée : la guerre, l'accumulation, l'échange et le déni d'humanité complète. Pourtant, une fois délimitées des localisations et énoncées des facteurs le favorisant ou le défavorisant, il reste à en établir l'ampleur, variable à travers le temps et l'espace. S'il y a comme nous allons le voir maintenant cinq esclavagismes majeurs dans l'histoire, plus quelques cas discutables, et de multiples situations moins marquantes d'esclavage, cela signifie que ce dernier peut revêtir plusieurs formes.

II. Les formes de l'esclavage

Par delà ses caractères généraux, l'esclavage doit être aussi pensé selon son rôle dans la structuration des sociétés dans lesquelles il est présent, puis selon les manières variables d'y tomber et – le cas échéant – de s'en libérer.

A. Sociétés avec esclavage et sociétés esclavagistes

La principale distinction anthropologique faite par Alain Testart [7] consiste à distinguer deux types de sociétés, ou plutôt à établir une

[7] *Op. cit.*, 2018, chapitre 1^er^.

configuration plus générale de l'esclavage et d'y distinguer des cas particuliers paroxystiques en la matière. D'une part, les « sociétés avec (ou à) esclavage » désignent les nombreux groupes humains où l'on trouve des esclaves, pas très nombreux en proportion des populations totales, 1 à 5 %, mais jusqu'à 20 % dans le Nord-Ouest de l'Amérique du Nord. La force servile est souvent employée à des tâches harassantes ou dangereuses mais pas seulement, et d'une manière diffuse dans des sociétés où les logiques fondamentales de production sont autres.

De leur côté, les « sociétés esclavagistes » sont certes « avec esclavage », mais elles se distinguent des autres par le fait que la quasi-totalité du mode de production est fondée sur l'usage de la main-d'œuvre servile. Les territoires concernés seraient au nombre de cinq dans l'histoire : la Grèce antique, la Rome antique, le Brésil, les Antilles et le Sud des États-Unis du XVII^{e} au XIX^{e} siècles. Au niveau matériel, elles se caractériseraient par l'importance toute particulière des plantations et des mines.

Cependant, à ces cas-là, il faudrait peut-être ajouter quelques autres constructions politiques plus localisées dans l'espace et dans le temps. En Afrique de l'Ouest, plusieurs pays de la côte et de l'intérieur sahélien accroissent au XIX^{e} siècle leurs productions destinées à des échanges à longue distance (or, sel, huile de palme, coton et pagnes), en particuliers les royaumes Akans (Ghâna et Côte-d'Ivoire), d'Abomey (Bénin), les principautés Songhai (sur la boucle du fleuve Niger donc entre Mali, Niger et nord du Bénin) et le califat peul de Sokoto (nord du Nigéria et du Cameroun). Enfin, à l'Est du continent africain, l'île de Zanzibar devient dans la même période l'un des principaux marchés aux esclaves de l'Océan Indien et aussi l'un des principaux producteurs mondiaux de clous de girofle grâce à de vastes plantations esclavagistes. Plusieurs parties du Proche-Orient islamique médiéval relèverait de la même catégorie, au moins l'Irak qui connaît de 869 à 883 l'importante révolte des Zanj, esclaves des plantations et des salines du Sud sans doute rejoints par des libres opprimés. En Asie aussi, au XVII^{e} siècle surtout, le royaume indonésien d'Aceh produit en abondance des épices et en particulier du poivre grâce à l'augmentation importante de la main-d'œuvre servile. De son côté, l'Europe occidentale du Haut Moyen Age est aussi dans une large mesure esclavagiste. Dans une période allant approximativement de la fin de l'empire romain d'Occident (476) jusqu'au passage progressif au féodalisme et au servage entre milieu du IX^{e} siècle (mort de Louis le Pieux en 843) et XI^{e} siècle, le nombre d'esclaves reste important, peut-être équivalent en proportion à ce qu'il était avant 476 sur les anciens territoires de l'empire romain d'Occident. La plupart des asservis sont employés dans de grands domaines nobiliaires. Cet esclavagisme est important et laisse des traces puisque le terme d' « esclave » en français (et ses équivalents dans les autres langue latines) ne vient pas du terme latin équivalent de *servus* mais de *slavus* signifiant « slave », en rappel du principal vivier de main-d'œuvre servile pour les Occidentaux du Haut Moyen Âge. Enfin, l'Amérique latine espagnole constituerait un cas-limite. Clairement esclavagiste dans les îles caraïbes, la colonisation espagnole reprend certes en « Terre Ferme » – surtout au XVI^{e} et au début du XVII^{e} siècle – la corvée inca de la *mita* pour imposer le travail forcé à des Indiens dans les mines d'argent à Potosí et de mercure à Huancavelica. Mais les

esclaves sur le continent sont le plus souvent d'origine africaine, localisés en ville et surtout utilisés dans la domesticité, l'artisanat, le commerce et la pêche. En l'occurrence, ces colonies constitueraient donc plutôt des sociétés avec esclavage.

La distinction majeure entre sociétés avec esclavage et sociétés esclavagistes permet ainsi de faire la différence entre le fait répandu de la servilité, et celui plus limité de son usage intensif dans un mode de production spécifique. Mais dans les deux cas, comment devient-on esclave et parfois comment sort-on de cette condition ?

B. Comment devient-on esclave ?

Qu'était celui qui n'était pas esclave et l'est devenu ? Ou plutôt : d'où vient-il ? En l'occurrence, il faut distinguer entre ceux « de l'intérieur » et ceux « de l'extérieur », à savoir entre ceux qui faisaient auparavant partie de la société où ils sont réduits en servitude et ceux venus d'ailleurs.

On devient esclave de l'intérieur surtout dans deux cas, d'une part pour dettes, d'autre part pour raisons pénales. Celui qui ne peut honorer ce qu'il doit peut se vendre lui-même, parfois il peut céder à sa place, sa femme (l'inverse n'arrive jamais), ses enfants ou ses dépendants. Il ne s'agit pas ici d'une servitude le temps d'accomplir une tâche donnée mais bien d'un changement de statut, parfois temporaire (Grèce antique archaïque et Proche-Orient antique, en particulier les royaumes hébreux des temps bibliques), parfois définitif (jadis, par exemple chez les Amérindiens Yurock du Nord-Ouest de la Californie et les Ilas du Sud de la Zambie). Lorsque les droits ou privilèges afférents à une citoyenneté s'affirment, ce type d'esclavage est interdit, ainsi à Athènes (– 594) et à Rome (vers – 320). L'autre origine interne est la condamnation pénale à la servitude pour certains crimes graves, pratiquée par exemple dans le Japon médiéval, alors que les autres formes d'esclavage y sont interdites. À l'exception des Aztèques, toutes les sociétés pratiquant l'asservissement interne pratiquent aussi l'externe.

En l'occurrence, les esclaves sont importés suite à des guerres. Des captifs pouvant être cédés ou vendus, ils sont objets de transactions jusqu'à leur destination finale, chez les vainqueurs, ou revendus par eux à d'autres. Cela soulève par exemple la question très ambiguë du sort réservé aux Amérindiens par les colonisateurs européens. D'un point de vue légal, en général, les puissances coloniales interdisent de les asservir. C'est le cas en particulier de l'Espagne. Or, non seulement la loi et la pratique divergent, puisque du XVI^{e} au XIX^{e} siècles, des autochtones sont asservis par des colons, mais aussi un débat politico-religieux parcourt toute la période à ce sujet. En effet, la prohibition s'explique par le fait que depuis les derniers siècles du Moyen Age, l'esclavage interne est interdit par les États d'Europe Occidentale. Ainsi, si l'on considère les Amérindiens comme faisant partie d'un empire colonial, ils doivent rester libres du point de vue des autorités. Mais s'ils ne sont pas vus comme tels, le droit de la guerre s'applique, donc la possibilité de faire des vaincus, des captifs puis des esclaves. Or, tout peuple refusant de son plein gré la conversion à la religion du colonisateur et la soumission complète à ses autorités est réputé étranger et ennemi. Cela peut donc assez facilement légitimer la réduction en esclavage. Ce débat est le principal de la célèbre controverse de Valladolid (1550-1551) qui ne discute pas du fait connu que les

autochtones aient des âmes mais de savoir si même rétifs ils doivent être considérés comme ennemis et – c'est lié – s'ils ne doivent être convertis qu'en douceur. Même après les indépendances des colonies du continent américains, les exactions se poursuivent contre les Amérindiens en maintenant l'incertitude sur la protection par les pouvoirs publics, sur sa réalité, sa qualité et ses objectifs.

D'une manière générale, on peut distinguer trois grandes catégories d'esclaves et plusieurs autres mineures : tout d'abord, les esclaves de force, soumis à des travaux physiques répétitifs et harassants, surtout dans des plantations et des mines, ensuite, les esclaves domestiques, voués à servir directement les maîtres et enfin les esclaves casés ou à talents qui doivent fournir une rente à leur possesseur. Ces derniers ont des compétences leur assurant une marge de manœuvre pour organiser leur travail effectué sur un lopin de terre ou dans une activité artisanale. Dans la société esclavagiste brésilienne, la polarisation de la société entre maîtres et esclaves jusqu'à l'abolition de 1888 a encore des effets de nos jours. Elle est formulée en 1933 par Gilberto Freyre dans son ouvrage *Casa-Grande & Senzala* (librement traduit en français par *Maîtres et esclaves*)[8] avec l'opposition imagée entre l'habitation du maître et la case de l'esclave, fondatrice de la société brésilienne. Enfin, d'autres situations sont plus rares : esclaves destinés à des sacrifices religieux, enrôlés comme soldats, concubin(e)s du maître (plus rarement de la maîtresse), affectés à des tâches administratives. Les mauvais traitements en tous genres sont fréquents, dans toutes les catégories, moins souvent envers ceux de la dernière. Souvent, l'aspiration à la liberté est réelle mais elle est difficile à concrétiser. À part la fuite définitive dont nous reparlerons, seul l'affranchissement le permettrait.

C. Devenir libre, plus ou moins ?

La libération est parfois impossible, faisant de la condition d'esclave une macule perpétuelle et à peu près irrémédiable, comme chez les Amérindiens du Pacifique Nord-Ouest jusqu'au XIX^{e} siècle, Kwakwaka'wakw (Kwakiutl), Salish, Chinook, Nuu-chah-nulth (Nootkas) et Haidas. Même lorsque les asservis parviennent à s'évader et à retourner auprès de leur peuple d'origine, ils conservent cette infériorité, ne pouvant s'en défaire que par des cérémonies et des démonstrations de libéralités de type *potlatch* (dons ou destructions massives de produits par des chefs ou des clans, lors de cérémonies, obligeant les rivaux à faire de même, et souvent davantage). Le plus souvent, l'émancipation est possible. Elle n'est presque jamais « de droit » sauf en cas d'esclavage pénal de durée limitée ou bien lorsque des catégories hiérarchisées d'asservissements sont formalisées (royaume Ashanti, en Afrique de l'Ouest).

Dans tous les autres cas, l'accord du maître est impératif. Ces affranchissements sont rares, soumis souvent à une valeur élevée de rachat de l'esclave par lui-même, sauf lorsque des économies esclavagistes connaissent de graves déséquilibres – les colonies européennes d'Amérique dans la première moitié du XIX^{e} siècle – ou lorsqu'un maître puissant veut élargir sa clientèle de fidèles – comme à la

[8] Freyre (Gilberto), *Casa-Grande & Senzala*, Rio de Janeiro, Maia e Schmidt Ltda., 1933, 517 p. (traduction française par Roger Bastide, *Maîtres et Esclaves*, Paris, Gallimard, 1978, 560 p.).

fin de la république romaine. En effet, l'émancipation dans une société avec esclavage implique le maintien de liens forts entre l'ancien possesseur et l'ancien possédé. Le stigmate de l'esclavage demeure sur l'affranchi et d'une manière plus ou moins durable sur ses descendants en matière de fidélité et de déférence. Sortir de sa condition d'esclave reste rare, y compris pour ses descendants, sauf lorsque se profile l'abolition générale. Ainsi, au Brésil la loi de 1871 surnommée « du ventre libre » fait des libres, de tous les enfants d'esclaves nés à partir de cette date, dans un processus d'ensemble tendant à l'émancipation de tous, accomplie en 1888. Mais la règle générale est que l'on reste esclave, qu'on le soit de naissance ou qu'on le soit devenu. Pourtant, comme tout phénomène historique, l'esclavage (et sa sous-catégorie l'esclavagisme) connaissent des fluctuations conséquentes, à repérer et expliquer, jusqu'à la situation actuelle toujours complexe.

III. Les évolutions historiques

Enfin, après la délimitation de la réalité complexe de l'esclavage, ses modalités et ses effets dans les structures de la société, la dernière étape de la réflexion consiste à s'inscrire dans la dynamique historique. Au niveau de l'histoire universelle, là où l'esclavage existe, il est à peu près incontesté et incontestable – y compris par des révoltes qui presque toutes échouent. Pourtant, nous constaterons ensuite le tournant tout récent – guère plus d'un ou deux siècles d'ancienneté – de l'abolitionnisme ainsi que ses réels succès au niveau mondial, avant de constater que le monde industriel puis postindustriel et postmoderne laisse subsister certains profiteurs et leurs victimes esclaves.

A. Les légitimations de l'esclavage et les échecs des révoltes

Que leurs formes soient positives, coutumières ou doctrinales, les droits tracent s'il y a lieu (en cas d'esclavage interne) les limites entre ceux pouvant être asservis et les autres. Ainsi, il est à peu près impossible de faire d'un citoyen athénien ou romain un esclave dès lors que la servitude pour dettes est abolie. Par ailleurs, les conditions de vie des esclaves sont règlementées, ainsi dans cette compilation d'articles et de textes intitulée « code Noir » dans la France coloniale esclavagiste de la fin du XVII^{e} au XIX^{e} siècles. En l'occurrence, la préoccupation humanitaire est très limitée ; il s'agit de faciliter la conversion des esclaves au christianisme et qu'ils restent soumis, qu'ils deviennent de bons chrétiens, sous réserve que les possesseurs fassent le nécessaire pour leur assurer le minimum vital en habits et nourritures.

À ces décisions s'ajoutent les doctrines de justification de l'esclavage. Dans le monde chrétien jusqu'au début du XIX^{e} siècle, les théologiens considèrent cet état comme naturel et mérité par certains pécheurs. Dans l'esclavagisme européen aux Amériques, outre les arguments inspirés par Aristote et par la religion, s'ajoutent les préjugés de race et de couleur. La préoccupation pour la couleur de peau, en général absente ailleurs, sauf dans une partie du monde arabo-musulman, s'explique par la contingence historique. Les esclavagistes ayant besoin d'une main d'œuvre nombreuse et accessible grâce à de bons fournisseurs trouvent leur compte sur les côtes africaines, où d'une manière générale les couleurs de peau des personnes sont plus foncées que celles des Européens.

Quant au préjugé de race, il s'explique aussi par la volonté savante de classifier les espèces vivantes. Enfin, l'essor du racisme à part entière, doctrinal et politique, commence lorsque dépérit l'esclavage occidental – autour du milieu du XIX^{e} siècle – comme s'il fallait à des sociétés coloniales inquiètes de nouvelles justifications des discriminations dès lors qu'est aboli ce qui les fonde jusque-là. Ainsi, partout les maîtres méprisent les origines de leur main-d'œuvre servile, mais la focalisation sur la couleur de peau et la distinction biologique en races sont spécifiques à l'expansionnisme occidental colonial et à ceux qui l'imitent ensuite – en particulier les Japonais prompts à asservir de diverses manières des Coréens et des Chinois entre la Belle Époque et la Seconde Guerre mondiale.

L'essor des économies esclavagistes entraîne parfois une augmentation de l'instabilité générale avec de la part des asservis, davantage de fuites et (plus rarement) de révoltes. Le marronnage est endémique, provoquant la mise en place de peuples et de communautés marronnes dans toutes les colonies européennes d'Amérique. La fuite définitive est le meilleur moyen d'échapper à son sort. Mais elle est difficile. Enfin, à une exception près, aucune révolte d'ampleur ne parvient à faire vaciller les pouvoirs oppresseurs dans l'histoire universelle, malgré leur caractère parfois spectaculaire, ainsi celles des II^{e} et I^{er} siècles av. J.-C. en Sicile et en Italie – dont celle menée par Spartacus de - 73 av. J.-C. à - 71 av. J.-C. – ; en Afrique, l'imamat théocratique du Fouta-Djalon (Guinée) connaît fin XVIII^{e} d'importantes séditions des habitants esclaves des villages où ils sont assignés, contre leurs maîtres de l'aristocratie peul. Pourtant, l'usage de la force tourne toujours au final à l'avantage de dominants, mieux équipés, entraînés et organisés. L'exception de taille est constituée par la sécession de la colonie française de Saint-Domingue qui donne lieu en 1804 à fondation d'un nouveau pays, Haïti. L'événement constitué par la mise en place d'un État indépendant noir et métis en Amérique inquiète tout le continent – toujours avec esclavage et parfois esclavagiste – durant plusieurs décennies. En fait les actions des asservis peuvent tout à fait constituer un facteur interne de déstabilisation, mais seulement à plus long terme, dès lors que cela remet en cause la rentabilité du système économique. Tous les moyens habituels des esclaves – autres que l'étroite collaboration avec les maîtres – pour échapper à une partie de la dureté de leur condition sont davantage mis en œuvre : désobéissances, sabotages, contournements des ordres, fuites momentanées et définitives. Ces actes sont encouragés par la proximité de groupes marrons. Dans les idées aussi, durant les deux premiers tiers du XIX^{e} siècle, d'anciens esclaves comme Sojourner Truth, Frederick Douglas et Hariet Tubman font œuvre militante et politique en faveur de l'émancipation.

Enfin, la montée en puissance de l'esclavage lorsqu'elle survient correspond à celle de l'esclavagisme. La mise en place d'un système économique à part entière – qui peut cependant cohabiter avec d'autres – pour produire davantage de produits très demandés avec des bénéfices conséquents malgré des investissements modiques en est la raison profonde. Cela favorise aussi le commerce international des esclaves, qualifié de « trafic » ou de « traite » en français. Les réseaux mondiaux relient souvent les autorités et les marchands des territoires demandeurs

à des souverains et des commerçants les fournissant par les razzias et les guerres dans des contrées moins puissantes. Durant l'Antiquité, et le Haut Moyen Age, l'Europe et l'Asie centrales sont les principaux territoires où l'on se pourvoit ; durant le second millénaire après J.-C., l'Asie centrale toujours et de plus en plus des parties de l'Afrique subsahélienne subissent les exactions des royaumes périphériques. Les victimes sont ensuite exportées selon trois axes, du Sud au Nord du Sahara jusqu'au début du XX^{e} siècle (vers les pays arabes, perses et turcs), vers l'Amérique à travers l'Atlantique du XVI^{e} au XIX^{e} siècles (colonies européennes) et enfin à travers l'Océan Indien dans toute la période, vers de nombreux pays asiatiques, et aussi des comptoirs swahilis et de Zanzibar vers Madagascar, les îles Maurice et de la Réunion.

Or, par-delà le caractère massif de ces trois traites – dont la plus intensive, la transatlantique – la configuration des réseaux du commerce esclavagiste en Afrique trouve d'importantes transformations au XIX^{e} siècle. Après deux apogées en termes de trafic annuel, vers 1780 et vers 1829-1830, le trafic entre Occidentaux et pays côtiers régresse à la fois parce que la demande diminue (la traite est en principe interdite depuis le Congrès de Vienne de 1814-1815) mais aussi parce que l'offre est réorientée, pour des raisons à la fois économiques et religieuses. Des planteurs et des artisans africains au fait des échanges internationaux produisent à leur tour des denrées susceptibles d'être exportées, en particulier dans les royaumes polythéistes côtiers. En outre, les débuts du XIX^{e} siècle connaissent d'importants troubles politiques dans l'Afrique sahélienne avec la mise en place de monarchies par des chefs de guerre effectuant leur Jihad mineur, à savoir prenant le pouvoir à la suite de conflits politico-religieux, dans des contrées jugées pas assez musulmanes. Un chapelet d'États islamiques traverse alors le continent d'Ouest en Est, dont le principal est le califat de Sokoto. Refusant de commercer avec les mécréants occidentaux, ils se livrent en revanche des razzias dans les pays environnants pour obtenir de nombreux captifs, utilisés par eux ou exportés vers d'autres pays musulmans. Ensuite à partir de la fin du XIX^{e} siècle, sur tout le continent, les colonisateurs européens luttent avec une certaine efficacité contre ce qu'il reste des circuits de traite. En revanche, ils ferment en général les yeux sur l'esclavage interne, tandis qu'eux-mêmes se permettent beaucoup avec les Africains soumis, en particulier avec le travail et l'impôt forcés.

D'une manière générale, les opportunités et les choix matériels et économiques semblent décisifs pour que progresse l'esclavagisme : produire le plus possible pour commercer le plus possible en faisant le moins d'investissements possibles. L'esclavage en général relève lui d'une pluralité des causes, selon les structures de la parenté, la possibilité d'accumuler des productions, la représentation des autres humains, différents et ennemis. Guerres, commerces, accumulations et dénis d'humanité favorisent les deux. Les progrès de l'abolitionnisme relèveraient-ils des mêmes facteurs explicatifs ?

B. Les poussées abolitionnistes

Certes, il y a des oppositions localisées à l'esclavage dans plusieurs civilisations – et surtout de nombreuses sociétés refusant sa mise en place – mais il n'en demeure pas moins qu'elles restent limitées, même dans le cas occidental, où l'abolition est pourtant au final victorieuse. Les

grands principes à tonalité humanitaire sont d'abord limités à la dénonciation des traitements les plus cruels puis du commerce international des esclaves. Lorsque les États du Congrès de Vienne déclarent interdire la traite au niveau mondial ils ne soufflent mot de l'esclavage. Les pays européens procèdent souvent en deux temps, d'abord ils interdisent ce trafic, puis après plusieurs années ou décennies, l'esclavage. Ainsi, lorsque l'esclavagisme progresse fortement dans le Sud des États-Unis durant la première moitié du XIX^{e} siècle, l'importation de main-d'œuvre servile tend pourtant à régresser, au profit de l'accroissement naturel et du commerce internes aux États du Sud. Seule une guerre civile permet d'en finir. L'antiesclavagisme ne va donc pas de soi là où l'esclavage est déjà en place. Lorsqu'ensuite au XX^{e} siècle le principe devient mondial, consacré par le droit international, il ne connaît dans les faits qu'une application progressive et variable sur laquelle nous allons revenir.

S'il y a eu dans l'histoire des moments de reflux de l'esclavage et de l'esclavagisme, c'est que depuis ces deux derniers siècles les abolitions et les interdictions semblent avoir été les plus efficaces ou au moins les moins inefficaces. Il faut rappeler les raisons majeures ayant présidé aux abolitions du XIX^{e} siècle par les Occidentaux d'Europe et d'Amérique – meilleurs abolitionnistes complets après avoir été les principaux esclavagistes de tous les temps, puis par les autres pays de la planète (en Tunisie cependant dès 1841-1846).

Plusieurs facteurs semblent concourir, mais surtout la coïncidence d'une conception universelle des droits de tous les êtres humains avec une perte de rentabilité des secteurs employant des esclaves, vu qu'en l'occurrence, industrialisation (donc machinisme) et salariat s'imposent. Lorsque ces facteurs manquent dans le monde contemporain, l'asservissement existe. À cela s'ajoute souvent l'importance du volontarisme des pouvoirs publics, leur libéralisme politique, leur sécularisation, la montée en puissance politique des groupes défavorisés et le redéploiement des économies vers des secteurs sans main-d'œuvre servile. Cela pourrait expliquer que la tendance majeure au niveau mondial depuis le XX^{e} siècle soit plutôt à la baisse du plus brutal des rapports sociaux, même si beaucoup reste à faire et qu'adviennent parfois de spectaculaires régressions locales.

C. Déclin et redéploiements contemporains de l'esclavage

Dans ce même XX^{e} siècle où l'esclavage devient illégal et honni partout – au moins en paroles – des États dictatoriaux maintiennent des groupes entiers dans une situation comparable. En particulier, l'Allemagne nazie dans ses camps de concentrations, l'ex-URSS et les autres pays communistes (en particulier Chine et Corée du Nord) dans de véritables archipels de camps de travail, réduisent en esclavage des détenus dénués de tout droit et contraints à produire jusqu'à l'épuisement ou la mort. Les États et les firmes présentes dans les empires coloniaux traitent parfois leur main-d'œuvre d'une manière similaire dans un travail forcé de fait et parfois de droit. Dans tous ces régimes, les tâches imposées font de nombreuses victimes. Enfin, ces peines sont aussi infligées à des détenus politiques ou de droit commun dans de nombreux autres pays, dictatoriaux, mais aussi démocratiques (par exemple les États-Unis) dont

les conditions de travail sont abusives. Pourtant, on distinguera le statut d'esclave (qu'il soit formulé ou tacite), humain traité comme une chose possédée par un autre, des autres humains persécutés contraints eux-aussi à des travaux difficiles et dangereux. Eux conservent une parenté et bien qu'abusivement considérés comme des sous-humains, ils ont quelques capacités à agir dès alors un peu au-dessus de la servilité. On distinguera donc les conditions de vie ou de travail comparables à l'esclavage à la situation complète d'esclave.

Il semblerait de fait que durant le dernier siècle et le début de celui-ci, l'esclavagisme ait régressé, et dans une moindre mesure l'esclavage. Celui-ci est encore présent dans de grandes propriétés terriennes comme dans le Nord et le Nord-Est du Brésil où la main-d'œuvre (environ 60 000 personnes à l'heure actuelle) est retenue de force, épuisée au travail, devant rembourser des dettes à perpétuité, et aussi dans des ateliers de productions artisanales, dans la construction, les pêcheries et les mines, surtout en Inde, en Chine, en Corée du Nord, au Pakistan, au Nigéria et en Mauritanie, sachant que de nombreux autres pays sont concernés. Mais il ne structure plus des économies entières. En revanche, l'esclavage demeure vivace dans sa variante domestique, dans le mariage forcé et à cause du proxénétisme. Les estimations sont difficiles et dépendent de la nomenclature. Au sens étroit que nous avons donné, on compte à l'heure actuelle environ 45 millions d'esclaves dans le monde, dont plus de la moitié dans le travail et la domesticité, 15 millions de femmes contraintes au mariage et cinq millions de prostitué(e)s. La proportion globale entre les genres est de 2/3 de femmes pour 1/3 d'hommes, à l'inverse de celle constatée dans les configurations plus anciennes.

Mais si l'on adopte la définition au sens large, à savoir des personnes étant dans une situation comparable à l'esclavage avec un travail forcé ne relevant pas du droit commun et l'impossibilité de circuler librement, il faudrait inclure selon les critères retenus par les Nations Unies entre 250 et 500 millions d'êtres humains, dont une bonne moitié d'enfants – y compris de jeunes soldats en Asie et en Afrique, totalisant 4 à 7 % de l'humanité. Ainsi donc, l'exploitation abusive est encore significative alors que l'esclavage « complet » à vie a reculé depuis plus d'un siècle. Il faudrait en l'occurrence questionner le redéploiement des formes d'asservissement dans les secteurs périphériques utiles aux économies de la troisième révolution industrielle, et comment des particuliers et des pouvoirs politiques en tirent profits.

Phénomène protéiforme, l'esclavage nécessite une définition conjuguant possession par un autre, utilité pour celui-ci et humanité chosifiée. De plus, le trait commun des esclaves est qu'ils sont tous privés d'un des liens fondamentaux de la sociabilité (la parenté) ainsi que souvent de l'accès à de nombreux rituels et aux droits civils. Toujours reconnus humains, ils sont traités en général comme des choses dont on peut disposer, et pas seulement comme une main-d'œuvre à exploiter, même si cela en fait souvent partie. Fréquent mais pas systématique dans les sociétés humaines, il structure parfois un mode de production esclavagiste. Durant le dernier siècle, il a régressé et il est devenu partout au moins formellement illicite. Mais l'esclavage est une réalité persistante là où tout est permis envers les plus faibles dans les rapports sociaux et que certains entendent exploiter au maximum une main-d'œuvre tout en

investissant au minimum. C'est donc en remettant en cause ces réalités dramatiques que l'on fera un jour disparaître l'esclavage.

Bibliographie

Andreau (Jean) et Descat (Raymond), *Esclave en Grèce et à Rome*, Paris, Hachette, 2006, 307 p.

Aristote, *Politique : Livre I et II*, t. I, Première partie, Paris, Les Belles Lettres, 1968, 178 p. (trad. Jean Aubonnet)

Blackburn (Robin), *The Making of New World Slavery: From the Baroque to the Modern, 1492-1800*, London/New York, Verso, 2010, 608 p.

Chebel (Malek), *L'esclavage en terre d'Islam*, Paris, Fayard, 2012, 496 p.

Condominas (Georges) (dir.), *Formes extrêmes de dépendance en Asie du Sud-Est. Contributions à l'étude de l'esclavage*, Paris, éditions de l'EHESS,1998, 583 p.

Coquery-Vidrovitch (Catherine), Mesnard (Éric), *Être esclave. Afrique-Amériques. XV^e^-XIX^e^ siècle*, Paris, La Découverte, 2013, 329 p.

Deveau (Jean-Michel), *Le Retour de l'esclavage au XXI^e^ siècle*, Paris, Karthala, 2014, 520 p.

Dorigny (Marcel), Gainot (Bernard), *Atlas des esclavages, de l'Antiquité à nos jours*, Paris, Autrement, 2017, 96 p.

Ennaji (Mohammed), *Le Sujet et le mamelouk. Esclavage, pouvoir et religion dans le monde arabe*, Paris, Mille et une nuits, 2007, 368 p.

Freyre (Gilberto), *Casa-Grande & Senzala*, Rio de Janeiro, Maia e Schmidt Ltda., 1933, 517 p. (traduction française par Roger Bastide, *Maîtres et Esclaves*, Paris, Gallimard, 1978, 560 p.).

Gauvin (Gilles), *Idées reçues : l'esclavage*, Paris, Le cavalier bleu, 2010, 125 p.

Guigue (Bruno), *Les raisons de l'esclavage*, Paris, L'Harmattan, 2001, 125 p.

Godelier (Maurice), *Métamorphoses de la Parenté*, Paris, Fayard, 2004, 678 p.

Grenouilleau (Olivier) (dir.), *Esclaves. Une Humanité en sursis*, Paris, Presses universitaires de Rennes, 2012, 256 p.

Hervieu (Guillaume), *La Bible, le Coran et l'esclavage*, Paris, Précy-sous-Thil, éditions de l'Armançon, 2008, 333 p.

S. Klein (Herbert), Vinson III (Ben)*, African slavery in Latin America and the Caribbean*, Oxford, Oxfrod University Press, 308 p.

Leland (Donald), *Aboriginal Slavery on the Northwest Coast of North America*, Berkeley/Los Angeles/London, University of California Press, 1997, 379 p.

Lengellé (Maurice), *L'Esclavage moderne*, Paris, PUF, 128 p.

Lovejoy (Paul), *Une histoire de l'esclavage en Afrique. Mutations et transformations (XIV^e^-XX^e^ siècles),* Paris, Karthala, 2017, 442 p.

Médard (Henri), Derat (Marie-Laure), Vernet (Thomas), Ballarin (Marie-Pierre) (dir.), *Traites et esclavages en Afrique Orientale et dans l'Océan Indien*, Paris, Karthala-CIRESC, 2013, 522 p.

Meillassoux (Claude), *Anthropologie de l'esclavage. Le ventre de fer et d'argent*, Paris, PUF, 1986, 375 p.

Meyer (Jean), *Esclaves et négriers*, Paris, Gallimard, 1998, 176 p.

Miers (Suzanne), *Slavery in the Twentieth Century. The Evolution of a Global Problem*, Walnut Creek, Altamira Press, 2003, 496 p.

Miers (Suzanne), Kopytoff (Igor) (eds.), *Slavery in Africa. Historical and Anthropological Perspectives*. Madison, The University of Wisconsin Press, 1977, 474 p.

Miller (Joseph C.), *The problem of slavery as history: a global approach*, London, Yale University Press, 2012, 288 p.

Moura (Clóvis), *Dicionário da Escravidão Negra no Brasil*, São Paulo : Editora da Universidade de São Paulo, 2004, 440 p.

N'Diaye (Tidiane), *Le Génocide voilé. Enquête historique,* Paris, Gallimard, 2017, 320 p.

Organisation internationale du travail (OIT), OCDE, IOM, UNICEF, *Mettre fin au travail des enfants, au travail forcé et à la traite des êtres humains dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, 2019, 108 p.

Pétré-Grenouilleau (Olivier), *Les Traites négrières. Essai d'histoire globale*, Paris, 2004, 468 p.

Pétré-Grenouilleau (Olivier) (dir.), *Abolir l'esclavage. Un réformisme à l'épreuve (France, Portugal, Suisse, XVIII^e^-XIX^e^ siècles)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2008, 317 p.

Pétré-Grenouilleau (Olivier) (dir.), *Dictionnaire des esclavages*, Paris, Larousse, 2010, 576 p.

Piqueras (José-Antonio), *La Esclavitud en las Españas, un lazo transatlántico*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2012, 264 p.

Régent (Frédéric), *La France et ses esclaves, de la colonisation aux abolitions (1620-1848)*, Paris, Grasset et Fasquelle, 2007, 360 p.

Reid (Anthony) (dir.), *Slavery, Bondage and Dependency in Southeast Asia*. St Lucia/New York, University of Queensland Press/St Martin's Press, 1983, 382 p.

Rodriguez (Junius P.) (ed.), *Slavery in the United States: A Social, Political, and Historical Encyclopedia,* Santa Barbara/Denver/Oxford, ABC-Clio, 740 p.

Rotman (Youval), *Les esclaves et l'esclavage. De la Méditerranée antique à la Méditerranée médiévale, VI^e^-XI^e^ siècles*, Paris, Les Belles Lettres, 2004, 403 p.

Schmidt (Joël), *Vie et mort des esclaves dans la Rome antique*, Paris, Albin Michel, 2003, 288 p.

Stanziani (Alessandro), *Les entrelacements du monde. Histoire globale, pensée globale, XVI^e^-XXI^e^ siècles*, Paris, CNRS éditions, 2018, 278 p.

Stilwell (Sean), *Slavery and Slaving in African History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 240 p.

Subrahmanyam (Sanjay), *Aux Origines de l'histoire globale, leçon inaugurale prononcée le jeudi 28 novembre 2013*, Paris, Collège de France, 2014, 87 p.

Taubira (Christiane), *L'esclavage raconté à ma fille*, Paris, Seuil, 2016, 192 p.

Testart (Alain), *L'institution de l'esclavage, une approche mondiale*, Paris, Gallimard, 2018, 384 p.

United States of America, Department of State, *Trafficking in Persons Report June 2020*, 2020, https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/06/2020-TIP-Report-Complete-062420-FINAL.pdf

Théry (Hervé), Neli Aparecida de Mello, Julio Hato, Eduardo Paulon Girardi. *Atlas do Trabalho Escravo no Brasil*, São Paulo, Amigos da Terra, 2009, 80 p. https://www.amazonia.org.br/wp-content/uploads/2012/05/Atlas-do-Trabalho-Escravo.pdf

Victor (Sandrine), *Les Fils de Canaan. L'esclavage au Moyen Âge*, Vendémiaire, 2019, 211 p.

Walk Free Foundation, *Global Slavery Index 2018*, https://www.globalslaveryindex.org/resources/downloads/

6. La femme exotique chez les peintres et les musiciens

Norbert Rouland

Professeur émérite de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, ancien membre de l'Institut universitaire de France, chaire d'anthropologie juridique

Dans les années 1790, certaines femmes envoient des œuvres aux Salons du Louvre. Parmi elles, les filles du directeur des Salines du roi, dernier ministre des contributions publiques de Louis XVI, les sœurs Marie Guillermine et Élisabeth Laville-Leroux, dont la première va épouser l'avocat royaliste Benoist. Leur père a compris qu'une éducation artistique de ses filles constituait une plus-value sur le marché matrimonial. Marie Guillermine devient célèbre en 1800, à 33 ans, en effectuant le « *Portrait d'une Négresse* » rebaptisée depuis « Portrait d'une femme noire » ou « Portrait de Madeleine ». Quatre ans auparavant, la Convention avait proclamé l'abolition immédiate de l'esclavage dans les colonies françaises. Ce tableau n'est pas un document ethnographique. Le vêtement est un drapé à l'antique, qui découvre le sein gauche de la jeune femme, dans une figure conventionnelle de la nudité. Mais non seulement il n'y a rien de servile dans cette femme noire, mais en plus on comprend que l'artiste a voulu montrer qu'elle pouvait être aussi belle qu'une femme blanche.

Madame Benoist innove dans un autre genre : elle peint des scènes historiques, genre réputé masculin. Napoléon la fera bénéficier de nombreuses commandes. Mais en avril 1814, l'Empereur abdique. Et à la faveur de la Restauration, le mari de Madame Benoist devient conseiller d'État. Il demande donc à son épouse de renoncer à son activité. Le 1er octobre elle lui écrit une lettre poignante. Après un passage où elle lui demande d'excuser ses *«* mines maussades et ses jérémiades » elle poursuit :

> « Ne m'en veuillez pas si mon cœur s'est ému tout d'abord du parti qu'il me fallait prendre en satisfaisant enfin à un préjugé de la société auquel il faut bien, après tout, se soumettre. Mais tant d'études, tant d'efforts, une vie de travail acharné, et après une longue période d'épreuves, enfin le succès ! Et puis, voir soudain tout cela comme un objet de honte ! Je ne pouvais m'y résoudre. Mais tout est bien ainsi, n'en parlons plus ; je suis devenue raisonnable… ».

Tout est dit en quelques mots amers. Madame Benoist ouvre alors une école d'art pour jeunes filles, où elle enseigne jusqu'à sa mort, 12 ans plus tard, en 1826.

Nous traiterons d'abord des artistes dites coloniales, avant d'envisager plus largement ce que signifie leurs cas par rapport à ce que l'on peut appeler la prison du genre.

I. Les artistes « coloniales »

Quelles sont les femmes peintres qui se sont illustrées dans les peintures aux colonies ?

Nous prendrons en exemple quelques femmes artistes ; puis nous nous attarderons sur le cas de Gauguin. Enfin, passant de la peinture à la musique, nous analyserons ce chef d'œuvre de la musique française : Les Indes galantes, de Rameau.

A. Des femmes artistes

Au début du XX^{e} siècle, c'est le thème de l'Afrique qui est dominant dans les peintures représentant les femmes des colonies. Il existe quelques données sur Madagascar et la Réunion ; beaucoup moins sur l'Asie et les régions du Pacifique, où il semble que peu d'artistes françaises de métropole y soient allées. Dans la première moitié du XX^{e} siècle il y aurait eu au moins 20 % de femmes parmi les artistes français établis en Afrique. On les appelle « artistes coloniales ». En majorité, ce ne sont pas des épouses de militaires ou de fonctionnaires mais des artistes se lançant vers Madagascar, les Antilles et Tahiti. Pour de nombreuses femmes ayant suivi la filière de l'École des Beaux-Arts à Paris, l'aventure coloniale a été un critère de reconnaissance officielle. Elles veulent sortir des cadres habituels réservés aux femmes : les enfants, les fleurs, les natures mortes.

Quelle est leur clientèle ? D'une part, les Européens collectionneurs. D'autre part, ces artistes reçoivent commandes de fresques pour les cathédrales, les hôtels de ville ou les ambassades. Ce sont des grands chantiers dont elles ont l'habitude.

La sculptrice Anna Quinquaud (1890-1984) exécute des bas-reliefs pour l'hôtel de ville de Tananarive ainsi que pour le Pavillon de la France d'outre-mer à la cité universitaire. En 1933, elle embarque pour Fort-de-France en Martinique.

Ce sont donc des peintres officiels qui véhiculent les valeurs de l'Occident chrétien en les mélangeant au contexte local. Ce n'en sont pas moins des sortes de missionnaires envoyées dans les colonies, porteuses d'une idéologie métropolitaine qui parachève la conquête militaire. Ceci d'autant plus qu'entre 1918 et 1940, les empires coloniaux, notamment celui de la France, sont au plus fort de leur puissance.

Du côté des collectionneurs et du grand public, l'intérêt pour les pays exotiques a été popularisé par les expositions universelles de Londres en 1862 ou de Paris en 1889, avec leur reconstitution de *«* villages nègres ». Au début du siècle, les artistes inventent la catégorie des arts primitifs : des objets d'art anonymes, choisis pour leur mystère et leur puissance d'expression auxquelles ces artistes empruntent des solutions formelles. Mais certains critiquent l'utilisation par les artistes du matériau colonial. Les surréalistes, au moment de l'Exposition coloniale de Paris de 1931, émettent un tract intitulé « Ne visitez pas l'Exposition coloniale ». Michel Leiris écrit que l'ethnologue est le défenseur naturel des peuples exploités, ouvrant ainsi un long débat.

Dans la photo ou dans la peinture coloniales, le sujet représenté n'a généralement pas d'identité individuelle. Il doit représenter un idéal type de la race à laquelle il appartient, en tout cas de l'idéal type tel que se le représente l'observateur européen. Les femmes noires aux seins nus sont ainsi très fréquemment représentées. La nudité ou la semi-nudité des hommes noirs est également fréquente. On la trouve d'autant plus chez les artistes coloniales que celles-ci n'ont pas beaucoup eu l'occasion de

voir des hommes nus dans l'enseignement académique qu'elles ont reçu.

À Paris, Marie Vassiliev organise des concours de modèles. Elle s'exprimait ainsi :

> « Les plus beaux sont venus poser dans mon académie. Je les payais d'ailleurs plus cher que les autres académies de Montparnasse. Mais les modèles hommes étaient les plus difficiles à trouver ; j'avais découvert heureusement toute une colonie de nègres et j'y choisissais mes modèles […] quelques temps après j'organisais un grand travesti avec des figurants nus, surtout des nègres, un autre en smoking recevait les invités à l'entrée ».

Il faut noter que Marie Vassiliev n'était pas particulièrement raciste et qu'elle a eu un enfant avec un homme d'origine maghrébine.

En 1932, l'année qui suit l'Exposition coloniale, le catalogue du Salon de l'Union des femmes peintres et sculpteurs, créée dans les années 1880, répertorie 60 sujets « coloniaux » pour quelque 1 000 numéros où prédominent les sujets « féminins » : pots de fleurs, enfants, mères de famille.

Entre 1920 et 1940, la hiérarchie des genres picturaux a déplacé le thème colonial de la peinture d'histoire à la peinture décorative, ce qui représente une régression dans la hiérarchie classique des genres esthétiques.

B. Gauguin et la Polynésie

Paul Gauguin rêve d'une nature originelle, à l'état pur. Il va la rechercher dans les îles des mers du Sud, en Polynésie. Il y peint souvent des femmes et s'y met en ménage avec de très jeunes.

Attardons-nous sur un de ses tableaux : *Le Rêve.*

Nous sommes en 1897 : la France a annexé la Polynésie, il y a déjà dix-sept années. Gauguin a 49 ans. Il peint un tableau, *Te Rereiora* (Le Rêve) – Paul Gauguin, *Te rerioa*, 1897, Tahiti, huile sur toile. Trois personnages sont assis sur le sol d'une pièce dont la vacuité contraste avec les murs richement décorés. Une femme à la peau sombre a le visage tourné vers l'observateur, mais elle ne le regarde pas. Sa chemise est tombée, dévoilant une poitrine adolescente. Elle tient son menton dans la main, pensive.

Gauguin mourra cinq ans plus tard, rongé d'ulcères, vêtu comme un cacique d'habits aux couleurs flamboyantes. Il s'éteint aux Marquises, dans un de ces paysages polynésiens visibles en arrière-plan du tableau : des vallons ocre doucement éclairés par un crépuscule mauve. La jeune femme leur tourne le dos, perdue dans son rêve intérieur. Un monde s'abolit dans le passé.

Mais dans l'ensemble, l'impressionnisme fut peu exotique. Les peintres avaient déjà beaucoup à faire à regarder autour d'eux et ne se préoccupaient pas d'aller au loin chercher de nouveaux motifs. Il a fallu attendre que Gauguin claque la porte de l'Occident pour que la femme d'Europe se voie disputer le premier rôle. Les Bretonnes et les Arlésiennes n'étaient pas suffisamment lointaines. À Tahiti, les peintures qu'il fait des vahinés, aussi sensuelles qu'innocentes, sont très éloignées des clichés d'esclaves noires dont la peinture avait été prodigue jusque-là.

C. Les colonies dans L'Opéra : Les Indes galantes de Rameau

D'abord la musique, ensuite les paroles, disait Mozart. Mais il vivait à la fin du XVIII[e] siècle.

Auparavant, l'opéra reste un spectacle où la mise en scène est l'élément tout aussi central que la musique. On peut prendre pour exemple les *Indes galantes* de Rameau, un de ses opéras les plus célèbres. Il est dominé par le thème de l'amour, mais transposé dans un contexte exotique. Mais sous une apparence de divertissement, l'exotisme est un produit de la rencontre souvent conflictuelle entre la vieille Europe et les peuples des autres continents.

L'opéra de Rameau contient des scènes qui illustrent deux images contraires des sociétés différentes. D'une part, ce sont des sauvages barbares ; d'autre part ce sont de bons sauvages.

1. Le primitif : les Incas du Pérou

Dans la scène des « *Incas du Pérou* », tout se passe dans un désert aride dominé par un volcan. La belle Inca Phani est aimée de Carlos, officier espagnol. Mais également de Huascar, le grand prêtre Inca. Carlos se comporte en vrai conquérant, insistant sur la force militaire dont il dispose. Mais les Incas savent bien la raison de sa convoitise : c'est l'or. Phani est en situation d'acculturation. D'un côté, elle appartient au peuple Inca, mais d'un autre côté elle ressent de l'attirance pour la culture européenne, qui est évidemment supérieure.

2. Le bon sauvage : La danse du calumet

La scène de la *danse du calumet* illustre au contraire l'échec de la civilisation occidentale devant la société naturelle.

Elle se situe dans une forêt de l'Amérique, aux limites entre les colonies françaises et espagnoles, où doit se célébrer la cérémonie du grand calumet de la paix. Zima est la fille du chef de la nation sauvage. Elle est aimée à la fois de Damon, officier français, de don Alvar, officier espagnol et de l'Indien Adaris chef des guerriers de la nation sauvage. Le Français est charmant mais volage ; l'Espagnol est jaloux et autoritaire. Quant à lui, Adaris est équilibré, car il mène une vie conforme à la nature. C'est lui que va choisir la belle Zima. Car il est pur, innocent et sincère : c'est le bon sauvage. Elle déclare d'ailleurs :

> « De vous à vos rivaux, je vois la différence : l'un s'abandonne à la fureur, et l'autre perd mon cœur avec indifférence. Nous ignorons ce calme et cette violence ».

C'est donc le triomphe de la Nature, qui marque la seconde partie du XVIII[e] siècle avec notamment Jean-Jacques Rousseau. C'est aussi l'époque de Mozart, et de son *Enlèvement au sérail*. Deux Occidentales ont été capturées et sont dans le harem. En Europe, elles étaient fiancées. Mais le sultan aime l'une, et son chef des gardes aime l'autre. Osmin, le chef des gardes est beaucoup plus frustre que le sultan. Dans une scène, il ordonne à Blonde de l'aimer, sous peine de mort. Mais elle lui tient tête. Il en conclut que les Européens sont stupides de donner tant de liberté à leurs femmes. Le sultan est beaucoup plus évolué : bien que réellement amoureux, il n'use pas de la force. Il finit par relâcher les Européennes qui repartent dans leur pays avec leurs fiancés.

Le califat turc entretenait en effet de bonnes relations avec l'Occident. Louis XIV avait très bien reçu les diplomates turcs à Versailles. Et depuis leur défaite à Vienne en 1683, les Turcs admiraient la force militaire, la technologie et l'administration des Occidentaux. Les fils des dignitaires turcs venaient étudier en Europe, visiter les manufactures royales, admirer le canal du Midi.

II. La prison des Genres

Nous étudierons d'abord ce qu'ont signifié dans l'histoire des arts les stéréotypes attachés à la notion de virilité. Puis nous nous tournerons vers une catégorie de femmes un peu oubliées dans l'histoire de l'art : les collectionneuses.

A. La virilité : hiérarchies esthétiques et contestations

La création artistique a souvent été assimilée par les artistes eux-mêmes à un acte d'engendrement. En matière littéraire, les auteurs emploient souvent des métaphores proches de la fécondation, la gestation, l'accouchement, la délivrance. On a également souvent établi une analogie entre le stylo de l'écrivain, le pinceau du peintre et le pénis. Les femmes sont moins créatives que les hommes, puisque leur rôle dans la fécondation est considéré comme passif : elles reçoivent, alors que l'homme donne en les pénétrant.

En matière esthétique, on pré-suppose les femmes ne disposent que de capacités très limitées. Leurs créations se situent donc dans les degrés inférieurs de la hiérarchie des arts, que ce soit en peinture ou en musique.

1. Hiérarchies picturales et musicales

En peinture, le premier genre a longtemps été celui de la peinture d'histoire : des œuvres qui commémorent les grands événements : batailles, mariages princiers. C'était le domaine des hommes, d'autant plus que souvent ces peintures étaient de grand format. Au bas de l'échelle, on trouve les natures mortes et bien entendu, les miniatures. À cette époque qui n'était pas encore celle de Cézanne, on pensait que la peinture de natures mortes n'était que de la copie et n'exigeait pas l'exercice de facultés créatives.

Il en allait de même en musique : le grand genre, c'est celui des symphonies et des opéras, qui exigent beaucoup de ces facultés créatives et la maîtrise de plusieurs techniques. D'une manière générale, d'ailleurs, si les femmes pouvaient interpréter certains instruments (surtout les instruments à clavier au maniement plus esthétique que les cuivres), elles étaient exclues de la composition. Il faudra attendre la fin du XIX^{e} siècle pour trouver des femmes dans les classes de composition du Conservatoire national de musique de Paris. En revanche, elles pouvaient composer dans des genres mineurs, comme les berceuses, les *lieder* : autrement dit, ce qui correspondait à leurs activités domestiques. Aux hommes le public ; aux femmes, le privé. D'ailleurs, l'expression de *femmes publiques*, désignant les prostituées, montre bien le caractère péjoratif des activités féminines hors de la maison. Cela même si avec les conséquences des révolutions industrielles on trouve de plus en plus d'ouvrières à côté des ouvriers. Mais pour le même travail, elles sont beaucoup moins payées.

On sait que les impressionnistes ont été novateurs dans le domaine des formes. Mais la plupart du temps ils avaient des conceptions

traditionnelles du rôle de la femme, qui se reflètent dans certaines de leurs opinions et de leurs peintures. Auguste Renoir a écrit

> « Je considère les femmes écrivains, juristes et politiciennes, comme des monstres, rien d'autre que des veaux à cinq pattes. La femme artiste est tout simplement ridicule, mais je suis en faveur de la femme chanteuse et de la danseuse ».

La plupart du temps, les impressionnistes, y compris les femmes peintres comme Berthe Morisot ou Mary Cassatt, représentent les femmes dans leur maison, s'occupant de leur intérieur ou jouant du piano.

Certains tableaux de Monet sont parfaitement explicites. Dans *Les femmes au jardin à Ville-d'Avray* (1867, Paris, musée d'Orsay) quatre femmes sont le sujet du tableau. Elles sont toutes vêtues de blanc, le blanc qui évoque l'idée de virginité et d'innocence. Elles cueillent des fleurs pour en faire des bouquets. En fait, ce sont des femmes-fleurs. Dans *La lectrice* (vers 1872-1874, Baltimore, *Walters Art Gallery*), une lectrice occupe la majeure partie du tableau. Elle est à l'ombre, dans la verdure, et sa grande robe blanche est noyée dans une sorte de pénombre. On ne sait pas ce qu'elle lit, sans doute de la poésie ou des petits romans destinés aux jeunes filles.

Il existe évidemment des exceptions. On pense à Manet, et à son tableau *Le déjeuner sur l'herbe* (1863, musée d'Orsay) où le nu féminin devient provocation ainsi qu'à *Olympia*. La peinture de Courbet, *L'origine du monde*, malgré son évidence anatomique, est plus ambigüe. Tout d'abord, elle avait été commandée à Courbet par un diplomate turc amateur de femmes : elle n'était pas destinée à un musée, comme le musée d'Orsay où elle est exposée aujourd'hui. D'autre part, le titre même du tableau fait allusion à la fonction qui a justement servi à restreindre le rôle des femmes à leur capacité d'engendrement physique.

2. Les transgressions féminines

Comme toujours, certaines femmes ont transgressé ces hiérarchies.

En peinture, on pense évidemment à Artemisia Gentileschi, une artiste italienne du XVII^{e} siècle qui a peint dans le style du Caravage. Âgée de 45 ans, en 1638 ou 1639, elle peint un tableau qu'elle intitule *Autoportrait comme allégorie de la peinture*. Elle s'identifie à la peinture et veut prouver sa virtuosité. Elle en est le principal et unique sujet : l'arrière-plan est indistinct, elle emplit le tableau. Elle est en train de peindre, mais elle ne nous montre pas son sujet : seul le geste importe. On remarque également que ses cheveux sont défaits : peu importe qu'elle soit belle ou non, ce qui compte est sa peinture. Dans sa correspondance avec ses commanditaires, elle dit explicitement qu'elle possède autant de capacité créative qu'un homme. Redécouverte au début du XX^{e} siècle, elle a été le porte-drapeau des historiennes de l'art féministes nord-américaines. À cause de la qualité de ses œuvres, mais aussi presque parce qu'elle avait été violée à 17 ans par un collègue de son père. Pour les féministes nord-américaines, le viol est l'expression suprême du patriarcat. Artemisia présentait donc beaucoup d'avantages pour représenter la cause des femmes.

En fait, il est quasiment impossible de trouver dans ses peintures les répercussions psychologiques du viol qu'elle avait subi. À défaut de trouver un arrangement avec son violeur, le père d'Artemisia avait porté l'affaire

en justice, ce qui était assez inhabituel. En général, le violeur versait de l'argent ou épousait sa victime. Mais cette dernière solution était impossible, puisque le violeur d'Artemisia était déjà marié. La question du viol était d'ailleurs traitée très différemment sur le plan judiciaire, suivant le milieu social de la victime. Le viol d'une aristocrate était beaucoup plus dangereux que celui d'une femme du commun.

Autre exemple, mais datant du XIX^{e} siècle, celui de Rosalie Bonheur (1822-1899). Elle s'était spécialisée dans la peinture des animaux de grande taille et dans les toiles de grand format. En outre, elle avait obtenu l'autorisation de porter des pantalons. Elle était homosexuelle et vivait notoirement avec une autre femme artiste. Toutefois, ce ne fut pas une artiste maudite et elle fut très appréciée en son temps.

En musique, Louise Farrenc composa de nombreuses symphonies dans le style de Beethoven. Elle eut la chance d'avoir un mari, également musicien, mais qui favorisa sa carrière. On peut aussi citer Fanny Mendelssohn, qui non seulement composa, mais également dirigea des orchestres, ce qui encore aujourd'hui est une activité surtout masculine.

Plus près de nous, au XX^{e} siècle, il faut citer les sœurs Boulanger. Lili Boulanger fut la première femme à gagner le Premier prix de Rome de composition en 1913. Elle composa une musique puissante mais malheureusement décéda très jeune. Sa sœur Nadia fut également compositrice, mais s'illustra pendant tout le XX^{e} siècle par la direction des orchestres les plus prestigieux.

B. Les collectionneuses

Puisque les femmes sont réputées dénuées de capacités créatives, on pourrait s'attendre à ce qu'elles soient nombreuses à collectionner. La collectionneuse ne fait que réunir des œuvres d'art déjà existantes. Mais comme la plupart des femmes artistes, les collectionneuses ont longtemps été invisibles. Notamment en raison de l'identification entre la collection, l'activité domestique et la femme. La femme ne réunit certains objets que pour orner la maison. De plus, au XIX^{e} siècle, les amatrices d'art ne fréquentent pas les musées et galeries privées en même temps que les hommes, en vertu du principe de séparation des sexes.

1. Les collectionneuses occidentales

Il existe cependant des grandes collectionneuses, des aristocrates, dont les collections sont des prolongements de leur statut social et politique. Catherine de Russie (1729-1796) veut faire de Saint-Pétersbourg l'égale des autres capitales européennes.

Le XIX^{e} siècle est un tournant. La collection n'est plus seulement l'activité d'une élite, mais commence à se démocratiser. Apparaissent les premières collectionneuses bourgeoises. Elles bénéficient de réformes du droit de la famille dans plusieurs pays, qui permettent l'accès des femmes mariées à la propriété de biens issus d'un héritage, d'un mariage ou d'une profession. En 1907, en France, une loi permet aux femmes mariées de disposer librement des biens acquis dans leur profession, mais à condition qu'elles se soient acquittées des charges du ménage et que le mari ait donné son consentement. La plupart du temps, les grandes collections féminines ont été créées par des jeunes femmes célibataires, héritières d'une importante fortune familiale ou par des veuves riches.

Béatrice de Rothschild épouse Maurice Ephrussi au début du

XX^e siècle. Le couple rassemble une collection d'œuvres d'art très importante dans une villa ornée de plusieurs jardins près de Saint-Jean-Cap-Ferrat.

On peut aussi citer Helena Rubinstein (1870-1965) et Peggy Guggenheim (1898-1979).

2. Les collectionneuses en URSS

Il a également existé des collectionneuses en Union soviétique, ce qui est paradoxal, puisqu'un décret de 1918 interdit la possession privée d'une œuvre d'art. La révolution bolchevique a d'abord été porteuse de réformes égalitaires en faveur des femmes, mais avec Staline, on revient à des rôles traditionnels de mère et d'épouse, doublés par des activités professionnelles.

On estime qu'une centaine d'hommes et une dizaine de femmes ont continué à collectionner des œuvres dans la clandestinité et l'illégalité. Cependant, certaines femmes parviennent à collectionner au grand jour pendant l'entre-deux-guerres. Par exemple, Ekaterina Gelcer, danseuse-étoile au Bolchoï, et Lidia Ruslanova, interprète de chants traditionnels russes. Elles apprécient les périodes réalistes de l'art russe et collectionnent notamment les tableaux des *Ambulants* des années 1860-1890, les *Peredvijnik*i, qui étaient alors considérés comme des modernistes. Mais après la guerre, Ruslanova est accusée de trafics d'œuvres d'arts illégaux et condamnée à 10 ans de travaux forcés avant d'être réhabilitée à la mort de Staline.

On peut se demander comment un marché de l'œuvre d'art pouvait être organisé dans un système qui niait la propriété privée et qui de surcroît soumettait l'art à des formes officielles rétrogrades au nom du réalisme socialiste. D'une part, l'instrument monétaire a une place relativement réduite dans la transaction. Celle-ci peut résider dans un échange de services. Par exemple, l'artiste offre une œuvre d'art à l'organisatrice pour un accrochage réussi, pour un article publié, pour des contacts fructueux. D'autre part, à partir des années 1970, les œuvres d'artistes appartenant à des ethnies non russes commencent à être appréciées. Mais leur prix reste très bas, ce qui permet leur acquisition. Tout change évidemment après la disparition de l'Union soviétique.

Conclusion : Les arts féminins et l'intersectionnalité

« L'esprit n'a point de sexe » a écrit Poullain de la Barre, un féministe français du XVII^e siècle.

Existe-t-il des arts féminins ? *A priori*, non. Il est très difficile de dire en écoutant un morceau de musique ou en regardant un tableau s'ils sont les œuvres d'un homme ou d'une femme. De plus il est évident que les œuvres d'une femme ont davantage de rapports avec celles des hommes de son époque qu'avec celles des femmes d'une époque différente. Enfin, on peut douter qu'il existe vraiment des essences féminine et masculine. Si c'était le cas, comment expliquer que l'anthropologie nous montre des conceptions souvent très différentes des genres ?

Qu'il s'agisse de la virilité : dans telle société, l'homme véritable sera le bon orateur, celui qui est capable de mettre fin à des conflits de façon pacifique ; dans telle autre, ce sera au contraire le guerrier, qui s'adonne inlassablement à la vengeance.

Ou qu'il s'agisse de l'idéal de la femme : pour nous cantonner dans nos sociétés, celui-ci peut aller de la quasi-désincarnation (la Vierge Marie), à la lourde captation dans la chair (la femme fatale, la prostituée).

Et pourtant, nous pensons que s'il n'existe pas de musiques ou de peintures féminines, il existe bien, *historiquement*, des musiques ou des peintures de femmes. Elles peuvent notamment s'exprimer par les préférences accordées a certains thèmes (les berceuses pour les femmes), les formats (miniatures pour les femmes, grandes dimensions pour les hommes), les postures (il a été longtemps jugé inconvenant pour une femme violoncelliste de tenir son instrument entre ses jambes écartées, comme pour une cavalière de monter à califourchon). Autant de conventions socialement imposées, mais qui ont été effectives.

La prison des genres a été en fin de compte un mal pour l'humanité tout entière. Pour les femmes bien sûr, si longtemps mineures, dans le droit comme dans les arts. Mais pour les hommes aussi. Ils se sont tout d'abord privés de compagnes qui auraient pu les enrichir par leur esprit et leur intelligence, car ces deux types de qualités ne sont pas contradictoires. D'autre part, tous les hommes, sans pour autant être efféminés, n'ont pas été les tenants de l'idéologie machiste : ceux-là ont aussi souffert des stéréotypes dominants.

Peut-on appliquer aux exemples que nous avons cités les analyses de l'intersectionnalité ? Comme on le sait, il s'agit de saisir de manière plus fine les racines des inégalités. La France les impute principalement aux différences socio-économiques. Les problématiques anglo-saxonnes conjuguent les rapports ethniques, de genre et de classe. Aux États-Unis, c'est le *black feminism*. Les rapports de pouvoir s'appuient non seulement sur les inégalités économiques, mais sur des marqueurs tels que le sexe biologique, la couleur de la peau, la culture.

La tradition française, et même la Constitution de 1958, sont très réticentes à prendre en considération les classifications basées sur des critères ethniques. Ce qui explique que le droit public français refuse de connaître les catégories des minorités et des peuples autochtones. Ceci constitue incontestablement un frein aux analyses de l'intersectionnalité. De plus, les critiques de ces théories font remarquer qu'en multipliant les critères de distinction on finit par oublier celui qui est le principal : l'inégalité socio-économique. Un Africain riche ou un émir sont probablement plus intégrables qu'un manœuvre blanc.

C'est donc un outil qu'il faut manier avec prudence. En ce qui concerne cette communication, nous ne disposons pas assez d'exemples pour nous livrer à ce type d'analyse. Nous pouvons simplement faire remarquer que les artistes *coloniales* ont effectué leurs peintures à partir de fantasmes européens qui identifiaient les femmes d'autres races, mais aussi les hommes, à des objets de convoitise érotique.

Il faudrait sans doute, mais ce serait le thème d'un autre article, étudier les images publicitaires des biens de consommation courante et des biens de consommation onéreux, tels que les parfums.

Bibliographie

Catherine Gonnard et Elisabeth Lebovici, *Femmes artistes-Artistes femmes*, Paris, Hazan, 2007, 480 p.

Miaille (Michel), « La colonisation en scène. À propos des *Indes Galantes* de Rameau », in Mathieu Touzeil-Divina et Geneviève Koubi, *Droit et Opéra*, Paris, LGDJ , 2008, p. 301-312.

Plazy (Gilles), *La femme impressionniste*, Paris, Société nouvelle Adam Biro, 2003, 192 p.

Rouland (Norbert) :

- « Autonomie et autochtonie dans la zone Pacifique Sud : approches juridique et historique », *Revue française de droit constitutionnel*, 104, 2015, p. 911-339 ;

- *À la découverte des femmes artistes. Une histoire de genre,* Aix-en-Provence, Presses de l'Université d'Aix-Marseille, 2016, 433 p. ;

- *Du droit aux passions*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 252 p.

Sofio (Séverine), *Artistes Femmes. La parenthèse enchantée XVIII-XIX^e siècles*, Paris, CNRS éditions, 2016, 384 p.

7. Roseman Robinot : force, émotion, transmission

Roseman Robinot
Plasticienne

Force, émotion, transmission, trois mots qui ne sont pas de moi, mais que je peux entendre et je peux me les approprier en toute simplicité.

La force oui, parce qu'il n'est pas facile d'être femme aujourd'hui encore, dans un monde largement dirigé par des hommes. Il n'est pas facile d'être peintre tout en étant, épouse, mère, femme ayant une activité professionnelle autre. Pas facile non plus de faire grandir son travail pictural et de s'épanouir, loin des lieux de l'Art et de la critique.

Il n'est évidemment pas facile de faire un tableau, ni de parler de soi.

> « Ce n'est pas facile de créer un tableau. Le problème c'est qu'il faut que cela paraisse être fait sans effort. C'est pourtant le résultat de longues heures de travail solitaire dans l'atelier. De longues heures dans le silence avec des convictions, de la ténacité, des pulsions, des entêtements, mais aussi des périodes d'arrêt, de réflexions, de doutes, de reprises, en utilisant des procédés qui s'opposent au résultat souhaité en jouant avec le hasard »[1].

Épouse depuis une quarantaine d'année d'un homme au difficile métier de médecin, je suis mère de trois enfants adultes en activité, qui ont fait de moi une grand-mère de trois petits-enfants.

Je suis titulaire d'une maîtrise en éducation physique et sportive, d'un DEUG Arts Plastiques et d'un master de recherche en, Arts, lettres et civilisations, consacré à *la Fête de Saint-Esprit de Régina, un culte syncrétique créole de Guyane.*

Je suis née à la Martinique où j'ai fait ma scolarité, jusqu'au concours d'entrée au CREPS de Poitiers (Vienne) en 1963, pour devenir professeur d'éducation physique et sportive au sein de l'Éducation nationale. Ma formation initiale m'a apporté joie et bonheur. Composée d'une part d'un contenu théorique : littérature, philosophie, histoire du sport, physiologie, anatomie, apprentissage musical, pédagogie de l'enseignement spécifique EPS et, d'autre part, d'une bonne formation physique : apprentissage intensif des sports individuels et collectifs, la natation et le sauvetage, mais aussi d'autres activités telles que la gymnastique sportive, acrobatique, la danse et l'expression corporelle.

Dans ces pratiques, le corps est éprouvé, attentif, soumis, à l'écoute de soi pour éviter les blessures, et apprendre les techniques spécifiques à transmettre.

Suite à ces études (à Poitiers et Lille), j'ai obtenu le diplôme d'État requis pour devenir fonctionnaire et enseigner. Ma première affectation a été le lycée de Jeunes filles de Fort-de-France en 1965. Cette année-là, j'ai été retenue comme danseuse, au sein des Ballets folkloriques

[1] Jean-Yves Gallard, in Roseman Robinot, *Sur le chemin de l'antique nanni nannan*, Cayenne, éditions Robinot, 2001.

martiniquais, avec lesquels je suis allée à New York pour un spectacle au Waldorf Astoria, V^e^ Avenue. Au cours de ce voyage, j'ai découvert, au Musée Guggenheim, *la Repasseuse* de Picasso devant laquelle j'étais si bouleversée que je crois être née peintre à ce moment-là.

En 1968, j'ai été affectée, sur ma demande, au collège n° 1 de Sarcelles (Val d'Oise) et vécu les évènements de Mai 68.

Mon séjour de 10 années en région parisienne m'a permis de visiter les musées, les lieux et acteurs de l'Art, donné envie d'aller plus loin dans la peinture, et pouvoir apporter des réponses à ma quête intérieure.

Je suis un peintre autodidacte parce que je n'ai pas suivi un cursus Beaux-Arts. Je vis et travaille en Guyane depuis 1978. J'ai pratiqué la peinture dès 1965 tout en exerçant mon métier de professeur d'éducation physique à l'Éducation nationale. À partir de 1971, date de ma première exposition collective à Paris, j'ai entrepris le travail pictural plus sérieusement, accompagnée par messieurs Claude Delafargue, Raymond Honorien de l'Atelier 45 de la Martinique, de Raymond Perrot du groupe DDP de Paris, de Jeanne Michel-Hugues du groupe Femmes Peintres et Sculpteurs de France dont j'ai été membre en 1978. En 1996, le Centre national des arts plastiques (CNAP) m'a accordé une aide à la création pour mon atelier situé à Rémire-Montjoly. Et je suis sociétaire de l'ADAGP (Paris), gestionnaire de mes droits.

J'ai d'abord regardé mes premières œuvres comme support d'une activité salvatrice. Mon travail affiche des références liées aux expressionnistes, et plus particulièrement Max Ernst, Matisse, Gauguin, Kandinsky ou à Support-Surface (Viallat).

Mes médiums et supports sont multiples : encre, acrylique, fusain, huile, papier, toile, bois.

J'ai fait le choix de la liberté, dans mon expression, en refusant l'académisme que j'ai pratiqué, chez Julian Del Debio, à Paris, ou bien aux cours d'été de l'École nationale des Beaux-Arts de Paris ou de l'École municipale de Nice. Selon un proverbe Fong : « Termite ne peut rien prendre sur pierre ». Il s'agit ainsi de « trouver les *trésors intérieurs* cachés de son art » pour contribuer « [...] à élever la pyramide spirituelle »[2].

La question essentielle pour moi, en tant qu'artiste est de comprendre quel est mon rapport au monde ? Qu'est-ce que j'y fais ? Qu'est-ce que j'y inscris ? Qu'est-ce que je donne ? « *Qui et quels nous sommes. Admirable question !* »[3].

Comment alors ne pas regarder, interroger le passé, le patrimoine culturel ?

Un des enjeux est de trouver la forme pour aboutir à un travail de sens. Faire que cela fonctionne. « [...] Tout à coup, quelque chose est capté. C'est là. Une présence indéfinissable, un espace particulier; ça fonctionne ! »[4] Ma gestuelle dirige ma posture vers un positionnement, dont la finalité est de construire une pensée, trouver une attitude juste, et comprendre mon rapport au monde en tant qu'artiste. Ma démarche

[2] Kandinsky, *Du Spirituel dans l'Art, et dans la peinture en particulier,* Paris, Denoël, 1911.
[3] Aimé Césaire, *Cahier d'un retour au pays natal,* Paris, éditions Présence africaine, 1983.
[4] Jean-Yves Gallard, cité par Roseman Robinot*, Sur le chemin de l'antique nanni nannan*, Cayenne, éditions Robinot, 2001.

consiste à porter au dehors ce que je perçois, ressens dans le Lieu qui m'habite, me sert de lien, voire de liant. Partir du dedans pour aller vers le dehors.

Ma production montre trois directions : lyrique intimiste ; conceptuelle ; spiritualiste. Qu'elles soient de forme figurative ou abstraite ou non figurative, la plupart des gens ont retenu de mes œuvres, un signe que j'explore depuis plus de vingt ans. Un signe : mémoire-corps-paysage, comme un champ à explorer.

Un signe sur une roche de 1 m^2 un corps fait de neuf losanges qui s'imbriquent. La figure montre quatre pattes fourchues, une tête triangulaire dont la pointe s'affiche vers le bas, et avec deux gros yeux qui regardent.

En 1987, j'ai posé un acte, en sortant de mon atelier pour aller sur le terrain. Et je me suis appropriée une gravure sur un site archéologique précolombien. J'ai procédé à des relevés d'empreintes comme un chercheur le fait pour travailler ensuite dans son laboratoire, en m'accompagnant de spécialistes : un archéologue, un géologue, un géographe, un photographe. Des amis et des membres de ma famille étaient aussi présents. Il s'agissait pour moi de remonter à la source comme pour me reconnecter dans et avec un Lieu. Je dis que j'habite un Lieu et que le Lieu m'habite. Cela suppose un positionnement, voire un repositionnement, un comportement nouveau, une attitude, une gestuelle, une interrogation devant un objet dont ne connaît pas la destination, la finalité, sa raison d'être et qui pourtant implique l'Humain. J'ai agi ainsi pour dire le faire-possible même en l'absence de structures spécialisées. En Guyane, il n'existe pas encore de lieux dédiés à l'Art, pas d'Écoles d'Art, ni de musées). Il faut trouver les moyens de faire malgré tout. Car il s'agit de vivre, il s'agit d'une construction individuelle et de *grandissement* (voir Bachelard).

J'ai, dès les années 90, procédé à des séries de peintures, à l'instar des ouvriers du textile qui appliquent un tampon sur le tissu pour y laisser la trace d'un dessin préalablement réalisé sur papier, gravé sur un support-bois. Le tampon est un outil qui me permet la répétition du motif choisi et sa superposition sur une surface déterminée. J'utilise le polystyrène pour réaliser mes tampons et marquer la toile ou le papier.

Empreintes-marques-gravures, que je réalise, témoignent de la trace, représentative d'une action engagée. J'ai inscrit des marques sur la toile pour faire remonter la mémoire, dans l'idée d'une auto-réparation après le traumatisme de la Traite et de l'esclavage. J'ai produit plusieurs séries de tableaux intitulés Marques-marquages. « Ce sont les indéchiffrables d'un corps mis à l'oeuvre qui fait d'abord du site, le lieu à l'oeuvre d'une mémoire muette. »[5]

Ma pratique s'opère dans un rituel précis, où rythme, geste et posture du corps s'articulent autour de ma respiration. Le but est d'obtenir le vide que je considère comme nécessaire à ma création ; à ma « méditation » pour construire l'œuvre. Je contrains mon corps dans des mouvements régulés, courts, sans amplitude même quand il s'agit de faire du

[5] Luis Pannier, *Marques d'un auto- portrait*, cité par Roseman Robinot*, Sur le chemin de l'antique nanni nannan*, Cayenne, éditions Robinot, 2001.

monumental. Il prend place dans un espace sacré, propice à la rencontre avec l'œuvre que je pressens et qui prend forme devant moi. Il s'agit de faire le travail dans lequel je m'introduis quand bien même je n'en vois pas le bout et que je ne trouve pas les mots pour le définir.

Je guette le beau, le juste, l'harmonie. Telle se construit l'œuvre, dans la dynamique de la répétition, du frottement ou de l'assemblage. Venir à produire des objets dans le concept du *bricolage* (Lévi-Strauss) et des savoir-faire artisanaux m'enchante et me nourrit.

Je procède à un travail en série : empreintes, marques, marquages ; bannières ; corps dans un monde défiguré. J'ai construit une écriture et une œuvre fondée sur la répétition, les variations d'un motif gravé sur la roche de la Crique Pavé, située sur la commune de Rémire-Montjoly en Guyane où je vis depuis 1978. Il s'agit d'un acte posé pour faire remonter la mémoire, se souvenir d'une histoire commune, celle de la colonisation issue de la traite de la déportation et de l'esclavage. Les émotions surgissent et s'enchaînent. Elles conduisent à se débarrasser de la souffrance physique inscrite dans les corps et de la souffrance morale qui encombre l'Esprit. Il s'agit d'un acte engagé, d'une revendication à la réparation, marquer sa présence et ne pas se laisser anéantir. Et voilà que s'opère un déplacement, un va-et-vient entre « présence » et « absence », entre « visible » et « non-visible », entre « corps » et « paysage », entre l' « idée » et le « faire ». Se réapproprier, faire corps avec soi et se développer, se construire pour construire le monde. Possiblement par le biais d'une gravure inscrite sur un rocher dont la face gravée regarde l'Est, là où le soleil se lève. Le moment de toutes les mises en train. Le temps de faire. La gravure montre une figure stylisée gravée en creux qui évoque un cerf-volant, une chauve-souris peut-être.

Telle est l'image que j'ai capturée et dont j'imprime le corps central dans mes productions. Ce corps central, dépourvu de ses pattes et de sa tête, me paraît essentiel pour dire ce que j'ai à dire, ce que je ressens et que ce que je pense. Je pense depuis toujours que le corps est le siège, le lieu de construction et de reconstruction de l'être humain ; qu'il faut en prendre soin, le préserver. Ce Corps regardé comme un paysage à découvrir, qui devient paysage et qui s'associe au paysage-alentour (voir Merleau-Ponty) et permet de comprendre son rapport au monde.

Quels sont mes outils pour dire, traduire mes idées ?

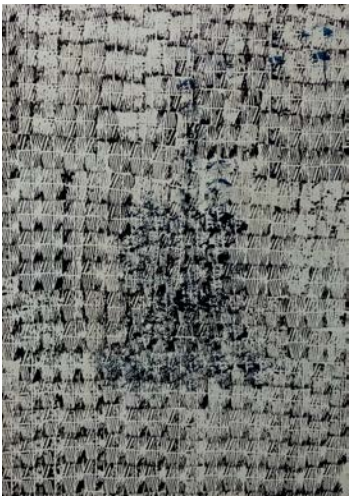
J'utilise deux dispositifs : la peinture et l'installation. Mes propos ont la forme de paroles orales ou écrites. Mes techniques sont multiples : dessin, peinture, collage, gravure, grattage, incrustation, broderie, tressage, tissage. Le choix est en relation avec l'œuvre que je donne à voir, car, il s'agit pour moi non pas de représenter mais de donner du sens et de l'émotion.

Je dialogue avec les regardeurs et celui que je suis moi-même pour rectifier ma pensée qui se construit avec l'œuvre que j'entreprends.

Mon travail pictural m'a permis de représenter la Guyane dans de nombreuses manifestations internationales : salons des peintres d'Outre-mer à Paris ; biennales de l'Amérique du Sud et de la Caraïbe (Santo Domingo), de Sao Paolo (Brésil) du Caire (Égypte), du Marin (Martinique), ou des festivals et autres expositions collectives à Cuba, Orlando, Grandes Canaries, Ténériffe, Madère, la Havane, la Fondation Clément (Martinique).

© Roseman Robinot, Verticales 1, TM. Année 2020, 150x150cm (illustration 1)

© Roseman Robinot, Le grand tablier, TM, 2006, 450x350 cm (illustration 2)



© Roseman Robinot, La porte de la case, 2000, Acrylique sur toile, 120x97cm (illustration 3)

Illustration 1

Verticales, série initiée en janvier 2020 comporte 4 pièces.

Les lignes constituent l'architecture pour un paysage peuplé de corps multiples, statiques ou en mouvements. Ils s'affichent, après un labeur incessant.

Ils regardent le trajet accompli, mais ils savent que le chantier auquel ils se livrent n'est pas abouti et qu'il s'agit de se construire et de construire.

Les couleurs en camaïeu-violet et jaune-ocre expriment la fin du jour, et l'espoir.

Illustration 2

Le grand tablier issu de la série *les bannières* est une œuvre évoquant à la fois le Corps et le Paysage. Il est fait des lés de tissus Wax marouflé sur papier et toile de jute, préalablement « marqué » à l'encre de Chine noire.

Cette œuvre est une invite à un voyage vers le Dedans, elle porte aussi vers l'Ailleurs, à entrer comme dans une antre après en avoir poussé la porte.

Illustration 3

La porte de la case est une œuvre de la série *Marques-marquages.*

Sur une toile vierge, blanche, j'opère avec un tampon qui me sert à peindre.

Je marque la toile comme s'il s'agit d'authentifier un acte, ou de se souvenir des multiples traces et stigmates qui fondent la mémoire. Je répète un geste rythmé par mon souffle sur lequel je prends appui pour faire le tableau.

Table des auteurs

Alexia Bessi 279

Doctorante en droit public, Université Côte d'Azur, Centre d'études et de recherche en droit administratif, constitutionnel, financier et fiscal (CERDACFF)

Didier Blanc 313

Professeur des universités, Institut de recherche en droit européen, international et comparé (IRDEIC), Centre d'excellence Jean Monnet, Université Toulouse I Capitole

Frédéric Bondil 165

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, Université de Guyane, membre du laboratoire Migrations, interculturalité et éducation en Amazonie (MINEA ; EA 7485)

Dominique Breillat ..... 291 et 325

Professeur émérite de droit public de l'Université de Poitiers

Jean-Baptiste Brionnet 179

Professeur certifié en sciences médico-sociales

Florencine Édouard 11

Défenseure des droits de l'Homme, diplômée de l'Université des droits de l'Homme, Henry Dunant_GENEVE (spécialisation : droits économiques, sociaux et culturels des peuples autochtones) et du Haut-commissariat des droits de l'Homme des Nations Unies_GENEVE

Maude Elfort 59

Maître de conférences de droit public, HDR, Université de Guyane, Laboratoire MINEA (EA 7485)

Florence Faberon ..... 1, 3, 59, 65 et 143

Professeure de droit public à l'Université de Guyane, membre du laboratoire MINEA (EA 7485) et membre associé du Centre Michel de l'Hospital de l'Université Clermont Auvergne (EA4232)

Jean-Yves Faberon 65

Professeur honoraire de droit public

Carole Hassoun 217

Maître de conférences de droit privé et sciences criminelles, Université de Guyane, membre du laboratoire Migrations, interculturalité et éducation en Amazonie (MINEA ; EA 7485)

Guylène Nicolas 201

Maître de conférences de droit public, HDR,

Aix-Marseille-Université, CNRS, EFS, ADES, Marseille, France

Arnaud Paturet 335

Chargé de recherches au CNRS, Centre de Théorie et analyse du droit (CNRS UMR 7074), École normale supérieure, Paris

Marc Pavé 359
Docteur en histoire, professeur en CPGE, chercheur associé au groupe de recherches « politiques publiques, territorialités et société » de l'Institut d'études avancées de l'Université de São Paulo (Brésil)

Morgane Reclus 269
Doctorante en droit public, Université Côte d'Azur, Centre d'études et de recherche en droit administratif, constitutionnel, financier et fiscal (CERDACFF)

Roseman Robinot 387
Plasticienne

Norbert Rouland..... 43 et 377
Professeur émérite de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, ancien membre de l'Institut universitaire de France, chaire d'anthropologie juridique

Alexandre Sommer-Schaechtele 19
Juriste expert en droits des peuples autochtones, membre du réseau des experts du Groupe international de travail pour les peuples autochtones (GITPA), chargé d'enseignement à l'Université de Guyane, et vice-président de l'Organisation des nations autochtones de Guyane

Alexis Tiouka..... 25
Expert en droit des Peuples Autochtones

Christian Vallar..... 251
Professeur agrégé de droit public, doyen honoraire et directeur du Centre d'études et de recherche en droit administratif, constitutionnel, financier et fiscal (CERDACFF), Université Côte d'Azur

François Vialla..... 235
Professeur des universités, Directeur du Centre Européen d'Études et de Recherche Droit & Santé (UMR 5815), Université de Montpellier

Vincent Vioujas 187
Directeur d'hôpital, chargé d'enseignement à la Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-en-Provence (AMU), chercheur associé au Centre de droit de la santé (UMR 7268 ADES, AMU/EFS/CNRS)

Thomas Vollot 153
Conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, Rapporteur au tribunal administratif de la Guyane

Table des matières

Éditorial 1

Avant-propos 3

Sommaire 7

I. Autochtonie

1. Les peuples autochtones : notion, identité, enjeux 11

Florencine Édouard

Défenseure des droits de l'Homme, diplômée de l'Université des droits de l'Homme, Henry Dunant_GENEVE (spécialisation : droits économiques, sociaux et culturels des peuples autochtones) et du Haut-commissariat des droits de l'Homme des Nations Unies_GENEVE

I. De la notion de peuples autochtones et tribuaux à la question autochtone 11

II. Protection des peuples autochtones en droit international et droits spéciaux 14

III. Enjeux autochtones 15

Annexes 16

2. Droit à la terre, aux territoires et aux ressources territoriales 19

Alexandre Sommer-Schaechtele

Juriste expert en droits des peuples autochtones, membre du réseau des experts du Groupe international de travail pour les peuples autochtones (GITPA), chargé d'enseignement à l'Université de Guyane, et vice-président de l'Organisation des nations autochtones de Guyane

Introduction 19

I. La reconnaissance du droit à la terre reconnus par le droit international 21

II. Le droit à la terre des peuples autochtones dans le droit français 22

Bibliographie 23

Chronologie 24

3. L'Autochtonie en Guyane 25

Alexis Tiouka

Expert en droit des Peuples Autochtones

I. Dispositifs spéciaux d'administration des « primitifs » 1946-1960 26

II. La différence revendiquée 27

III. Populations amérindiennes et droit international 28

Conclusion : un long processus vers un dialogue constructif 31

Bibliographie 32

Annexes 33

Annexe 1 – Discours fondateur de Felix Tiouka, 1984 33

Annexe 2 – Documents internationaux de protection des droits des peuples autochtones 41

4. Groenland, autochtones et décolonisation 43

Norbert Rouland
Professeur émérite de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, ancien membre de l'Institut universitaire de France, chaire d'anthropologie juridique

Introduction 43
I. Les colonisations scandinaves 46
A. L'El Dorado Viking 46
B. La colonisation moderne 46
II. Le Groenland contemporain 48
A. Les évolutions internes 48
B. L'environnement international 51
Conclusion 55
Bibliographie 56

II. Décolonisation

1. Les préambules des accords de Nouméa et de Guyane 59

Florence Faberon
Professeure de droit public, Université de Guyane, Laboratoire MINEA (EA 7485) et membre associé du Centre Michel de l'Hospital (CMH, EA 4232), de l'Université Clermont Auvergne
et **Maude Elfort**
Maître de conférences de droit public, HDR, Université de Guyane, Laboratoire MINEA (EA 7485)

2. La décolonisation : dossier de documents 63

Décoloniser aujourd'hui. Le cas de la Nouvelle-Calédonie (extraits) 65

Florence Faberon, Professeure de droit public, Université de Guyane, et Jean-Yves Faberon, Professeur honoraire de droit public

Textes internationaux

1. Charte de l'Organisation des Nations unies du 26 juin 1945 (articles 1, 2, 73 et 74) 67

2. Résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale des Nations unies du 14 décembre 1960. Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux 69

3. Résolution 1541 (XV) de l'Assemblée générale des Nations unies du 15 décembre 1960. Principes qui doivent guider les États membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa e de l'article 73 de la Charte, leur est applicable ou non 71

4. Résolution 1542 (XV) de l'Assemblée générale des Nations unies du 15 décembre 1960. Communication de renseignements au titre de l'alinéa e de l'Article 73 de la Charte 75

5. Résolution 1654 (XVI) de l'Assemblée générale des Nations unies du 27 novembre 1961 sur la situation en ce qui concerne l'application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux.....77

6. Le comité spécial de décolonisation de l'Assemblée générale (dit comité spécial des 24).....79

7. Résolution 2625 (XV) du 24 octobre 1970. Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies 81

8. Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones.....90

9. Liste des territoires non autonomes de l'ONU 102

Textes constitutionnels français

1. Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (extraits : alinéas 16, 17 et 18).....108

2. Constitution du 27 octobre 1946, Titre VIII 108

3. Constitution du 4 octobre 1958, Préambule, titres XII et XIII 111

4. Préambule de l'Accord de Nouméa.....117

5. Titre XIII de la Constitution du 4 octobre 1958, abrogé par la révision constitutionnelle d'août 1995.....120

6. Décision du Conseil constitutionnel n° 90-291 DC du 9 mai 1991, Décision portant statut de la collectivité territoriale de Corse 123

7. Accord de Guyane.....135

III. Régime des cultes en Guyane

1. Les principes constitutionnels ne prospèrent pas à l'encontre du régime rémanent des cultes en Guyane 143

Florence Faberon

Professeure de droit public à l'Université de Guyane, membre du laboratoire MINEA (EA 7485) et membre associé du Centre Michel de l'Hospital de l'Université Clermont Auvergne (EA4232)

Introduction.....143

I. Le principe de laïcité coexiste avec des « îlots de non-laïcité ».....145

A. La Guyane soumise au principe de laïcité 146

B. Le principe de laïcité contourné par les dispositions particulières du régime des cultes en Guyane 148

II. Les principes d'égalité, de libre administration des collectivités territoriales et de compensation financière des charges transférées aux collectivités territoriales sont contournés par le caractère particulier, marginal et préexistant des financements en cause en Guyane 149

A. Quand traiter différemment des cultes n'est pas contraire au principe d'égalité 149

B. Quand marginalité et préexistence des financements concernés justifient un contournement de principes constitutionnels 150

Conclusion 151

2. L'appréciation du régime des cultes en Guyane par le juge administratif 153

Thomas Vollot

Conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, Rapporteur au tribunal administratif de la Guyane

I. En plus de la loi du 9 décembre 1905, la laïcité repose désormais sur une pluralité de fondements juridiques permettant de garantir son application en Guyane 155

A. En Guyane, la laïcité est essentiellement garantie par les normes constitutionnelles, auxquelles la jurisprudence administrative apparaît être transposable 155

B. L'effectivité du principe de laïcité est également garantie par des lois s'appliquant à l'ensemble du territoire français, consacrant ses deux versants 158

II. Confronté au régime des cultes en Guyane, le tribunal administratif a mis en exergue sa potentielle inconventionnalité et a rejeté l'engagement de la responsabilité de l'État du fait de l'ordonnance royale du 27 août 1828 et de la loi du 13 avril 1900 158

A. Si le régime des cultes en Guyane semble conforme à la liberté religieuse protégée par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, sa conventionnalité au regard du principe d'égalité demeure en suspens 159

B. Pour des motifs à la fois concrets et théoriques, le tribunal administratif de la Guyane a rejeté les conclusions tendant à engager la responsabilité de l'État du fait de l'ordonnance royale du 28 août 1828 et de la loi du 13 avril 1900 162

3. Le régime des cultes en Guyane française. Aspects de droit privé 165

Frédéric Bondil

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, Université de Guyane, membre du laboratoire Migrations, interculturalité et éducation en Amazonie (MINEA ; EA 7485)

Introduction 165

I. Le droit privé et le fait religieux collectif : entre droit commun et particularisme 168

A. Des structures juridiques régies par le droit privé 168

B. Des structures juridiques soumises à des régimes de droit privé spécifiques 170

II. Le droit privé et le fait religieux individuel : les limites incertaines du triomphe du droit commun 174
A. Une protection de droit commun du fait religieux individuel 174
B. Les ajustements de la protection du fait religieux individuel 176

IV. Politique et droit de la santé

1. La santé en France. Entre économies et qualité de l'organisation des soins 179

Jean-Baptiste Brionnet
Professeur certifié en sciences médico-sociales

I. Présentation du contexte : indicateurs et offre de soins 180
A. Indicateurs de santé en France 180
B. Évolution de l'offre de soins 181
II. Le système de production des soins mis en cause dans les difficultés du système de santé français 181
A. Un financement croissant du système de santé 182
B. Dysfonctionnements dans la coordination des soins 183
III. Pistes d'amélioration pour permettre l'accès à des soins de qualité pour tous 184
A. Amélioration au niveau macro-économique 184
B. Amélioration des soins par une approche micro-économique 184

2. Information et consentement en droit de la santé 187

Vincent Vioujas
Directeur d'hôpital, chargé d'enseignement à la Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-en-Provence (AMU), chercheur associé au Centre de droit de la santé (UMR 7268 ADES, AMU/EFS/CNRS)

I. Le droit d'être informé 189
A. Étendue et modalités du droit d'être informé 189
B. La réparation en cas de manquement 192
II. Le consentement 195
A. Le droit de consentir 195
B. Le droit de refuser 197

3. L'égalité d'accès aux soins ou la prise en charge sanitaire des personnes âgées dépendantes en période de pandémie 201

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

I. L'accès aux soins dans les EPHAD ou le paradoxe de la protection de la santé des personnes dépendantes 204
A. Le principe d'égalité d'accès aux soins appliqué aux personnes âgées dépendantes 204
B. La prise en soin en EHPAD révélatrice d'une prise en charge de la fin de vie 207
II. La notion de sélection des malades et la chance d'être soigné pour les plus âgés 210
A. La contestable application de la priorisation des soins 210
B. Une éthique de bienfaisance à redéfinir 214

4. La responsabilité médicale. Aspects de droit privé 217

Carole Hassoun
Maître de conférences de droit privé et sciences criminelles, Université de Guyane, membre du laboratoire Migrations, interculturalité et éducation en Amazonie (MINEA ; EA 7485)

I. Le domaine étendu de la responsabilité médicale 220
A. La faute médicale : une notion plurielle 221
B. Les spécificités majeures du préjudice en lien avec la faute médicale 224
II. Les limites et les défis de la responsabilité médicale 227
A. Le cas particulier des produits de santé 228
B. Les défis de la responsabilité médicale 230

5. Innovations et relation de soins : *non nova, sed nove* ? 235

François Vialla
Professeur des universités, Directeur du Centre Européen d'Études et de Recherche Droit & Santé (UMR 5815), Université de Montpellier

I. Innovation et « savoir-faire médical » : « *Non nova, sed nove* » 241
II. Innovation et « savoir-être médical » 245

6. L'État d'urgence sanitaire. Nécessité ou menace ? 251

Christian Vallar
Professeur agrégé de droit public, doyen honoraire et directeur du Centre d'études et de recherche en droit administratif, constitutionnel, financier et fiscal (CERDACFF), Université Côte d'Azur

I. Une restriction des libertés de l'ensemble des citoyens : une démocratie confinée ? 253
A. L'état d'urgence sanitaire de la loi du 23 mars 2020 et les lois subséquentes : « Libertés confinées et démocratie confinée » ? (Salemkour) 253
B. La loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 : un maintien quasi identique des restrictions aux libertés 255
C. Les mesures transitoires de sortie de l'état d'urgence sanitaire : l'existence d'exceptions fortes aux libertés 257

II. Des contre-pouvoirs effacés ? Une affirmation contestable..... 259
A. Un Conseil d'État juge auxiliaire du pouvoir dit exécutif ?..... 260
B. Un Conseil constitutionnel absent ?..... 263
C. Un Parlement démissionnaire ? 266

7. Les centres de rétention administrative face à l'état d'urgence sanitaire et aux recours en référé-liberté devant le Conseil d'État 269

Morgane Reclus
Doctorante en droit public, Université Côte d'Azur, Centre d'études et de recherche en droit administratif, constitutionnel, financier et fiscal (CERDACFF)

I. Sur les conditions de fonctionnement des centres de rétention administrative en période de crise sanitaire et les possibles atteintes à diverses libertés fondamentales associées..... 272
II. Sur l'opportunité de garantir l'ouverture des centres de rétention administrative en période de crise sanitaire..... 276
Conclusion 278

8. Les entraves à la liberté d'entreprendre et l'état d'urgence sanitaire..... 279

Alexia Bessi
Doctorante en droit public, Université Côte d'Azur, Centre d'études et de recherche en droit administratif, constitutionnel, financier et fiscal (CERDACFF)

Introduction..... 279
I. Des mesures de protection sanitaire..... 281
II. Second confinement et fronde des autorités locales 282
Conclusion 287

V. *Varia*

1. Regard sur les cinq Guyanes..... 291

Dominique Breillat
Professeur émérite de l'Université de Poitiers

I. La Guyane vénézuélienne..... 293
II. Le Guyana (ex-Guyane britannique)..... 298
III. Le Suriname (ex-Guyane Néerlandaise)..... 301
IV. La Guyane française 305
V. La Guyane bésilienne 310

2. L'intégration européenne à la lumière du statut du Parlement européen 313

Didier Blanc

Professeur des universités, Institut de recherche en droit européen, international et comparé (IRDEIC), Centre d'excellence Jean Monnet, Université Toulouse I Capitole

I. Le Parlement européen, une chambre des peuples des États membres 314
A. La persistance étatique dans la composition 315
B. La résistance étatique dans le mode d'élection 317
II. Vers une Assemblée de l'Union ? 319
A. L' « européanisation » de l'écosystème parlementaire 320
B. Une assemblée représentative des citoyens de l'Union 322

3. Les outre-mers hors Union européenne 325

Dominique Breillat

Professeur émérite de droit public de l'Université de Poitiers

I. L'ultramarin européen hors Union européenne 325
A. Les territoires du froid 325
B. Les confetti britanniques 326
II. L'ultramarin américain 330
III. La succession britannique en Océanie 331
A. Les territoires australiens 332
B. L'originalité néo-zélandaise 332

4. La représentation de l'esclave à Rome : entre statut juridique et réalité sociale 335

Arnaud Paturet

Chargé de recherches au CNRS, Centre de Théorie et analyse du droit (CNRS UMR 7074), École normale supérieure, Paris

I. L'homme et la marchandise 337
II. Servitude et théorie juridique romaine 341
III. L'esclave et l'homme raisonnable 344
IV. La mort servile 350

5. L'esclavage, fait global 359

Marc Pavé

Docteur en histoire, professeur en CPGE, chercheur associé au groupe de recherches « politiques publiques, territorialités et société » de l'Institut d'études avancées de l'Université de São Paulo (Brésil)

I. Fréquence historique et répartition géographique de l'esclavage 360
A. L'esclavage, une chosification 360
B. Les conséquences : avoir une vie d'esclave 361
C. Un phénomène mondial, ancien et persistant 363
II. Les formes de l'esclavage 365
A. Sociétés à esclavage et sociétés esclavagistes 365
B. Comment devient-on esclave ? 367
C. Devenir libre, plus ou moins ? 368
III. Les évolutions historiques 369
A. Les légitimations de l'esclavage et les échecs des révoltes 369
B. Les poussées abolitionnistes 371
C. Déclin et redéploiements contemporains de l'esclavage 372
Bibliographie 374

6. La femme exotique chez les peintres et les musiciens 377

Norbert Rouland
Professeur émérite de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, ancien membre de l'Institut universitaire de France, chaire d'anthropologie juridique

I. Les artistes « coloniales » 377
A. Des femmes artistes 378
B. Gauguin et la Polynésie 379
C. Les colonies dans L'Opéra : Les Indes galantes de Rameau 380
II. La prison des Genres 381
A. La virilité : hiérarchies esthétiques et contestations 381
B. Les collectionneuses 383
Conclusion 384
Bibliographie 386

7. Roseman Robinot : force, émotion, transmission 387

Roseman Robinot
Plasticienne

Table des auteurs 395
Table des matières 397

Sommaire

Éditorial 1
Avant-propos 3
Sommaire 7

I. Autochtonie

1. Les peuples autochtones : notion, identité, enjeux 11
2. Droit à la terre, aux territoires et aux ressources territoriales 19
3. L'autochtonie en Guyane 25
4. Groenland, autochtones et décolonisation 43

II. Décolonisation

1. Les préambules des accords de Nouméa et de Guyane 59
2. La décolonisation : dossier de documents 63

III. Régime des cultes en Guyane

1. Les principes constitutionnels ne prospèrent pas à l'encontre du régime rémanent des cultes en Guyane 143
2. L'appréciation du régime des cultes en Guyane par le juge administratif 153
3. Le régime des cultes en Guyane française. Aspects de droit privé 165

IV. Politique et droit de la santé

1. La santé en France 179
2. Information et consentement en droit de la santé 187
3. Vieillesse et accès aux soins 201
4. La responsabilité médicale. Aspects de droit privé 217
5. Innovation et relations aux soins 235
6. L'état d'urgence sanitaire. Nécessité ou menace ? 251
7. Les centres de rétention administrative face à l'état d'urgence sanitaire et aux recours en référé-liberté devant le Conseil d'État 269
8. Les entraves à la liberté d'entreprendre et l'état d'urgence sanitaire 279

V. *Varia*

1. Regard sur les cinq Guyanes 291
2. L'intégration européenne à la lumière du statut du Parlement européen 313
3. Les outre-mers hors Union européenne 325
4. La représentation de l'esclave à Rome : entre statut juridique et réalité sociale 335
5. L'esclavage, fait global 359
6. La femme exotique chez les peintres et les musiciens 377
7. Roseman Robinot : force, émotion, transmission 387

Table des auteurs 395
Table des matières 397

Recherches sur la cohésion sociale
ISSN en cours
Prix : 25 euros