

Amplitude du droit

ISSN : 2826-1305

Éditeur : Université de Rennes

5 | 2026

 <https://amplitude-droit.pergola-publications.fr/index.php?id=798>

Référence électronique

« 5 », *Amplitude du droit* [En ligne], mis en ligne le 20 mars 2026, consulté le 05 juin 2026. URL : <https://amplitude-droit.pergola-publications.fr/index.php?id=798>

Droits d'auteur

Licence Creative Commons – Attribution 4.0 International – CC BY 4.0

L'équipe éditoriale d'*Amplitude du droit* est heureuse de vous annoncer la parution du n° 5 de la revue constitué d'articles *varia*.

Julien Marguin

L'occasion (manquée) d'une nouvelle territorialisation de la justice. À propos de la loi d'orientation et de programmation du ministère de la Justice 2023-2027

Emmanuelle Bornet

Sport professionnel et religion : les liaisons dangereuses

Jean-Baptiste Lenhof, Laurent Dehouck et Marc Lassagne

Responsabilité des acteurs publics et modèles de décision, les enseignements de la crise sanitaire

Mathilde Lemée

Au-delà des reproches, à la recherche des principes directeurs de Cormenin

Scott Fougère-Green

L'obligation de poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité. Retour sur l'exemple de la justice transitionnelle en Argentine

L'occasion (manquée) d'une nouvelle territorialisation de la justice. À propos de la loi d'orientation et de programmation du ministère de la Justice 2023-2027

Julien Marguin

PLAN

1. Un renforcement encore trop mesuré de l'implantation territoriale de la justice
 - 1.1. Le défi de la proximité à l'épreuve des moyens de communication audiovisuelle : le cas de l'outre-mer
 - 1.2. La consécration législative des conseils de juridiction : une politique partenariale enfin concrétisée
2. Un problème de fond écarté : la réorganisation du maillage territorial des juridictions
 - 2.1. Une continuité contrastée dans l'établissement des réseaux de juridictions depuis 2019
 - 2.2. Le problème persistant de la non-concordance des circonscriptions judiciaires et administratives

TEXTE

Cet article a été rédigé en décembre 2025.

- 1 Ces dernières décennies, la problématique territoriale est devenue un point sensible des réformes de la justice, suscitant chez nombre d'observateurs une insatisfaction permanente. Comme le remarquait à juste titre Adeline Hazan à son audition au Sénat le 17 février 2022, à l'occasion des comptes rendus de la délégation aux collectivités territoriales, « la justice et les collectivités territoriales sont toujours deux mondes qui s'ignorent, ou, en tout cas, qui s'ignorent encore beaucoup trop. Pourtant, on ne compte plus les rapports proposant d'améliorer l'adaptation des juridictions au territoire¹ ».
- 2 Depuis 2016, pour ne pas remonter plus loin, les réformes successives présentent pourtant, en exposés des motifs, des effets d'annonces promouvant les enjeux d'une certaine « modernité », tels qu'« une

justice plus proche, plus efficace et plus protectrice² », l'intention de renforcer « l'accessibilité et la qualité de la justice³ », afin de rendre *bis repetita* « la justice plus rapide, plus efficace, plus protectrice et plus proche de nos concitoyens⁴ ». Cette rhétorique politique qui tend, par répétitions, à vouloir contribuer à l'évolution des représentations de la justice⁵ est néanmoins révélatrice de ses propres faiblesses. La dernière réforme en date, la loi du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la Justice 2023-2027⁶, n'a d'ailleurs pas échappé à la redondance. Le garde des Sceaux y présentait, lors du dépôt du texte au Sénat le 3 mai 2023, une justice « devant répondre à des exigences croissantes des citoyens en termes d'efficacité, de proximité et de modernisation ». Or, si la présente loi a le mérite de revoir à la hausse les crédits du programme justice (7,8 % en 2023, 9 % pour 2024 et 5,2 % pour 2025) avec une revalorisation des salaires, une augmentation du personnel et un programme ambitieux de digitalisation, le processus de territorialisation de la justice lancé par les réformes précédentes semble relégué au second plan. Deux mesures font néanmoins exception. La première concerne la généralisation des cours criminelles départementales. Instituées à titre expérimental par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation pour 2018-2022 et prévue aux nouveaux articles 380-16 à 380-22 du Code de procédure pénale, les cours criminelles départementales ont, malgré de vives critiques, reçu l'approbation du Conseil constitutionnel à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) du 24 novembre 2023⁷. La seconde mesure, prévue à l'article 24 de la loi, autorise l'expérimentation d'un « tribunal des activités économiques » élargissant les compétences de certains tribunaux de commerce en termes de procédures amiables et collectives. Mis à part ces deux nouveautés, il est aisé de constater que cette réforme, se donnant pour objectif de rapprocher les citoyens de la justice, ne prévoit finalement pas de véritable refonte de l'institution judiciaire. Est notamment en cause l'absence d'une approche territoriale de la justice. Par ailleurs, les remaniements gouvernementaux de la fin d'année 2024 et l'attente d'un budget stable pour l'avenir laissent encore une marge d'incertitude. Pour rappel, le projet de loi de finances pour 2025, présenté en conseil des ministres le 10 octobre 2024, prévoyait un raboutage de 480 millions d'euros par rapport à la trajectoire prévue, auxquels 250 millions ont finalement été récupérés par l'ancien garde des

Sceaux Didier Migaud. Le projet de loi de finances pour 2025 laisse quant à lui quelques espoirs en prévoyant une hausse non négligeable des crédits (Juanel, 2025).

- 3 En prenant un peu de recul, il apparaît que l'accumulation des réformes de cette dernière décennie est une réaction « après-coup » face à un décalage persistant entre, d'une part, une tradition jacobine et centralisatrice encore bien ancrée et, d'autre part, une demande sociale appelant plus de proximité et d'ouverture de la justice envers ses justiciables. Cette tension amène à ce que la représentation de la justice soit réévaluée en lui conférant une nouvelle place au sein de la société. À défaut de répondre à ces attentes, celle-ci se voit, à l'instar du régime représentatif moderne, sujette à une crise de confiance. C'est alors que la question de la territorialisation prend toute son importance. Il s'agit d'un processus visant à assurer une implantation uniforme et cohérente de la justice sur le territoire national. Il s'opère par le biais d'une politique de déconcentration visant à donner une plus grande autonomie aux institutions juridictionnelles, par délégation de compétences administratives et de gestion, afin que ces dernières puissent répondre de la manière la plus effective possible aux besoins propres à leurs circonscriptions. Selon cette logique, le principe de territorialisation présente une plus-value sur deux plans principaux. Sur un plan juridique, premièrement, il participe à la satisfaction d'obligations légales et conventionnelles. Il apporte, en effet, une proximité et efficacité managériale essentielle à la bonne exécution des missions de service public incombant à la justice, parmi lesquelles figurent l'accès au droit et l'égal accès à la justice⁸. Par extension, il garantit une bonne administration de la justice, que le Conseil constitutionnel a élevée au rang d'objectif de valeur constitutionnelle⁹ et que la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) qualifie depuis longtemps de principe inhérent à toute société démocratique occupant « une place si éminente qu'on ne saurait la sacrifier à l'opportunité¹⁰ ». À côté des exigences d'indépendance et d'impartialité, ce principe de bonne administration impose la simplicité des règles de compétences, l'intelligibilité, l'efficacité, la gratuité, l'accessibilité ou, pour reprendre l'expression de Jacques Robert, la « familiarité de l'accueil » (Robert, 1995). Ces qualités se répercutent, secondement, sur un plan socio-politique, notamment en termes de légitimité et d'acceptabilité sociale de

la justice¹¹. En effet, la territorialisation permet de placer la justice au plus près des réalités et des demandes de la société au niveau local. Elle renvoie précisément à la notion de service public dans sa fonction sociale. Il en découle à la fois une meilleure qualité de réponse de la part des institutions et un regain de confiance de la part des citoyens faisant face à « une administration qui s'adapte à ses usagers et non l'inverse » (Guinchard, 2008). Elle implique, en somme, une meilleure définition des problématiques propres à chaque territoire et ce, en favorisant des politiques partenariales avec d'autres pouvoirs publics locaux.

- 4 L'intérêt d'une telle approche a été réaffirmé avec force à la suite des États généraux de la justice organisés durant l'année 2021. Le rapport du Comité rendu le 8 juillet 2022 (Sauvé, 2022), présidé par Jean-Marc Sauvé, fait le bilan d'un an d'expertise et de concertation. Ce dernier devait, en effet, servir de modèle pour la réforme du 20 novembre 2023 en préconisant une refonte urgente et en profondeur de l'institution ; laquelle n'a malheureusement pas satisfaite ces ambitions. Ce malentendu est donc l'opportunité de revenir sur la nécessité de développer une véritable territorialisation de la justice en confrontant les apports de la réforme aux possibilités qui étaient envisagées par le Comité. Pour en comprendre les enjeux, certaines données importantes doivent préalablement être rappelées.
- 5 Tout d'abord, il est question de la représentation contemporaine de la justice. Si celle-ci s'incarne aujourd'hui en gardienne indispensable à la démocratie (Garapon, 1996), la difficulté réside alors dans les réponses qu'elle est en mesure de donner face aux attentes de la société. Comme l'a démontré Antoine Garapon, cette difficulté est, de manière synthétique, issue d'une confrontation entre des conceptions politique et philosophique de la justice. Un versant libéral, d'un côté, met l'accent sur l'idée de conflit, sur la contestation individuelle de droits opposés à la puissance publique. Il est une concrétisation de l'État de droit. D'un autre côté, un versant solidariste voit cette dernière comme une possibilité offerte par l'État et à la disponibilité de tous. Elle s'incarne alors en service public. Mais, afin d'honorer cette place, elle doit alors être créatrice de « cohésion sociale » (Vatier, 2000, p. 146). En ce sens, par son implantation territoriale, elle participe à faire du procès un phénomène social (Zenati, 1995, p. 239) et tend à relativiser la vision traditionnelle d'une justice ritua-

lisée et « au-dessus » de ses justiciables. L'institution voit ainsi ses représentations sociales évoluer grâce à ses efforts d'ouverture, d'accessibilité et d'assistance envers les justiciables. En effet, « le corps souffrant de la victime s'est substitué au corps glorieux du souverain », en sorte que « se montrer aux côtés des victimes est une manière de récupérer un peu de ce pouvoir de représentation » (Garapon, Salas, 2007, p. 75). Cette réorganisation des rapports politiques place en outre le pouvoir étatique dans une situation inconfortable : la justice est une fonction souveraine, néanmoins indépendante au regard du principe de séparation des pouvoirs, mais dont l'État, par effet miroir, demeure responsable des dysfonctionnements¹². Cette mise à l'épreuve constante la rend tributaire de la qualité du service qu'elle doit rendre. Comme le relève par exemple le *Rapport au Parlement 2021 pour l'année 2020* du Secrétariat général du ministère de la Justice, « les actions en responsabilité contre l'État du fait d'un dysfonctionnement du service public de la justice constituent un contentieux en forte croissance depuis 2014 » (Secrétariat général du ministère de la Justice, 2021, p. 3). Cette illustration montre donc que la justice ne trouve plus essentiellement sa légitimité dans sa posture de stricte fonction régaliennne, mais plutôt dans sa fonction sociale, c'est-à-dire au regard de sa capacité à répondre aux attentes des citoyens.

- 6 Ensuite, malgré ces mutations, il subsiste un décalage entre l'image contemporaine de la justice et les réformes intentées pour la faire évoluer. Comme évoqué précédemment, ce « phénomène d'échec dans la répétition » (Cadiet, Richer, 2003, p. 86) s'explique à l'origine par la tension entre une conception centralisée et descendante de la justice héritée du gaullisme¹³ et l'affirmation progressive de la justice en tant que contre-pouvoir et intermédiaire entre le justiciable et l'État. Ce basculement a été influencé par un changement plus vaste de paradigme dans les années 1970, que Pierre Grémion a brillamment exposé dans *Le pouvoir périphérique* (Grémion, 1976, p. 283). L'efficacité et la légitimité de l'action publique y sont appréciées à l'aune d'une implantation sur le territoire concrétisée par de nouvelles politiques de décentralisation et de déconcentration. L'action publique devient autrement dit liée à sa territorialité, c'est-à-dire en opérant au sein d'« un espace dynamique de gestion des problèmes publics caractérisé par la diversité des situations, la

contingence des solutions et la variabilité de son emprise géographique » (Durand, 2010, p. 79). Néanmoins, la volonté politique d'insérer la justice dans ce nouveau cadre a été plus tardive et fait encore preuve de résistance. Il faudra attendre l'aube des années 2000, avec le développement de la justice de proximité, pour voir apparaître une volonté politique d'initier « une évolution profonde de la fonction sociale de la justice » (Pellicand, 2007, p. 288). En parallèle, au regard de l'inadéquation entre la répartition des juridictions françaises et les évolutions démographiques, les réformes de la carte judiciaire initiées entre 2007 et 2013 ont tenté, avec plus ou moins de succès, de rationaliser l'implantation territoriale des juridictions et de lutter contre les fameux « déserts judiciaires » (Borvo Cohen-Seat, Détraigne, 2012). Dans cette continuité, le projet d'opérer un rapprochement entre les citoyens et la justice renvoie à une nécessité de coordination entre les instances juridictionnelles et les autres institutions publiques locales. Avec cette approche partenariale, l'idée est de fournir aux citoyens un relais d'information et d'accès à l'institution. C'est précisément dans cette perspective qu'ont été créés les centres départementaux d'accès au droit¹⁴, des points et relais d'accès au droit (PAD/RAD), des maisons de justice et du droit (MJD) et des antennes de justice (AJ), désormais rassemblées sous l'appellation unique de « points-justice ». Une nouvelle lecture de la relation entre la justice et le pouvoir politique s'impose donc (Lejeune, 2007, p. 361-375) qui, à l'instar des autres administrations déconcentrées, introduit au sein de l'institution judiciaire des objectifs modernisés de management public. La justice est évaluée selon des critères de coûts, de délais, mais aussi sur son efficacité et sa capacité à répondre aux attentes des justiciables. La légitimité de sa fonction sociale découle alors de la qualité des prestations fournies

« pour qu'à défaut de consensus, la décision rendue présente par ses caractéristiques propres (clarté et intelligibilité ; argumentation), ou par les conditions qui entourent son élaboration (célérité de la procédure ; respect des principes d'indépendance et d'impartialité ; respect des garanties procédurales dans le cadre du droit à un procès équitable), toutes les qualités d'une décision acceptable par le plus grand nombre » (Bonnotte, 2016, p. 690).

- 7 C'est pour ces raisons que la justice doit poursuivre dans la voie de la territorialisation. Proximité et cohérence territoriale sont indubitablement un moyen de restaurer ce pacte de confiance avec la société. Or, ces objectifs ne sont toujours pas suffisamment pris en compte, voire relégués au second plan, par le pouvoir politique. En effet, de nombreux rapports et projets continuent de réclamer une réforme visant à « remettre le justiciable au centre du système judiciaire » (Guinchard, 2008, p. 181) en opérant « une amélioration de son organisation territoriale [pour] permettre de renforcer son accessibilité et sa proximité pour les justiciables » (Bas, 2017, p. 59). À titre d'exemple, les « chantiers de la justice » pilotés par le Premier ministre Édouard Philippe et la garde des Sceaux Nicole Belloubet en 2018, ou encore le *Rapport du groupe de travail visant à renforcer les relations entre les magistrats du ministère public et les maires* (Berbain, Vicentini, 2023, p. 494-497) ont reformulé ces priorités. Quant au rapport des États généraux de la justice du 8 juillet 2022, ses conclusions et propositions étaient porteuses de grandes ambitions et laissaient envisager un chantier bien plus en profondeur. Il insistait sur la « crise du service public de la justice », décrivant une justice en proie à la défiance et souffrant de « problèmes structurels graves » ne permettant pas de « répondre correctement aux exigences des citoyens » (Sauvé, 2022, p. 29-33). Or, si la Chancellerie annonce s'être largement inspirée des conclusions de ce rapport, d'autres, comme certains parlementaires de l'opposition, en dénoncent plutôt « une traduction approximative » (Canayer, Vérien, 2023) en ayant annihilé les enjeux cruciaux.
- 8 Par-delà les progrès constatés, ces différents éléments mettent en évidence de nombreuses « occasions manquées » (Borvo Cohen-Seat, Détraigne, 2012) de faire évoluer la justice en cohérence avec les exigences liées à sa fonction sociale. L'expérience des États généraux a pourtant montré qu'une territorialisation accrue de la justice, par une déconcentration et une autonomisation mieux définies, serait une voie possible et pertinente de sortie de « crise » pour le service public de la justice. Elle est en cela l'occasion d'opposer des propositions formulées dans le rapport avec le discours de la réforme, afin de mettre en évidence les enjeux manqués d'une véritable modernisation de la justice. Il s'agit, autrement dit, de confronter les ambitions à leurs résultats concrets. En cela, si cette réforme présente certaines

mesures bienvenues, ces dernières manquent d'envergure, restant cantonnées à des domaines ciblés (1). En outre, et malgré les leçons tirées des dernières réformes, elle écarte une fois de plus le véritable problème de fond qu'est celui d'une réorganisation du maillage territorial de la justice (2).

1. Un renforcement encore trop mesuré de l'implantation territoriale de la justice

- 9 L'implantation territoriale de la justice touche directement l'exigence de proximité. Elle s'organise en ce sens selon deux points de vue : d'une part, celui des justiciables, au regard de leur facilité à accéder à la justice et à la juridiction susceptible de résoudre leur litige et, d'autre part, celui des institutions, dans leur manière de répondre au mieux aux besoins du territoire. À ce titre, deux points de la réforme méritent d'être présentés. Le premier concerne le cas de l'outre-mer et les tentatives de contrer les obstacles liés à l'éloignement géographique par le recours aux moyens de communication audiovisuelle (1.1). Le second, quant à lui, touche à la consécration législative des conseils de juridiction (1.2) qui prévoit l'institutionnalisation des partenariats entre élus et magistrats sur tout le territoire.

1.1. Le défi de la proximité à l'épreuve des moyens de communication audiovisuelle : le cas de l'outre-mer

- 10 Au titre des apports de la loi, certaines mesures ont œuvré pour un renforcement du principe de proximité avec, sur le plan juridique, les questions de l'accès au droit et de l'égalité d'accès au service public de la justice. Or, il est d'emblée à noter un manque de réflexion de la part de la présente loi concernant la situation de l'outre-mer. La territorialisation de la justice fait en effet l'objet d'une mise à l'épreuve particulière en raison de la diversité des statuts de ces collectivités. Par souci d'efficacité et d'économie, il a été tenté de corriger les différentes contraintes auxquelles elles doivent faire face par le biais des technologies numériques. Il convient préalablement de revenir

sur une brève présentation du contexte. L'implantation territoriale des tribunaux se heurte souvent à des contraintes insulaires qui mettent en défaut l'objectif de proximité des justiciables par rapport à leurs institutions. Mayotte en est une bonne illustration, car elle est encore la seule collectivité dont le statut est prévu à l'article 73 de la Constitution qui ne constitue pas un ressort de cour d'appel ; la chambre détachée prévue à cet effet se trouvant à Saint-Denis de la Réunion. Un rapport sénatorial préconisait déjà en 2012 la création d'une cour d'appel (Cointat, Desplan, Sueur, 2012) afin de pallier cette carence. Cette nécessité a d'ailleurs été réitérée plus récemment par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), qui dénonçait de surcroît le phénomène plus général d'un maillage territorial toujours « disparate et insuffisant¹⁵ ». Ensuite, l'exemple de la Guyane, où un déséquilibre frappant de la couverture des services administratifs est constaté, illustre lui aussi ces problèmes. La concentration des institutions à Cayenne conduit à des inégalités d'accès à la justice au détriment des populations rurales. La politique de territorialisation est ici clairement mise en échec. Rejoignant le point de vue du Défenseur des droits, la Commission souligne à ce propos, dans un autre avis de 2022, que « le recours au droit est anormalement démobilisé au regard de la taille de la population et continue à faiblir ». Les causes énoncées sont diverses : « éloignement des centres administratifs, coûts induits de la mobilité, tenue aléatoire des permanences administratives, insuffisance des moyens, complexité des conditions d'accès aux droits, ou encore l'augmentation de la fréquentation des guichets administratifs¹⁶ ». Si les réformes de la carte judiciaire visaient précisément à dissiper les « déserts judiciaires », force est de constater que certaines collectivités, à l'instar de la Guyane, n'ont pas bénéficié d'une réflexion aussi soutenue qu'en métropole concernant le maillage territorial de leurs institutions. C'est précisément ce genre de disparités que la territorialisation entend corriger. Tout en considérant les contraintes inhérentes à chaque collectivité, elle vise à minimiser les ruptures d'égalité entre les usagers du service public de la justice sur le territoire national. Par extension, pallier des inégalités dites territoriales revient en réalité à lutter contre des discriminations imputées aux individus qui vivent sur ce territoire. Selon ces présupposés, la territorialisation renvoie directement à notre manière de concevoir l'égalité au sein de notre démocratie. Comme l'explique Dominique

Schnapper, « il va de soi que parler de “handicaps territoriaux” ou de “discriminations territoriales” est une manière d’occulter le fait qu’on introduit des discriminations en faveur non des territoires, mais des personnes qui ont un lien avec ce territoire et qui sont définies socialement par ce lien » (Schnapper, 2002, p. 202).

- 11 La satisfaction de l’exigence de proximité ne saurait ensuite se limiter à un rapprochement exclusivement géographique. L’égalité d’accès à la justice se trouve, depuis quelques années, abordée par le biais du numérique et plus particulièrement par le recours à la télécommunication (Boissavy, Clay, 2006, p. 117). Plus efficace d’un point de vue budgétaire, soit dit en passant, c’est cette solution qui semble avoir été privilégiée par la Chancellerie à l’occasion de la réforme. Il est ici question d’une approche actualisée de la proximité qui dépasse, par définition, les simples contraintes géographiques. Comme le mentionne le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2023-855 DC du 16 novembre 2023, le recours aux communications audiovisuelles est bien une intention du législateur de contribuer à la bonne administration de la justice¹⁷. Sans être expressément relevé par la juge, l’argument se retrouve par ailleurs repris par le gouvernement dans ses observations en défense, qui associe à cela l’objectif de valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics découlant des articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789 (DDHC)¹⁸. Cependant, s’il s’agit d’une alternative bienvenue, celle-ci ne saurait être une solution suffisante. La présente décision a été l’occasion pour la haute juridiction d’en rappeler le cadre et les limites. En examinant si les dispositifs créés s’accompagnent des garanties suffisantes pour les justiciables tirées de l’article 16 de la DDHC, le Conseil a par exemple été amené à formuler deux réserves d’interprétation (Laher, Laporte, 2024, p. 31). Premièrement, le nouvel article 706-79-2 du Code de procédure pénale prévoit la possibilité de réaliser certains interrogatoires et débats en utilisant un moyen de télécommunication audiovisuelle lorsque la compétence de certaines juridictions pénales spécialisées s’exerce sur le ressort de juridictions situées en outre-mer. À ce sujet, le juge rappelle préalablement que, pour les interrogatoires de première comparution et les débats relatifs au placement en détention provisoire, la présence physique reste privilégiée, sauf si le magistrat en charge de la procédure estime nécessaire et justifié le

recours à la télécommunication¹⁹. S'agissant effectivement d'une simple faculté dont dispose le magistrat, il précise alors que la possibilité prévue par ces dispositions doit s'entendre comme s'appliquant seulement en cas de « circonstances exceptionnelles », dûment caractérisées par l'impossibilité physique pour la personne concernée de se présenter devant la juridiction²⁰. À noter de surcroît que si, dans ce cas de figure, un moyen de télécommunication audiovisuelle a été utilisé, la personne mise en examen devra de nouveau être entendue par le juge d'instruction, sans recours à de tels moyens et avant l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de son interrogatoire de première comparution. Secondement, au sein de cette même procédure, se pose la question de l'assistance par un avocat ou un interprète. Le Conseil a rappelé au législateur que, dans un tel cas de figure, ce dernier devait prévoir un ensemble de garanties relatives à « la qualité, la confidentialité et la sécurité des échanges²¹ ». Considérant ces réserves, il en conclut que les dispositions contestées ne portent pas atteinte aux droits de la défense. Ces précisions montrent donc bien que la contrainte liée à l'éloignement géographique ne peut être complètement résolue par l'alternative numérique. Dans une certaine limite, la justice ne peut se passer d'une proximité physique sans entacher la qualité du service ainsi que les obligations constitutionnelles entourant la fonction juridictionnelle.

- 12 En résumé, le cas de l'outre-mer fournit une bonne illustration des points noirs de la territorialisation et du manque d'engagement de la loi de réforme pour trouver des solutions à des problèmes connus et expertisés depuis plusieurs années. L'on voit également que le recours à la communication audiovisuelle peut accompagner l'objectif de proximité, sans pour autant pouvoir le résoudre. La garantie des droits entourant l'accès et le fonctionnement de la justice impose des limites intransgressibles qui ramènent *in fine* aux contraintes d'ordre géographique. Pour l'outre-mer, l'inégale implantation territoriale des juridictions liées aux spécificités propres à chaque collectivité reste problématique et dissimule toujours une conception fragile de l'égalité d'accès à la justice.

1.2. La consécration législative des conseils de juridiction : une politique partenariale enfin concrétisée

13 Sous un angle plus institutionnel, l'implantation territoriale des juridictions se voit incrémentée par la pérennisation de nouvelles instances que sont les conseils de juridiction. L'article 38 de la loi de 2023 les hisse au niveau législatif et rétablit à ce titre la participation des parlementaires élus d'une circonscription, à raison d'un membre par assemblée parlementaire. Pour rappel, cette participation, initialement prévue aux articles R. 212-64 et R. 312-85 du Code de l'organisation judiciaire, en vertu du décret du 26 avril 2016²², avait été rendue incompatible avec les dispositions de la loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique qui créait l'article LO 145 du Code électoral. Cette dernière prévoyait que la participation d'un député ou d'un sénateur à une institution ou organisme extérieur ne pouvait être prévue que par la loi. Si, par la suite, le décret du 30 août 2019²³ a abrogé lesdites dispositions réglementaires, ouvrant donc de nouveau les conseils de juridiction aux parlementaires, le flou généré s'est répercuté sur une faible mobilisation en pratique. L'opportunité pour ces conseils de démontrer leur intérêt s'est ainsi vue entravée dès leur création, alors qu'ils représentaient « l'instance idoine au dialogue institutionnel de proximité entre les parlementaires et tous les acteurs de la justice » (Bonnecarrère, 2022, p. 131). La dernière réforme tente alors de régulariser la situation. En les insérant dans la loi, elle donne un nouveau souffle à cette initiative. Le Conseil d'État, dans son avis du 3 mai 2023, a également accueilli favorablement cette consécration²⁴. Reprenant la formulation de 2016, il rappelle à son tour que les conseils de juridiction incarnent des « lieux d'échanges et de communication entre la juridiction et la cité²⁵ », impliquant à la fois les juridictions judiciaires²⁶ et administratives²⁷. Enfin, séparation des pouvoirs oblige, la loi prévoit que ces conseils n'exercent aucun contrôle sur l'activité juridictionnelle ou sur l'organisation des juridictions ni n'évoquent les affaires individuelles dont elles sont saisies.

14 Deux précisions sur cette législation sont néanmoins nécessaires. Premièrement, le gouvernement avait initialement fait le choix de

limiter la participation aux conseils de juridiction à un député et un sénateur par circonscription. Marquant un recul par rapport à la législation réglementaire antérieure²⁸, un amendement en commission des lois est venu supprimer cette limite. Également, en référence aux propositions du rapport d'information du sénateur Philippe Bonnecarrère (Bonnecarrère, 2022), ont été créés, une fois de plus par amendement, des conseils de la Cour de cassation, du Conseil d'État, des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs (Canayer, Vérien, 2023, p. 164). Cette extension bienvenue marque un effort important dans l'ancrage des politiques partenariales entre les juridictions, les élus nationaux et locaux, avec en premier chef, en raison de la nature de leur mandat, l'implication des sénateurs. Coprésidés par le premier président de la cour d'appel et le procureur général, ces conseils rassemblent plus largement des représentants locaux de l'État, des collectivités territoriales, de l'administration pénitentiaire, de la protection judiciaire de la jeunesse, des personnes participant aux missions de service public auprès des juridictions, des bâtonniers des ordres des avocats du ressort et de représentants des autres professions du droit, des représentants d'associations ainsi que des représentants des conciliateurs de justice²⁹.

- 15 Secondement, la question qui se pose désormais est celle de la participation des élus et, plus largement, de la plus-value que pourrait apporter cette interface entre le territoire et le niveau national. En effet, les dispositions du Code de l'organisation judiciaire et du Code de justice administrative, telles qu'issues de l'article 38 de la loi, précisent que les députés et les sénateurs élus dans une circonscription située dans le ressort des tribunaux judiciaires ou administratifs « sont invités à participer au conseil de juridiction ». La formalisation de cette obligation par le législateur présente ainsi une certaine structure ouverte : s'agit-il d'une obligation d'invitation, de participation, ou les deux ? Par ailleurs, l'exposé des motifs de la loi semblait plus explicite selon les situations. L'article 12 prévoyait, en effet, la participation des parlementaires aux conseils de juridiction « en fonction de leur ordre du jour ou lorsque leur consultation est requise de droit, notamment pour d'éventuels projets de spécialisation départementale de certains tribunaux judiciaires ou d'ajout de compétences au profit des chambres de proximité³⁰ ». Ces précisions auraient donc pu formaliser un peu plus l'activité des conseils.

D'autant plus qu'au regard de la confusion générée à leur création, elles auraient peut-être permis de mesurer plus précisément l'effectivité des actions mises en œuvre depuis la réforme.

- 16 Cette consécration législative apparaît donc bienvenue sur le principe. L'effort témoigné, dans un temps long, de développer une politique de coordination des actions au niveau local afin d'identifier les problématiques et besoins spécifiques à chaque circonscription n'est pas négligeable. Ces conseils illustrent parfaitement l'approche partenariale nécessaire au développement de la territorialisation de la justice. Cependant, ils illustrent, par la même occasion, la timidité du législateur à vouloir résoudre des problèmes sans cesse réitérés au gré des dernières lois de réforme de la justice. Les nouveautés présentées ne peuvent témoigner pleinement de leur plus-value pour la justice que dans le cadre d'une réforme plus vaste. Le véritable enjeu renvoie toujours à une problématique plus centrale et fondamentale qui est celle du maillage territorial de la justice.

2. Un problème de fond écarté : la réorganisation du maillage territorial des juridictions

- 17 Une approche territorialisée de la justice, rompant avec le modèle hiérarchique traditionnel de la Chancellerie, exige de laisser une plus grande marge de manœuvre à des « politiques juridictionnelles » locales, « c'est-à-dire celle des tribunaux engagés à définir, de façon contractuelle, avec leurs différents partenaires locaux, des politiques de justice susceptibles d'impliquer de nouvelles territorialisations » (Commaille, 1999, p. 258). Si de nombreuses réflexions et tentatives de réformes ont été intentées ces dernières années, celles-ci peinent encore à se concrétiser et se généraliser. À ce propos, deux raisons peuvent être avancées : la première est le manque de continuité entre les dernières réformes qui se sont succédé ; la seconde est l'absence d'une réorganisation du maillage territorial pour les concrétiser. Tout est question d'adéquation. L'autonomisation des juridictions est tributaire de leur implantation dans le paysage politico-administratif local. Si la loi de 2019 a entendu sauter le pas avec la création des réseaux de juridictions, la présente réforme, outre l'augmentation du

budget de la justice, ne semble pas s'inscrire véritablement dans cette continuité (2.1). Plus encore, les enjeux mis en avant par le rapport « Sauvé » attestent d'un manque de réflexion de fond relative à la question d'un remaillage territorial autour des circonscriptions judiciaires et administratives (2.2).

2.1. Une continuité contrastée dans l'établissement des réseaux de juridictions depuis 2019

- 18 La question de la territorialisation de la justice, affirmée à ses débuts avec les réformes de la carte judiciaire, a mis en évidence la tension précédemment présentée entre la tradition jacobine et les nouveaux enjeux de l'action publique exigeant « l'adaptation des administrations centrales à la nouvelle discipline de la déconcentration » (Cour des comptes, 2003, p. 9). Malgré les réformes de 2008 et de 2013, le simple fait que les problèmes soient encore aujourd'hui reformulés laisse entendre que la solution est ailleurs. La tâche n'est pas aisée. Elle exige de prendre en considération des difficultés aussi pratiques que juridiques dans l'optique de concilier le respect de l'égalité d'accès pour les justiciables au service public de la justice, l'exigence de bonne administration de la justice, tout en rationalisant l'implantation des juridictions. Le processus de territorialisation se décline en deux aspects se rassemblant autour d'une même finalité : d'une part, le découpage en circonscriptions opéré par la carte judiciaire ; d'autre part, les tentatives de correction des imperfections qui en résultent, à travers de nouvelles politiques de gestion à destination des juridictions. Le projet d'établissement des réseaux de juridiction en 2019 permet, en quelque sorte, de comprendre l'aporie inhérente aux réformes de la carte judiciaire. Revenir brièvement sur les problématiques posées à cette époque permet de mieux comprendre les enjeux qui s'imposent aujourd'hui.
- 19 Tout d'abord, la position du Conseil d'État à l'époque est évocatrice des limites des réformes intentées³¹. La haute juridiction effectue son contrôle en appréciant le cadre global d'une réforme nationale. Inséré dans le contentieux des décrets, le contrôle opéré s'effectue *a minima*, selon la technique de l'erreur manifeste d'appréciation³². Comme ont pu le noter certains commentateurs, « l'étiquette ou le

label “d’intérêt général” apposé par les gouvernants n’est pas discuté sur son principe même, mais adopté par le juge comme une hypothèse non discutable » (Touzeil-Divina, 2010, p. 398). Ainsi, malgré les imperfections, ce dernier considère que, même si l’éloignement des tribunaux de certains justiciables implique nécessairement une discrimination, celle-ci ne saurait contrebalancer les avantages induits par la réforme globale. Pour surmonter ces lacunes, la confrontation des intérêts nationaux et locaux aurait demandé un contrôle au-delà des seules erreurs manifestes d’appréciation qui se cantonnent, par définition, aux erreurs évidentes ou impossibles à ignorer. À ce titre, le juge a tout de même relevé certaines incohérences manifestes liées à des contraintes géographiques en annulant la suppression ou le rattachement de certains tribunaux³³. Mais, quoi qu’il en soit, l’approche nationale est privilégiée sur l’approche territoriale de la réforme.

- 20 Encore une fois, c’est l’opportunité des réformes qui interroge, notamment autour d’une question cruciale : « Comment organiser les différentes juridictions, *i. e.* le maillage judiciaire, pour qu’elles puissent assurer aussi bien l’équité devant la loi, une mission de service public, une meilleure connaissance par les justiciables de la loi que le dynamisme des territoires ? » (Cahu, 2015, p. 5). Comme évoqué précédemment, la politique de proximité développée au début des années 2000 avec les maisons de la justice et du droit³⁴ a marqué une volonté de « remailler » le territoire en instaurant des partenariats avec les maires et les chefs de juridiction. En partie façonnée autour des « zones grises » de la carte judiciaire, la justice de proximité a réussi à combler certaines lacunes concernant l’information et l’accès au droit en inscrivant la politique de la justice au cœur de la ville. L’enjeu en termes de légitimité s’avère décisif, car ces politiques de ville sont précisément venues, à cette époque, répondre à une crise de l’institution judiciaire. Elles entendaient en effet corriger « le manque de flexibilité de la carte judiciaire face aux nouvelles réalités démographiques, le sentiment d’impunité découlant des classements sans suite dans le cadre d’infractions de petite gravité » et répondre à « la volonté d’augmenter le taux de réponse judiciaire » (Lejeune, 2007, p. 362). Malgré les progrès constatés, des stigmates perdurent en raison d’un décalage persistant entre le discours politique des réformes (la justice telle qu’elle est *prescrite*) et

les difficultés pratiques qu'éprouvent les justiciables au quotidien (la justice telle qu'elle est *vécue*). C'est donc bien dans ce cadre que la fonction sociale de la justice, par son implantation territoriale, prend tout son intérêt et dévoile ses faiblesses. Car la carte judiciaire ne parvient pas, à elle seule, à résoudre le problème de la territorialisation de la justice ou, de manière plus pragmatique pour le justiciable, la question du lieu de son procès (Cadiet, Richer, 2003, p. 263).

- 21 Par la suite, afin d'éviter une nouvelle réforme de la carte judiciaire, les « Chantiers de la justice » de 2018 préconisaient déjà une nouvelle architecture avec, par exemple, l'idée des réseaux de juridictions. Il y était proposé, d'une part, la création de cours d'appel régionales et de cours d'appel territoriales, voyant leurs ressorts redessinés à partir des données démographiques, économiques et sociales du territoire afin de mieux répartir la masse du contentieux. Au niveau des départements, d'autre part, il était prévu de remplacer tribunaux d'instance et tribunaux de grande instance par une architecture fondée sur un tribunal judiciaire par département avec un ou plusieurs tribunaux de proximité (Deharo, 2018). Cette autonomisation relative des juridictions sur le plan local visait, en d'autres termes, à proposer une organisation plus propice à répondre aux besoins inhérents aux disparités territoriales de la France. En somme, elle s'est présentée comme la première tentative de réforme moderne voulant insérer la justice dans une vision moins verticale par rapport à son ministère et poursuivre le chemin tracé vers une lecture plus « moderne » et « réaliste » de la déconcentration. Si l'intention était louable en raison de son caractère facultatif (à chaque territoire son schéma d'organisation), et donc de son adaptabilité, cette réorganisation relativement complexe des contentieux s'est heurtée, comme souvent, à une carence en moyens humains et budgétaires (Vanhasbrouck, 2022, p. 992). Il semble néanmoins que l'alternative proposée a non seulement confirmé le caractère central des questions de territorialisation pour réformer la justice mais aussi invité à poursuivre les réflexions vers de nouvelles formes de territorialisation. C'est ainsi que l'on retrouve une logique similaire dans le rapport rendu par le comité des États généraux de la justice en 2022 qui va, à son tour, choisir de prendre le problème à bras-le-corps en faisant le choix de la rationalisation et de la lisibilité.

2.2. Le problème persistant de la non-concordance des circonscriptions judiciaires et administratives

- 22 Le véritable problème réside, finalement, dans l'organisation déconcentrée du ministère et, plus particulièrement, dans la non-concordance entre les cartes judiciaire et administrative. Héritage historique de la tradition bureaucratique française, elle est la marque de « l'exceptionnalité de la justice inscrite dans l'espace » (Commaille, 2000, p. 60). À son tour, le rapport des États généraux de la justice plaide pour une réorganisation territoriale. Point noir de la territorialisation de la justice, cette non-concordance emporte « de nombreuses et graves conséquences sur le pilotage territorial de la justice, sur l'efficacité et la cohérence de sa gestion » (Sauvé, 2022, p. 24). L'idée n'est alors pas de revoir la carte judiciaire, en supprimant par exemple certaines cours d'appel, mais de réajuster leur ressort respectif, en faisant « coïncider le ressort de l'administration des juridictions avec celui des régions de droit commun et avec la carte des directions et délégations interrégionales du secrétariat général du ministère de la Justice, de l'administration pénitentiaire et de la protection judiciaire de la jeunesse » (*ibid.*, p. 157). En instaurant des « régions judiciaires », on voit d'ailleurs réapparaître un vocable qui a accompagné dans les années 1980 et le début des années 2000 les réformes de la décentralisation : une logique de subsidiarité et un mécanisme de « chef de file » appliqués aux juridictions au service d'une déconcentration marquée par une plus forte autonomie en matière de gestion administrative et budgétaire. Même si ces idées resteront, pour quelques années du moins, de l'ordre de la prospective, elles ont le mérite d'offrir de réelles perspectives pour une réorganisation en profondeur, et sont guidées, rappelons-le, par un an d'enquêtes et d'expertises. Sans reprendre les dispositions du rapport dans les détails, un résumé de ses lignes directrices permet d'en saisir les opportunités, au regard de la volonté d'insuffler de « nouvelles méthodes de travail en rupture avec la tradition judiciaire » (*ibid.*, p. 163).
- 23 À l'échelle régionale, d'abord, chaque région judiciaire doit bénéficier « d'un budget opérationnel de programme ». Cette rationalisation

s'opère avec la création d'un « secrétariat général de la région judiciaire » (*ibid.*, p. 160) regroupant les services administratifs régionaux actuels auprès des seuls chefs de régions judiciaires. Cette logique managériale entend uniformiser des pratiques et des politiques au sein de chaque circonscription, accompagnée d'une plus grande autonomie de gestion (notamment en termes de marchés publics, d'immobilier ou d'informatique) et du développement des pratiques de contrôles internes. Sans renier cependant la logique de déconcentration, cette autonomisation vise à maintenir une relation de confiance avec le pouvoir central en instaurant des contrats d'objectifs et de performance entre la direction des services judiciaires et les chefs des régions judiciaires. Encore marginale au sein de l'institution, la logique du dialogue de performance, rendant compte des actions engagées, des moyens mobilisés et des résultats obtenus, replacerait l'organisation judiciaire dans un schéma actualisé au regard des nouvelles pratiques de valorisation de la gestion publique locale (*ibid.*, p. 162). Au niveau départemental, ensuite, est proposée la désignation de présidents de cour et de procureurs de la République « chefs de file » dans les départements dotés de plusieurs tribunaux judiciaires, afin de représenter les juridictions auprès des administrations locales et des autres partenaires. Selon une logique de subsidiarité, cette mise en cohérence aurait l'avantage d'une meilleure coordination des politiques juridictionnelles des tribunaux au sein de leurs circonscriptions et de poursuivre concomitamment le mouvement de contractualisation entre les pouvoirs publics pour ainsi réduire le décalage entre l'organisation judiciaire et celle des autres administrations. Sous l'effet de cette responsabilisation, ce serait autrement dit l'essor des politiques partenariales menées par l'institution judiciaire avec les services de l'État (police, gendarmerie, préfectures) et les collectivités territoriales qui prendrait un nouvel élan.

24 Plus concrètement,

« la réforme consiste à désigner, dans les 48 départements comportant au moins deux tribunaux judiciaires, l'un des présidents et l'un des procureurs de la République, chefs de file départementaux. Chacun dans leur périmètre respectif, ces derniers se verraient chargés de représenter l'ensemble des juridictions du

département auprès des administrations publiques et des partenaires et d'interagir avec eux » (*ibid.*, p. 163).

- 25 Finalement, par relation de cause à effet, cette nouvelle architecture de la déconcentration ambitionne de rendre les juridictions un peu plus « maîtresses de leur destin » (Boissavy, Clay, 2006, p. 95) et d'inscrire la justice dans une perspective d'évolution plus propice à l'exercice de ses missions. Si la circulaire du ministère de la Justice du 6 décembre 2023 semblait louer la contribution des États généraux de la justice en présentant une loi s'inspirant « largement de ce dialogue démocratique sans précédent³⁵ », le résultat n'a malheureusement pas été fidèle aux attentes qui lui ont été portées. Le manque de lisibilité de l'organisation déconcentrée du ministère de la Justice ne semble pas avoir été véritablement corrigé, même si des pistes concrètes de réflexion lui ont été données. Pour la justice, la mise à l'épreuve continue et, pour l'heure, il semble que l'échéance soit une énième fois retardée... Comme l'a fait remarquer le rapport parlementaire relatif au projet de loi :

« Moins d'un an et demi après l'adoption de deux lois visant à restaurer la confiance des Français dans la justice, il est apparu nécessaire au gouvernement de légiférer à nouveau "pour rendre la justice plus rapide, plus efficace, plus protectrice et plus proche de nos concitoyens" [...]. La commission estime que, contrairement à ce qu'indique le gouvernement, ces deux projets de loi ne constituent qu'une traduction approximative des conclusions du comité des États généraux de la justice. » (Canayer, Vérien, 2023, p. 7)

- 26 Pour la sénatrice Agnès Canayer, le constat est amer : « La montagne des États généraux de la justice semble donc avoir accouché d'une souris législative » (*ibid.*, p. 221). La modernisation de la justice reste à parachever tout en poursuivant le même objectif (pourtant simple ?), que nous rappelait Jean-Paul Jean :

« L'idée centrale d'une véritable modernisation de la justice est simple : il faut adapter les réponses de la justice aux réalités locales, soutenir et donner confiance aux acteurs sur des projets qui s'intègrent dans une continuité mesurant régulièrement les progrès effectués dans la qualité des réponses aux citoyens. » (Jean, 2014, p. 12)

BIBLIOGRAPHIE

- BAS P. (dir.), 2017, *Cinq ans pour sauver la justice !*, Sénat, rapport d'information n° 495
- BERBAIN H., VICENTINI J.-P., 2023, « Les 30 propositions visant à renforcer la relation entre les magistrats du ministère public et les maires », *AJCT*, n° 9, p. 494-497
- BOISSAVY M., CLAY T., 2006, *Reconstruire la justice*, Paris, Odile Jacob
- BONNECARRÈRE P., 2022, *Judiciarisation de la vie publique : le dialogue plutôt que le duel*, Sénat, rapport d'information n° 592
- BONNIFAY T., 2024, « Exit le jury populaire, la tradition ne fait pas le principe », *AJ pénal*, n° 2, p. 92
- BONNOTTE C., 2016, « L'acceptabilité sociale est-elle un indice de la qualité de la justice administrative », *Revue française d'administration publique*, n° 159, p. 689-700
- BORVO COHEN-SEAT N., DÉTRAIGNE Y., 2012, *La réforme de la carte judiciaire : une occasion manquée*, Sénat, rapport d'information n° 662
- BOTTON A., 2024, « Le jury populaire, tradition républicaine pour accusé privilégié », *RSC*, n° 2, p. 433
- CADIET L., RICHER L. (dir.), 2003, *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, PUF
- CAHU E., 2015, « De la réforme de la carte judiciaire ou l'instrumentalisation de critères objectifs au service d'un nouveau rapport scalaire au pouvoir », *Annales de géographie*, n° 701, p. 5-30
- CANAYER A., VÉRIEN D., 2023, *Rapport sur le projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la Justice 2023-2027*, Sénat, n° 660
- COINTAT C., DESPLAN F., SUEUR J.-P., 2012, *Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis*, Sénat, rapport d'information n° 675
- COMMAILLE J., 2000, *Territoires de justice : une sociologie politique de la carte judiciaire*, Paris, PUF
- COMMAILLE J., 1999, « La déstabilisation des territoires de justice », *Droit et société*, n° 42-43, p. 239-264
- COUR DES COMPTES, 2003, *La déconcentration des administrations et la réforme de l'État*, rapport au Président de la République
- DEHARO G., 25 janvier 2018, « Chantiers de la justice : adaptation à l'organisation judiciaire ? », *Dalloz actualité*
- DURAND P., 2010, *Penser l'action publique*, Paris, LGDJ
- FIORINI B., 2023, « Le jury, "Dieu merci". Cinq propositions de QPC pour lutter contre les cours criminelles départementales », *Lexbase pénal*, n° 61
- GARAPON A., 2000, « La justice, point aveugle de la théorie politique française ? », dans *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, p. 53-63
- GARAPON A., 1996, *Le gardien des promesses : le juge et la démocratie*, Paris, Odile Jacob

- GARAPON A., SALAS D., 2007, « La victime plutôt que le droit », *Esprit*, n° 11, p. 74-82
- GRÉMION P., 1976, *Le pouvoir périphérique*, Paris, Seuil
- GUINCHARD S., 2008, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Paris, La Documentation française
- HOURQUEBIE F., 2022, « Les dysfonctionnements de la justice et les gages de l'État », *Délibérée*, n° 16, p. 33-38
- HOURQUEBIE F., 2010, *Le pouvoir juridictionnel en France*, Paris, LGDJ
- JEAN J.-P., 2014, « Moderniser la justice », *Après-demain*, n° 30, p. 9-12
- JUANEL P., 7 février 2025, « Le budget 2025 adopté, la justice retrouve quelques moyens », *Dalloz actualité*
- LAHER R., LAPORTE C., 2024, « Constitutionnalité de la réforme sous réserve d'interprétation », *Procédures*, n° 2, p. 31-32
- LEJEUNE A., 2007, « Justice institutionnelle, justice démocratique. Clercs et profanes. La maison de justice et du droit comme révélateur des tensions entre des modèles politiques de justice », *Droit et société*, n° 66, p. 361-375
- LEMERCIER K., MERCIER F., 6 septembre 2022, « Rapport du comité des États généraux de la justice : propositions pour une réforme de la justice économique », *Dalloz actualité*
- PELLICAND A., 2007, « Les juges de proximité en France, une réforme politique ? Mobilisations et usages de la notion de proximité dans l'espace judiciaire », *Droit et société*, n° 66, p. 275-293
- ROBERT J., 1995, « La bonne administration de la justice », *AJDA*, n° spécial, p. 117-132
- SAUVÉ J.-M., 2022, *Rendre justice aux citoyens, rapport du comité des États généraux de la justice (octobre 2021-avril 2022)*
- SECRETARIAT GÉNÉRAL DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE, 2021, *Rapport au Parlement 2021 pour l'année 2020*
- SCHNAPPER D., 2002, *La démocratie providentielle. Essai sur l'égalité contemporaine*, Paris, Gallimard
- TOUZEIL-DIVINA M., 2010, « La redistribution des cartes... judiciaires », *AJDA*, n° 7, p. 398-403
- VANHASBROUCK R., 2022, « La polarisation géographique des contentieux dans un ressort judiciaire », *Revue française d'administration publique*, n° 184, p. 989-993
- VATIER B., 2000, « La justice est-elle un service public ? », dans *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, p. 146-158
- VERPEAUX M., 2024, « Censures limitées de la loi d'orientation et de programmation du ministère de la Justice », *AJDA*, n° 7, p. 397
- ZENATI F., 1995, « Le procès, lieu du social », *Archives de philosophie du droit*, n° 39, p. 239-247

NOTES

- 1 Sénat, « Comptes rendus de la délégation aux collectivités territoriales », 17 février 2022.
- 2 Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF n° 0269, 19 novembre 2016.
- 3 Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JORF n° 0071, 24 mars 2019.
- 4 Loi n° 2021-1728 et loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, JORF n° 0298, 23 décembre 2021.
- 5 Sur ce point, voir M. Troper, « Les discours de la réforme » dans Cadiet, Richer, 2003, p. 31.
- 6 Loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la Justice 2023-2027, JORF n° 0269, 21 novembre 2023.
- 7 Cons. const., 24 novembre 2023, n° 2023-1069/1070 QPC, M. Sékou D. et autre [Cours criminelles départementales]. Dans la présente décision, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution l'absence de jury au sein des cours criminelles départementales. Par le biais d'une motivation peut convaincante, il a notamment écarté l'idée, défendue par les requérants, de reconnaître l'intervention d'un jury pour juger les crimes de droit commun en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République. Voir Fiorini, 2023 ; Botton, 2024, p. 61 ; Bonnifay, 2024, p. 92.
- 8 Art. L. 111-2 du Code de l'organisation judiciaire : « Le service public de la justice concourt à l'accès au droit et assure un égal accès à la justice. »
- 9 Cons. const., 28 décembre 2006, n° 2006-545 DC, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, consid. 24.
- 10 Cour EDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c/ Belgique*, n° 2689/65, § 25.
- 11 Cette dernière étant entendue comme « la faculté des institutions juridictionnelles à remplir correctement la mission qui leur est impartie ainsi que le degré de confiance des citoyens, des justiciables et de la communauté des juristes dans ces institutions » (Bonnotte, 2016, p. 692).
- 12 Désormais généralisé à l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire, ce régime de responsabilité n'est pas récent. Du côté de la juridiction

administrative, à la suite du mouvement lancé par la jurisprudence *Darmont* (Cons. État, ass., 29 décembre 1978, *Darmont*, *Recueil Lebon* p. 542), c'est avec la jurisprudence *Magiera* (Cons. État, ass., 28 juin 2002, *Ministre de la justice c/ Magiera*, *Recueil Lebon* p. 247) que la démocratisation du contentieux a commencé et que la justice s'est vue véritablement soumise à un contrôle de qualité et d'efficacité dans l'exercice de ses missions. Pour une réflexion d'ensemble, voir Hourquebie, 2022, p. 33-38.

13 Comme l'a très bien démontré Jacques Commaille, « la territorialisation de la fonction de justice participait en 1958 d'une entreprise plus générale consistant à faire entrer la France dans la modernité, ce qui passait, en référence à la doctrine gaulliste, par un renforcement de l'État et de ses institutions », selon une logique « linéaire, unilatéral[e] et descendant[e], de son élaboration à sa mise en œuvre » (Commaille, 1999, p. 244 et p. 242).

14 Loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, *JORF* n° 296, 22 décembre 1998.

15 CNCDH, 22 juin 2017, « Avis sur l'accès au droit et à la justice dans les Outre-mer », p. 18.

16 Défenseur des droits, 2 mars 2017, « Avis sur l'accès au droit et aux services publics en Guyane » ; CNCDH, 24 mars 2022, « Avis sur l'accès aux droits et les non-recours », p. 40.

17 Cons. const., 16 novembre 2023, n° 2023-855 DC, *Loi d'orientation et de programmation du ministère de la Justice 2023-2027*, consid. 76.

18 Cons. const., 28 décembre 2006, n° 2006-545 DC, précit., consid. 24.

19 Voir, Cons. const., 15 janvier 2021, n° 2020-872 QPC, M. Krzysztof B. [*Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire*], consid. 9 ; Cons. const., 4 juin 2021, n° 2021-911-919 QPC, M. Wattara B. et autres [*Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire II*], consid. 9.

20 Cons. const., 16 novembre 2023, n° 2023-855 DC, précit., consid. 78.

21 *Ibid.*, consid. 80 à 82.

22 Décret n° 2016-514 du 26 avril 2016 relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges et à la déontologie des juges consulaires, art. 9.

23 Décret n° 2019-912 du 30 août 2019, modifiant le Code de l'organisation judiciaire et pris en application des articles 95 et 103 de la loi n° 2019-222 du

23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JORF n° 0203, 1^{er} septembre 2019.

24 Cons. État, avis, 3 mai 2023, *Projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la Justice 2023-2027*, n° 406855.

25 *Ibid.*

26 Art. L. 212-9 et L. 312-9 du Code de l'organisation judiciaire.

27 Art. L. 221-2-2 et L. 221-3-1 du Code de justice administrative.

28 Anciennement, art. R. 212-64 et R. 312-85 du Code de l'organisation judiciaire.

29 Voir nouvel art. R. 312-85 du Code de l'organisation judiciaire.

30 Exposé des motifs, *Orientation et programmation du ministère de la Justice 2023-2027*, texte n° 569 (2022-2023), déposé au Sénat le 3 mai 2023.

31 Cons. État, 19 février 2010, *M. Pierre M. et autres*, n° 322407 ; *Ordre des avocats du barreau de Montluçon et autres*, n° 315700 ; *Ordres des avocats du barreau de Moulins, Commune de Moulins*, n° 315813.

32 Cons. État, 3 février 1975, *Ministre de l'Intérieur c/ Sieur Pardov*, n° 94108.

33 Dans ses trois arrêts, en effet, le Conseil d'État demande la rectification du décret du 15 février 2008 visant à supprimer le tribunal de grande instance (TGI) de Moulins et rattacher son ressort au TGI de Cusset et les décrets du 6 mars 2008 décidant du transfert de Moulins à Cusset du siège du tribunal pour enfant et du tribunal d'application des peines. En l'espèce, lesdits décrets sont déclarés entachés d'erreur manifeste d'appréciation, compte tenu, d'une part, de la distance importante séparant ces villes, d'autre part de la présence, à Moulins, chef-lieu du département de l'Allier, de services de l'État et du conseil général, dont le concours est nécessaire au bon fonctionnement de la justice, et de la proximité immédiate de cette commune, ainsi que d'un établissement pénitentiaire de près de 300 places. Voir Cons. État, 19 février 2010, n° 322407, n° 315700 et n° 315813, précit.

34 Décret n° 2001-1009 du 29 octobre 2001 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et relatif aux maisons de justice et du droit.

35 Ministère de la Justice, circulaire SG-2023-001-CABSG du 6 décembre 2023, *Présentation de la loi d'orientation et de programmation pour le ministère de la Justice 2023-2027*.

RÉSUMÉ

Français

À la suite de l'expertise des États généraux de la justice, dont le rapport a été remis le 8 juillet 2022, l'arrivée de la loi d'orientation et de programmation du ministère de la Justice 2023-2027 était porteuse de grandes ambitions. Réitérant le constat d'une « crise » du service public de la justice, fruit de deux années d'analyses de terrain, le rapport s'évertuait à proposer une véritable réforme de fond du paysage politico-administratif dans lequel évolue aujourd'hui la justice. Néanmoins, l'entrée en vigueur de la loi laisse un constat mitigé en ce qu'elle élude en grande partie le thème, pourtant crucial, de la territorialisation de la justice.

INDEX

Mots-clés

justice, territorialisation, carte judiciaire, États généraux de la justice, service public de la justice

AUTEUR

Julien Marguin

Maître de conférences en droit public à l'Université Reims Champagne-Ardenne, Centre de recherche droit et territoire (CRDT) ; julien.marguin@univ-reims.fr

Sport professionnel et religion : les liaisons dangereuses

Emmanuelle Bornet

PLAN

1. À la recherche des fondements juridiques de l'interdiction du *hijab* aux athlètes françaises concourant aux Jeux olympiques et paralympiques
 - 1.1. Les disharmonies françaises de la neutralité du sport
 - 1.2. L'harmonisation des comportements pour prévenir de potentiels troubles au « bon fonctionnement du service public » du sport
2. Une pierre supplémentaire apportée à l'édifice du service public du sport ?
 - 2.1. Des enjeux politiques transcendant temporairement les enjeux sportifs *stricto sensu*
 - 2.1.1. Les Jeux olympiques, outil d'instrumentalisation politique ?
 - 2.1.2. La mobilisation d'un autre principe : le sport, nouveau parangon du « vivre-ensemble » ?
 - 2.2. Une réglementation de la laïcité dans le sport au milieu du gué

TEXTE

1 Nul besoin d'aller consulter la Pythie avant les manifestations olympiques de 2024 pour connaître la réponse à la question de savoir si l'on y verrait des sportives françaises voilées : le 24 septembre 2023¹, presque un an avant les Jeux, la ministre française chargée des Sports, Amélie Oudéa-Castera, s'était promptement chargée de dissiper les ténèbres qui entouraient le sort du port de signes religieux dans le stade ; les athlètes de la délégation française ne porteraient pas le voile lors de la quinzaine olympique et paralympique, avait-elle indiqué en conférence de presse. L'annonce avait d'emblée fait les gorges chaudes de la presse généraliste ; il faut dire que cette décision d'interdire le voile à toutes les athlètes françaises concourant aux Jeux paraissait de prime abord particulièrement attentatoire à leur liberté d'expression. Cette appréciation très stricte de la neutralité religieuse recueillait malgré tout quelques faveurs au sein d'une presse spécialisée, un peu indécise néanmoins.

2 **Des dieux de l'Olympe aux dieux du stade**

La séparation de la religion et du sport au cours des Jeux olympiques ne s'impose pas spontanément à l'esprit. Outre l'évocation de liens indissolubles entre les deux activités dans la mythologie grecque², les premiers Jeux panhelléniques étaient avant tout le cadre privilégié de grandes fêtes religieuses (parmi eux, les Jeux olympiques à Olympie étaient célébrés en l'honneur de Zeus). Ce *modus operandi*, ayant débuté au cours du VIII^e siècle av. J.-C.³ et opposant *ab initio* des aristocrates des grandes cités grecques antiques concourant non pour la beauté du sport, mais pour la victoire, perdurera plus de mille ans, les cérémonies religieuses, qui précèdent les jeux sportifs, demeurant du reste prédominantes dans le programme des Jeux (Finley, Pleket, 2004).

3 Lors de la redécouverte de l'olympisme par le Français Pierre de Coubertin, fondateur du Comité international olympique (CIO) en 1894, les fondements religieux antiques cèdent la place à des valeurs moins séculaires, résolument plus modernes (Coubertin, 1894, p. 194). L'ostentation religieuse des premiers jeux antiques est très éloignée des valeurs nouvelles prônées par le baron, pour qui l'olympisme est avant tout « un moyen pour populariser les exercices physiques et promouvoir le sport dans les établissements scolaires français » (Étienne, Étienne, 2004, p. 33). Les Jeux olympiques modernes sont plutôt ceux où « les jeux du corps complètent ceux de l'esprit » ; il faut désormais préférer le culte du corps au culte tout court. Aussi les valeurs traditionnelles de l'olympisme sont-elles peu à peu innervées par les valeurs républicaines⁴, au nombre desquelles on retrouve l'égalité – essentielle pour mener à bien l'objectif cardinal de paix entre les peuples et les communautés – la compréhension et le respect mutuel entre individus et nationalités. C'est précisément dans ce contexte d'égalité entre les sports et entre les athlètes qu'ont souhaité s'inscrire les Jeux olympiques et paralympiques de Paris 2024.

4 **L'apparition controversée d'un service public du sport en France**
 Qu'en est-il de la présence de l'État dans le sport en France ? Les activités sportives n'ont pas toujours été réglementées par des fédérations nationales contrôlées par l'État ; on peut même affirmer qu'avant le XX^e siècle, ce dernier était absent du mouvement sportif, qui s'était créé et développé hors de sa sphère d'intervention (Monsebernard, 2022, point 10). Des unions d'associations sportives,

ancêtres des fédérations, étaient apparues à la fin du ^{xix}^e siècle, notamment en gymnastique (1873), cyclisme (1881) et course à pied (1887). La loi du 1^{er} juillet 1901 avait par la suite insufflé un vent nouveau, en favorisant la constitution de clubs sportifs sous forme associative, restreignant l'action étatique à la reconnaissance de leur utilité publique et à leur subventionnement⁵. Une ordonnance du 28 août 1945 avait ensuite élevé l'organisation des compétitions sportives au rang de service public, en entendant

« permettre de stimuler l'activité des grands mouvements sportifs régionaux et nationaux dont le gouvernement ne peut se désintéresser, et [...] poser quelques principes d'intérêt général de nature à assurer plus de cohésion, plus de vie et plus de moralité encore au sport français ».

- 5 La doctrine s'accorda alors pour reconnaître, au travers des dispositions de l'article premier de cette ordonnance du 28 août 1945, l'existence d'un véritable « service public du sport ». Le Conseil d'État avait rapidement donné crédit à cette labellisation doctrinale en admettant la compétence du juge administratif pour connaître d'un acte réglementaire par lequel la Fédération française de tennis de table modifiait la procédure d'homologation des balles de ping-pong en vue des compétitions officielles⁶. Dans cette décision, rendue *a contra* des conclusions de son commissaire du gouvernement Théry, le Conseil d'État avait considéré qu'en confiant aux fédérations sportives la mission d'organiser les compétitions nationales ou régionales « le législateur a[vait] confié aux fédérations sportives, bien que celles-ci soient des associations régies par la loi du 1^{er} juillet 1901, l'exécution d'un service public administratif ».
- 6 Si l'organisation des compétitions de sport avait alors été prétoriquement couverte du sceau du service public (Laurent, 2007, p. 162), la question n'en demeurait pas moins vive en raison de l'avant-gardisme de la décision de 1974. Les arguments contenus dans les conclusions prononcées par le commissaire Théry s'inscrivaient dans la lignée d'une jurisprudence antérieure ayant circonscrit la qualification de service public aux seules activités présentant « un aspect éducatif et populaire » (Monsebernard, 2022, point 17). Ils avaient trouvé un écho favorable auprès de certains éminents membres de la doctrine, notamment le professeur Franck Moderne qui, commentant un

arrêt ultérieur⁷, avait indiqué avec une pointe d'humour que la haute assemblée « couvr[ait] du pavillon du service public une marchandise des plus douteuses », regrettant *mezza voce* la « conception singulièrement relâchée du service public » qu'emportait la qualification de service public du sport professionnel. Signe que la question n'a rien perdu de son intérêt quelques décennies plus tard, le conseiller d'État Rémi Keller s'est encore interrogé récemment sur la pertinence de la qualification de service public et a vaguement proposé de la réformer, arguant de ce que les compétitions devraient « juridiquement redevenir ce qu'elles ont toujours réellement été : une activité privée organisée par des personnes privées, sous le regard d'une autorité publique attentive à la santé et à la sécurité des joueurs et des spectateurs » (Keller, 2008, p. 897).

7 Ces critiques, pour pertinentes qu'elles soient ou qu'elles aient été, n'ont toutefois aucunement mis à mal le développement d'un service public du sport, consacré dans le Code du sport⁸ et évoqué encore récemment par la loi de 2022⁹. L'indiscutable présence d'un tel service public se révèle d'ailleurs bien commode pour le gouvernement, car elle conduit *de facto* et *de plano* à appliquer au domaine sportif les grandes lois de Rolland et ses nombreuses déclinaisons, au nombre desquelles le principe de neutralité.

8 **L'unité dans la neutralité (religieuse)**

Si la question du fait religieux dans le sport n'est pas nouvelle, elle s'est graduellement étoffée en raison de l'entrisme radical qui s'y est fait jour depuis quelques années. Elle avait par exemple donné lieu à la publication en 2019, sous l'égide du ministère des Sports, d'un guide au titre évocateur¹⁰. Le sport y est associé au « mieux vivre-ensemble », défini par l'ancienne ministre Roxana Maracineanu comme une « démarche à partager qui forme le ciment de toute société organisée ». Après cela, et alors que la quinzaine olympique de l'été 2024 approchait à grands pas, une décision du Conseil d'État en date du 29 juin 2023¹¹ avait relancé le débat autour de la liberté d'expression, notamment religieuse, des sportifs au cours du jeu. Le juge administratif suprême avait choisi – *a contra* d'une partie des conclusions, plutôt libérales, du rapporteur public Clément Malverti – de valider l'interdiction édictée par l'article premier des statuts de la Fédération française de football (FFF) prohibant le port de signes religieux sur le terrain lors des matchs en compétition. Signe que la

question était juridique autant que politique (Henette-Vauchez, Vauchez, 2025), le conservatisme dont avaient fait montre les membres du Palais-Royal en avait déconcerté plus d'un, au point que le ministre de l'Intérieur de l'époque, Gérald Darmanin, ainsi que certaines personnalités politiques de droite et d'extrême droite avaient cru bon devoir fustiger publiquement la position du rapporteur public. Et ce, alors même que, à l'évidence, on percevait une vraie pluralité d'opinion au sein même de l'institution – le rapporteur public étant le représentant d'un courant plutôt ouvert vis-à-vis de la question de la laïcité, l'autre courant étant représenté par les signataires de la décision du 29 juin 2023. Les commentaires politiques avaient été perçus comme de véritables « attaques » contre l'indépendance de la justice (AFP, 2023) par le Conseil d'État, qui s'était immédiatement fendu d'un communiqué pour dénoncer « une atteinte à une institution essentielle pour la démocratie¹² ».

- 9 L'interdiction du port du voile sur le terrain prononcée en septembre 2023 s'inscrivait alors dans un contexte général de recherche d'équilibre entre la liberté de conscience, le « fait religieux », la pratique sportive et le « mieux vivre-ensemble ». Interdiction logique pour les uns, aberration pour les autres, il est certain que les circonstances planétaires qui entouraient l'affirmation péremptoire de la ministre n'étaient pas totalement étrangères à sa finalité. La trêve olympique originelle s'était alors muée, pour l'édition 2024, en trêve *confessionnelle* olympique.
- 10 Reste que le sport, « qui occupe une place centrale dans la société » (Peyroux-Sissoko, 2023, p. 1065), a toujours été perçu comme un puissant vecteur de consolidation de la paix – il n'y a qu'à relire, pour s'en convaincre, quelques-unes des 70 000 pages de la doctrine de Coubertin (Étienne, Étienne, 2004) – et comme un outil redoutable permettant de véhiculer planétairement, sans long discours et en quelques minutes, des messages forts, *a fortiori* à l'heure où les compétiteurs peuvent être vus en direct à la télévision par plusieurs milliards de personnes (Superbowl, Jeux olympiques, coupes du monde de football ou de rugby) et où les publications, virales, de certains sportifs acquièrent sur les réseaux sociaux une « résonance » sans commune mesure¹³.

- 11 « Le sport a le pouvoir d'unir les gens d'une manière quasi unique », disait en son temps Nelson Mandela. Pour autant, si, dans une équipe, les individualités doivent en principe se fondre dans le collectif, les consciences individuelles des athlètes doivent-elles totalement s'effacer au nom de la conscience nationale ? Doit-on harmoniser les équipes au point de sacrifier la liberté de conscience pour obéir à une logique politique ? En somme, gommer la liberté d'expression religieuse des athlètes au nom du bon fonctionnement du service public du sport professionnel ne conduit-elle pas finalement à un paradoxe, celui de lutter contre l'instrumentalisation du sport par une sorte d'instrumentalisation politique ? Car, si certains amalgament de façon regrettable voile et radicalisation, « le simple port d'un foulard n'est évidemment pas signe d'une radicalisation » (Ministère des Sports, 2019b) ; il est aussi et surtout « la manifestation de la libre expression de convictions religieuses » (Youhnovski Sagon, 2023, p. 1995).
- 12 Le concept de laïcité à la française, et dont la neutralité du service public, notion distincte¹⁴ quoique proche parente¹⁵ (Koubi, 2000, p. 747) n'est qu'une conséquence administrative, est la résultante d'une histoire mouvementée¹⁶, « souvent conflictuelle » (CNDA, 2009). Et, dans le cas spécifique du sport professionnel, et des Jeux de Paris singulièrement, on peut aisément percevoir toutes les subtilités de la complexification de la place des religions dans ce domaine, ici induite par les nuances apportées dans l'appréciation de la liberté religieuse par les différentes instances (nationales comme internationales) concernées. Aussi, après avoir apprécié la pertinence juridique de l'interdiction du port du voile par les athlètes françaises sur le terrain lors des matchs et des compétitions durant la période olympique (1), faudra-t-il se pencher sur les suites éventuelles de cette interdiction (2).

1. À la recherche des fondements juridiques de l'interdiction du *hijab* aux athlètes françaises concourant aux Jeux olympiques et paralympiques

- 13 La tenue sportive, en principe sobre – quoique souvent floquée à l'effigie de puissants et médiatiques sponsors – et adaptée au sport, sert par hypothèse à identifier équipes et joueurs. L'appartenance religieuse du joueur devait alors briller par son invisibilité afin de permettre à la rencontre sportive olympique de se dérouler sous les meilleurs auspices possibles, cette neutralité vestimentaire permettant d'obvier tout « risque d'affrontements ou confrontations sans lien avec le sport ». On pourrait alors commenter à l'envi cet argument, largement glosé par la doctrine qui l'accuse d'être un peu spécieux (Maaziz, 2023, p. 1055).

1.1. Les disharmonies françaises de la neutralité du sport

- 14 La ministre en charge des Sports pouvait-elle prononcer, qui plus est oralement, une interdiction générale afin d'harmoniser les comportements sportifs sur le terrain ? Ne devait-elle pas laisser chaque fédération décider discrétionnairement du sort du voile pour son propre sport ?
- 15 Parmi les différents acteurs de la gouvernance sportive française, les fédérations nationales, agréées et/ou délégataires, constituent un véritable point nodal. La loi leur reconnaît en effet le monopole de la sélection de sportifs pour les compétitions internationales, Jeux olympiques compris¹⁷. Aux côtés des fédérations, le Comité national olympique et sportif français (CNOSF) – organisme chargé d'une mission de service public administratif¹⁸ – intervient dans la procédure liée à la sélection des sportifs aux Jeux olympiques¹⁹ ; il a vocation à « constituer, organiser et diriger la délégation française aux Jeux olympiques²⁰ ». Sur proposition des fédérations, ce Comité

procède à l'inscription des sportifs puis à leur engagement définitif. Pour autant, si le CNOSF « veille au respect de l'éthique et de la déontologie du sport définies dans une charte établie par lui²¹ » par le biais d'une « charte du respect des principes de la République dans le domaine du sport²² », Paris 2024 rappelle qu'il ne revient pas au Comité « d'organiser les règles relatives au port du voile ». Qui était alors compétent ?

- 16 L'article L. 131-15 du Code du sport dispose que « les fédérations délégataires organisent les compétitions sportives à l'issue desquelles sont délivrés les titres internationaux, nationaux, régionaux ou départementaux et procèdent aux sélections correspondantes [...] ». Chaque fédération peut insérer des dispositions relatives à la neutralité dans ses statuts, en application des prérogatives de puissance publique qui lui sont conférées par son ministère de tutelle pour l'accomplissement de sa mission de service public d'organisation des compétitions.
- 17 Et les fédérations sportives, dont certaines se sont pleinement, pour ne pas dire opportunément, saisies de cette faculté de réglementation des signes ostentatoires dans leur discipline, n'interdisent pas toutes les symboles religieux, tant s'en faut (Sénat, 2020, p. 183) ! Si les fédérations françaises de football²³, de badminton et de basketball²⁴ ont formellement interdit toute ostentation religieuse durant les matchs, ce n'est pas le cas au rugby où les internationales tricolores peuvent disputer des matchs avec leur voile, éventuellement placé sous leur casque de protection et uniquement « s'il ne constitue pas un danger pour celle qui le porte ou les autres joueuses ». Le *hijab* est également autorisé en handball, à la condition qu'il soit « de sport ». Dans d'autres fédérations, les joueuses peuvent porter le foulard sans restriction, comme en tennis²⁵, où il est demandé aux joueuses de jouer avec « des vêtements compatibles avec la pratique » de ce sport, ou en escalade. Pour résumer, « les fédérations n'ont pas une approche homogène de cette question²⁶ ». Ainsi, leur laisser le dernier mot revenait à engendrer d'importantes disparités, voire conduire à une rupture d'égalité entre les athlètes en raison de la disharmonie des positionnements fédéraux.
- 18 Pour contourner ce fâcheux hiatus, il fallait donc – comme souvent – faire appel à l'État. Car si, en principe, l'exercice du pouvoir régle-

mentaire pour l'organisation et le fonctionnement du service public des compétitions sportives est une compétence dévolue à la fédération délégataire²⁷, l'État exerce une tutelle – en réalité un « contrôle », selon les termes de la loi du 24 août 2021²⁸ – sur les fédérations sportives²⁹. Il existe effectivement un pouvoir d'organisation aux mains du ministre³⁰ qui lui permet d'organiser le service public placé sous sa responsabilité par voie de mesures nécessaires au bon ordre et dans l'intérêt du service ; et organiser, c'est aussi (et surtout) « régler par avance » (Plessix, 2021, point 717). Plus largement, partout où des personnes privées sont chargées d'une mission de service public – et c'est le cas s'agissant des fédérations sportives – la préservation de l'unité de l'État impose de confier à ce dernier un pouvoir de contrôle qui s'étend à la possibilité d'agir politiquement pour préserver le « tout national » des révolutionnaires en 1789. Dans ce cadre, et par-delà l'adage « pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà des textes », l'objet d'une mesure d'interdiction prise hors les textes peut être légal s'il est légitimé par l'ordre public ou l'intérêt général. Aussi, alors que tous les objectifs de la planète étaient braqués sur l'Hexagone pendant la quinzaine olympique de 2024, pouvait-on percevoir un double paradigme, sécuritaire et égalitaire, dans la position de la ministre³¹ : elle cherchait certainement, en interdisant toute revendication religieuse, à minimiser les risques au niveau de la sécurité de la manifestation, mais également à assurer la sécurité des sportifs. Elle désirait peut-être même assurer une certaine forme d'égalité sur le terrain, égalité qui passait nécessairement, puisqu'il s'agissait ici de sport, par la tenue sportive ; et « l'organisateur peut exiger que l'on respecte l'égalité de tenue » (Adriantsimbazovina, 2023). René Chapus lui-même ne regardait-il pas le principe de neutralité comme « interdisant que le service public soit assuré de façon différenciée en fonction des convictions [...] religieuses de son personnel ou de celles des usagers du service » (Chapus, 1998, p. 562) ?

1.2. L'harmonisation des comportements pour prévenir de potentiels troubles au « bon fonctionnement du service public » du sport

- 19 La décision ministérielle, qui mêle les notions de service public et d'ordre public, semble d'abord pleinement s'inscrire dans les termes de la Charte d'éthique et de déontologie du sport français³² adoptée par l'assemblée générale du CNOSF le 23 mai 2022, dans le cadre de l'article L. 141-3-1 du Code du sport³³. *Quid* d'autres assises juridiques éventuelles ? À défaut de législation spéciale aux valeurs unificatrices sur le port de signes et emblèmes religieux dans le sport, il faut se tourner du côté de la jurisprudence du Conseil d'État pour évaluer la pertinence de l'interdiction des signes et emblèmes religieux sur le terrain. Plusieurs fondements juridiques étaient envisageables – laïcité, neutralité, bon fonctionnement du service public.
- 20 En principe, les agents de l'administration – *id est* le fonctionnaire et l'agent contractuel au sens de l'article L. 7 du Code général de la fonction publique – sont concernés *de plano* par le principe de neutralité du service public³⁴ – à l'instar de certains usagers, comme les écoliers, soumis par la loi au principe de laïcité. L'obligation de neutralité des personnels des services publics n'a pas été étendue aux collaborateurs occasionnels du service public (Défenseur des droits, 2013, p. 30-31), catégorie au sein de laquelle les athlètes sélectionnés en équipe de France auraient pu potentiellement entrer. Mais dans sa décision précitée du 29 juin 2023, le Conseil d'État rattache opportunément les sportifs professionnels aux agents du service public :

« Une fédération sportive délégataire de service public est tenue de prendre toutes dispositions pour que ses agents ainsi que les personnes qui participent à l'exécution du service public qui lui est confié, sur lesquelles elle exerce une autorité hiérarchique ou un pouvoir de direction, s'abstiennent, pour garantir la neutralité du service public dont elle est chargée, de toute manifestation de leurs convictions et opinions³⁵. »

- 21 Les membres du Palais-Royal s'étaient alors empressés d'inclure dans cette seconde catégorie les « personnes que la Fédération sélectionne dans les équipes de France, mises à sa disposition et soumises à son pouvoir de direction pour le temps des manifestations et compétitions auxquelles elles participent à ce titre³⁶ », ce qui permettait de les soumettre au principe de neutralité du service public.
- 22 Le Conseil d'État, coutumier du *modus operandi* consistant en un raisonnement par assimilation – il avait déjà procédé de la sorte en 2013 avec les mères voilées accompagnant des sorties scolaires³⁷ – incorpore ici artificiellement l'athlète professionnel dans la catégorie des agents publics (Arroyo, 2022, p. 1131). S'il opère une distinction entre les sportifs professionnels et les sportifs licenciés (assimilation des premiers aux agents, des seconds aux usagers du service public), la solution est cependant identique en définitive puisque les premiers sont soumis de plein droit au principe de neutralité tandis que les seconds sont tenus de respecter des règles qui
- « peuvent légalement avoir pour objet et pour effet de limiter la liberté de ceux des licenciés qui ne sont pas légalement tenus au respect du principe de neutralité du service public, d'exprimer leurs opinions et convictions si cela est nécessaire au bon fonctionnement du service public ou à la protection des droits et libertés d'autrui, et adapté et proportionné à ces objectifs ».
- 23 Cette démarche englobante lui permet à la fois de faire primer l'intérêt général sur la liberté d'expression religieuse et de lier « étroitement » (Peyroux-Sissoko, 2023, p. 1065) l'objectif de neutralité au principe de bon fonctionnement du service public du sport³⁸. Au prix de son interprétation extensive – « quoique peu surprenante » (Camby, Schoettl, 2023, p. 921) –, le Conseil d'État impose aux sportifs professionnels l'application des lois de Rolland, en particulier le principe de neutralité, traduisant une volonté manifeste de restreindre artificiellement la liberté d'expression religieuse des joueuses évoluant au plus haut niveau.
- 24 Une partie de la doctrine, commentant la solution, relève que le fait d'assimiler les joueuses de l'équipe de France à des agents du service

public « est contestable ». Puisque les joueuses ne « participent » pas directement à l'exécution de la mission de service public d'organisation des compétitions, elles ne représentent pas plus l'État ou les pouvoirs publics que l'administration et ses services (Maaziz, 2023). S'agissant des sportifs professionnels, et particulièrement de ceux sélectionnés en équipe de France, on pouvait néanmoins s'autoriser une autre lecture de la décision du Conseil d'État. C'est l'existence d'une autorité hiérarchique ou d'un pouvoir de direction, fixé dans le cadre de la loi de 2021, qui constituerait précisément le fondement de la participation (ou du « concours ») au service public³⁹. En d'autres termes, il serait possible de voir dans le « lien réel et effectif » avec la personne à laquelle le service public est confié (Peyroux-Sissoko, 2023, p. 1065) le critère de rattachement à la notion de « participation ». Cet artifice conduit à faire primer la dimension collective sur des aspects plus individuels (Hennette-Vauchez, Vauchez, 2025, p. 15), tel le droit de porter le *hijab*, ou tout autre signe religieux, dans le stade.

- 25 L'un des principaux enseignements à tirer de cette solution dégagée en 2023 au Palais-Royal serait donc que l'intérêt général et l'ordre public ne sont pas les seuls impératifs venant faire contrepoids aux droits et libertés fondamentaux ; le bon fonctionnement du service public des compétitions sportives pourrait venir justifier l'atteinte portée à la liberté d'expression par le biais de l'interdiction du port de « tout signe ou tenue manifestant ostensiblement une appartenance [...] religieuse » (*ibid.*, p. 63). L'ordre public des matchs en sortirait grandi, la liberté des joueuses et joueurs un peu moins...
- 26 La décision ministérielle d'interdiction représente alors un nouvel exemple topique de la complexité d'articulation des libertés individuelles et de protection de l'ordre public et, une fois de plus, la prophylaxie semble préférée à l'allopathie. À l'aune de cette primo analyse, deux lectures de l'interdiction durant la quinzaine olympique devenaient possibles : soit l'application stricte du principe de neutralité au sein de l'enceinte sportive visait à « préserver l'universalité du sport afin qu'il demeure accessible à tous » (Lacabarats, 2012, p. 36), soit il était instrumentalisé politiquement afin de « rétablir la cohésion sociale » (Youhnovski Sagon, 2023). Au vu du contrôle très éthéré opéré par le Conseil d'État dans sa décision sur l'article premier des statuts de la FFF – rappelons que le juge administratif suprême n'a

aucunement contrôlé en profondeur le caractère nécessaire, adapté et proportionné de la stipulation querellée, se contentant de constater, par exemple pour la première de ces trois conditions, que « l'interdiction [...], limitée aux temps et lieux des matchs de football, appari[ssai]t nécessaire pour assurer leur bon déroulement en prévenant notamment tout affrontement ou confrontation sans lien avec le sport⁴⁰ » –, il y a fort à parier qu'il aurait porté un regard plutôt bienveillant sur l'interdiction ministérielle prononcée à l'oral. Est-ce à dire alors qu'il existerait une « exception française en matière sportive » (Cressin, 2024, p. 41), comme nous le suggère Vincent Cressin ?

2. Une pierre supplémentaire apportée à l'édifice du service public du sport ?

27 Dans une approche prospective, et à la lumière de l'actualité parlementaire récente⁴¹, il semble pertinent de s'interroger sur les suites législatives et réglementaires de l'interdiction ministérielle. Restera-t-elle cantonnée aux seuls Jeux de Paris ou sera-t-elle étendue à l'ensemble de la sphère des compétitions sportives ? Il est certain que la décision d'harmonisation des tenues au sein de la délégation française est intervenue dans un contexte sécuritaire particulièrement tendu ; elle doit donc, à ce titre, être recontextualisée.

2.1. Des enjeux politiques transcendant temporairement les enjeux sportifs *stricto sensu*

2.1.1. Les Jeux olympiques, outil d'instrumentalisation politique ?

28 Le guide ministériel sur la laïcité de 2019 indique que « la neutralité peut aussi s'exprimer à l'occasion de compétitions internationales, telles que les compétitions olympiques. Néanmoins, ce n'est pas au nom du principe de laïcité mais du caractère universel et apolitique

de la compétition olympique » (Ministère des Sports, 2019, p. 20). Mais si les Jeux olympiques revêtent, au moins théoriquement, un caractère universel, il n'est pas tout à fait certain que la politique en soit totalement exclue. Il n'est qu'à ouvrir un ouvrage sérieux sur l'histoire de l'olympisme moderne pour mesurer le peu de réalisme empirique de cette affirmation. Le lien entre sport et politique apparaît dès le ^{xix}^e siècle, lorsque la pratique de la gymnastique est mise au service de la défense d'une identité nationale. Au ^{xx}^e siècle, tous les régimes totalitaires, de l'Italie fasciste et l'Allemagne nazie au régime communiste chinois, ont « porté la lutte idéologique sur le champ clos du stade » (Caritey, Carrez, 2002, p. 9-15). De l'aveu même de ses organisateurs, l'opus 2024 était celui « des jeux non politisés mais politiques » car « il n'est pas imaginable de penser que le plus grand événement en France, vu par plus de quatre milliards de personnes, [de] la première moitié du siècle voire [du] siècle entier, ne soit pas un projet politique afin de changer la société et de porter un message au monde » (Roger, 2022, p. 144). C'est presque logique, le Code du sport lui-même faisant figurer les « principes républicains » parmi les valeurs du sport.

- 29 Outre l'idée de « sport, intégrateur républicain » véhiculé par les promoteurs des Jeux de Paris 2024, la communication autour des Jeux accrédirait une seconde idée, celle que le sport serait un « fait social total » au sens de Marcel Mauss (1923-1924, p. 102), ou un « fait social complet » selon les termes du Conseil d'État (2019, p. 25), *id est* une conjonction d'aspects pluriels relevant de l'économique, du religieux et du politique formant une société, voire, par extension, une Nation (sportive), cette fois au sens d'Ernest Renan, celle qui rassemble les individus non en raison de leur langue ou de leur origine ethnique, mais en raison de leur passé commun et de leur volonté de faire ensemble de grandes choses dans l'avenir (Renan, 1997). En poursuivant « une finalité d'intérêt général orientée vers la cohésion nationale » – et donc, en cela, « entretenant un rapport direct avec la citoyenneté » (Conseil d'État, 2019, p. 26) – l'équipe nationale, quel que soit le sport considéré, contribuerait « à la construction d'un sentiment d'appartenance nationale ». Anne-Laure Youhnovski Sagon se demande finalement si l'on ne pourrait pas, en raisonnant par analogie avec la théorie de l'abbé Sieyès qui étendait la qualité de « représentant de la nation » aux fonctionnaires, « consi-

dérer que la sélection en équipe de France fait office de procuration, attribuant au joueur sélectionné la qualité de représentant – sportif – de la Nation » (Youhnovski Sagon, 2023) ? C'est en tout cas ce que semble souhaiter le gouvernement, qui prend appui sur les Jeux pour chercher à « bâtir une nation sportive » par la promotion des valeurs républicaines. « Liberté, égalité et fraternité peuvent s'associer en harmonie avec les trois piliers de l'olympisme (excellence, respect et amitié) », a indiqué à ce titre l'ancien délégué ministériel Vincent Roger (2022, p. 228) dans son panégyrique des Jeux (et de leur organisation).

30 Le sport serait alors devenu une « propédeutique à l'acquisition des valeurs de la République » (Cressin, 2024) et, pour achever de s'en convaincre, faisons un léger pas de côté et quittons quelques instants le domaine du droit administratif pour entrer dans celui du sport. L'étude des comportements au sein des stades a mobilisé bien plus que les juristes : des géographes, des historiens et des sociologues se sont penchés sur la question, à travers le prisme de leur discipline. Ils ont, par exemple, développé l'idée d'une « place de choix que, depuis longtemps, les exercices corporels occupent dans les stratégies politiques de formation et de propagande » (Caritey, Carrez, 2002). Quelques études mettent aussi en évidence l'indiscutable tension dialectique entre la nature de « lieux recevant du public » des stades et leur nécessaire privatisation à l'heure de l'émergence d'une véritable économie du sport. Dans les années 1980, Alain Ehrenberg avait montré comment, au début du xx^e siècle – « cet étrange siècle du sport » selon Mauriac⁴² –, les rassemblements populaires au sein des stades avaient permis de mobiliser une foule en temps de paix (Ehrenberg, 1980). Un siècle plus tard, les stades n'ont pas vraiment perdu cette vocation de « lieux d'éducation des masses » et de « pratique par l'exemple » (Derèze, 1996) exprimée par le sociologue français. Certains sports, notamment le football, sport réputé « populaire », sont même « propices à l'exercice d'une prédication ». Or, « précisément parce qu'il est médiatisé, le football peut devenir un terrain d'élection des passions politico-religieuses et de la déconstruction de l'universalisme républicain » (Camby, Schoettl, 2023).

31 L'apolitisme revendiqué dans le sport semble alors quelque peu illusoire. Il n'y a qu'à songer aux querelles nationales sur la laïcité dans le sport qui prouvent, si besoin était, que ce dernier tient une place

particulière dans la société. Il se veut, à tout le moins en France, « le respect des valeurs de la République ». Concernant plus spécifiquement les Jeux olympiques, les organisateurs français ont affirmé sans ambages que leur « résolution » était de « mettre le sport et l'engouement autour des Jeux au service de la société ». Aucune mention de la neutralité (religieuse) n'est cependant inscrite au sein des « engagements » mentionnés sur le site officiel des Jeux olympiques de Paris 2024...

2.1.2. La mobilisation d'un autre principe : le sport, nouveau parangon du « vivre-ensemble » ?

- 32 S'agissant des sportifs de haut niveau et des sportifs professionnels en équipe nationale, l'article L. 221-1 du Code du sport dispose que ces derniers « concourent, par leur activité, au rayonnement de la Nation et à la promotion des valeurs du sport » et, parmi ces dernières, les principes républicains visés par les dispositions préliminaires contenues à l'article L. 100-1 du même Code.
- 33 Or au nombre des principes républicains figure le principe du « vivre-ensemble » ébauché par le Conseil constitutionnel dans sa décision relative à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public⁴³ et consacré par la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁴. Véritable composante de l'ordre public immatériel (Peyroux-Sissoko, 2018), ce principe renvoie en substance aux « exigences minimales de la vie en société, socle de valeurs fondamentales indispensables et nécessaires à la fabrique de la Nation et du maintien de son unité » (Cressin, 2024), qui impliquent qu'un individu ne puisse « ni renier son appartenance à la société ni se la voir déniée » (Conseil d'État, 2010). Un « comportement qui porterait atteinte de manière récurrente à ces exigences [minimales de la vie en société] entraînerait une nuisance, en désagrégeant le lien de confiance. Inévitablement, la capacité des individus à vivre ensemble s'en trouverait réduite, conduisant ainsi progressivement à un délitement du lien social » (Gazagne-Jammes, 2022, p. 8). À l'aune de ce principe⁴⁵ ainsi défini – et à considérer que ces exigences sont une « notion à part entière » (Peyroux-Sissoko, 2023, p. 1065) qui dépasse les seuls actes de dissimulation du visage dans l'espace

public pour concerner aussi, pour ce qui nous intéresse, les compétitions pratiquées dans les enceintes sportives *ad hoc*⁴⁶ –, la nécessité d'une telle mesure d'interdiction interroge néanmoins.

- 34 Certes, le lien entre le sport et le vivre-ensemble n'est plus à démontrer (IGESR, 2021, p. 52-53) ; les organisateurs des Jeux olympiques eux-mêmes ont argué que « le modèle français durant l'olympiade dev[enait] celui d'une nouvelle dynamique de vivre-ensemble pour les Français » (Wawrzyniak, 2021, p. 185). Mais « ce n'est qu'à partir du moment où l'exercice d'une liberté individuelle aurait pour effet soit de dénier à un individu son appartenance à la société soit, de sa part, de renier son appartenance à la société-même, que les exigences de la vie en société seraient violées » (Peyroux-Sissoko, 2018, p. 326). Ce cadre rappelé, le fait de s'abstenir de porter un signe ou une tenue manifestant ostensiblement une appartenance religieuse dans le cadre du sport professionnel peut-il être assimilé à une « exigence minimale de la vie en société » ? L'absence de port de signe religieux dans l'enceinte du stade favorise-t-elle « la capacité des individus à vivre-ensemble de manière civique » (Gazagne-Jammes, 2022, p. 8) ? Posé autrement, en quoi, spécifiquement dans le milieu sportif, le port d'un signe religieux pourrait-il venir troubler les conditions du vivre-ensemble ?
- 35 Délicate, cette dernière question paraît de prime abord appeler une solution subjective, sans doute même extra-juridique. Il semblerait cependant que l'on puisse trouver un début de réponse (juridique) dans les renvois opérés par la jurisprudence à la loi. Le Conseil d'État se fonde en effet, pour valider l'interdiction du port de signes religieux durant les matchs de football, sur un article de la loi confortant le respect des principes de la République française⁴⁷, loi dont l'exposé des motifs (projet de loi [PJJ] n° 3649) indique justement que ce texte ambitionne d'« en terminer avec l'impuissance face à ceux qui malmènent la cohésion nationale et la fraternité, face à ce qui méconnaît la République et bafoue les exigences minimales de vie en société ». Si le lien a été tissé avec le football féminin dans la décision de 2023, et à la lumière des intentions affirmées du législateur de 2021, « on ne voit pas en quoi, alors que [le raisonnement] repose sur des notions axiologiques, il ne pourrait pas s'étendre aux autres sports objets d'une délégation de service public » (Peyroux-Sissoko, 2023, p. 1065).

- 36 Les autorités publiques, quant à elles, ont affirmé qu'il s'agissait de lutter contre les activités de prosélytisme et de propagande qui pouvaient nuire au bon fonctionnement des Jeux olympiques, *id est* contre l'utilisation à dessein par les athlètes de la tribune que leur offrait une manifestation sportive mondialement suivie⁴⁸. Sans doute les organisateurs avaient-ils à l'esprit les poings levés, gantés de noir, des afro-américains Tommie Smith et John Carlos aux Jeux olympiques de Mexico de 1968. Mais sans doute aussi est-ce exagérer démesurément le propos que d'affirmer que porter un foulard islamique sur le terrain entraînera une manipulation idéologique du public⁴⁹. Certes le sport est ontologiquement un terreau fertile à l'épanouissement de toutes sortes de superstitions (Grillet, 2024), voire de contestations très éloignées des valeurs « d'éducation, de citoyenneté, de santé, d'intégration et de cohésion » (Conseil d'État, 2019, p. 10) dont le sport est supposé être le vecteur. Mais, et c'est là le principal écueil de l'appréhension de la neutralité religieuse comme condition du vivre-ensemble, cette interprétation confère au principe de laïcité « un caractère virtuellement illimité » touchant potentiellement tous les aspects de la vie sociale, pouvant être brandie « toujours et partout, à la manière d'un couteau suisse du projet républicain » (Hennette-Vauchez, Vauchez, 2025, p. 258). Ce faisant, le recours au principe de laïcité permet « d'exiger des personnes auxquelles il est opposé non pas la neutralité mais, au contraire, le respect voire l'adhésion à certaines valeurs » faisant craindre de « générer stigmatisations, discriminations et exclusions » (*ibid.*, p. 260).
- 37 D'ailleurs, la ministre n'a-t-elle pas évoqué que le seul voile, sans viser expressément d'autres signes religieux, comme la kippa ou le turban sikh ? Il fallait alors sans doute comprendre de cette élusion que seul le foulard était visé par l'interdiction. *Quid* alors des autres manifestations ostensibles sur le terrain ou au cours du jeu – pensons à l'accoutrement de certains sportifs à l'entrée sur le terrain ? Et même, au-delà des vêtements, qu'en était-il pour les *comportements* ostensibles – pensons aux signes de croix, aux prières musulmanes ou même à la gestuelle rituelle païenne (parfois crispante...) qui précède, par exemple, le service au tennis ? Étaient-ils eux aussi tacitement visés par la déclaration ministérielle ?

38 Car il faut faire le départ entre la religion politique – autrement dit le repli communautaire dans le sport visé, entre autres, par le rapport précité de l’Inspection générale de l’éducation, du sport et de la recherche (IGESR) [2021, p. 28] et par le Conseil d’État (Conseil d’État, 2018, p. 49) – et les comportements individuels superstitieux. Certes, on pourrait punir individuellement les joueuses qui sembleraient, de toute évidence, faire du prosélytisme religieux ; pour autant, le gouvernement français, prudent, a choisi la voie de la réglementation collective, qu’il juge plus égalitaire, afin d’éviter de devoir traiter toute situation individuelle, au risque toutefois d’assimiler deux comportements dont l’un, le prosélytisme (éminemment répréhensible), prendrait le pas sur l’autre, la liberté d’expression religieuse de l’athlète, qui est pourtant, tant s’en faut, le plus répandu. L’interdiction risquait également de s’avérer disproportionnée en raison de la stigmatisation du voile qu’elle générerait au-delà de la seule compétition quadriennale de 2024 : comme les fédérations ont le monopole de sélection des athlètes qui participeront aux Jeux olympiques, l’interdiction du voile pouvait conduire l’entraîneur à ne pas intégrer de joueuses portant le voile dans son effectif, alors même que leurs résultats sportifs seraient meilleurs que ceux d’autres joueuses non voilées. Parmi les discriminations indirectes, on retrouvait donc le risque pour ces joueuses voilées de ne pas être sélectionnées dans d’autres compétitions prestigieuses et, par voie de (fâcheuse) conséquence, celui de ne pas pouvoir progresser au sein de leur club (Maaziz, 2023).

2.2. Une réglementation de la laïcité dans le sport au milieu du gué

39 Aux dires des organisateurs des Jeux olympiques, « le sport est un levier, un outil républicain avec un cadre moral [...]. Les Jeux sont un rendez-vous historique pour le sport à l’école » (Roger, 2022, p. 218). Le sport, tout comme l’école, a ses spécificités ; mais leur rapprochement est indéniable – « on ne saurait concevoir [la] jeunesse sans un idéal sportif⁵⁰ ». Le statut du ministre en charge des Sports nous renseigne d’ailleurs sur la nature de ce lien indéfectible : il n’a pas toujours été un ministre de plein exercice et son ministère de tutelle a parfois été celui de l’Éducation nationale, voire un seul et même ministère comme ce fut parfois le cas. Et ce n’est pas le seul indice

d'un rapprochement : le gouvernement a récemment multiplié les initiatives en ce sens, en particulier dans la perspective des Jeux olympiques. Ainsi de l'institution de la « Semaine olympique et paralympique » pour promouvoir l'activité physique auprès des jeunes (*ibid.*, p. 177) ou de la mobilisation de dix mille jeunes en service civique « Génération 2024 » (*ibid.*, p. 181).

- 40 Mais, contrairement à la sphère scolaire⁵¹, les rapports entre le sport et la liberté d'expression religieuse ne sont pas (encore ?) orchestrés par un texte de loi. Le législateur aurait pourtant pu, à plusieurs reprises depuis le début de la décennie, se positionner sur la question. Lors de l'élaboration du projet de loi confortant le respect des principes de la République de 2021, le Conseil d'État avait vainement suggéré que

« le contrat de délégation de l'État à une fédération créé par le projet de loi pour les fédérations délégataires [...] comporte un engagement selon lequel la fédération assure la promotion et la plus large diffusion des valeurs et principes qui inspirent le 2 de l'article 50 de la charte olympique qui stipule que : "Aucune sorte de démonstration ou de propagande politique, religieuse ou raciale n'est autorisée dans un lieu, site ou emplacement olympique"⁵² »,

- 41 tout comme la commission d'enquête sénatoriale sur la radicalisation islamiste qui avait elle aussi, quelques mois plus tôt, proposé « d'introduire dans les statuts de chaque fédération l'interdiction de toute démonstration ou de propagande politique, religieuse ou raciale, telle que prévue par l'article 50 de la charte olympique » (Sénat, 2020, p. 185)⁵³. Le sport avait ensuite fait l'objet d'une loi en mars 2022⁵⁴, sans que les termes n'en interdisent l'ostentation religieuse, en dépit de plusieurs amendements en ce sens. Le législateur serait-il frileux ou donne-t-il raison à l'ancienne ministre des Sports Roxana Maracineanu qui avait indiqué lors de son audition par la commission précitée que « procéder à l'interdiction du port du voile par la voie législative [n'était] pas le moyen à privilégier » ?
- 42 On peut en définitive se demander comment les autorités publiques arriveront à réglementer la liberté d'expression religieuse dans le sport, comme ils avaient fini par le faire dans l'enseignement public⁵⁵. Si le législateur avait voulu, à l'époque, encadrer les modalités

d'expression religieuse des élèves, c'était précisément en raison d'une jurisprudence administrative jugée trop conciliante et casuistique – ce que le professeur Benoît Plessix appelle la « laïcité ouverte ». Or, la revue de jurisprudence sur la réglementation du voile islamique dans le sport fait état de cette même fâcheuse tendance casuistique. Pour preuve, dans leur commentaire à quatre mains de la décision du 29 juin 2023 (Camby, Schoettl, 2023), le professeur Jean-Pierre Camby et le conseiller d'État Jean-Éric Schoettl, analysant la jurisprudence erratique du Conseil d'État relative à la neutralité des activités sportives (ou assimilées), et « de laquelle il serait illusoire de prétendre extraire une ligne claire » (Henette-Vauchez, Vauchez, 2025, p. 263), ont décelé une subtile nuance entre l'espace public et l'espace au sein duquel s'exerce le service public. Ils la déduisent de l'étude comparée des jurisprudences concernant le port du voile respectivement sur la plage et à la piscine municipale, donc dans sa forme *burkini*. Dans le premier cas (la plage), les arrêtés « anti-*burkini* » sont régulièrement mis au ban⁵⁶, tandis que, dans le second cas (la piscine) au contraire, le juge administratif estime que la satisfaction d'une revendication religieuse affecte le bon fonctionnement du service public et l'égalité de traitement entre les usagers⁵⁷. Aussi les deux éminents auteurs en concluent-ils que « la différence de périmètre fonde des solutions opposées quant à la réglementation des manifestations de caractère religieux, alors même que les faits sont très similaires ».

- 43 De la même manière, l'interdiction prononcée par la ministre en septembre 2023 a induit un paradoxe. L'absence de loi (et donc d'harmonisation entre les différents sports) entraînait en effet, pour certaines sportives, une situation assez ubuesque : obligées d'ôter leur voile pendant les Jeux olympiques, elles peuvent le garder pendant les autres compétitions internationales puisque les statuts de leur fédération le leur permettent. Ces applications différenciées, dénuées de subtilité, sont alors « difficilement compréhensibles pour le pratiquant sportif ». Et même, « comment expliquer à des jeunes que le port du voile ou de la tenue couvrante soit autorisé à l'entraînement mais interdit lors d'un match » (Sénat, 2020, p. 184) ? L'obligation de neutralité imposée aux athlètes aux Jeux olympiques pourrait alors s'avérer *in fine* être une pierre apportée à l'édifice en construction du service public du sport. Car, si elle intervient dans un contexte sécuritaire particulièrement tendu, il n'est pas interdit de

penser qu'elle puisse bientôt être étendue à l'ensemble des compétitions sportives, voire aux sportifs du dimanche.

- 44 L'actualité juridique nous prouve, au reste, que le mouvement de laïcisation du sport connaît des prolongements jusque dans les rangs parlementaires. Le Sénat a en effet adopté en première lecture, le 18 février 2025, une proposition de loi visant à assurer le respect du principe de laïcité dans le sport. Ce texte, soutenu par le gouvernement de l'époque, s'inscrit dans le sillage de deux jurisprudences récentes du Conseil d'État examinées *supra*⁵⁸ et de l'interdiction faite aux athlètes françaises de porter le *hijab* durant la quinzaine olympique parisienne de l'été 2024, sujet de cette étude. La proposition de loi (PPL) sénatoriale tente, prenant la suite de la décision relative à la FFF, de reconnaître une véritable « neutralité sportive » (Peyroux-Sissoko, 2023, p. 1065). L'avenir nous dira si ce texte, juridiquement perfectible et en partie redondant avec des mesures préexistantes, connaîtra la même heureuse destinée que le texte préparatoire de la loi du 15 mars 2004⁵⁹.
- 45 Il est certain que la laïcité a largement dépassé aujourd'hui ses frontières naturelles, celles du service public *stricto sensu*, pour « porter l'idée d'une sphère publique "sans confession", et non pluriconfessionnelle », et même déborder dans la sphère collective pour devenir une nouvelle laïcité (Hennette-Vauchez, Valentin, 2014, p. 18). C'était, toutes proportions gardées, ce que nous avait enseigné en son temps la saga judiciaire *Baby Loup*⁶⁰ ; c'est peut-être, et au-delà de toute considération partisane, une nouvelle conclusion à tirer de cet appel à une laïcité stricte lancé par la ministre en septembre 2023. Pour le futur dans le sport, en tout cas, formulons avec Voltaire le vœu (non pieux) que « tous les hommes », quelle que soit leur religion, se souviennent « qu'ils sont frères » (Voltaire, 1765).

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 26 janvier 2026.

ADRIANTSIMBAZOVINA J., 28 juin 2023,
« Hijabeuses : "Le principe de non-

discrimination est utilisé pour s'affranchir des règles de vie communes" », propos recueillis par Y. Simovic, *Marianne*, [<https://www.marianne.net/societe/laicite-et-religion->

[s/hijabeuses-le-principe-de-non-discrimination-est-utilise-pour-saffranchir-des-regles-de-vie-communes\]](#)

AFP (AGENCE FRANCE-PRESSE), 28 juin 2023, « Hidjab dans le football : le Conseil d'État dénonce des "attaques" contre l'indépendance de la justice », *Le Monde*, [https://www.lemonde.fr/politique/article/2023/06/28/hidjab-dans-le-football-le-conseil-d-etat-denonce-des-attaques-contre-l-independance-de-la-justice_6179605_823448.html]

ARROYO J., 2022, « Participation au service public et neutralité religieuse », *RFDA*, n° 6, p. 1131

BORNET E., 9 juin 2024, « Anatomie cultu(r)elle du geste sportif », *Nonfiction*, [<https://www.nonfiction.fr/article-12067-anatomie-culturelle-du-geste-sportif.htm>]

CAMBY J.-P., SCHOETTL J.-É., 2023, « Note sous Conseil d'État, 29 juin 2023, *Association Alliance citoyenne et autres*, n° 458088 et a. », *RFDA*, p. 921

CARITEY B., CARREZ M., 2002, « Sport et propagande en Europe (XIX^e-XX^e siècle) », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, n° 88, p. 9-15

CHAPUS R., 1998, *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, 1998, n° 786, p. 562

CNDA (COUR NATIONALE DU DROIT D'ASILE), 2009, *Exposé sur la laïcité*, audience solennelle du lundi 14 décembre 2009

CONSEIL D'ÉTAT, 2019, *Le sport : quelle politique publique ?*, étude annuelle

CONSEIL D'ÉTAT, 2018, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, étude annuelle

CONSEIL D'ÉTAT, 2010, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du*

port du voile intégral, Section du rapport et des études

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, 2007, *Le sport au service de la vie sociale*, rapport présenté par M. André Leclercq

COUBERTIN P. de, 15 juin 1894, « Le rétablissement des Jeux olympiques », *La revue de Paris*

CRESSIN V., 2024, « Cinquante nuances de laïcité : une exception française ? », *Jurisport*, n° 248, p. 41

DÉFENSEUR DES DROITS, 19 décembre 2013, *Application du principe de neutralité religieuse dans les services publics*

DERÈZE G., 1996, « Le stade de football. Essai sur la construction sociale et journalistique d'un espace commun », *Études de communication*, n° 18

DIRECTION GÉNÉRALE DE L'ADMINISTRATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, 2023, *Guide de la laïcité dans la fonction publique*, Paris, La Documentation française

EHRENBERG A. (dir.), 1980, « Aimez-vous les stades ? Les racines historiques des politiques sportives 1870-1940 », *Recherches*, n° 43

ÉTIENNE F., ÉTIENNE R., 2004, « Les Jeux olympiques de 1896 : réflexions sur une renaissance », *Études balkaniques*, vol. 11, n° 1

FINLEY M., PLEKET H.-W., 2004 [1976], *1 000 ans de Jeux olympiques : 776 av. J.-C.-261 ap. J.-C.* Paris, Perrin

FRIER P.-L., 2014, « Vice de forme », *Rép. du contentieux admin.*, Dalloz

GAZAGNE-JAMMES, 2022, *Les actes nuisibles à la vie en société. Étude sur les exigences de la vie en société à partir de l'article 5 de la déclaration de 1789*, Paris, LGDJ

- GRILLET T., 2024, *Petit traité du geste. Pour la beauté du sport*, Paris, Les Presses de la cité
- HENNETTE-VAUCHEZ S., VALENTIN V., 2014, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Paris, LGDJ
- HENNETTE-VAUCHEZ S., VAUCHEZ A., 2025, *Des juges bien trop sages*, Paris, Seuil
- IGESR (INSPECTION GÉNÉRALE DE L'ÉDUCATION, DU SPORT ET DE LA RECHERCHE), 2021, *Les phénomènes de communautarisme au sein des associations sportives et de jeunesse, dans les accueils collectifs de mineurs ou les autres structures d'accueil de jeunes*, rapport
- KELLER R., 2008, « Argent, violence, dopage : le sport est-il vraiment un service public ? », *AJDA*, p. 897
- KOUBI G., 2000, « Neutralité du service public, neutralité dans le service », *Recueil Dalloz*, n° 36, p. 747
- LACABARATS A., 2012, « Institutions. Ordre juridique sportif international. L'universalité du sport », *Jurisport*, n° 122, p. 36
- LAURENT D., 2007, « Les relations de l'État avec les fédérations sportives : agrément, délégation et tutelle », *AJDA*, p. 162
- MAAZIZ L., 2023, « Compétitions sportives, service public et signes religieux », *RFDA*, n° 6, p. 1055
- MAUSS M., 1923-1924, « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés primitives », *L'année sociologique*, seconde série
- MINISTÈRE DES SPORTS, 2019a, *Laïcité et fait religieux dans le champ du sport*
- MINISTÈRE DES SPORTS, 2019b, « Sport et laïcité. Intervention de Monsieur Nicolas Cadène, 5 avril 2016 », dans *Laïcité et fait religieux dans le champ du sport*, p. 48-51
- MONSEMBERNARD M. de, 2022, Rubrique « Sport », *Répertoire de contentieux administratif Dalloz*
- PEYROUX-SISSOKO M.-O., 2023, « Compétitions sportives, service public et signes religieux. Note sous Conseil d'État, 29 juin 2023, Association Alliance citoyenne et autres, n° 458088 », *RFDA*, n° 6, p. 1065
- PEYROUX-SISSOKO M.-O., 2018, *L'ordre public immatériel en droit public français*, Paris, LGDJ
- PLESSIX B., 2021, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis
- POUMARÈDE J., 2007, « Le Christ chassé des prétoires : anticléricalisme et justice à la veille de la séparation », dans S. HUMBERT, J.-P. ROYER (dir.), *Auteurs et acteurs de la séparation des Églises et de l'État*, Lille, CHJ
- RENAN E., 1997 [1882], *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Paris, Mille et une nuits
- ROGER V., 2022, *Paris 2024. Un défi français*, Paris, L'Archipel
- SÉNAT, 7 juillet 2020, *Radicalisation islamiste : faire face et lutter ensemble*, Commission d'enquête, rapport n° 595, tome I
- VOLTAIRE, 1763, *Traité sur la tolérance*, Genève, s. n.
- WAWRZYNIAK R., 2021, *Histoire(s) des Jeux olympiques*, Paris, Mareuil Éditions
- YOUHNOVSKI SAGON A.-L., 2023, « Les glissements de terrain du principe de neutralité », *Recueil Dalloz*, p. 1995

NOTES

- 1 Intervention dans l'émission *Dimanche en politique* sur France 3, 24 septembre 2023.
- 2 Voir, par ex., Pindare, *X^e Olympique*.
- 3 En 776 av. J.-C., selon Hippias d'Élis.
- 4 Art. 1 et 2 de la Constitution de 1958.
- 5 Décret-loi du 2 mai 1938 relatif aux subventions accordées par l'État aux associations, sociétés ou collectivités privées.
- 6 Cons. d'État, sect., 22 novembre 1974, n° 89828.
- 7 Cons. État, sect., 26 novembre 1976, *Fédération française de cyclisme*, n° 95262.
- 8 Voir, par ex., Code du sport, art. L. 100-1 (sur les missions du sport), L. 131-1 (sur le rôle des fédérations sportives), L. 131-9 (sur les missions des fédérations sportives agréées) et L. 131-14 (sur les missions des fédérations sportives délégataires).
- 9 Loi n° 2022-296 du 2 mars 2022 visant à démocratiser le sport en France.
- 10 Le guide *Laïcité et fait religieux dans le champ du sport* visiblement voué à être mis à jour en raison de la mention « 1^{re} édition » sur la page de garde (Ministère des Sports, 2019a).
- 11 Cons. État, 29 juin 2023, *Associations Alliance Citoyenne et autres*, n° 458088 ; en réalité, il s'agit des suites contentieuses d'un référé-suspension préalable, rejeté par le juge pour défaut d'urgence (Cons. État, 22 novembre 2021, *Associations Alliance Citoyenne et a.*, n° 458092).
- 12 « Le Conseil d'État dénonce les attaques ayant visé la juridiction administrative et tout particulièrement un rapporteur public », communiqué, 28 juin 2023.
- 13 « J'ai mal à ma France. Une situation inacceptable. Toutes mes pensées vont pour la famille et les proches de Naël, ce petit ange parti beaucoup trop tôt », tweet de Kylian Mbappé, 28 juin 2023. La professeure Marie-Odile Peyroux-Sissoko a recensé 29,3 M de vues, 42,9 k de retweets, 5 497 citations, 276,7 k de « J'aime » et 1642 signets au 30 juillet 2023 (Peyroux-Sissoko, 2023, p. 1065).

14 Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.

15 Il convient ici de distinguer la laïcité, qui concerne l'État, et la neutralité, qui concerne le service public. La seconde découle de la première et « inclut la problématique d'une conciliation entre les modes de fonctionnement du service public et l'exercice des libertés publiques par les citoyens » (Koubi, 2000, p. 747).

16 Religion d'État, édit de Nantes, guerres de religion, affaire Calas, affaire Dreyfus, Révolution française et Lumières, guerre dite « des deux France », loi de séparation de l'Église et de l'État de 1905, antisémitisme sous la Seconde Guerre mondiale, islamisme radical, présence de plusieurs religions sur son territoire, etc.

17 Art. L. 131-15 C. sport ; Cons. État, 22 février 1991, *Bensimon, Guyot et Kamoun*, n° 103329.

18 Cons. État, 10 janvier 2007, n° 280069.

19 Art. 2-II-A-4° Statuts CNOSF.

20 Art. R. 142-1 C. sport.

21 Art. L.141-3 C. sport.

22 Art. L. 141-3-1 C. sport, issu de la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.

23 L'article premier des statuts de la FFF, qui a tant fait couler d'encre et tant polarisé l'opinion (Hennette-Vauchez, Vauchez, 2025, p. 14-15), interdit aux footballeuses françaises de porter le voile sur le terrain lors des matchs.

24 Art. 9.3. Statuts FFBB.

25 Art. 7 des règlements sportifs de la Fédération française de tennis.

26 Rapport sur les réponses apportées par les autorités publiques au développement de la radicalisation islamiste et les moyens de la combattre (Sénat, 2020, p. 183).

27 En principe, l'article L. 131-16 C. sport investit les fédérations délégataires, pour l'exercice de leur mission, d'un pouvoir réglementaire d'organisation des compétitions, et notamment de la possibilité de prendre des règles relatives à l'organisation de toute manifestation ouverte à leurs licenciés. Plus largement, l'article L. 131-7 du même code dispose qu'« afin de favoriser l'accès aux activités sportives sous toutes leurs formes, les fédéra-

tions sportives [...] peuvent mettre en place des règles de pratiques adaptées et ne mettant pas en danger la sécurité des pratiquants ».

28 Codifiés à l'article L. 111-1, II, C. sport : « L'État exerce le *contrôle* des fédérations sportives, dans le respect de l'article L. 131-1 » (nous soulignons) ; voir commentaire sous l'article L. 111-1 C. sport chez *Dalloz*.

29 Art. L. 111-1, II, C. sport, issu de la loi n° 2021-1109, précit., art. 63.

30 Cons. État, sect., 7 février 1936, *Jamart*.

31 On pouvait d'ailleurs s'interroger – au-delà de la question de son opportunité – sur la valeur juridique d'une telle décision verbale. Les actes administratifs sont, par hypothèse, des actes écrits (quoiqu'un silence gardé par l'administration puisse être contesté devant un juge si un texte le prévoit). En tant que mesure réglementaire nécessaire au bon ordre dans le service (Cons. État, 24 septembre 2014, n° 362472, *Association Ban public*) – et quand bien même elle limiterait l'exercice de certaines libertés fondamentales pour les personnes qu'elle vise (en l'occurrence les sportives professionnelles, assimilées à des agents du service public selon les termes de la décision précitée du 29 juin 2023) –, l'interdiction orale ministérielle ne peut naturellement s'apparenter à une décision individuelle « restreignant l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituant une mesure de police » au sens de l'article L. 211-2 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) et nécessitant à ce titre une motivation. Or, la motivation de l'acte (nécessairement écrite) est *a priori* la principale règle de forme circonscrivant les domaines des actes verbaux et écrits (Frier, 2014, pt. 7) ; une jurisprudence ancienne a pu considérer par exemple qu'une consigne donnée par un supérieur hiérarchique à un fonctionnaire pouvait être verbale (Cons. État, 3 novembre 1961, *Canet*, *Rec. Lebon*, p. 1083). Outre la motivation, la signature est une autre obligation de forme s'imposant à l'administration lorsqu'elle prend un acte. Mais nous ne sommes pas dans l'hypothèse où la ministre s'adressait à des usagers – comme cela aurait pu être le cas avec des simples licenciés – mais à des « personnes qui participent à l'exécution du service public qui lui est confié » dans le cadre de son pouvoir réglementaire d'organisation des services placés sous son autorité. Aussi, la règle selon laquelle, en principe, les décisions administratives doivent respecter les dispositions de l'article L. 212-1 CRPA (toute décision prise par une administration comporte la signature de son auteur) ne s'appliquerait-elle pas en l'espèce. En tout état de cause, la jurisprudence a grandement malmené cette règle en considérant que cet article n'avait « ni pour objet, ni pour effet d'imposer que toute décision prise par les autorités

administratives qu'il vise prenne une forme écrite » (Cons. État, 12 octobre 2016, M. R., n° 395307).

32 Préambule, al. 2 et 3, art. 2 et art. 11, al. 2.

33 Issu de la loi du 24 août 2021, précit.

34 Le Conseil d'État reconnaît, depuis longtemps déjà, l'existence d'un devoir de stricte neutralité qui s'impose à tout agent collaborant à un service public (Cons. État, 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau* ; Cons. État, 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*).

35 Cons. État, 29 juin 2023, précit., point 11.

36 *Ibid.*

37 Étude du Conseil d'État du 19 décembre 2013 sur l'application du principe de neutralité religieuse dans les services publics ; Cons. État, avis, 23 décembre 2013 ; dans cette espèce, le Conseil d'État avait précisé que les parents accompagnateurs de sorties scolaires n'étaient ni des agents, ni des collaborateurs du service public, mais de simples usagers du service public, non soumis au principe de neutralité religieuse. Il est intéressant de noter, du reste, que l'interdiction faite aux mères voilées d'accompagner des enfants lors de sorties scolaires a largement divisé les juges du fond. Les accompagnatrices ont tour à tour été regardées comme exerçant une activité assimilable à celle des personnels enseignants et astreints par hypothèse au principe de neutralité (tribunal administratif [TA] Montreuil, 22 novembre 2011, n° 1012015) ou à des usagers du service public (TA Nice, 9 juin 2015, n° 1305386 ; TA Amiens, 15 décembre 2015, n° 1401797 ; cour administrative d'appel [CAA] Lyon, 23 juillet 2019, n° 17LY04351).

38 Dans son *Guide de la laïcité dans la fonction publique*, publié en 2023, le gouvernement rappelle que l'« on ne saurait restreindre par principe la liberté d'expression des convictions religieuses des parents accompagnateurs de sortie scolaire. Néanmoins, lorsque les exigences liées au bon fonctionnement du service public de l'éducation le justifient, l'autorité compétente peut recommander aux parents d'élèves qui participent à des déplacements ou des activités scolaires de s'abstenir de manifester leur appartenance ou leurs croyances religieuses » (Direction générale de l'administration et de la fonction publique, 2023, p. 56-57), nous soulignons.

39 Cons. État, 29 juin 2023, précit., point 11.

40 *Ibid.*, point 14.

41 Proposition de loi sénatoriale visant à assurer le respect du principe de laïcité dans le sport du 18 février 2025.

42 Citation de François Mauriac dans son bloc-note pour *l'Express*, 1960, p. 57 (Conseil économique et social, 2007, p. 103).

43 Cons. const., 7 octobre 2010, n° 2010-613 DC.

44 Cour EDH, 1^{er} juillet 2014, aff. 43835/11, SAS *c/ France*.

45 En réalité, le principe du vivre-ensemble n'est pas expressément mis en avant par le Conseil d'État pour justifier l'interdiction du port du voile pendant les matchs de football féminin ; il se lit cependant en pointillé dans sa décision du 29 juin 2023. Il faut du reste signaler que le rapporteur public Clément Malverti entendait ces « exigences minimales de la vie en société » de manière très restrictive. Pour lui, elles ne concernent que la dissimulation du visage dans l'espace public.

46 Postulat qui, loin d'être fantaisiste, pourrait être conforté par la lecture des travaux préparatoires de la loi de 2021 et par la reprise de l'expression dans l'exposé des motifs de la loi.

47 Art. 1, I, de la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République (point 10 de la décision, *in fine*).

48 Par 4 milliards de téléspectateurs (selon les organisateurs).

49 Le rapporteur public Clément Malverti lui-même rappelait, dans ses conclusions sous l'arrêt précité du 29 juin 2023, que le port du foulard – qui n'empêchait pas au match (en l'occurrence de football féminin) de se dérouler – n'était pas nécessairement inadapté à la pratique des sports.

50 Citation de Charles de Gaulle en 1960.

51 Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics ; avant la loi de 2004, la jurisprudence prohibait les interdictions générales, mais admettait celles motivées par le bon fonctionnement du service public.

52 Cons. État, ass., avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République, 3 décembre 2020, n° 401549.

53 Proposition n° 35.

54 Loi n° 2022-296 du 2 mars 2022 visant à démocratiser le sport en France.

55 Le retrait des crucifix dans les salles de classe avait été ordonné dès 1882 (Poumarède, 2007, p. 143).

56 Cons. État, 26 août 2016, n° 402742 ; Cons. État, 17 juillet 2023, n° 475636.

57 Cons. État, ord., 21 juin 2022, *Commune de Grenoble*, n° 464648.

58 La première (art. 3 PPL) relative à l'application du principe de neutralité dans les espaces de baignade publics (Cons. État, ord., 21 juin 2022, n° 464648) ; la seconde (art. 1 PPL) relative à l'interdiction faite aux agents d'une fédération sportive délégataire de service public, ainsi qu'aux personnes qui participent à l'exécution dudit service public, de toute manifestation de leurs convictions pendant les compétitions (Cons. État, 29 juin 2023, n° 458088).

59 Rappelons à ce titre que ce n'est pas la première tentative sénatoriale de réglementer le port des signes religieux dans le sport. Voir Sénat, proposition de loi Démocratiser le sport en France, 1^{re} lecture (procédure accélérée), 18 janvier 2022, amendements n° 320, 319, n° 31 rect., rejet par le gouvernement et l'Assemblée nationale ; Sénat, PPL encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans la pratique du sport, 25 mai 2022, restée sans suite.

60 Cass., ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, FS-P+B+R+I.

RÉSUMÉ

Français

Le 24 septembre 2023, l'ancienne ministre des Sports Amélie Oudéa-Castera interdisait le port du voile aux athlètes musulmanes de la délégation française aux Jeux olympiques et paralympiques de Paris 2024. Nous commenterons, en nous plaçant essentiellement sur le terrain du droit administratif général, des principes de neutralité et de bon fonctionnement du service public du sport, les heurs et malheurs de la liberté d'expression religieuse des sportives françaises pendant la quinzaine olympique française. Sur quels fondements juridiques la ministre des Sports pouvait-elle ainsi restreindre ainsi la liberté des athlètes musulmanes d'exprimer leurs opinions religieuses sur le terrain ? Et dans une réflexion plus prospective : quelles pourraient être les suites (en particulier législatives) de cette interdiction ?

INDEX

Mots-clés

service public du sport, voile islamique, neutralité, laïcité, liberté religieuse, vivre-ensemble

AUTEUR

Emmanuelle Bornet

Doctorante à l'Université Toulouse Capitole, Institut des études juridiques de l'urbanisme, de la construction et de l'environnement (IEJUC - EA 1919) ;
emmanuelle.bornet@gmail.com

Responsabilité des acteurs publics et modèles de décision, les enseignements de la crise sanitaire

Jean-Baptiste Lenhof, Laurent Dehouck et Marc Lassagne

PLAN

1. Prise de décision et responsabilité : phase d'investigation
 - 1.1. Responsabilités et décisions, cadrage théorique
 - 1.1.1. Des logiques de décision
 - 1.1.2. Des représentations de la responsabilité
 - 1.2. Méthodologie de la collecte et du traitement des données
 - 1.2.1. La collecte de données
 - 1.2.2. Le traitement des données
 2. Prise de décision et responsabilité : une nouvelle grille d'analyse
 - 2.1. Résultats empiriques et combinatoire responsabilité/décision
 - 2.1.1. Combinatoire et registres des décideurs
 - 2.1.2. Prédominance du registre de l'architecte
 - 2.1.3. Prédominance de la logique conséquentialiste
 - 2.1.4. Prédominance de la référence au devoir(s)
 - 2.2. Exploitation des résultats
 - 2.2.1. Influence de la situation de crise sur les logiques de décision
 - 2.2.2. La question du choix de la logique à adopter en situations de crise
 - 2.2.3. La question de l'exonération de la responsabilité en temps de crise
 - 2.2.4. La question de la formation à la crise
- Conclusion

TEXTE

- 1 **Transdisciplinarité.** Comme l'indiquait Mauss en 1934, « l'inconnu se trouve aux frontières des sciences, là où les professeurs "se mangent entre eux", comme dit Goethe [...]. C'est généralement dans ces domaines mal partagés que gisent les problèmes urgents ». C'est ainsi aux « frontières des sciences » que se place l'étude qui suit, partie transdisciplinaire de travaux financés par l'Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice (IERDJ), désormais Institut Robert Badinter² – venant aux droits de l'ancienne Mission de recherche Droit et Justice. La question, en exergue, n'est pas nouvelle

car la puissance publique s'est déjà interrogée sur ce problème de façon plus générale, peu avant l'épisode du Covid-19 (Conseil d'État, 2018).

- 2 **Objet de l'étude.** Intitulée « Décisions publiques en période de pandémie Covid-2019 et responsabilité(s) », cette étude a été conçue comme devant comporter, en complément d'une partie exclusivement juridique, un volet structuré sur la recherche en sciences de la décision, partie dont nous communiquons ici une brève synthèse. La réflexion étant placée au confluent de deux disciplines, l'objet même de la recherche était extrêmement concret et, partant, nécessitait la réalisation d'une étude de terrain puisqu'il s'avérait indispensable de déterminer comment les décideurs publics de *première ligne* (selon l'expression consacrée durant la pandémie) avaient réagi durant la crise. Il s'agissait, à cet égard, de mesurer en quoi les erreurs techniques, politiques ou organisationnelles qu'ils avaient pu commettre pouvaient résulter d'un processus décisionnel inadapté et si leur responsabilité pouvait être engagée à raison de ce type d'erreur.
- 3 **Champs notionnels.** La question des « domaines mal partagés », dont parlait Goethe, s'est posée, d'abord, à propos du sens à donner à des notions, banales en apparence, mais qui recouvrent des concepts différents dans leurs champs disciplinaires respectifs. Ainsi, la décision, pour les juristes, se rapporte quasi exclusivement à l'action de trancher alors que, dans les sciences éponymes, elle désigne le résultat d'un processus de délibération ou d'option raisonnée entre plusieurs choix. Le droit adopte une approche objective (centrée principalement sur l'extériorisation de la volonté), alors que les sciences de la décision réservent leurs investigations à des processus subjectifs et internes (la construction mentale précédant ladite extériorisation). Concernant la responsabilité, par ailleurs, la distinction est plus marquée encore. En droit, elle repose sur l'obligation de répondre d'un dommage devant la justice, tandis que, dans les sciences de la décision, elle renvoie plus largement à l'exigence de rendre compte à toutes les *parties prenantes*, même en l'absence de dommage, et englobe ainsi des dimensions morales, éthiques ou sociales au-delà de la seule responsabilité *juridique*. Autrement dit, elle prend également en considération les *devoirs*.

- 4 **Approche transdisciplinaire de la responsabilité.** Ce terme de *devoir* est au demeurant issu du droit et, pris dans son sens juridique, il s'agit d'une sujétion d'avoir à *rendre compte* d'autre chose qu'un dommage et autrement que devant la justice. Ces devoirs sont, en l'espèce, distingués au sein du Code civil comme dans le « devoir de conscience envers autrui », par exemple, qui figure dans son acception générique à l'article 1100, al. 2 dudit code. Ainsi, le sens à donner au terme *responsabilité* pourra aussi bien faire référence au fait d'avoir à rendre compte devant un magistrat (administratif ou judiciaire) que devant une institution *ad hoc*, voire, devant le corps social, dès lors qu'une sanction est encourue.
- 5 **Approche transdisciplinaire de la décision.** La notion de décision peut également être appréhendée par le droit autrement que dans le champ matérialisé de la manifestation externe de volonté ou de la commission d'un fait. Les juristes de droit privé s'appuient en effet, à l'occasion, sur la délibération interne pour apprécier les comportements : la bonne foi, l'intention dolosive, la fraude, voire, s'agissant du droit pénal, sur les notions d'intentionnalité ou de préméditation, autant de déterminants utilisables pour jauger la responsabilité. Le juge administratif, en reflet, s'autorise également à rechercher, dans un acte faisant grief, l'intention de l'auteur, notamment lorsque ce dernier est suspecté de détournement de pouvoir³. Ainsi, lorsque cette approche subjective s'avère constituer le seul support envisageable pour la manifestation de la justice, le juriste en vient à rechercher quelle a été la démarche intellectuelle qui a précédé l'action, rejoignant en cela les spécialistes des sciences de la décision.
- 6 **Superposition des champs de recherche.** Il ressort qu'au prix d'un prolongement de la notion de responsabilité, étendue aux *devoirs*, et de l'élargissement de la définition juridique de la décision aux processus mentaux qui l'ont précédé, un champ transdisciplinaire de recherche peut être dégagé. Il permet de fournir un cadre théorique et conceptuel utilisable, aux fins de déterminer la façon dont les processus de décision sont influencés par la considération qu'ont les décideurs publics de leur responsabilité.
- 7 **Plan.** L'étude a ainsi débuté par une phase d'investigation, cette dernière ayant fait l'objet, en amont, d'une identification des options de recherche pertinentes et de leur technique de mise en œuvre (1),

ultérieurement testées et validées lors des premiers entretiens. L'exploitation, ensuite, des données collectées a permis de mettre en évidence la nécessité d'envisager l'adaptation du régime de responsabilité des décideurs publics, grâce à l'utilisation d'une nouvelle grille d'analyse des mécanismes de prise de décision (2).

1. Prise de décision et responsabilité : phase d'investigation

- 8 **Plan.** Si une des difficultés la plus apparente des recherches transdisciplinaires résulte dans les variations de sens que les chercheurs attribuent à des notions apparemment communes, il en est d'autres, moins perceptibles mais parfois antagoniques, qui résident dans la dissemblance des fondements théoriques à retenir. Au surplus s'y ajoutent des différences de méthode, les chercheurs en sciences de gestion présentant une inclinaison plus forte par l'emploi de techniques expérimentales que les juristes. Ainsi de parvenir, en dépit de ces difficultés, à déterminer un cadrage théorique commun aux deux disciplines (1.1), en accordant toutefois la primauté aux sciences de gestion quant à la mise en œuvre pratique de la collecte de données (1.2).

1.1. Responsabilités et décisions, cadrage théorique

- 9 **Synthèse.** L'approche de la responsabilité demeure, généralement, l'apanage du juriste. Celle de la décision concerne, *a priori*, les spécialistes des sciences de gestion. Or, ici, il nous faut rassembler ces deux disciplines dans un nouveau cadre théorique, au prix d'une approche originale de la question, au regard, du moins, des us et coutumes de la recherche juridique.

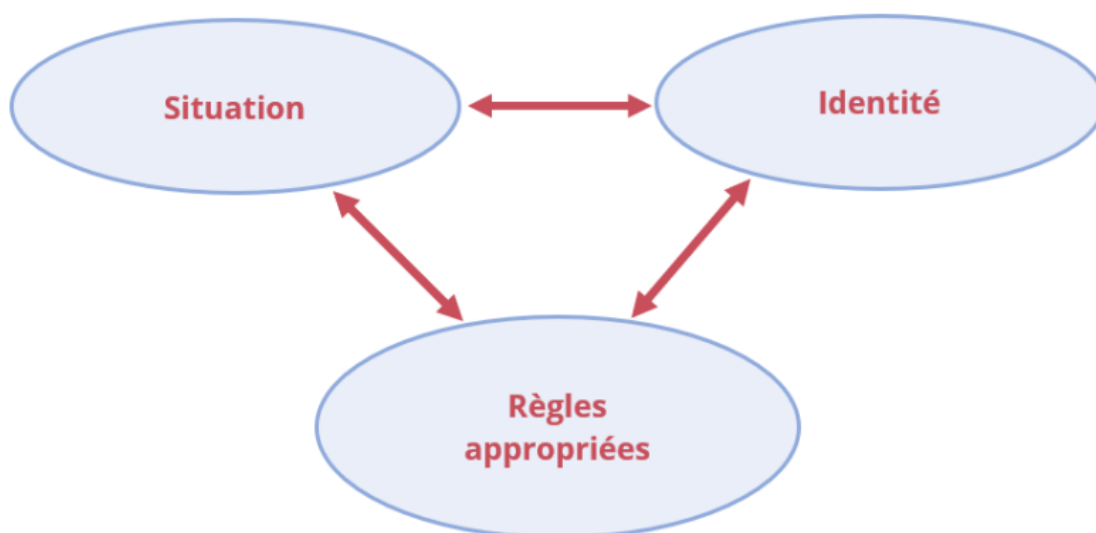
1.1.1. Des logiques de décision

- 10 **Familles de théories et décision.** Lorsqu'on examine la richesse et la variété des modèles de prises de décision, la démarche de recherche est confrontée à un paradoxe : soit on la fait reposer sur un seul modèle de référence et elle encourt, alors, le grief de l'arbitraire

théorique ; soit on explore les potentialités de chaque modèle, au risque de provoquer des contradictions et/ou d'obtenir des résultats inintelligibles.

- 11 Pour résoudre cette difficulté, il a été retenu, au support des travaux de March (1994), que l'étude prendrait pour support théorique la distinction opérée par cet auteur entre deux familles de modèles de décision :
- ceux, d'abord, qui se rattachent à une logique dite de « la règle appropriée », ou « non conséquentialiste » (Kornberger, Leixnering, Meyer, 2019 ; Cohen, March, Olsen, 1972 ; Lipshitz, Strauss, 1997 ; March, 1994 ; Weick, 1995 ; Weick, Sutcliffe, Obstfeld, 2005 ; Klein, 2015) ;
 - et ceux, ensuite, qui se rapportent à une « logique déductive », également appelée « conséquentialiste » (Grandori, 1984 ; Hogarth, Kunreuther, 1995 ; Keeney, 1982 ; Raiffa, 2002 ; Tversky, Kahneman, 1974).
- 12 À cet égard, les termes non conséquentialiste et conséquentialistes seront utilisés.
- 13 **Présentation des modèles non conséquentialistes.** La première logique, non conséquentialiste, renvoie à une structure de raisonnement qui repose sur l'interaction entre trois éléments d'un système : la situation affrontée, « l'identité » du décideur et les règles que ce dernier associe à ces deux premiers éléments, dites *appropriées* (schéma 1).

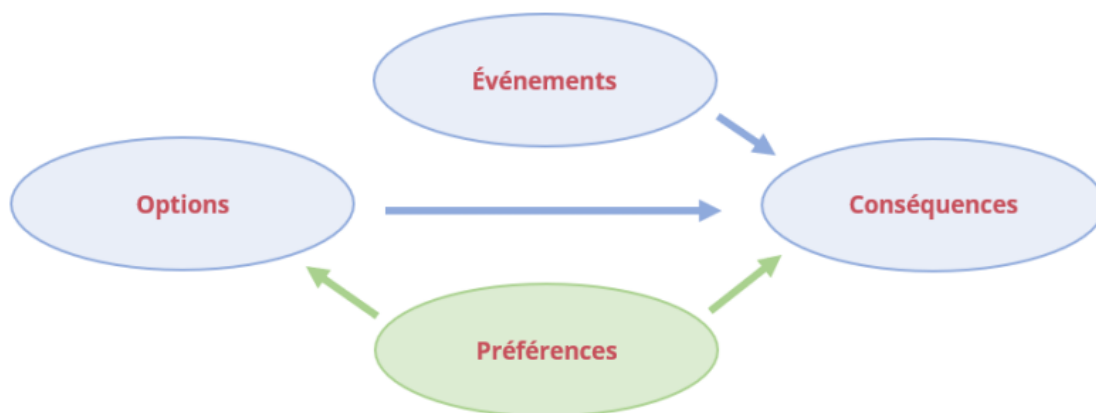
Schéma 1 : Logique de la règle appropriée



- 14 Prenons un exemple. Lors de la pandémie, Laurent décide de faire une promenade en ville, ce qui va le contraindre à voyager en métro. Il a le choix entre ne pas porter de masque, porter un masque lavable ou un masque chirurgical (il s'agit de la « *situation* » selon le schéma 1). Il est retraité de la médecine hospitalière (nous faisons ici référence au pôle « *identité* ») et prend, en l'espèce, la décision de porter le masque chirurgical parce que c'était celui dont l'emploi était préconisé dans son ancien hôpital et qu'il avait l'habitude de l'utiliser. On mesure, ici, la logique de « la règle appropriée » adoptée par Laurent, qui procède de sa qualité professionnelle antérieure et prend en considération la situation sociale (le métro) [March, 1994].
- 15 **Des modèles articulés autour de l'identité.** Ces modèles s'inscrivent indirectement dans la représentation que nous propose Weber (1922) du concept de « *bureaucratie* » en tant qu'organisation « rationnelle légale » et légitime. En son sein, la plupart des personnes suivent, dans leurs tâches quotidiennes, des règles prédéfinies parce qu'elles les rattachent à leur *identité*. Ces rôles s'appuient parfois simplement sur l'adoption de comportements ou de codes : le costume du banquier, la robe de l'avocate, la taille du bureau, etc. Les organisations, quant à elles, coordonnent ces rôles qui sont marqués par l'incertitude et l'équivoque, des traits constitutifs de l'*identité*, des *situations* et des *règles* (Weick, 1995).
- 16 **Un couple identité/règle appropriée.** En reflet, pour March (1994), l'identité et le comportement individuel sont tout à la fois créés par la personne et imposés par le carcan des rôles professionnels ou sociaux. Ces rôles encadrent, notamment, ce qui est moralement acceptable, légitime, et des obligations et des devoirs en découlant, c'est-à-dire une *responsabilité* au sens où l'entendent les sciences de gestion (les juristes, eux, y verraient un *devoir*). Le raisonnement non conséquentialiste n'est, de la sorte, ni automatique ni arbitraire ; il est systématique et fondé en raison, quoiqu'il procède différemment de la logique conséquentialiste (voir *infra*). Il consiste, en définitive, à établir une correspondance, conforme à l'*identité* que s'est forgée le décideur et la *situation* (dont les règles sociales sont une composante majeure) qui a été reconnue comme étant *appropriée*. Ce qui est approprié, ici, c'est à la fois ce qui semble conforme et juste et l'adhésion à la situation qui est ou devient propre au décideur.

- 17 **Représentation juridique du non-conséquentialisme.** Pour le juriste, cette logique binaire de construction de la décision avec, en combinaison, un pôle « identité » et un pôle « situation », renvoie, en définitive, à une structure de délibération interne sur laquelle il est possible de placer les mots du droit. En effet, alors que « l'identité » renvoie à la dimension subjective du raisonnement, la « situation » renvoie, elle, à l'appréciation objective de l'environnement du décideur. Ainsi, l'extériorisation de la volonté résulte de la confrontation de ces deux éléments et de la mesure de l'équilibre entre les deux. Ce modèle, par exemple, se retrouverait implicitement dans la description que fait le Code civil de la formation du contrat. L'acceptation d'une partie, subjective (art. 1118), pourrait répondre, dans certains cas, à l'offre, objective, de l'autre cocontractant (art. 1114). Il est moins certain, en revanche, que la discipline juridique puisse fournir une illustration aussi conforme de la seconde famille de modèles, qui repose sur la rationalité dite conséquentialiste.
- 18 **Présentation des modèles conséquentialistes.** Cette seconde logique de décision, *conséquentialiste*, s'articule, en effet, autour des quatre pôles : l'ensemble des valeurs – ou préférences – du décideur, l'ensemble des événements (variables situées hors de son contrôle), l'ensemble des actions qu'il envisage (les options) et l'ensemble des conséquences qui peuvent y être associées (schéma 2).

Schéma 2 : La logique de la décision conséquentialiste



- 19 La partie ci-dessus en bleu matérialise le champ de raisonnement qui permet au décideur d'anticiper les conséquences de chaque action

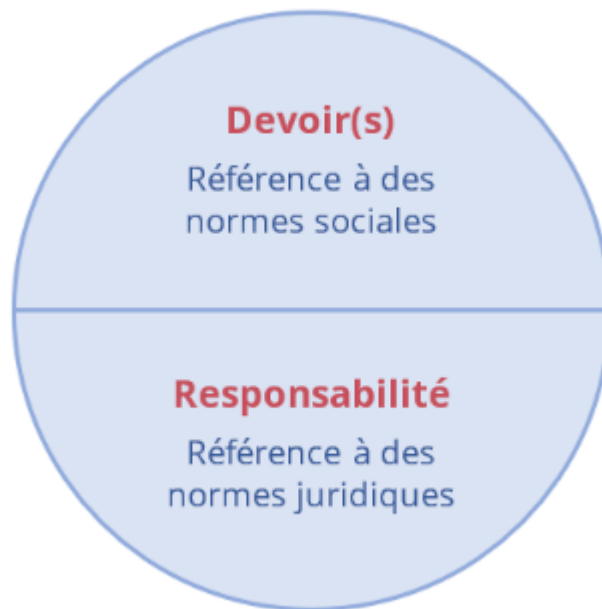
envisageable. Toutes ces conséquences sont incertaines, incertitude résultant d'un état du monde (les « événements ») qu'il ne peut pas contrôler. L'autre volet de son raisonnement consiste à se poser la question des priorités, des objectifs et des valeurs qui lui sont propres (les « préférences »). Le prisme qu'elles constituent va déterminer son choix parmi toutes les options envisagées.

- 20 **Fonctionnement du modèle.** Illustrons cette logique conséquentialiste par un exemple. À une période donnée de la pandémie (période qui doit être rapportée aux « événements »), trois possibilités ont été offertes au public : 1) ne pas porter de masque ; 2) porter un masque chirurgical ; 3) porter un masque en tissu lavable, (nous avons donc ici trois « options »). Les différents effets de ces trois options n'étaient pas connus à l'époque (situation d'incertitude quant aux « conséquences »). Dans cet exemple, le choix entre ces trois options ne saurait dépendre exclusivement de la partie bleue du graphique. Il est nécessaire, au surplus, d'intégrer dans le raisonnement les préférences du décideur (en vert). Si Claude est avare, il choisira de ne pas porter de masque ; si Marc est craintif, il optera pour le masque chirurgical ; si Claire milite pour l'économie circulaire, elle choisira le masque en tissu lavable. Ce sont donc les préférences idiosyncratiques de ces trois personnes au regard de conséquences incertaines qui détermineront l'option qu'elles retiendront.
- 21 **Des arbitrages de valeurs complexes pour le droit.** La simplicité de cette illustration ne doit pas, cependant, masquer la complexité redoutable que peut revêtir la logique conséquentialiste. Si Jean-Baptiste, par exemple, est à la fois avare, craintif et partisan de l'économie circulaire, il lui sera très difficile d'opérer un choix à propos du masque. En l'absence de solution simple, il pourrait éventuellement chercher une nouvelle option : pourquoi ne pas se rendre à la campagne en attendant la fin de la pandémie ? Il existe ainsi, dans ce modèle, une difficulté pour les décideurs à réaliser un arbitrage entre des valeurs dont l'articulation n'est guère évidente car le modèle conséquentialiste ouvre un nombre considérable d'options. Il convient ainsi de tenter d'établir en quoi les deux modèles présentés peuvent fournir une grille de lecture intelligible, en droit, pour mesurer l'anticipation de leurs responsabilités par les décideurs.

1.1.2. Des représentations de la responsabilité

- 22 **L'autoévaluation du champ de responsabilité.** La question du champ de la responsabilité dont nous avons dessiné les contours en introduction, repose, nous l'avons souligné, sur la projection que fait le décideur d'avoir à *rendre compte* de façon générale et non exclusivement sur le fondement de normes juridiques. Elle intègre donc, mais cette liste n'est pas exhaustive, les considérations de droit positif mais également morales, environnementales, ainsi que la prise en compte de sa relation avec les parties prenantes et sa hiérarchie. Ainsi, un élu ou une élue n'aura jamais à rendre compte devant la justice du reniement de ses promesses politiques. Sa loyauté, attendue par ses mandants, est, en conséquence, typiquement de l'ordre de la responsabilité extra-juridique. Elle s'avère donc, par rapport à la responsabilité *stricto sensu*, revêtir une dimension beaucoup plus vaste et elle sera marquée à la fois par davantage de subjectivité et par la soumission à des normes sociales et non plus seulement à des normes de droit.
- 23 D'où l'introduction, dans le protocole de recherche retenu, d'une distinction entre deux champs de responsabilité : juridique et extra-juridique, sous-ensembles qui constitueraient la représentation globale que le décideur se fait de sa responsabilité (schéma 3).

Schéma 3 : L'autoévaluation de la responsabilité du décideur, juridique et extra-juridique



- 24 **Validation de la dualité responsabilité/devoir.** Les premiers entretiens ont rapidement permis de valider ce protocole, faisant apparaître que certains décideurs accordaient, dans leur réflexion, une priorité à la dimension juridique de la responsabilité et n'envisageaient ainsi leurs actions que dans des limites étroites de leurs fonctions ou de leurs pouvoirs. Cette attitude pouvait dépendre de nombreux facteurs : culture de l'acteur public, formation, position hiérarchique dans l'organisation, etc., qu'il s'agissait d'identifier par la suite (*voir infra*). Pour d'autres décideurs, la référence à des normes sociales constituait le socle principal de l'arbitrage entre les choix possibles et c'étaient, alors, des dimensions plus personnelles de leur responsabilité qu'ils mettaient en jeu. Cette référence, selon la logique conséquentialiste, s'avérait souvent uniquement en lien avec leurs *valeurs*, qui emportaient construction de leurs *préférences* (schéma 2) lorsqu'ils s'attachaient, par exemple, à la prise en compte d'aspects éthiques, environnementaux ou sociaux. Dans les cas d'adoption d'une logique non conséquentialiste, ces mêmes valeurs faisaient, en revanche, référence à la notion *d'identité* (schéma 1).

- 25 **Reconnaissance du devoir par le droit.** D'emblée, les références aux normes sociales dans la prise de décision sont apparues plus nombreuses que celles qui reposaient sur les normes juridiques, ce qui a imposé une nouvelle réflexion sur la juridicisation éventuelle de la mise en œuvre des devoirs. Le paradoxe était en effet sensible car, si chacun admet que la violation d'une règle de droit doit entraîner, en principe, la mise en jeu de la responsabilité juridique, on conçoit moins aisément que le non-respect d'un devoir, *a fortiori* moral, puisse constituer une faute répréhensible. Cette question de la distinction entre responsabilité et devoir n'est toutefois pas nouvelle. Juge et législateur y ont été confrontés à l'occasion tout en résolvant le problème de façon casuistique. Ainsi, par exemple, le juge de constater l'existence, dans l'arrêt *Vilgrain*⁴, d'un « devoir de loyauté » du dirigeant (Guyon, 1996) pour des agissements, certes licites, mais contraires à la morale des affaires. Le droit civil, par ailleurs, reconnaît depuis longtemps l'existence de devoirs de conscience (Ripert, 1949 ; Flour, 1954 ; Gobert, 1957), désormais formalisés à l'article 1100 du Code civil qui dispose que les obligations « peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience ». Ainsi en est-il, également, de la disposition nouvelle en droit des contrats qui introduit la notion de devoir d'information précontractuelle, encadré par l'article 1112-1 du Code civil (Stoffel-Munck, 2016). Le droit administratif s'y réfère également, dans l'article L. 121-8 du Code général de la fonction publique, par exemple, qui établit que « l'agent public a le *devoir* de satisfaire aux demandes d'information, etc. ».
- 26 **Relation entre transgression du devoir et faute.** Ainsi, l'examen des régimes attachés à ces notions fait apparaître qu'elles se situent dans une sorte de zone grise de la responsabilité. En effet, la méconnaissance du devoir de loyauté du dirigeant, découvert dans l'arrêt *Vilgrain*, a pu donner lieu au constat par le juge d'une réticence dolosive⁵. Semblablement, le devoir de conscience, auquel une personne s'est soumise volontairement peut devenir obligatoire, en application du régime applicable à l'obligation naturelle (Molfessis, 1997). Par ailleurs, le devoir précontractuel d'information demeure juridiquement dans les limbes (Mekki, 2016) tant que le contrat n'est pas conclu mais sa méconnaissance peut déboucher sur une nullité pour dol si le contrat prend vie ultérieurement. Incidemment, il serait

également envisageable de s'interroger sur le principe de bonne foi de l'article 1104 du Code civil, voire renvoyer au régime des sanctions professionnelles attachées à la violation de règles déontologiques, pour découvrir le devoir, dans l'ombre de la responsabilité.

- 27 **Insécurité juridique pour le décideur public.** On mesure, dès lors, que le devoir n'est pas dans le champ de la responsabilité juridique mais que, lorsque son non-respect est constitutif d'une faute, la responsabilité extracontractuelle du droit civil peut-être engagée. La dimension de celle-ci peut, de la sorte, s'étendre *ad libitum*, au gré de l'appréciation judiciaire de la dimension fautive du comportement. Ainsi placé dans la dimension judiciaire, le devoir est cependant affligé d'une grille de lecture indéchiffrable. Le juge, somme toute, se contente d'appliquer fidèlement les dispositions de l'article 1240 du Code civil lorsqu'il apprécie la faute mais force est de constater que le régime qui est alors applicable aux décideurs publics n'est guère adapté. À cet égard, la comparaison avec le droit public fait apparaître le pragmatisme de la jurisprudence du Conseil d'État : théorie des circonstances exceptionnelles, justification des actes par la défense de l'intérêt général, par exemple, sont autant de protections pour l'agent public lorsqu'il priorise le respect de ses devoirs dans sa prise de décision. Pour autant, la crise pandémique a permis de constater que ces protections se sont avérées insuffisantes pour une grande catégorie de décideurs de terrain, maires et personnels médicaux, en particulier. Ces constats achevés, restait à recueillir les données permettant de confirmer ou d'infirmer ces considérations.

1.2. Méthodologie de la collecte et du traitement des données

1.2.1. La collecte de données

- 28 **Alternative technique.** Deux méthodes de recueil de données étaient pertinentes, en l'état, pour la conduite de la recherche. En premier lieu, un questionnaire fermé, assorti de quelques questions ouvertes, pouvait être diffusé à un large échantillon de personnes. Cette solution était d'autant plus envisageable que la plupart des responsables publics avaient été confrontés à la prise de décision durant la crise sanitaire, ce qui aurait permis la constitution d'une cohorte substan-

tielle, de l'ordre d'une centaine de personnes. En second lieu, les données pouvaient également être collectées au support d'entretiens qualitatifs semi-directifs, d'une durée d'une à deux heures, sur une population moins nombreuse mais plus étroitement sélectionnée.

- 29 **Choix de l'entretien qualitatif.** Cette seconde méthode a été retenue pour trois raisons. La première, parce que des questionnaires standardisés ne semblaient pas pouvoir répondre à la diversité des situations rencontrées durant la crise, diversité accentuée par la dissemblance de fonctionnement des domaines de l'action publique. La deuxième tenait à éviter le biais résultant de l'absence de représentativité statistique des réponses, certaines catégories de décideurs étant plus enclines que d'autres à s'investir dans l'enquête, d'autant que le domaine médical, notamment, avait déjà été largement sollicité sur ce point par la puissance publique. La troisième, enfin, parce que des entretiens semi-directifs peu nombreux, mais plus précis et plus longs, permettent d'obtenir des résultats qualitatifs et quantitatifs aussi significatifs que ceux qui résultent d'une approche par questionnaire et autorisent, de surcroît, une plus grande finesse d'analyse.
- 30 **Cadre d'échantillonnage.** La question de l'échantillonnage s'est posée en ce sens avec, pour ligne de conduite, de ne solliciter que des décideurs de terrain, c'est-à-dire qui étaient directement confrontés au public durant la pandémie en raison de leur capacité à s'inscrire dans notre double problématique de recherche. En effet, leur position fonctionnelle, en charge de responsabilités lors de la crise, leur imposait de répondre immédiatement, par l'action, à des problèmes pratiques en situation d'incertitude, en référence à notre choix des deux modèles non conséquentialistes et conséquentialiste de logique de décision.
- 31 **Élimination des biais.** Il s'agissait par ailleurs d'éviter d'avoir à compiler et à analyser des décisions teintées des considérations politiques, c'est-à-dire biaisées par des facteurs externes, comme le respect de la ligne gouvernementale ou, à l'inverse, l'adoption d'une position collective ou partisane et, partant, non individuelle. Ainsi, seuls les maires de petites communes ont été sollicités, alors que pour les communes plus conséquentes, les entretiens ont uniquement été menés auprès des directeurs et directrices générales des services. Semblablement, la dimension hiérarchique a été prise en

considération pour ne retenir, comme sujets d'étude, que les personnes susceptibles de s'être décidées en toute indépendance, ce qui excluait donc les membres des corps d'armée, des services de secours du corps des pompiers ou de la gendarmerie. Restait enfin à devoir écarter toutes les personnes dont les décisions ne pouvaient être gouvernées que par le respect de normes juridiques – c'est-à-dire qui ne pouvaient ignorer ces normes pour privilégier un devoir –, les professions judiciaires et notamment les magistrats étant de ce fait exclus du protocole.

- 32 **Population retenue.** Pour autant, deux exceptions fonctionnelles ont pu être apportées à cet échantillonnage : d'une part, la conduite d'un entretien avec un directeur d'EHPAD associatif doté d'une large autonomie de décision et, d'autre part, l'interview d'une responsable de services pénitentiaire dont la mission était suffisamment transversale pour pouvoir garantir qu'elle avait pris ses décisions en toute indépendance. Les entretiens ont été programmés pour durer une heure, durée qui a été respectée et qui, à l'occasion, s'est souvent prolongée, la répartition fonctionnelle des répondants par secteur d'activité s'établissant *in fine* comme suit (tableau 1) :

Tableau 1 : Répartition fonctionnelle des répondants et répondantes par secteur d'activité

Collectivités DGS (Direction générale des services)	8
Collectivités Maires	2
Collectivités Total	10
Santé EHPAD	1
Santé SAMU	1
Santé ARS	1
Santé Hôpital	5
Santé Total	8
Enseignement supérieur	4
Enseignement secondaire	4
Enseignement Total	8
Établissement pénitentiaire	1

- 33 **Guide d'entretien.** Ces entretiens ont été menés systématiquement par deux chercheurs et chercheuses, en organisant une variation entre les binômes, la trame de questions utilisée étant destinée à laisser la plus grande place possible à l'expression naturelle et à faire ainsi ressortir les différents registres de justification utilisés. À cet égard, le protocole originel a été réduit, après de premiers tests, aux questions fondamentales permettant d'orienter le débat tout en laissant la plus grande liberté possible aux personnes interrogées (encadré 1).

Encadré 1 : Guide d'entretien définitif

- Depuis combien de temps êtes-vous en poste ?
- Avez-vous une expérience antérieure ?
- Pourriez-vous me parler de décisions que vous avez prises ?
- Avez-vous hésité ?
- Qu'est-ce qui vous a été utile ?
- Qu'est-ce qui vous a manqué ?
- La question des risques était-elle présente dans ces moments de décision ?
- Si c'était à refaire, prendriez-vous les mêmes décisions ?

1.2.2. Le traitement des données

- 34 **Pertinence du déroulement des entretiens.** La technique d'entretien adoptée – son degré mesuré de directivité notamment – a permis aux décideurs interrogés de verbaliser et de justifier les décisions prises lors de la crise (l'absence d'information sur la situation, les incertitudes et l'obligation d'agir en étant les marqueurs les plus significatifs). Les responsables ont pu, ainsi, caractériser les situations affrontées, les déterminants de leurs raisonnements, l'organisation de la prise de décision, les dispositifs de recherche d'information qui ont été mobilisés, le tout en conformité avec le protocole. Sous la protection de l'anonymat, les sujets de l'échantillon sélectionné ont semblé, par ailleurs, n'avoir eu aucune réticence à rapporter leurs décisions, même lorsque leurs choix généraient des risques majeurs ou que leur élaboration était confidentielle (au sein, notamment, de cellules de crise). S'agissant, enfin, des justifications apportées, nous avons pu constater la même sincérité, notamment lorsque les décideurs, préférant raisonner en fonction de leurs devoirs, s'étaient sciemment affranchis des injonctions juridiques, en prenant parfois le risque d'adopter des comportements illicites.
- 35 **Impossibilité d'automatiser l'analyse.** Une trentaine d'heures d'entretien ont ainsi été transposées par écrit, aboutissant à générer plus de 600 pages de données utilisables. Quant au traitement de ces données, il visait à identifier quatre points.
- 36 S'agissant, d'abord, de la mesure des responsabilités des décideurs, il visait à savoir :

- si les décideurs avaient confronté leurs choix aux exigences de normes juridiques et les avaient alignés sur ces normes ;
 - ou s'ils avaient privilégié leurs devoirs et avaient opéré leur choix en conséquence (n'envisageant ainsi que l'application de normes sociales).
- 37 À propos, ensuite, de leur système de prise de décision, le traitement de ces données visait à savoir :
- si les décideurs avaient bâti leur choix à l'aide d'un raisonnement non conséquentialiste ;
 - ou s'ils l'avaient déterminé de façon conséquentialiste.
- 38 Le traitement automatisé des entretiens *via* le logiciel Nvivo, qui avait été choisi au début du programme de recherche, a ensuite été mis en œuvre, sans que des résultats utiles puissent être obtenus. En effet, la recherche informatisée de mots-clés, supposée permettre d'identifier le contenu des discours et d'en dresser un tableau statistique s'est avérée inefficace en raison du caractère diffus de la formulation des personnes interrogées. L'exemple fourni dans l'encadré 2, à propos de la priorisation des devoirs sur les règles juridiques, est particulièrement significatif de l'impossibilité d'utiliser la méthode des mots-clés pour répondre à notre protocole.

Encadré 2 : Verbatims (substance)

- « Nous, notre souci le plus important c'était surtout de savoir comment on allait pouvoir faire manger les enfants » (collège d'une banlieue défavorisée et cantine supprimée durant les confinements).
- « Objectivement, on ne pouvait pas faire ça en période pré-électorale » (une DGS, pour écarter une injonction gouvernementale).
- « Avec le conseil municipal, on s'est dit, allez, on y va ; les gens étaient contents » (un maire organisant des marchés ouverts en pleine pandémie).
- « On a tous mis en avant le sens du service » (une DGS également pour justifier une organisation ad hoc).

- « De toute façon, on a déjà nos règles médicales par rapport aux multi-pathologies » (la déontologie médicale pour écarter le droit).

39 **Recours au traitement manuel et premier codage.** L'impossibilité d'utiliser un traitement automatisé pour traiter les données de l'enquête a donc imposé le recours à un procédé manuel, consistant en la relecture et l'analyse détaillée des 600 pages d'entretien. Une méthode simple a alors été retenue, consistant à identifier les éléments de langage correspondant aux logiques suivantes : repli sur la norme juridique ou appui sur les devoirs ; raisonnement conséquentialiste ou non conséquentialiste. À ce titre, quatre types d'attitude avaient pu être adoptés par les décideurs, correspondant à des couples logiques de décision/dimension de la responsabilité envisagée :

- s'appuyer sur la norme et adopter un raisonnement conséquentialiste ;
- s'appuyer sur la norme et adopter un raisonnement non conséquentialiste ;
- s'appuyer sur le devoir et adopter un raisonnement conséquentialiste ;
- s'appuyer sur le devoir et adopter un raisonnement non conséquentialiste.

40 L'encodage des documents a, dans un premier temps, été réalisé en double aveugle en surlignant avec quatre couleurs différentes les quatre couples décision/responsabilité, juriste et spécialiste des sciences de la décision opérant séparément.

41 **Validation des codages.** Dans un second temps, les résultats obtenus ont été confrontés en groupe, les interprétations contradictoires ou ambiguës étant écartées. La validation, par ailleurs, a été réalisée à partir d'un système de preuve établi en fonction de caractéristiques propres aux quatre couples responsabilité/décision.

42 Par exemple, le dernier couple présenté, qui donne priorité au devoir et repose sur un raisonnement non conséquentialiste :

- utilise des informations équivoques ;
- se justifie postérieurement à l'action ;
- affronte un niveau de risque inconnu.

43 Par suite, pour que les réponses des responsables soient validées et retenues, il a été vérifié que les caractéristiques de chaque couple décision/responsabilité étaient identifiables dans les éléments du discours (la référence à ces caractéristiques est détaillée dans le tableau 1). En définitive, ce sont uniquement les codages ayant fait l'objet d'un accord de l'ensemble des chercheurs et chercheuses qui ont été sélectionnés pour constituer des données utilisables, à l'appui d'un système de preuve rigoureux puisque seuls 486 d'entre eux ont été retenus.

2. Prise de décision et responsabilité : une nouvelle grille d'analyse

44 Le croisement des 486 données agrégées a confirmé que l'attitude des décideurs publics durant la crise pandémique oscillait presque systématiquement entre quatre comportements types. Or, ces derniers pouvaient être représentés par une matrice combinatoire de la responsabilité et de la logique de décision facilitant l'analyse quantitative des résultats (2.1). Les conséquences résultant de cette analyse sont à la fois édifiantes de la nécessité d'améliorer les techniques de décision et celles de l'appréciation de la responsabilité (2.2) pour l'ensemble des acteurs publics.





2.1. Résultats empiriques et combinatoire responsabilité/décision

2.1.1. Combinatoire et registres des décideurs

45 **Modélisation des registres.** La matrice qui figure ci-dessous permet d'illustrer les attitudes que nous avons pu identifier, à l'intersection des deux dimensions de notre cadre de recherche : le choix des décideurs quant à leur responsabilité (reposant sur le droit ou sur le *devoir*, en colonne) et le modèle de prise de décision adopté (conséquentialiste ou non, en ligne). Elles sont représentées par des figures symboliques auxquelles correspondent trois caractéristiques indiquées en bas de chaque case. Ces trois caractéristiques, qui n'avaient

pas été recherchées lors de l'établissement du protocole, sont ressorties de l'analyse des discours des répondants. Ainsi, par exemple, la figure symbolique de « l'architecte » (colonne 2, ligne 1) renvoie à l'intersection de justifications de type conséquentialiste et d'une référence aux devoirs pour établir la décision. Cette combinatoire entraîne les caractéristiques suivantes : le raisonnement de l'architecte est bayésien, il se repose davantage sur la planification que sur les données et la prise de risque y est calculée. Les autres figures symboliques procèdent de la même représentation et leurs traits distinctifs sont synthétisés dans le tableau 2.

Tableau 2 : Logique décisionnelle et représentation de la responsabilité

	Responsabilité	Devoir
Logique conséquentialiste	<p>Arbitre</p>  <ul style="list-style-type: none"> ▶ Raisonnement déterministe ▶ Données <i>ex post</i> et preuves certaines ▶ Pas de prise de risque extra-juridique 	<p>Architecte</p>  <ul style="list-style-type: none"> ▶ Raisonnement bayésien ▶ Planification, simulation ▶ Prise de risque calculée
Logique non conséquentialiste	<p>Sentinelle</p>  <ul style="list-style-type: none"> ▶ Justification conformiste ▶ Informations incomplètes ▶ Aversion au risque 	<p>Explorateur</p>  <ul style="list-style-type: none"> ▶ Justification postérieure à l'action ▶ Informations équivoques ▶ Risque inconnu dans l'engagement

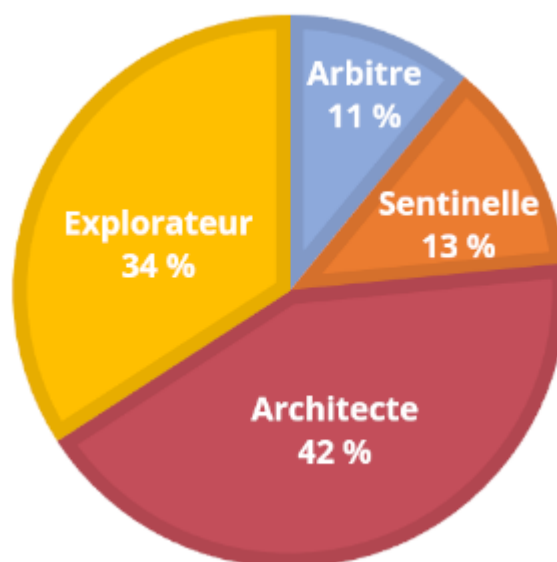
2.1.2. Prédominance du registre de l'architecte

46 **Répartition globale des registres.** La phase de codage décrite précédemment a donc consisté à qualifier les registres de discours mobilisés par les sujets de notre échantillon, afin de le rattacher à l'une ou

l'autre des représentations. Une partie de la retranscription correspondant à la représentation de l'arbitre, par exemple, n'était codée, en tant que telle, que si les trois critères y correspondant étaient réunis. Ainsi, pour qu'une décision puisse répondre audit registre, l'entretien devait faire ressortir à la fois l'adoption d'un raisonnement déterministe, l'utilisation de données certaines et l'aversion aux risques extra-juridiques. L'analyse des entretiens, enfin, a fait ressortir qu'aucun des décideurs ne s'était, durant la crise, appuyé sur un modèle de décision unique et qu'ils avaient tous eu besoin d'utiliser des registres différents, au gré des circonstances. Certains d'entre eux ont d'ailleurs eu recours, durant la durée de la crise, aux quatre modèles, aux fins de répondre au mieux à la diversité des situations rencontrées.

- 47 Quant aux résultats obtenus (schéma 4), ils font apparaître que l'utilisation du registre de l'architecte a été prédominante (42 %), suivie de celle de l'explorateur (34 %).

Schéma 4 : Répartition globale des registres de discours (486 encodages)



- 48 **Répartition des registres par secteur d'activité.** Ce premier constat réalisé, une analyse plus resserrée fait ressortir l'existence de différences selon le champ d'activité des décideurs. S'agissant des responsables des collectivités locales, par exemple, on peut constater que

c'est le modèle de l'explorateur qui prédomine, alors que c'est le registre qui est susceptible d'engendrer le plus de risque (tableau 3).

Tableau 3 : Répartition des registres par secteur d'activité

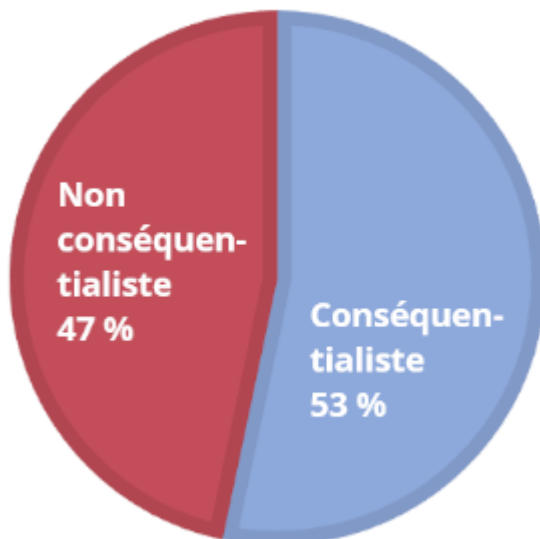
	Arbitre	Sentinelle	Architecte	Explorateur
Collectivité locale	8 %	22 %	32 %	38 %
Santé	11 %	6 %	50 %	33 %
Enseignement	14 %	7 %	49 %	30 %
Total	11 %	13 %	42 %	34 %

49 Sur l'ensemble de l'échantillon, ensuite, il apparaît donc que les registres de l'architecte et de l'explorateur l'emportent très nettement sur celles d'arbitre et de sentinelle. Cela s'explique sans doute par l'incertitude qui a caractérisé la situation pandémique. Elle aurait conduit les décideurs à s'affranchir des routines et des cadres juridiques attachés à l'exercice courant de leurs fonctions. Ils se seraient alors davantage appuyés sur le sentiment du devoir à accomplir et, dans une moindre mesure, sur la logique conséquentialiste, comme nous allons l'établir ci-dessous.

2.1.3. Prédominance de la logique conséquentialiste

50 **Répartition globale des logiques de décision.** Un autre constat peut être opéré à propos des deux logiques de décision sous-jacentes qui ont constitué les sources du cadrage théorique retenu : dans l'ensemble, *a priori*, la logique⁶ qui aura été la plus mobilisée durant la crise était d'ordre conséquentialiste, la différence entre les deux étant apparemment peu significative (schéma 5).

Schéma 5 : Répartition des logiques de décision



51 **Répartition des logiques de décision par secteur d'activité.** Toutefois, après ventilation par secteur d'activité, il est apparu qu'il existait des différences importantes entre les logiques utilisées. Les agents des collectivités locales n'ont en effet pas raisonné de la même façon que les acteurs de la santé et de l'enseignement. L'adoption d'un raisonnement non conséquentialiste y est en effet en proportion inverse de celui de l'ensemble de l'échantillon, le non-conséquentialisme représentant le modèle majoritaire de prise de décision (tableau 4).

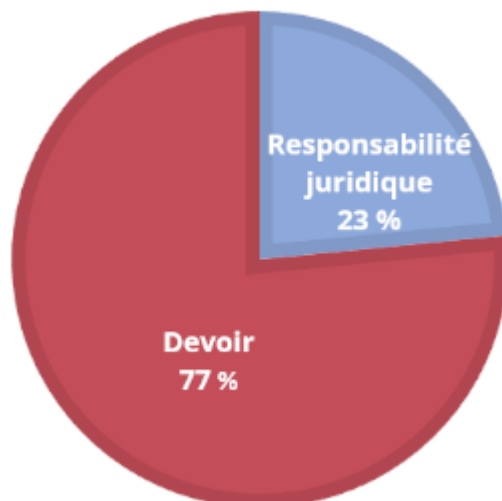
Tableau 4 : Répartition des logiques de décision par secteur d'activité

	Conséquentialiste	Non conséquentialiste
Collectivité locale	40 %	60 %
Santé	62 %	38 %
Enseignement	63 %	37 %
Total	53 %	47 %

2.1.4. Prédominance de la référence au devoir(s)

- 52 **Répartition des références à la responsabilité.** Le résultat le plus significatif résulte, enfin, de l'examen de l'attitude des décideurs quant à la référence à une norme juridique ou sociale. Les données qui figurent dans le schéma 6 en attestent : c'est le souci de respecter les devoirs qui l'emporte incontestablement sur la considération de la licéité des actes.

Schéma 6 : Répartition des registres de responsabilité par type



- 53 **Répartition par secteur d'activité.** Encore faut-il nuancer légèrement ce constat, et relever que l'adoption de cette référence au devoir, quoique constante, est moins importante chez les responsables des collectivités locales. Le tableau 5 confirme, en effet, l'existence d'un écart qui, en définitive, est assez sensible.

Tableau 5 : Répartition des registres de responsabilité par secteur d'activité

	Responsabilité juridique	Devoir
Collectivité locale	30 %	70 %
Santé	17 %	83 %
Enseignement	21 %	79 %
Total	23 %	77 %

2.2. Exploitation des résultats

2.2.1. Influence de la situation de crise sur les logiques de décision

54 **Crise et altération de la référence au droit.** Au regard de ces résultats, à la fois étonnants (la part minimale de référence à la responsabilité juridique, soit 23 %) et contre-intuitifs (le recours assez important au modèle non conséquentialiste, soit 47 %), il nous est apparu, en premier lieu, que la crise sanitaire avait eu pour conséquence d'affaiblir la capacité, pour les décideurs, à se cantonner à la dimension juridique pour envisager leur responsabilité. Elle aurait ainsi altéré la prévisibilité des actes, comme en attestent les premiers contentieux portant sur l'exposition des travailleurs au risque sanitaire (Guiomard, 2020). En effet, les nouveaux textes, temporaires et rédigés dans l'urgence, se sont – lorsqu'on examine le discours dominant des personnes interrogées – avérés trop imprécis. Pour utiliser la terminologie conséquentialiste, les sujétions normatives ont donc constitué autant d'événements qui ont exposé les responsables à de nouveaux risques (Marais, 2020). Or, ces risques s'avéraient non mesurables (Schapira, 2020), d'où l'impossibilité pour les agents d'appréhender leur responsabilité dans un registre juridique. Pour celles et ceux qui avaient adopté une logique non conséquentialiste, le constat a été comparable : le sens du devoir a davantage structuré le raisonnement que la responsabilité *stricto sensu*.

- 55 Ce constat paraît ainsi, avec les précautions d'usage, riche d'enseignements en regard des modèles théoriques. En principe, la logique non conséquentialiste consiste à appliquer la règle que le décideur juge « appropriée » à la situation, ce qui devrait l'inciter, *a priori*, à s'appuyer essentiellement sur les prescriptions du droit. D'en conclure, ainsi, qu'en situation de crise, ce pourrait être l'inapplicabilité de certaines règles qui aurait contraint les décideurs à raisonner à partir d'autres références que la norme juridique.
- 56 **Déséquilibre du modèle non conséquentialiste.** L'analyse des données de l'étude nous a permis de relever, en second lieu, que, lorsque les décideurs s'appuyaient sur la logique non conséquentialiste, le pôle *identité* (schéma 1) semblait s'hypertrophier à mesure que la crise s'accroissait et que les situations rencontrées débordaient des cadres traditionnels de la décision. Parmi les exemples les plus significatifs que nous avons pu relever figure le cadrage réglementaire de l'accueil des élèves dans les écoles. Les injonctions administratives étaient, en effet, le plus souvent inapplicables en l'état, à la fois parce qu'elles étaient édictées à contretemps et parce qu'il était impossible de les mettre en œuvre par défaut de moyens, de locaux et de personnel. Les agents publics se sont ainsi trouvés dans l'incapacité de déterminer, au regard de la situation (encadré 3), quelles étaient les *règles appropriées* (schéma 1), parmi toutes celles qui figuraient dans le registre qu'ils avaient l'habitude d'utiliser (encadré 2).

Encadré 3 : Verbatim (substance)

« Alors ce qui a été très compliqué, c'est qu'on avait des directives blanches un jour, rouges 48 heures après, donc il fallait s'adapter tout le temps, donc on a essayé de coller au mieux. » (Entretien 12)

- 57 Pour les agents en cause, il ne restait donc souvent que l'appui de leur *identité* pour se décider, ce qui les a conduits à imaginer de nouveaux comportements et à les ériger en *règles appropriées* qu'ils ont adoptées pour retenir leurs choix. Il semblerait, en conséquence,

que lorsque la pertinence des *règles appropriées* diminue, le pôle *identité* pourrait constituer la référence sur laquelle le responsable s'appuierait prioritairement pour prendre sa décision.

- 58 **Crise et modification des attentes en matière de responsabilité.** Nos analyses ont enfin fait ressortir qu'il existait une question sous-jacente, celle de la mise en conformité des registres de décision face aux nouvelles attentes des administrés. En effet, si les logiques non conséquentialistes et conséquentialistes ont été mobilisées alternativement en fonction des circonstances, il apparaît que le conséquentialisme n'a constitué qu'une technique résiduelle de raisonnement. Cela pourrait s'expliquer par le fait que, lorsque les administrés portent une appréciation sur une décision publique, ils le font, en général, au regard de la position qu'occupe le décideur au sein des institutions. Ainsi, le public juge-t-il la pertinence d'une décision au regard des règles qui lui semblent les plus appropriées pour l'acteur public. Il s'agit donc, pour ce dernier, de répondre de ses agissements « en fonctionnaire », en « dirigeant », en « chef » soit, en définitive, *ès qualités* et de façon non conséquentialiste.

2.2.2. La question du choix de la logique à adopter en situations de crise

- 59 **Surexposition des décideurs publics au risque contentieux.** Cette nouvelle attente sociétale nous invite à reconsidérer les approches de la responsabilité publique dans les situations de crise. À l'issue du traitement des 600 pages rapportant les entretiens, nous avons pu nous convaincre que, dans la plupart des cas, la responsabilité juridique des décideurs publics aurait pu être engagée. À cet égard, c'est sans doute l'impossibilité d'établir une causalité entre les décisions et les dommages qui a limité les contentieux. Un autre argument expliquant le faible nombre de mises en cause pourrait également être avancé : les victimes supposées auraient eu conscience de la dimension critique des situations rencontrées et du fait que cette dimension pouvait expliquer, du moins socialement, la plupart des erreurs qui avaient été commises.
- 60 **Le conséquentialisme, choix de la rationalité.** Dès lors, la question se pose de déterminer si une logique décisionnelle pourrait être recommandée en situation de crise, aux fins de protéger les acteurs publics

contre d'éventuels recours en responsabilité. La solution la plus simple, en première analyse, serait de préconiser l'utilisation systématique de la logique conséquentialiste car elle présente des caractéristiques « idéales » (Savage, 1954) de rationalité. Elle a, de surcroît, l'avantage d'avoir été largement discutée en philosophie morale et on peut en percevoir aujourd'hui aisément les atouts et les faiblesses, les premiers l'emportant largement sur les secondes. Cependant, ces discussions se sont focalisées sur des expériences abstraites et des questions hypothétiques, figées de surcroît dans un univers certain. Or, et cette étude a permis de le souligner, ce n'est pas celui auquel les décideurs ont été confrontés.

61 **Les limites de la rationalité conséquentialiste.** La rationalité supposée du conséquentialisme a, par ailleurs, été vivement contestée, notamment parce qu'elle combine probabilité et utilité en se fondant sur le critère de l'utilité espérée⁷ et que les résultats qui en résultent sont parfois inadmissibles sur le plan moral (Singer, 1999). C'est là un argument qui a été utilisé contre le développement de l'énergie nucléaire civile car la faiblesse de la probabilité d'un accident ne peut pas compenser, en l'espèce, l'ampleur des dommages que subirait la population. Par ailleurs, si la logique conséquentialiste, fondée sur le calcul et l'anticipation des risques, s'accommode bien de l'appréciation de la responsabilité juridique (registre de l'arbitre), il n'en va pas de même lorsqu'elle relève des devoirs (registre de l'architecte). Les attentes sociales, pour reprendre l'exemple de l'accident nucléaire, ne pourront se satisfaire de la preuve d'un raisonnement conséquentialiste exact : le décideur public sera interpellé en considération de son rôle social, son *identité* selon le modèle préconisé par March.

62 **Le non-conséquentialisme, choix empirique.** La logique non conséquentialiste est-elle alors plus adaptée ? C'est peut-être le cas si son choix s'inscrit dans le cadre des devoirs, de sujétions déontologiques ou éthiques au regard desquelles une justification *ex post* de la décision sera possible. Aussi, lors de nos entretiens, avons-nous systématiquement pu relever que les décideurs, en l'espèce, justifiaient leurs choix par la conviction que leur action était conforme au sens qu'ils donnaient à la notion de service public (encadré 4).

Encadré 4 : Verbatim (substance)

« Ça a été une période de très, très forte adrénaline. Extrêmement forte. Qui laisse un souvenir aux uns et aux autres de tensions nerveuses, mais **où le sens du service public, l'utilité des uns et des autres, la place de chacun était hyper mobilisant**. Ça changeait, la transformation de l'ambiance a donné du sens [...]. » (Une directrice générale de service)

- 63 **Le non-conséquentialisme, inadapté aux choix collectifs.** Tel n'est pas le cas, en revanche, lorsque le processus de décision intègre plusieurs participants, que la décision soit prise au sein d'une cellule de crise ou lors de consultations, formelles ou informelles, réunissant différentes parties prenantes. En effet, la logique non conséquentialiste, en raison de son caractère holiste, tend à augmenter conflits et blocages quand l'analyse de la situation n'est pas partagée par tous, que les rôles des acteurs sont mal établis et que les règles de traitement des problèmes sont inadaptées. De surcroît, la délibération sur les choix devient souvent irrationnelle car le groupe ne distingue pas les arguments portant sur les valeurs (les préférences) des arguments de fait (liens entre les options et leurs conséquences, voir schéma 2). La logique conséquentialiste, en revanche, ne rencontre pas ces obstacles parce qu'elle permet de structurer formellement la délibération afin d'obtenir, *in fine*, le consensus des acteurs de la décision.

2.2.3. La question de l'exonération de la responsabilité en temps de crise

- 64 **Absence de protection du décideur public.** Sur le plan juridique, cette fois, les responsables publics, comme l'a démontré cette étude, ont souvent agi hors du cadre légal, en faisant référence à la notion de devoir, encourageant de la sorte le risque de poursuites judiciaires. Or, dans cette hypothèse, leur protection s'avère encore extrêmement imparfaite. Elle est limitée, notamment, par l'inadéquation de la théorie jurisprudentielle des « circonstances exceptionnelles⁸ » qui

de l'avis même du vice-président du Conseil d'État (dans sa déclaration du 17 septembre 2020), s'est avérée inadaptée dans le cadre « d'une stratégie globale de lutte contre une pandémie aussi grave⁹ ». La théorie des circonstances exceptionnelles a en effet vocation à légitimer des actes administratifs dans des périodes critiques, notamment lors de conflits armés, qui eussent été condamnables dans des temps moins troublés (Hauriou, 1918-1919). Elle n'a vocation cependant qu'à justifier, en principe, le caractère dérogatoire de certains actes réglementaires (autrement dit, des textes en droit public) et non la simple action ou les agissements des responsables, et partant, encore moins leurs décisions.

65 **Une notion à explorer : l'excuse de subsidiarité.** De suggérer, ainsi, dans un objectif de protection, de transposer un ancien concept du droit privé : l'excuse de subsidiarité¹⁰ afin d'adapter le régime de la responsabilité administrative aux situations semblables à celles qui ont caractérisé la pandémie. Cette excuse serait susceptible d'offrir un moyen de défense, au-delà de la théorie des circonstances exceptionnelles, en permettant aux décideurs publics de s'exonérer de leur faute supposée pour avoir résolu, de bonne foi, par des agissements spécifiques (et non plus seulement des actes réglementaires), des situations résultant d'une crise majeure. L'analyse des données de notre enquête nous a, en effet, permis d'établir à la fois l'importance quantitative qu'ont revêtue les agissements hors cadre et leurs effets positifs pour l'action publique. Il s'est agi, somme toute, ou du moins le pensons-nous, d'une adaptation vertueuse – hors cadre légal -- e l'action administrative à des situations hors norme.

66 **Les conditions de mise en jeu de l'excuse de subsidiarité.** Très simplement exposée, l'excuse de subsidiarité constituerait ainsi une cause d'exonération de la responsabilité pour faute, lorsque cette faute résulterait d'une décision erronée, imprudente ou illicite. Elle ne saurait toutefois être invoquée que pour les situations dans lesquelles une décision raisonnée aurait été prise et ne saurait en conséquence produire ses effets qu'après qu'a été constatée la réunion de trois conditions :

- une condition organique, la décision ayant été probablement mieux élaborée au niveau subsidiaire qu'elle ne l'aurait été au niveau plus élevé ;

- une condition subjective, la décision ayant eu pour vocation exclusive le renforcement de l'efficacité de l'action publique ;
- une condition fonctionnelle, la décision n'ayant été prise qu'à raison du défaut de viabilité de toute autre solution prescrite.

67 **Relation entre l'excuse de subsidiarité et les modèles de décision.**

Cette proposition vise à répondre à la nécessité pratique d'adapter l'exonération de responsabilité lorsque la décision a été construite en référence à la notion de devoir. En effet, le seul fait d'utiliser cette assise pour étayer le raisonnement, que ce dernier s'appuie sur la logique conséquentialiste ou non conséquentialiste, place le décideur en situation d'être poursuivi. On mesure donc, qu'eu égard à la représentation matricielle (tableau 1) de la façon dont les décideurs rapportent leurs actions, les seules représentations symboliques de *l'architecte* et de *l'explorateur* seraient concernées par *l'excuse de subsidiarité* car ce sont les seules qui s'appuient sur cette notion de devoir. À ce titre, la condition organique vise à ne permettre d'invoquer l'excuse que dans les situations de crise, seule justification envisageable de la sortie du cadre juridique traditionnel de l'action publique. Les deux dernières conditions correspondent également à des éléments du système de raisonnement qui sont présents dans les deux modèles de décision (schémas 1 et 2). La condition subjective renvoie en effet aux *préférences* dans la logique conséquentialiste (*architecte*) et à la *règle plus appropriée* (*l'explorateur*) dans la logique non conséquentialiste. Quant à la condition fonctionnelle, elle en réfère au concept d'*option* dans le modèle conséquentialiste (*architecte*) et à celui de la *situation* dans le modèle non conséquentialiste (*explorateur*).

2.2.4. La question de la formation à la crise

68 **Une formation publique inadaptée.** S'agissant, enfin, de constats managériaux, il semble utile de poser les bases d'une réflexion sur la préparation des décideurs publics aux crises futures. Le premier volet de cette préparation pourrait, à notre sens, porter sur leur sensibilisation à l'incomplétude de chacun des quatre registres que nous avons identifiés. Aucun d'entre eux ne permet, en effet, de répondre à lui seul de façon satisfaisante aux attentes des parties prenantes et du monde judiciaire. Un des facteurs d'incomplétude résulte, par ailleurs, de l'existence de biais cognitifs ou moti-

vationnels spécifiques à chacune d'entre elles (*i.e.* : les « caractéristiques » en bas de chaque case de la matrice). S'agissant des prises de décision collectives, de surcroît, s'ajoute un syndrome commun, celui de la pensée de groupe (Janis, 1972) qui vient perturber les délibérations, comme nous avons déjà pu le souligner.

69 **Comblent les lacunes des registres de décision par la formation.** Ce qui semble dès lors faire défaut, c'est le développement d'une véritable culture du pilotage des situations critiques. D'expérience, les formations à la gestion de crise se focalisent en effet, le plus souvent, sur le renforcement du registre de *l'architecte* (tableau 1), en substrat de plans de continuité du service (plans *blancs*, par exemple, pour les établissements de santé) ou d'exercices de simulation. L'étude fait cependant apparaître que d'autres domaines d'apprentissage sont inexplorés, qui mériteraient d'être pris en considération car il existe d'autres registres de la décision que celui auquel les formations publiques préparent. Ces domaines à investir concerneraient en particulier :

- les bases de la responsabilité civile, pénale et les référentiels déontologiques susceptibles de servir de socle pour établir, *a posteriori*, la conformité (*compliance*) de l'action du décideur (registre de *l'arbitre*, tableau 1) ;
- la communication de crise pour répondre à l'environnement médiatique et aux attentes des parties prenantes (registre de la *sentinelle*, tableau 1) ;
- toutes les compétences susceptibles de sécuriser l'émergence d'une innovation (registre de *l'explorateur*).

Conclusion

70 **Un cadre décisionnel perturbé par la crise.** La notion de responsabilité naît de la nécessité, en société, de rendre compte de ses actions et de les justifier (Arendt, 2005, 1991). En temps de crise, on saisit l'importance de cet enjeu car le cadre organisationnel habituel de la décision publique est déstabilisé. L'hypothèse principale que nous suggérons de retenir, à l'issue de cette étude, consiste à appréhender la justification devant autrui de l'action publique autour de deux axes : celui de la logique décisionnelle (conséquentialiste ou non conséquentialiste) et celui de la responsabilité (juridique ou relative aux devoirs). Ce sont en effet des processus cognitifs subjectifs et inter-

subjectifs (de groupe) très complexes qui ont été mobilisés lors de la crise. Ils appellent, en conséquence, des réponses adaptées qui doivent prendre en considération ce degré de complexité.

BIBLIOGRAPHIE

- ARENDR H., 2005, *Responsabilité et jugement*, Payot, Paris
- ARENDR H., 1991, *Juger, Le Seuil*, Paris
- AUBERT I., JOB C., KLETZ F., 2021, *Crise Covid et organisation du système de santé. Témoignages et regards croisés*, Paris, Presses des Mines
- BERGERON H., BORRAZ O., CASTEL P., DEDIEU F., 2020, *Covid 19, une crise organisationnelle*, Presses de Sciencespo, Paris
- BOROWCZYK J., CIOTTI É., 2020, *Rapport d'information de la mission d'information sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid 19, et comptes rendus auditions*, Assemblée nationale
- CADIET L., 2017, « *L'open data des décisions de justice : mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice* », rapport à Madame la garde des Sceaux, ministre de la Justice
- COHEN M. D., MARCH J. G., OLSEN J. P., 1972, « *A garbage can model of organizational choice* », *Administrative Science Quarterly*, vol. 17, n° 1, p. 1-25
- CONSEIL D'ÉTAT, 25 juin 2018, *La prise en compte du risque dans la décision publique : pour une action publique plus audacieuse*, rapport [<https://cdip.bnf.fr/GEDKP/103017992129/184000392.pdf>], consulté le 31 mars 2026
- CORNU G., 2018, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF
- FÉDÉRATION NATIONALE DES SAPEURS-POMPIERS, 2020, *Crise de la Covid-19. Rapport de synthèse des sapeurs-pompiers de France sur la gestion de la première phase*
- FLOUR J., 1952, « *La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil* », dans *Travaux de l'association Henry Capitant*, t. VII, Paris, Dalloz, p. 813
- FORGAS J. P., 1982, « *Épisode cognition: Internal representations of interaction routines* », dans *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 15, p. 59-101
- FOUCAULT M., 2021, *Retour sur la crise sanitaire vécue dans les territoires. Enquête de l'Observatoire de la démocratie de proximité*, AMF-CEVIPOF, SciencesPo
- GOBERT M., 1957, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Paris, Sirey
- GODEFROY L., 2018, « *La performativité de la justice "prédictive" : un pharmakon ?* », *Recueil Dalloz*, n° 36, p. 1979
- GRANDORI A., 2020, « *Black swans and generative resilience* », *Management*

and Organization Review, vol. 16, n° 3, p. 495-501

GRANDORI A., 1984, « A prescriptive contingency view of organizational decision making », *Administrative Science Quarterly*, vol. 29, n° 2, p. 129-209

GUIOMARD F., 2020, « Les référés, juges de la prévention », *Revue de droit du travail*, n° 5, p. 351

GUYON Y., 1996, « Note sous Cass. com. », 27 février 1996, *Vilgrain, Dalloz*, p. 369

HAURIOU M., 1918-1919, « Limites des pouvoirs de police en temps de guerre », note sous CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent, Recueil Sirey*, III, p. 33

HOGARTH R., KUNREUTHER H., 1995, « Decision making under ignorance, arguing with yourself », *Journal of Risk and Uncertainty*, vol. 10, p. 15-36

JANIS I., 1972, « *Victims of groupthink: A psychological study of foreign-policy decisions and fiascoes* », Boston, Houghton Mifflin

KEENEY R. L., 1982, « Decision analysis: An overview », *Operations Research*, vol. 30, n° 5, p. 803-838

KLEIN G., 2015, « A naturalistic decision-making perspective on studying intuitive decision making », *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, vol. 4, n° 3, p. 164-168

KORNBERGER M., LEIXNERING S., MEYER R., 2019, « The logic of tact: How decisions happen in situations of crisis », *Organization Studies*, vol. 40, n° 2, p. 239-266

LEWENS T. (dir.), 2007, « Risk: Philosophical perspectives », New York,

Routledge

LIPSHIT R., STRAUSS O., 1997, « Coping with uncertainty: A naturalistic decision-making analysis », *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 69, n° 2, p. 149-163

MARAI D., 20 mai 2020, « Un pied dans le (Co)vid : prise de position, le risque pénal de la “faute délibérée” existe bien pour les chefs d’entreprise », *Dalloz actualité*, « Le droit en débats »

MARCH J. G., 1994, *A primer on decision making: How decisions happen*, New York, Free Press

MARCH J. G., OLSEN J. P., 2009, « The logic of appropriateness », dans R. GOODIN, M. MORAN, M. REIN (dir.), *The Oxford Handbook of Public Policy*, 1^{re} éd., Oxford, OUP, p. 689-708

MAUSS M., 1950 [1934], « Les techniques du corps », dans ID., *Sociologie et anthropologie*, Paris, PUF, p. 365

MEKKI M., 2016, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l’obligation précontractuelle d’information », *La réforme du droit des obligations : questions pratiques*, Paris, Dalloz

MILON A., DEROCHE C., JOMIER B., VERMEILLET S., 2020, *Rapport de la commission d’enquête pour l’évaluation des politiques publiques face aux grandes pandémies à la lumière de la crise sanitaire de la Covid-19 et de sa gestion, et comptes rendus auditions*, Sénat

MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS, 2006, *Plan blanc et gestion de crise. Guide d’aide à l’élaboration des plans blancs élargis et des plans blancs des établissements de santé*

- MOLFESSIS N., 1997, « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation », *D.*, p. 85
- NOZICK R., 1974, *Anarchie, État et Utopie*, Paris, PUF
- NOZICK R., 1969, « Newcomb's problem and two principles of choice », dans N. RESCHER (dir.), *Essays in honor of Carl G. Hempel*, Dordrecht, Springer, p. 114-146
- PITTET D., BOONE L., MOULIN A. M., BRIET R., PARNEIX P., 2021, *Mission indépendante nationale sur l'évaluation de la gestion de la crise Covid-19 et sur l'anticipation des risques pandémiques*
- RAIFFA H., 2002, « Decision analysis: A personal account of how it got started and evolved », *Operations Research*, vol. 50, p. 179-185
- RIPERT G., 1949, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ
- SAVAGE L. J., 1954, *The foundations of statistics*, New York, Wiley & Sons
- SCHAPIRA S., 9 avril 2020, « Responsabilité pénale de l'entreprise face au Covid-19 : premier état des lieux », *Dalloz actualité*, « Le droit en débats »
- SINGER P., 5 septembre 1999, « The Singer solution to world poverty », *New York Time Magazine*
- SGDSN (SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DE LA DÉFENSE ET DE LA SÉCURITÉ NATIONALE), 2011, *Plan national de prévention et de lutte « pandémie grippale »*. Document d'aide à la préparation et à la décision
- STOFFEL-MUNCK P., 2016, « Le devoir d'information précontractuelle », *Revue des contrats*, p. 1 et suiv.
- THALER R. H., SUNSTEIN C. R., 2009, *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, New-York, Penguin
- TVERSKY A., KAHNEMAN D., 1974, « Judgment under uncertainty », *Science*, vol. 185, p. 1124-1131
- WEBER M., 1922, *Économie et société*, Agora, Paris
- WEICK K. E., 1995, *Sensemaking in organizations*, Thousand Oaks, Sage Publications
- WEICK K. E., SUTCLIFFE K. M., OBSTFELD D., 2005, « Organizing and the process of sensemaking », *Organization Science*, vol. 16, n° 4, p. 409-421

NOTES

1 Les auteurs adressent leurs remerciements les plus sincères à Madame Claire Edey Gamassou, maîtresse de conférences à l'Université Paris-Est Créteil, pour sa contribution à cette étude, à la fois pour son cadrage théorique et pour l'aide précieuse à l'établissement et à la mise en œuvre de son protocole de recherche.

2 Anciennement Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice (IERDJ), venant aux droits de la Mission de recherche Droit et Justice.

- 3 Cons. État, Paris et 26 novembre 1875, 47544, *Rec. Lebon*.
- 4 Cass. com., 27 février 1996, n° 94-11.241.
- 5 J. Ghestin, *JCP G* 1996, II, 2265 ; Ph. Malaurie, *Dalloz*, 1996, p. 518 ; J. Mestre, *RTD civ.*, 1997, p. 114 ; Y. Dagherne-Labbé, *Defrénois*, 1996, n° 20, p. 1205 ; A. Couret, *Bull. Joly Sociétés*, 1996, p. 485.
- 6 À ce stade de notre enquête, nous n'avons pu encore mettre en évidence les facteurs déterminants de l'usage de l'une ou l'autre de ces logiques décisionnelles.
- 7 Pour rappel, au regard du critère de l'utilité espérée (forme idéale du conséquentialisme), la décision optimale est le résultat du calcul de la probabilité d'obtenir le résultat multiplié par l'utilité de ce résultat.
- 8 Cons. État, *Dames Dol et Laurent*, 1919.
- 9 Voir [www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-face-a-la-crise-sanitaire-du-covid-19-par-bruno-la-sserre-vice-president-du-conseil-d-etat], consulté le 31 mars 2026.
- 10 Le terme d'excuse a été choisi en référence à la notion qui avait cours en droit pénal avant la nouvelle codification qui a « supprimé toutes les excuses (atténuantes ou absolutoires), à l'exception de l'excuse atténuante de minorité (sans toutefois en conserver l'appellation, C. pén., art. 122-8. V. Ord. n° 45-174, 2 févr. 1945, art. 20-2 et 20-3) », C. Mascala, *J.-Cl., Pén.*, art. 122-5 et 122-6, Fasc. 20 : Faits justificatifs, § 96.

RÉSUMÉ

Français

L'étude transdisciplinaire qui suit constitue un des deux volets de travaux financés par l'ex-Mission droit et justice (aujourd'hui Institut Robert Badinter) dont l'objet était d'évaluer la responsabilité des décideurs publics de terrain durant la pandémie de Covid-19. Elle s'est attachée à déterminer, en articulant des approches juridiques et managériales, la façon dont ces acteurs ont opéré leurs choix d'action pendant cette période en y intégrant une dimension juridique. L'enquête de terrain conduite à cette occasion, pendant un an, nous a permis d'établir que les décideurs publics ont mobilisé des modèles logiques largement documentés en sciences de la décision mais qu'ils ont adopté une vision élargie de la notion de responsabilité, y associant des considérations morales, éthiques ou déontologiques comme autant de *devoirs* qu'ils se sont sentis tenus de respecter. Cet élargissement de la représentation de leur responsabilité a ainsi pu les conduire à prendre

des décisions justifiables sur le plan pratique mais contestables en droit, en sorte qu'elle les a rendues vulnérables à des recours judiciaires. Afin de protéger les décideurs publics dans des situations de crise, l'étude propose donc l'introduction en droit positif d'une « excuse de subsidiarité ». La mise en œuvre de ce mécanisme d'exonération serait conditionnée à la réunion de trois critères : supériorité décisionnelle du niveau subsidiaire, finalité exclusive d'efficacité du service et absence d'alternative prescrite viable. Sur le plan managérial, elle préconise, de surcroît, une refonte substantielle de la formation des responsables, autant en matière de sciences de la décision que d'auto-évaluation de la responsabilité¹.

INDEX

Mots-clés

décision, responsabilité, responsables publics, crise sanitaire, registres de décision, exonération de responsabilité

AUTEURS

Jean-Baptiste Lenhof

ENS Rennes, CDA (UPRES EA 3195), Université de Rennes ; Chaire Risques, IAE Paris, Sorbonne Business School ; jean-baptiste.lenhof@ens-rennes.fr

Laurent Dehouck

ENS Rennes, Université de Rennes ; GREGOR, Chaire Risques, IAE Paris, Sorbonne Business School ; laurent.dehouck@ens-rennes.fr

Marc Lassagne

Arts et Métiers Sciences et Technologies, Université de Lorraine, LCFC ; marc.lassagne@ensam.eu

Au-delà des reproches, à la recherche des principes directeurs de Cormenin

Mathilde Lemée

PLAN

1. La ligne de conduite de Cormenin
 - 1.1. L'ordonnancement du droit
 - 1.2. La mise en harmonie des principes
 2. La ligne idéologique de Cormenin
 - 2.1. La défense de la spécificité nationale
 - 2.2. La défense des libertés
- Conclusion

TEXTE

- 1 « Vous, le Cormenin député, que pouvez-vous avoir de commun avec le Cormenin impérialiste, avec le Cormenin légitimiste, avec le Cormenin propagandiste, avec le Cormenin libelliste ? – Êtes-vous cinq ? N'êtes-vous qu'un ? » (Lingay, 1837, p. 16). C'est ainsi qu'en 1837, un électeur de Joigny, nommé Lingay, s'adresse à Cormenin pour lui reprocher ses prises de position sur la liste civile.
- 2 Deux siècles plus tard, le lecteur de Cormenin doit bien reconnaître qu'il partage la perplexité de Lingay. Cette perplexité pourrait venir d'un manque de connaissance de l'homme et de son œuvre. Pendant longtemps, il n'a pas eu l'honneur de grandes études, se contentant de quelques portraits datés et à la marge¹. Charles Lyon-Caen regrettait d'ailleurs en 1830 « l'oubli dans lequel il [était] tombé » (Lyon-Caen, 1930, p. 3). Récemment en revanche, les historiens du droit se sont saisis du sujet et ont tenté de sortir Cormenin de cet oubli. Devenu un sujet à part entière, il s'est vu consacrer des études d'envergure, avec l'ambition de dresser un portrait le plus complet possible de l'auteur et de le cerner à travers ses écrits². Un récent ouvrage lui est ainsi dédié et se donne pour but de « raviver les couleurs de Cormenin et lui redonner un certain relief » (Lauba, 2024, p. 9). L'effort est, à n'en pas douter, nécessaire. Pourtant, malgré la conjonction des forces, la multitude des aspects envisagés de l'auteur

et les différentes facettes éclairées de son œuvre, il semble difficile de se départir du constat originel : le parcours de Cormenin peut être qualifié de « labyrinthique », l'homme est « pétri de paradoxes » et le lecteur reste « perplexe » (Lauba, 2024, p. 12-13).

- 3 Étrange situation pour un homme que l'on désigne comme l'un des « pères fondateurs du droit administratif » aux côtés de Gérando et Macarel et à qui l'on attribue la paternité de la Constitution de 1848 instituant le suffrage universel et le Tribunal des conflits (par exemple, Coltice, 2011 ; Sanchez, 2024 ; Voilliot, 2024). Étrange également pour un homme dont les éléments biographiques nous sont bien connus.
- 4 Né en 1788 à Paris et mort 80 ans plus tard dans la même ville, l'homme a mené de multiples carrières. Originaire d'une ancienne famille de robe, il avait pour parrain le duc de Penthièvre et pour marraine la princesse de Lamballe. Après une scolarité à l'École centrale de Paris, il entreprend des études à l'École de droit de Paris sous l'Empire. Attiré par la poésie et enthousiasmé par l'empereur, il compose vers 1810 une ode à la gloire de Napoléon qui lui ouvre les portes de la carrière administrative. Il entre au Conseil d'État et devient auditeur du comité du contentieux à 22 ans. Sous la Restauration, il se rallie aux Bourbons et devient maître des requêtes surnuméraire en 1814. C'est aussi sous la Restauration qu'il publie ses premiers ouvrages dont *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction* en 1818 et la première édition de ses *Questions de droit administratif* en 1822. En 1828, il ajoute à ses carrières de conseiller d'État et d'écrivain celle de député puisqu'il est élu à la chambre et siège sur les bancs du centre gauche. En 1830, il vote l'adresse des 221 qui provoque la dissolution de la Chambre, mais il refuse de s'associer au nouveau régime et démissionne le 7 août 1830. Il est réélu en 1831 et siège à gauche. Le Cormenin politique se révèle également dans l'écriture de pamphlets qui commencent à le rendre populaire. Il adopte pour l'occasion le pseudonyme de Timon, sous lequel il publiera toute la monarchie de Juillet des libelles et quelques ouvrages³. Rallié à la cause républicaine dans les années 1840, il est nommé président du comité de constitution, dont on lui attribue la paternité. À nouveau nommé membre du Conseil d'État et président de la section du contentieux en 1849, il renonce de nouveau à son mandat de député. Au moment du coup d'État, il

affirme d'abord son opposition, avant de s'incliner devant le vœu populaire et de reprendre sa place au Conseil d'État. Cormenin termine ensuite sa carrière paisiblement. Il entre en 1855 à l'Académie des sciences morales et politiques. Il est fait commandeur de la légion d'honneur en 1865.

- 5 Cette histoire, nous l'avons dit, est bien connue⁴. Mais tout de même, la part de mystère chez Cormenin demeure. Sans doute parce que l'homme lui-même reste insaisissable. En effet, il est difficile de se faire une véritable opinion de l'auteur et de son œuvre tant les avis divergent, aussi bien chez ses contemporains que chez ceux qui l'ont étudié. Louis-Marie semble pouvoir susciter les réactions et les sentiments les plus contraires. On peut lire de lui tout aussi bien qu'il est un « champion des libertés publiques » (*Le Figaro*, 19 mai 1829, p. 1), le « prince de la science administrative » (Chauveau, 1848, p. viii), ou qu'il n'est « ni un grand jurisconsulte, ni un grand écrivain » (Granier de Cassagnac, 1845, p. 1). Il faut donc tenter d'y voir plus clair.
- 6 Notre auteur est connu pour être appliqué ; laborieux selon ses ennemis⁵. Il aime l'ordre et les classifications ; à outrance et au détriment du fond selon ses détracteurs (Bastid, 1948, p. 31-32). On dit aussi qu'il est intelligent, encore que cette intelligence soit parfois qualifiée de superficielle et besogneuse (*ibid.*, p. 32). Tocqueville n'hésite pas à aller jusqu'à accuser les « défauts de son esprit » (Tocqueville, 1893, p. 286). Il semble également certain que Cormenin est vaniteux, c'est un reproche partagé par ses amis et ses ennemis. Les appréciations sur l'ampleur de cette vanité varient. Plusieurs observateurs estiment néanmoins que notre auteur se considère tout simplement comme l'un des plus grands hommes du siècle (Tocqueville, 1893, p. 285 ; Bastid, 1948, p. 34). Mais sa vanité est balancée par une nature généreuse et bienveillante, probablement due à une foi sincère et profonde (Bastid, 1948, p. 35-36 ; Coltice, 2011, p. 15).
- 7 Au fond, ces considérations portent une grande part de subjectivité et dépendent à la fois des liens de ceux qui les formulent avec notre auteur, mais aussi parfois des circonstances politiques. Par exemple, Cormenin se retrouve plus facilement sous le feu des critiques lorsqu'il joue un rôle important dans le comité constituant de 1848. Néanmoins, deux reproches semblent dépasser les considérations subjectives, les inimitiés et les conflits politiques.

- 8 Le premier est la versatilité politique de notre auteur (par exemple Bastid, 1948, p. 8 ; Coltice, 2011, p. 15). « On ne pensera jamais à représenter Cormenin comme un modèle de fermeté dans ses opinions » disait Lyon-Caen (Lyon-Caen, 1930, p. 27). Ses contemporains lui reprochaient de se placer « dans une perpétuelle et accablante contradiction » (*L'Indépendant de la Moselle*, 1832) ou de n'être qu'un « chevalier errant de la politique » (Anonyme, 1845, p. 7). Admiratif de Napoléon, rallié aux Bourbons, proche des radicaux sous la monarchie de Juillet pour s'éloigner des républicains dans les années 1840 avant de rédiger la Constitution de 1848, pour finalement accepter le coup d'État de 1851 et soutenir le Second Empire, l'homme a suscité des reproches qui ne semblent pas immérités.
- 9 Deuxièmement, on reproche à Cormenin de ne pas faire système, de ne pas avoir d'ambition doctrinale. Dès 1823, Dupin regrette « qu'embrassant la science du droit administratif dans son ensemble, il n'eût pas élevé un monument régulier de cette science, au lieu d'en préparer simplement les matériaux » (Dupin, 1823, p. 524). Beaucoup plus récemment, Damien Salles lui reproche « un mode d'exposition rudimentaire, une priorité accordée aux faits sur les principes, un défaut de vue d'ensemble, de même qu'un plan ne procédant pas d'idées générales » (Salles, 2021, p. 211). En un mot, il manquerait de fond et se contenterait d'ordonner des règles juridiques sans véritable méthode ou finalité. Aucune pensée structurante, par exemple sur l'État, ne viendrait soutenir sa pensée (Frayssé, 2022)⁶. Et il faudrait attendre la cinquième édition de ses *Questions de droit administratif* pour voir apparaître une présentation plus théorique, les premières se contentant de quelques principes généraux et d'une énumération des principes de législation et de la jurisprudence (Touzeil-Divina, 2009, p. 66).
- 10 À ce stade, force est de constater que la perplexité va croissant. Cormenin serait donc le père du droit administratif, mais sans avoir fait de système ou proposé une doctrine ? Il serait l'un des hommes politiques choisis pour instituer la République alors qu'il aurait trahi tous les régimes précédents ? Tout cela est possible, c'est vrai. Mais l'homme et l'œuvre méritent que l'on s'interroge davantage. Cormenin peut-il n'être qu'un opportuniste au pire, un esprit médiocre au mieux ? N'a-t-il vraiment écrit qu'au gré des circonstances ? Son apport doctrinal ne se limite-t-il qu'à la mise en forme de règles exis-

tantes ? Ou peut-on, au contraire, trouver une forme de constance, de cohérence, dans sa pensée ?

- 11 Naturellement, laver Cormenin de tous les reproches qui lui sont adressés n'est pas le propos de cet article. La tâche est, d'une part, abyssale, d'autre part, peu pertinente car les reproches sont loin d'être tous immérités. En revanche, il s'agira de tenter de comprendre le système de pensée de Cormenin, ou les lignes qu'il a pu suivre. Car s'il est un auteur aride et versatile, il est aussi un homme intelligent. Certes, il n'est pas sympathique. Certes, il est vaniteux. Mais de là à ne voir dans son œuvre et sa trajectoire qu'un opportunisme qu'il n'aurait même pas pris la peine de masquer, il y a un pas qu'il ne faut pas franchir sans précautions. Par ailleurs, le manque d'ambition théorique ne doit pas signifier que son œuvre ne contient pas de principes directeurs, à défaut d'un véritable système. Cormenin se félicite de n'agir qu'en vertu de principes logiques, à son lecteur désormais de rechercher cette logique dans sa pensée. Au-delà de ses incohérences et de ses variations, apparaissent alors des lignes de conduite (1), mais aussi des lignes idéologiques (2) dont il ne se détourne jamais.

1. La ligne de conduite de Cormenin

- 12 Notre auteur se pique de logique. On dit de lui qu'il se veut le « spirituel champion de la logique et de la vérité » (Anonyme, 1845, p. 10). Il est vrai que Cormenin s'impose une véritable ligne de conduite qui guide à la fois ses œuvres et sa compréhension du droit et du système politique. Pour lui, deux principes sont essentiels : l'ordre (1.1) et l'harmonie (1.2).

1.1. L'ordonnancement du droit

- 13 Cormenin affirme dans ses *Questions de droit administratif* de 1823 que la législation administrative « n'est guère qu'un entassement incohérent d'articles où tout est mêlé, ce qui est de principe et ce qui est de règlement ; ce qui est transitoire et ce qui est définitif, ce qui est des choses et ce qui est des personnes⁷ ». Cette formule est sans

doute l'une des plus célèbres de notre auteur. Elle est reprise par de nombreux administrativistes dans les années qui suivent⁸.

- 14 Cormenin demeure celui qui aurait posé un diagnostic sur la législation administrative : il fallait y mettre de l'ordre. Il n'est pourtant pas le premier à en faire le constat, ni le seul. Déjà en 1808, Bonnin regrettait le manque dans l'administration « de règles fixes qui la dirigent » et la « confusion résultante de l'amalgame de lois nouvelles et anciennes » (Bonnin, 1808, p. 1)⁹. Fleurigeon décrivait l'année suivante les règles « disséminées dans une foule de lois, soit étrangères en apparence à leurs fonctions, soit déjà anciennes, soit rapportées en partie » et l'étude « devenue très laborieuse » de ces dernières (Fleurigeon, 1809, p. 13). Difficile de croire que Cormenin a pu échapper aux œuvres de ces jurisconsultes. Étudiant en droit sous l'Empire¹⁰, ces ouvrages faisaient partie de ceux qu'il a dû étudier, ou du moins croiser. Plus proche de notre auteur, Macarel rapporte en 1818 que les lois administratives sont « obscures, incomplètes, embarrassées de détails et de dispositions accidentelles et transitoires » (Macarel, 1818, p. vii). Si Louis-Marie répugne à rendre hommage à son contemporain dans ses ouvrages, les quelques citations qu'il lui accorde en notes de bas de page montrent qu'il l'a bien lu¹¹. Macarel en revanche cite Cormenin et le nomme parmi les membres du Conseil d'État qui « ont bien voulu [l']éclairer de leurs avis » dans la confection des *Éléments de jurisprudence administrative* (*ibid.*, p. xi). Il est alors malaisé de savoir quel auteur a pu influencer l'autre sur ce point, ou même si influence il y a eu. Dans tous les cas, les auteurs de l'Empire suffisent à démontrer que leur constat n'était pas novateur.
- 15 Quoi qu'il en soit, la formule est restée et avec elle le sentiment que la paternité du constat revenait à Cormenin. Reste que si l'idée n'est pas franchement originale¹², l'auteur se donne pour mission de mettre de l'ordre dans le droit administratif. Sans questionner véritablement son fondement, il tente de dégager les règles essentielles de la justice administrative et de son droit. Ils tiennent en quelques mots : « Clarté des règles, simplicité des formes » (Cormenin, 1834, p. i). Autrement dit, les citoyens doivent savoir quelles lois règlent leurs intérêts, quels juges les appliquent et quelles garanties leur donnent les juges. Ses ouvrages de droit administratif œuvrent dans ce sens. Leur but, assumé et revendiqué, est de populariser la science du droit dans

l'intérêt des parties. Cette fois encore, il ne faut voir aucune originalité chez notre auteur. Les mêmes motivations animaient ses prédécesseurs et animent ses contemporains¹³. Et pour y répondre, Cormenin fait dans un premier temps le choix d'un plan alphabétique. Ses premières œuvres sont avant tout, il le dit, des œuvres de classement. L'effort est louable, mais il ne doit pas surprendre. Chez les juristes du début du XIX^e siècle, les méthodes du droit romain et de l'exégèse entravent encore une réflexion originale sur le droit administratif (Legendre, 2018, p. 77 ; Falélavaki, 2016, p. 40 et suiv.). Les écoles de droit, celles même qu'a fréquentées le jeune Louis-Marie, sont nées pour l'enseignement du Code et se proposent avant tout de former des professionnels, des techniciens du droit (Rémy, 1985).

- 16 Il n'en reste pas moins qu'en mettant l'accent sur l'ordre interne du droit administratif, Cormenin contribue à garantir sa cohésion et son identité. Notre auteur parvient ainsi à populariser la science du droit administratif en construction en affirmant son identité propre, ce qui est primordial au début du XIX^e siècle. Il parvient à isoler son identité spécifique en montrant sa cohérence et ainsi la nécessité de son étude. Si sa méthode n'est pas originale, sa démonstration en revanche est essentielle. C'est sans doute ce qui permet à Dufour d'affirmer en 1843 que c'est par les *Questions de droit administratif* « que la possibilité et l'utilité de son [le droit administratif] étude ont frappé tous les yeux » (Dufour, 1843, t. 1, p. viii). Sans originalité, la démarche de Cormenin et son intelligence ont été d'identifier les ressorts qui permettraient au droit administratif de se développer en tant que science, un travail titanesque dans le contexte de la Restauration. Et pour cela, il avait également besoin selon lui d'harmonie et de cohérence.

1.2. La mise en harmonie des principes

- 17 Si Cormenin aime l'ordre, il aime encore plus l'harmonie et la logique. Il est donc indispensable pour lui que les institutions, les lois, les mœurs, en somme que le droit soit en harmonie avec la forme du gouvernement. Autrement dit, selon notre auteur, les changements de régime doivent impliquer des changements profonds dans le droit. Le principe est simple : un nouveau gouvernement naît, il faut s'y plier et s'y accommoder (Cormenin, 1818, p. 234). Concrètement, il

faut savoir faire évoluer les opinions, les mœurs, les lois et les institutions¹⁴. Au fond, les institutions ne sont que passagères, leur appréciation doit être relative et dépendre entièrement du gouvernement auquel elles sont rattachées. Cormenin ne dit rien d'autre quand il affirme : « Toutes les institutions humaines n'ont qu'une utilité de temps et de relation ; bonnes peut-être pour une époque, mauvaises pour une autre époque » (Cormenin, 1840, t. 1, p. xv).

- 18 Cette nécessaire adaptabilité concerne avant tout le droit public. Louis-Marie écrit : « Si les vérités de la morale sont de tout temps et de tous les pays, les vérités de la politique changent avec les siècles, la fortune, les lieux, les choses et les hommes » (Cormenin, 1818, p. 112). Sans aller jusqu'à partager l'opinion de Macarel selon qui les règles administratives peuvent transcender les spécificités nationales, Cormenin semble ici reconnaître avec lui que certaines lois sont immuables et d'autres changent selon les époques et les lieux¹⁵ (Macarel, 1820, p. 26). Or, Macarel se réclame dans cette interprétation de Domat. On le voit une nouvelle fois, les juristes du premier XIX^e siècle, les « pères fondateurs du droit administratif » sont aussi le résultat d'une formation qui fait la part belle aux grands jurisconsultes de l'Ancien Régime et notamment à leurs théories jusnaturalistes.
- 19 Sous la plume de notre auteur, les lois civiles correspondent aux vérités morales. Bien sûr, le Code civil peut évoluer parfois. Mais si les lois civiles changent c'est uniquement parce que le principe politique s'en mêle (Cormenin, 1834, p. i). Il n'en va pas de même pour le droit public, qui enveloppe selon notre auteur le « droit politique » et le « droit administratif ».
- 20 Selon Cormenin, l'obligation essentielle de chaque gouvernement est de rester fidèle à son principe : « Tout gouvernement, quelle que soit sa forme, monarchique, aristocratique, républicaine, ne peut sans péril de mort, violer la loi de son principe » (Cormenin, 1832, p. 44). Ce principe explique pourquoi notre auteur peut parfois subitement tourner le dos à certains gouvernements. Du moins, il explique les raisons principales qui fondent ses reproches à son encontre. Prenons l'exemple du gouvernement de Juillet. Cormenin démissionne de son mandat de député en 1830, non pas parce qu'il ne

soutient pas la révolution de Juillet, mais parce que la Chambre a selon lui violé le principe de son établissement et n'a pas respecté son mandat. En l'espèce, il lui reproche de ne pas avoir convoqué des assemblées primaires qui auraient nommé un congrès constituant pour faire la Charte avant de se dissoudre. Or, les Congrès doivent faire les constitutions et les Chambres doivent faire les lois. Et comme les constitutions doivent précéder les lois, les Congrès doivent précéder les Chambres. Le gouvernement de Juillet comporte ainsi un défaut essentiel dans son origine. C'est une incohérence.

- 21 Au fond, les critiques formulées par Louis-Marie contre tel ou tel régime ne sont jamais que des résultats de la logique. Les gouvernements sont attaqués non pas dans la valeur de leurs principes fondateurs mais dans leur manque de cohérence. Notre auteur estime pouvoir formuler ces critiques grâce à l'expertise juridique dont il se revendique. Drapé dans ce costume d'expert, il se défend de vouloir proposer quelque changement et se défend du moindre zèle politique. C'est ce qui lui permet de se rallier à des régimes très différents. Par exemple, lorsqu'il se rallie à la République en 1848, il le fait par simple déduction et non par conviction politique : le peuple est souverain et le peuple veut une république, il faut donc lui donner une république. Cette logique, parfois poussée à l'extrême, guide notre auteur dans toute sa réflexion, quitte à susciter l'agacement de ceux qui le côtoient. Barrot lui reproche ainsi d'avoir eu « la prétention de pousser la logique en politique jusqu'à l'absolu » (Barrot, 1875, t. 2, p. 324)¹⁶.
- 22 Cette même logique l'anime dans sa définition et sa compréhension du droit administratif. D'abord, dans la justification même de son existence, puisque le droit administratif est logiquement déduit du bouleversement révolutionnaire. Fidèle à une analyse classique au XIX^e siècle initiée dès les premiers ouvrages parus sous l'Empire¹⁷, Cormenin voit dans la Révolution française le moment fondateur du droit administratif (Lemée, 2023, p. 14). À l'instar de nombre de ses contemporains, il considère qu'en séparant les pouvoirs par peur des parlements, l'Assemblée nationale constituante a dépouillé les tribunaux judiciaires d'une partie de leurs attributions (Cormenin, 1818, p. 122 et 1840, t. 1, p. xxiii). Parallèlement, la même Assemblée a donné au pouvoir administratif une organisation forte, des attributions nouvelles et une juridiction presque illimitée (Cormenin, 1818, p. 17

et 1840, t. 1, p. xxiii). C'est très logique pour notre auteur : la séparation des pouvoirs ayant créé un pouvoir judiciaire, ce dernier ne doit connaître que des matières judiciaires. Les matières administratives sont exclues de sa compétence. Mais on ne peut pas non plus confier le contentieux administratif à l'administration elle-même car le pouvoir d'administrer et le pouvoir de juger administrativement doivent être distincts, à l'image du pouvoir de faire les lois et de celui de les exécuter. La logique, l'ordre et le respect des catégories imposent donc le dualisme juridictionnel. Une analyse qui sera reprise bien plus tard, sous la III^e République, quand les enjeux politiques se seront éloignés de la construction du droit administratif. Duguit expliquera en effet, comme Cormenin, la naissance du droit administratif en 1790 de façon « très simple et très logique » : un pouvoir judiciaire est créé, il doit avoir la charge du jugement des crimes et des différends entre particuliers, il ne peut donc pas régler les différends administratifs (Duguit, 1907, p. 325). Preuve que si l'argument fondé sur la pure déduction peut dénoter au moment où le droit administratif se construit essentiellement dans son rapport avec la politique, l'apport de Cormenin n'est peut-être pas si négligeable en ce qu'il parvient à trouver un argument qui se détache des enjeux politiques et constitutionnels, et ce avant ses contemporains.

- 23 Il faut néanmoins nuancer cette précocité de pensée car pour notre auteur les lois administratives demeurent essentiellement liées aux conditions politiques. Comme ses contemporains, il fonde le droit administratif sur des bases constitutionnelles (Bigot, 2003 ; Lemée, 2017). Encore une fois, Louis-Marie montre qu'il a fait son éducation juridique sous l'Empire. Il est étudiant au moment où Portiez de l'Oise¹⁸ enseigne la législation administrative, Portiez qui dit ouvrir le code politique « pour y puiser les dispositions qui peuvent éclairer notre marche et former les éléments du cours » (Portiez, 1808, p. xi). Il a également pu lire Challan et Gillet qui estiment que : « Les principes généraux dictés par la Constitution d'un État doivent sans doute diriger l'administration » (Challan, Gillet, 1802, p. 20). Surtout, encore une fois, on retrouve chez lui l'influence de Bonnin, qui décrit l'administration comme « une émanation » du gouvernement et en déduit que « les lois constitutionnelles sont la base des lois administratives » (Bonnin, 1812, t. 2, p. 236). Cormenin s'inscrit dans leurs pas en admettant que les lois administratives sont « subor-

données aux besoins de l'administration et au système de gouvernement » (Cormenin, 1818, p. 229). Il en déduit que, loin de représenter une continuité et une stabilité¹⁹ face aux changements politiques, le droit administratif doit les suivre. Alors que les lois civiles sont « la raison et la justice universelles » (*ibid.*, p. 229), les lois administratives subissent nécessairement les changements politiques.

- 24 Or, selon Cormenin, il faut bien reconnaître que les lois administratives ne sont pas suffisamment en harmonie avec les principes politiques. L'administration ne s'adapte pas suffisamment aux changements de régime depuis 1789. Elle correspond ainsi mal aux monarchies constitutionnelles, il lui reproche de participer trop « du vice des temps orageux où elle est née » (Cormenin, 1834, p. i). Fort heureusement, la solution existe. Afin de remettre de la cohérence dans la législation administrative, il faut la refondre « pour la tourner au génie particulier de notre gouvernement et aux besoins de notre temps » (*ibid.*, p. vi). Ce reproche de disharmonie, s'il n'est pas original, a le mérite de faire mouche et sera repris par de nombreux écrivains contemporains de notre auteur²⁰.
- 25 C'est bien là que réside l'apport de Cormenin. Les idées qu'il formule ne sont pas nécessairement novatrices, ses analyses sont plutôt classiques. En revanche, il parvient à saisir les préoccupations de son époque et à les ordonner afin de rendre les enjeux accessibles et lisibles au plus grand nombre. Prisonnier de son éducation, il ne parvient à sortir ni des méthodes exégétiques transposées au droit, ni à l'analyse d'un système nécessairement harmonieux, ni du lien esquissé sous l'Empire entre droit administratif et droit constitutionnel. Pour autant, cela ne signifie pas que Cormenin se cache uniquement derrière cette ligne de conduite. Il est aussi sincèrement attaché à des principes qu'il défendra à travers toute son œuvre.

2. La ligne idéologique de Cormenin

- 26 Si l'on a pu reprocher à Cormenin de trahir des gouvernements, de faire varier ses opinions, deux grands principes lui ont toujours servi de guides. Patriote convaincu et défenseur de la nation française par-dessus tout, notre auteur est attaché à la promotion de la spécificité

nationale (2.1). Il apparaît également profondément soucieux des libertés, qu'il défendra sous tous les régimes, selon des formes qui pourront évoluer (2.2).

2.1. La défense de la spécificité nationale

- 27 Cormenin est convaincu qu'il est inutile de comparer le droit et les institutions avec ceux d'autres pays. Cette conviction est loin d'être le trait d'une pensée originale au début du XIX^e siècle (Perroud, Katsoulas, 2021 ; Mestre, 2021 ; Falélavaki, 2016 ; Platon, 2007 ; Rivero, 1969). Mais notre auteur est l'un des rares à l'exprimer aussi clairement et surtout à prendre le temps de la justifier dans ses ouvrages. Dès 1818, alors qu'il traite du Conseil d'État, il dit : « Cessons de nous comparer toujours à d'autres peuples » (Cormenin, 1818, p. 52). Ensuite, il explique à plusieurs reprises ce qui motive ce refus. Par exemple, en 1840 : « Chaque pays a ses institutions, chaque institution ses problèmes et chaque problème sa solution propre » (Cormenin, 1840, t. 1, p. i). En clair, il est inutile de chercher à comparer le droit car il n'est pas comparable. Le droit est profondément national.
- 28 Ce refus ne trouve pas sa source dans un désintérêt voire une ignorance de l'étranger et de ses réalités. Cormenin voyage, il s'intéresse aux autres pays et aux événements qui s'y déroulent. Comme poète, il écrit des vers sur la Pologne, la Russie ou encore l'Italie (Bastid, 1948, p. 17-20). Sous la monarchie de Juillet, il visite l'Espagne à laquelle il consacre plusieurs textes empreints de lyrisme (Bastid, 1948, p. 20 ; Beuvant, 2024). Il soutient même l'indépendance de l'Italie dans un pamphlet de 1848 (Cormenin, 1848b ; Fioravanti, 2024). Mais jamais les références aux pays étrangers ne servent à comparer des réalités juridiques. Encore moins à s'inspirer de certaines de leurs solutions. Au mieux, Cormenin offre son aide et sa plume pour soutenir et défendre les pays opprimés²¹. Dans ses ouvrages juridiques, aucune analyse n'est consacrée à l'étranger. Si quelques lignes sont concédées, c'est uniquement à titre d'illustration et de façon très sommaire.
- 29 Comment alors expliquer ce refus de la comparaison ? Il est de notoriété publique que Cormenin est un patriote convaincu (Lauba, 2024, p. 16). Ce patriotisme passe avant l'attachement à un régime politique,

avant même la liberté : « Avant toute liberté, avant toute forme de gouvernement, avant toute organisation sociale et politique, avant tout pouvoir intérieur, avant toute chose, je préfère le salut de la nation ! » (Timon, 1869, p. 390). Un tel patriotisme le pousse naturellement à défendre le droit national, mais aussi à affirmer sa supériorité sur tous les droits étrangers²². Pour lui, en droit comme ailleurs, les choses sont claires : « La France mène le monde » (Cormenin, 1840, t. 1, p. ix). Dès lors, difficile d'imaginer les Français aller chercher chez leurs voisins des idées, des inspirations ou des solutions juridiques. Si transmission de savoirs il doit y avoir, ils ne peuvent partir que de la France pour aller éclairer des voisins moins avancés dans le domaine du droit, ou plus largement de la civilisation.

30 Cependant, cette première explication ne satisfait pas complètement. En effet certains contemporains de Cormenin n'hésitent pas à utiliser la comparaison dans un but patriotique. Devant des libéraux qui cherchent à démontrer que le système français n'est ni nécessaire, ni universel, ni libéral²³, la comparaison peut aussi devenir un argument pour affirmer la spécificité, mais aussi la supériorité française. Par exemple, De Broglie compare la France à l'Angleterre pour finalement conclure que l'ordre des choses en France offre plus de garanties qu'en Angleterre (De Broglie, 1863, p. 282). En tout cas, Henrion de Pansey insiste fortement sur cet aspect de sa démonstration quand il tente de démontrer la spécificité française (cité par Cotelle, 1830, p. 9). Il ne s'agit certes pas là d'une véritable comparaison mais d'un argument purement rhétorique, voire spécieux, raison peut-être pour laquelle Cormenin répugne à y avoir recours.

31 En réalité, son refus tient moins du patriotisme que de la conviction que les droits ne sont pas comparables. Le droit est par nature profondément national. Comme toutes les nations, la France a « son caractère propre, son humeur, et je dirai presque son tempérament » (Cormenin, 1840, t. 1, p. viii). C'est ce que notre auteur appelle le « génie particulier » (Cormenin, 1834, p. vi et 1840, t. 1, p. viii) de chaque pays. Au fond, comme les institutions doivent s'adapter à chaque époque, elles doivent aussi s'adapter à chaque peuple. La relativité du droit est temporelle et spatiale. Contrairement aux rares hommes qui prônent encore l'universalisme du droit²⁴, Cormenin rejoint l'opinion dominante qui fait du droit « un sujet exclusivement national » (Mallein, 1857, p. 129). Le droit exprime ainsi « l'esprit d'un

peuple ». Difficile de ne pas sentir dans ce discours l'influence savi-gnienne. Chez les administrativistes, dont Cormenin fait partie sans se distinguer, le droit est le produit des institutions sociales de chaque pays. Il ne leur reste plus alors qu'à dégager le génie particu-lier de la France. Et c'est ici que Cormenin s'illustre.

- 32 Selon lui, le « génie particulier » de la France, c'est la centralisation²⁵. Plus largement, Cormenin explique que le tempérament français est l'unité (Cormenin, 1840, t. 1, p. viii)²⁶. Au-delà de la centralisation, il s'agit donc d'un amour de l'ordre, de l'ensemble. Un tempérament qui n'est pas très éloigné donc de celui de l'homme qui tient la plume. La ligne idéologique rejoint la ligne de conduite. On retrouve d'ailleurs dans son raisonnement un attachement profond à la foi catholique. En effet, il écrit que l'idée même de Dieu est celle d'unité et que le catholicisme est « le miracle de la centralisation » (Cormenin, 1842, p. 98).
- 33 Pour comprendre l'ordonnancement juridique français, il devient alors essentiel de s'arrêter sur la centralisation comme fait détermi-nant. Cette dernière a des répercussions immédiates sur le droit. Elle contribue en grande partie à expliquer le dualisme juridictionnel. Cormenin explique ainsi que la centralisation politique a fondé le droit administratif et lui a permis d'avoir sa législation spéciale, ses tribunaux, sa procédure. La raison en est simple : la centralisation a fondé l'indépendance du pays, la division, la hiérarchie et l'unité des pouvoirs. En un mot, c'est donc la centralisation politique, la forme de l'État unitaire et resserré, qui explique la France administrative (Cormenin, 1840, t. 1, p. i). En tant que spécificité française, la centra-lisation fonde le droit administratif et son autonomie vis-à-vis du droit civil.
- 34 Cormenin reconnaît cependant que la centralisation peut « gêne[r] la liberté » (Cormenin, 1842, p. 72). Il le déplore mais rappelle que l'absence de centralisation mènerait à l'anarchie. En revanche, il insiste pour encadrer la centralisation au mieux afin de préserver la liberté, autre principe essentiel de sa pensée et de son œuvre.

2.2. La défense des libertés

35 Cormenin affirme qu'un gouvernement n'est bon que s'il préserve et défend la liberté. Notre auteur est, nous l'avons dit, guidé par une foi profonde et une nature bienveillante et charitable qui s'accordent sans difficulté avec ce libéralisme politique. Mieux, sa rigueur joue également en faveur du libéralisme. En effet, Louis-Marie explique que la liberté est devenue un droit depuis 1789 et est donc placée sous la protection de la loi (Cormenin, 1842, p. 126). Or, le respect de la loi est d'une importance fondamentale selon lui. Le gouvernement doit donc garantir à tout prix la liberté parce que la loi le lui impose. Et, sous un gouvernement représentatif, la liberté est assurée par le droit de pétition, la voix des députés, l'indépendance et l'inamovibilité des tribunaux et la liberté de la presse. Ici, l'on sent poindre quelques préférences personnelles de Cormenin, qui reste attaché à certains principes à travers les différents régimes politiques. Est-ce à dire pour autant qu'il peut véritablement être qualifié de libéral ? Tocqueville en doute quand il lui reproche de n'agir que par pur chauvinisme et par goût de l'expérimentation dans son projet pour la Constitution de 1848²⁷. Il est vrai également que son libéralisme se concilie parfaitement avec un gouvernement fort ou monarchique. Cormenin explique qu'il ne voit pas la liberté civile et la prérogative royale comme deux choses inconciliables. Au contraire, plus la liberté sera assurée, plus les sujets seront heureux et plus le gouvernement sera stable (Cormenin, 1818, p. 128). Cela lui permet alors d'être proche du gouvernement des Bourbons. Pour autant, ces affirmations tendent plutôt à confirmer le libéralisme de l'auteur. Rappelons en effet qu'il est un homme du XIX^e siècle et un administrativiste. Le libéralisme dominant est alors un libéralisme étatique qui admet certes les libertés particulières, mais donne toujours l'avantage aux intérêts de l'État (par exemple Bigot, 2012 ; Laidié, 2001 ; Jaume, 1997).

36 C'est d'ailleurs bien ce libéralisme d'essence étatique qui s'exprime dans son analyse de la justice administrative. Il lui apparaît en effet essentiel que cette dernière ne soit par arbitraire ou sujette du pouvoir exécutif. C'est un souci qu'il exprime dès 1818 et qui en fait un des auteurs administrativistes les plus libéraux. Là où beaucoup se contentent de reconnaître le pouvoir de l'administration sur le contentieux administratif, Cormenin cherche déjà à fonder une

justice disposant de tous les caractères qu'il juge indispensables à ce qu'il appelle une « bonne justice » (par exemple, Cormenin, 1834, p. i). Lorsqu'il pose la question de l'utilité des tribunaux administratifs, il répond sans hésitation par l'affirmative. Mais il ajoute immédiatement : des tribunaux indépendants et inamovibles. Il faut que ces tribunaux présentent quasiment les mêmes garanties que les juridictions civiles, même s'il reconnaît que la juridiction administrative ne sera jamais aussi régulière que celle des tribunaux (par exemple, Cormenin, 1818, p. 92)²⁸.

37 En 1818, cette position n'est pas isolée. Louis-Marie s'inscrit dans un mouvement à la fois politique et doctrinal. De nombreux hommes réclament en effet une libéralisation de la justice administrative, principalement à travers l'inamovibilité des membres du Conseil d'État et la mise en œuvre de garanties procédurales. Il s'agit de défendre ce que Jacques Chevallier a appelé la « thèse quasi judiciaire » de la justice administrative. En un mot, conserver la justice administrative mais en créant un tribunal administratif indépendant (Chevallier, 1970, p. 97). Cormenin est, en doctrine, l'un des principaux défenseurs de cette thèse aux côtés de Macarel. Or on sait grâce à Macarel que les deux hommes communiquent. Au fond, il ne s'agit donc pas de priver le roi d'un Conseil d'État qui le soutiendra dans sa tâche administrative et législative. En revanche, le Conseil d'État ne peut demeurer juge administratif, ou du moins pas sans une réforme importante. Pour les administrativistes, le nom de Cormenin reste pendant longtemps attaché à la défense d'une justice administrative plus libérale. Dès 1830, lorsqu'il formule une proposition similaire, Henrion de Pansey reconnaît que son sentiment est « celui du jurisconsulte d'un mérite éminent [Cormenin] qui a, le premier, attaché son nom aux destinées administratives » (Cotelle, 1830, p. 66).

38 Cependant, en 1818, les administrativistes ne sont pas les seuls à se pencher sur la question de la justice administrative. C'est en réalité du côté des hommes politiques que se trouvent les plus virulentes réclamations contre le Conseil d'État. Dès 1818, les libéraux et les ultras s'associent dans la critique d'une institution perçue comme le bras armé d'un pouvoir royal qu'ils cherchent à affaiblir. Par exemple, le 3 avril 1818, on peut entendre le député ultra Villèle s'exclamer devant les députés : « Que les conseils de préfecture et le Conseil d'État cessent de prononcer sur nos intérêts les plus précieux, ou

donnez-nous la garantie promise par la Charte de l'inamovibilité de ces juges » (Mavidal, Laurent, 1871, p. 618). Le 22 avril 1818, c'est au contraire un député de l'opposition libérale, Dupont de l'Eure, qui dénonce l'amovibilité anormale des membres du Conseil (Mavidal, Laurent, 1872, p. 218-219).

- 39 À la lumière de ces éléments, le parti retenu par Cormenin peut surprendre. En effet, si l'on se place sur le terrain politique, notre auteur a peu de raisons en 1818 de dénoncer l'amovibilité des juges administratifs. Membre du Conseil d'État, Louis-Marie est surtout proche des Bourbons. Il a reçu le 11 avril 1818 le titre de baron héréditaire et s'est choisi comme armoiries des symboles de fermeté, de constance et de loyauté²⁹. L'année suivante, le roi lui-même appose sa signature sur son contrat de mariage (Mirecourt, 1858, p. 30). De façon générale, notre auteur, sans être un ultra, n'est pas considéré comme un libéral ou un opposant au gouvernement royal. Il semble plutôt devoir être considéré comme un légitimiste (Lauba, 2024, p. 11). Comment alors interpréter cette prise de position ? Trois pistes peuvent être évoquées et ne s'excluent pas mutuellement. Premièrement, il faut se rappeler qu'en 1818 Cormenin est membre du Conseil d'État en tant que maître des requêtes. Lucide, l'auteur a conscience que, pour que la justice administrative soit acceptée, il faut lui donner les garanties qui le permettront (Jacquemet-Gauché, 2024, p. 214). Reste que cela reviendrait à soutenir les positions des opposants au gouvernement qu'il soutient. Deuxièmement, Cormenin tient à son rôle d'expert. Il a plusieurs fois l'occasion de rappeler qu'il ne pose « qu'une thèse de droit, une thèse de publiciste » dans toutes ses productions, même au plus fort de ses engagements politiques (Cormenin, 1836, p. 280). Il parviendrait donc, en dépit du contexte politique et de ses propres opinions, à formuler une recommandation fondée uniquement sur l'analyse minutieuse des faits. Troisièmement, on peut aussi penser que notre auteur est sincèrement libéral et que cette conviction l'emporte sur ses attaches politiques passagères.
- 40 En réalité, l'auteur apparaît convaincu du fait que le libéralisme a tout à fait sa place dans le gouvernement de la Restauration et que le gouvernement comme le justiciable peuvent sortir grandis d'une amélioration de la justice administrative « parce que la puissance des princes y est fondée sur l'amour des peuples » (Cormenin, 1818, p. 14). C'est donc une sincérité libérale (au sens du libéralisme étatique) qui

ne contredit pas ses opinions politiques car elle vient soutenir le gouvernement royal sur le terrain même où il est attaqué, tout en lui apportant l'expertise juridique d'un membre du Conseil d'État. Et c'est là que réside le talent de Cormenin : parvenir malgré un exercice d'équilibriste politiquement complexe à imposer une opinion reconnue et saluée chez les administrativistes.

Conclusion

- 41 Au fond, Cormenin mérite-t-il les reproches qui lui sont faits ? Sans doute, puisque ses opinions et ses retournements sont légion. Mais l'inconstance n'est pas l'opportunisme. Cormenin le prouve en changeant d'opinion sans renier ses principes fondateurs. Son inconstance relèverait alors davantage d'un entêtement fondé sur une logique dont il a décidé de se faire le champion dès le début de sa carrière. Entêtement qui, sans nécessairement révéler un esprit médiocre, l'éloigne toutefois de réflexions qui viendraient enrichir sa pensée et l'enferme dans des schémas convenus. Il faut bien le reconnaître, l'apport théorique de son œuvre est limité. Mais un « grand auteur » est-il nécessairement un auteur ayant fait école ou ayant imposé une doctrine (Richard, 2021) ? L'œuvre du nôtre n'est en tout cas pas dénuée d'intérêt, loin de là. Si l'on peut reconnaître avec lui qu'il n'a été qu'un « tailleur de pierres et [...] maçon » (Cormenin, 1818) dans le grand édifice que les architectes du droit administratif ont bâti après lui, il faut également concéder que même les meilleurs architectes ont besoin de matériaux de qualité pour élever des constructions solides. En rassemblant les règles de son époque, en captant les enjeux du droit administratif et en les faisant dialoguer avec les idées de son temps, Cormenin a joué ce rôle. Et il l'a fait en restant fidèle aux principes et à la ligne de conduite qu'il s'était fixés. N'en déplaise à ses détracteurs, Cormenin n'était donc pas dénué de cohérence, ni de sincérité. Seulement, ces mêmes lignes qui lui ont permis d'asseoir sa renommée d'administrativiste l'ont condamné comme homme politique. Peut-être à tort dans les deux cas. Le conseiller d'État n'a sans doute pas fondé le droit administratif, comme le député n'a sans doute pas trahi tous les gouvernements.

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 12 janvier 2026.

ANONYME, 1845, *À M. le vicomte de Cormenin. Faits et raisonnements*, Paris, F. Moreau

BARROT O., 1875, *Mémoires posthumes*, Paris, Charpentier

BASTID P., 1948, *Un juriste pamphlétaire. Cormenin, précurseur et constituant de 1848*, Paris, Hachette

BEUVANT H., 2024, « La réception de Cormenin en Espagne », dans A. LAUBA, D. SALLES (dir.), *Avec Cormenin. Pérégrinations*, Poitiers, Presses universitaires de Poitiers, p. 351-368

BIGOT G., 2012, « Justice administrative et libéralisme sont-ils compatibles ? », *Revue du droit public*, n° 2, p. 441-456

BIGOT G., 2003, « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875. Définir le droit administratif », *Giornale di storia costituzionale*, n° 5, p. 153-166

BONNIN C. J. B., 1829, *Abrégé des principes d'administration*, Paris, Amable-Costes

BONNIN C. J. B., 1812, *Principes d'administration publique*, 3^e éd., vol. 2, Paris, Renardière

BONNIN C. J. B., 1809, *Principes d'administration publique pour servir à l'étude des lois administratives et considérations sur l'importance et la nécessité d'un Code administratif*,

suivies du projet de ce Code, Paris, Clament Frère

BONNIN C. J. B., 1808, *De l'importance et de la nécessité d'un Code administratif*, Paris, Garnery

BROGLIE (duc de), 1863, *Écrits et discours*, Paris, Didier et C^{ie}

CARRÉ G. L. J., 1826, *Les lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles, expliquées par les principes de la théorie, les doctrines des publicistes et les décisions des cours souveraines*, Bruxelles, J. de Mat

CHALLAN A., GILLET J.-C., 1802, *Cours de droit public positif français*, Paris, C. F. Patris

CHAUVEAU A., 1848, *Code d'instruction administrative ou Lois de la procédure administrative contenant, dans l'ordre du Code de procédure civile avec des rubriques correspondant aux titres de ce code, les règles de l'instruction devant les tribunaux administratifs, préfets, ministres, conseils de préfecture, Conseil d'État, etc., ouvrage faisant suite aux Lois de la procédure civile*, Paris, Cosse

CHAUVEAU A., 1841-1844, *Principes de compétence et de juridictions administratives*, Paris, Cotillon

CHEVALLIER J., 1989, « Changement politique et droit administratif », dans ID., *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, p. 293-326

CHEVALLIER J., 1970, *L'élaboration historique du principe de séparation de*

la juridiction administrative et de l'administration active, Paris, LGDJ

CLÈRE J.-J., 2015, « Cormenin Louis-Marie Delahaye de », dans P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN, J. KRYNEN (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, Paris, PUF, p. 268 et suiv.

COLTICE J.-J., 2011, *Cormenin, apôtre du suffrage universel : 1848, la république en marche vers la démocratie*, Paris, L'Harmattan

CORMENIN L. M. de la Haye de, 1848a, *Opinion du citoyen Louis Cormenin sur la candidature de Louis-Napoléon Bonaparte*, Paris, Poussielgue

CORMENIN L. M. de la Haye de, 1848b, *Pamphlet sur l'indépendance de l'Italie*, Paris, Pagnerre

CORMENIN L. M. de la Haye de, 1842, *De la centralisation*, Paris, Pagnerre

CORMENIN L. M. de la Haye de, 1840, *Droit administratif*, 5^e éd., Paris, Pagnerre

CORMENIN L. M. de la Haye de, 1836, « Libelle XXXVIII. Seconde et dernière réponse à MM. Devaux et Kératry », dans *Libelles politiques*, Bruxelles, Hauman, Cattoir et C^{ie}, t. 1, p. 258-282

CORMENIN L. M. de la Haye de, 1834, *Questions de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, H. Tarlier

CORMENIN L. M. de la Haye de, 1832, *Cinq lettres sur la Charte, la pairie et le pouvoir constituant*, Paris, Sétier

CORMENIN L. M. de la Haye de, 1823, *Questions de droit administratif*, Paris, Bureau du journal de la Cour de cassation

CORMENIN L. M. de la Haye de, 1822, *Questions de droit administratif*, Paris,

Ridler

CORMENIN L. M. de la Haye de, 1818, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Hérissant le Doux

COTELLE T.-A., 1830, *Un mot sur le contentieux du Conseil d'État : Entretien de M. le premier Président Henrion de Pansey. Contenant un examen critique des principes émis sur les Tribunaux administratifs, dans le sixième numéro de la Revue française*, Paris, Théophile Barrois Père

DUFOUR G., 1843, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence concernant l'exercice de l'autorité du roi, des ministres, des préfets, des sous-préfets, des maires, des conseils de préfecture, du Conseil d'État, les ateliers insalubres, les bacs et bateaux, les chemins vicinaux, les communes, les conflits, les contributions, les cours d'eau, etc.*, Paris, Delamotte aîné

DUGUIT L., 1907, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Albert Fontemoing

DUPIN G., 1823, « Questions de droit administratif, par M. le baron de Cormenin », *Thémis*, n° 1, p. 518-525

FALÉLAVAKI Y., 2016, *L'histoire d'une conversion. La doctrine française du XIX^e siècle et le recours à la comparaison juridique*, thèse de droit, Université de Rennes 1

FIORAVANTI M., 2024, « Voyage en Italie. Cormenin et l'indépendance italienne », dans A. LAUBA, D. SALLES (dir.), *Avec Cormenin. Pérégrinations*, Poitiers,

Presses universitaires de Poitiers,
p. 341-350

FLEURIGEON C., 1809, *Code administratif*,
Paris, Garnery

FLEURIGEON C., 1806, *Code administratif*,
Paris, Garnery

FRAYSSE E., 2022, *L'État dans la
construction doctrinale du droit
administratif*, Paris, L'Harmattan

GÉRANDE J.-M. baron de, 1829, *Institutes
de droit administratif français*, Paris,
Nève

GÉRANDE J.-M. baron de, 1819,
*Programme du cours de droit public
positif et administratif à la faculté de
droit de Paris pour l'année 1819-1820*,
Paris, Baudouin Frères

GILBERT S., 2026, *Droit administratif : le
cours Alpha. Naissance d'une discipline
académique et doctrines originelles
(1804-1814)*, Paris, Dalloz

GILBERT S., 2024, « Cormenin et la
doctrine administrative de son temps »,
dans A. LAUBA, D. SALLES (dir.), *Avec
Cormenin. Pérégrinations*, Poitiers,
Presses universitaires de Poitiers, p. 41-
55

GIRARD A.-L., 2024, « Au “temps des
cathédrales”. Cormenin vu par la
doctrine canonique du droit
administratif », dans A. LAUBA, D. SALLES
(dir.), *Avec Cormenin. Pérégrinations*,
Poitiers, Presses universitaires de
Poitiers, p. 321-340

GRANIER DE CASSAGNAC A., 25 mai 1845,
« Mémoires de M. de Cormenin »,
Le Globe

GUGLIELMI G. J., 2008, « Brefs
commentaires sur la centralisation vue
par Cormenin », [<https://www.guglielmi>

[i.fr/guglielmi.fr/IMG/pdf/CENTRALIS
ATION.CORMENIN.pdf](https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/CENTRALISATION.CORMENIN.pdf)]

GUGLIELMI G. J., 1993, « Vu par ses pères
fondateurs, le droit administratif »,
dans CURAPP, *Le droit administratif en
mutation*, Paris, PUF, p. 41-49

L'INDÉPENDANT DE LA MOSELLE, 4 janvier
1832, n° 172

JACQUEMET-GAUCHÉ A., 2024, « Cormenin
et la juridiction administrative », dans
A. LAUBA, D. SALLES (dir.), *Avec Cormenin.
Pérégrinations*, Poitiers, Presses
universitaires de Poitiers, p. 111-125

JAUME L., 1997, *L'individu effacé ou le
paradoxe du libéralisme français*, Paris,
Fayard

LACHARRIÈRE R. de, 1940, « Cormenin,
politique pamphlétaire et fondateur du
droit administratif », *RDP*, p. 151-199 et
p. 333-369

LAIDIÉ Y., 2001, « Les libéraux et la
justice administrative au XIX^e siècle : un
mariage de raison ? », *Revue
administrative*, n° 319, p. 5-11

LAUBA A., 2024, « Avant-propos. Détours
dans la vie sinueuse de Cormenin et
pérégrinations lyriques », dans A. LAUBA,
D. SALLES (dir.), *Avec Cormenin.
Pérégrinations*, Poitiers, Presses
universitaires de Poitiers, p. 7-28

LAUBA A., SALLES D. (dir.), 2024, *Avec
Cormenin. Pérégrinations*, Poitiers,
Presses universitaires de Poitiers

LE FIGARO, 19 mai 1829, « Esquisses de la
chambre de députés », p. 1

LEGENDE P., 2018, « L'administration
sans histoire. Les courants traditionnels
de recherche dans les facultés de
droit », *Tribonien*, n° 1, p. 68-85

- LEMÉE M., 2023, « Les juristes publicistes du XIX^e siècle et l'idée de droit administratif sous l'Ancien Régime », *Historia et Ius*, n° 23
- LEMÉE M., 2017, *Les bases constitutionnelles du droit administratif (1789-1940). Une théorie à l'épreuve de l'histoire*, thèse d'histoire du droit, Université de Rennes 1
- LE RAT DE MAGNITOT A., HUARD-DELAMARRE, 1836, *Dictionnaire de droit public et administratif contenant l'esprit des lois administratives et des ordonnances réglementaires ; l'analyse des circulaires ministérielles ; la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation sur le contentieux de l'administration ; les opinions comparées des auteurs sur les mêmes matières*, Paris, Joubert
- LINGAY J., 1837, *La liste civile dévoilée. Lettre d'un électeur de Joigny à M. de Cormenin*, Paris, Delaunay
- LYON-CAEN C., 1930, *Notice sur la vie et les travaux de Cormenin (1788-1868)*, Paris, Firmin-Didot
- MACAREL L. A., 1852, *Cours d'administration et de droit administratif*, Paris, Plon Frères
- MACAREL L. A., 1828, *Des tribunaux administratifs, ou Introduction à l'étude de la jurisprudence administrative, contenant un examen critique de l'organisation de la justice administrative et quelques vues d'amélioration*, Paris, J.-P. Roret
- MACAREL L. A., 1820, « Introduction à la jurisprudence administrative (1) », *Thémis*, t. 1, Paris, p. 25-39
- MACAREL L. A., 1818, *Éléments de jurisprudence administrative. Extraits des décisions rendues par le Conseil d'État en matière contentieuse*, Paris, Dondey-Dupré
- MALLEIN J., 1857, *Considérations sur l'enseignement du droit administratif*, Paris, Henri Plon
- MARQ P., 2009, *Louis-Marie de la Haye de Cormenin (1788-1868) : Juriste, pamphlétaire, bâtisseur de la démocratie en France et bienfaiteur du Gâtinais*, Montargis, Société d'émulation de l'arrondissement de Montargis
- MAVIDAL J., LAURENT E., 1872, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats des chambres françaises*, t. 22, Paris, Paul Dupont
- MAVIDAL J., LAURENT E., 1871, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats des chambres françaises*, t. 21, Paris, Paul Dupont
- MESTRE J. L., 2021, « France. The vicissitudes of a tradition », dans P. CANE, H. C. HOFMANN, E. C. IP, L. LINDSETH (dir.), *The Oxford handbook of comparative administrative law*, Oxford, Oxford University Press, p. 23-48
- MIRECOURT E. de, 1858, *Cormenin*, Paris, Chez l'auteur
- MONATERI P. G., 2009, « Éléments de comparaison des études contemporaines », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, p. 69-98
- MONGALVY S. C. T., 1828, *Du Conseil d'État mis en harmonie avec les principes de la Charte constitutionnelle*, Paris, Roret
- PERROUD T., KATSIOULAS P.-O., 2021, « L'enseignement du droit administratif. Les apports du droit comparé », [<https://hal.science/hal-03221328>]

- PLATON S., 2007, « L'argument de droit comparé dans les débats relatifs à la dualité de juridictions », dans F. MELLERAY (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, p. 339-356
- PLESSIX B., 2024, « Cormenin, père fondateur du droit administratif », dans A. LAUBA, D. SALLES (dir.), *Avec Cormenin. Pérégrinations*, Poitiers, Presses universitaires de Poitiers, p. 29-40
- PORTIEZ DE L'OISE L., 1808, *Cours de législation administrative*, Paris, Garnery
- RÉMY P., 1985, « Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, n° 2, p. 91-105
- RICHARD G., 2021, « Qu'est-ce qu'un grand auteur en droit administratif ? », dans A.-L. GIRARD, A. LAUBA, D. SALLES (dir.), *Les racines littéraires du droit administratif*, Poitiers, Presses universitaires juridiques de Poitiers, p. 39-62
- RIVERO J., 1969, « Droit administratif français et droits administratifs étrangers », dans *Livre du centenaire de la société de législation comparée*, t. 1, Paris, LGDJ, p. 199-210
- ROUTHIER G., 1828, *De l'organisation du Conseil d'État en cour judiciaire ; de sa juridiction ; des moyens de la mettre en harmonie avec la Charte et de donner les garanties légales et nécessaires aux justiciables sur les points qui sont en contact avec l'administration publique ; des conseils de préfecture ; et de la nécessité de créer des tribunaux administratifs*, Paris, Renduel
- SALLES D., 2021, « Encore une étude de genre(s). Du traité au pamphlet, remarques sur la littéarité du droit administratif chez Cormenin », dans A.-L. GIRARD, A. LAUBA, D. SALLES, *Les racines littéraires du droit administratif*, Poitiers, Presses universitaires juridiques de Poitiers, p. 203-223
- SANCHEZ S., 2024, « La pensée constitutionnelle de Cormenin à l'épreuve du travail constituant de 1848 », dans A. LAUBA, D. SALLES (dir.), *Avec Cormenin. Pérégrinations*, Poitiers, Presses universitaires de Poitiers, p. 157-172
- SOLON V.-H., 1845, *Répertoire administratif et judiciaire, ou Règles générales sur les juridictions et la compétence*, Paris, Guibert
- THUREAU-DANGIN P., 1882, « La politique de résistance après la révolution de 1830 », *Le correspondant*, t. 128, p. 385-436
- TIMON, 1869, *Livre des orateurs*, Paris, Pagnerre
- TOCQUEVILLE A. de, 1893, *Souvenirs*, Paris, Calmann Lévy
- TOUZEIL-DIVINA M., 2009, *La doctrine publiciste 1800-1880*, Paris, La Mémoire du droit
- TROPLONG R.-T., 1842, « Rapport sur l'ouvrage de M. Adolphe Chauveau. Principes de compétence et de juridiction administrative », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, Paris, Bureau du moniteur universel, p. 202-211
- VEDEL G., 1974, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif », dans *Gouverner*,

administrer, juger. Mélanges Jean Waline, Paris, LGDJ, p. 177 et suiv.

VOILLIOT C., 2024, « Cormenin et le suffrage universel en 1848. Entre utopie

et calcul politique », dans A. LAUBA, D. SALLES (dir.), *Avec Cormenin. Pérégrinations*, Poitiers, Presses universitaires de Poitiers, p. 173-189

NOTES

- 1 Sur la postérité de Cormenin, voir particulièrement Girard, 2024.
- 2 À la suite d'un colloque organisé à Poitiers par Adrien Lauba et Damien Salles qui a réuni 21 contributions (Lauba, Salles, 2024).
- 3 *L'Étude sur les orateurs parlementaires* (Livre des orateurs) en 1836 et *La légomanie* en 1844 principalement. A.-L. Girard a récemment démontré l'origine de ce pseudonyme en démystifiant l'emprunt de Cormenin au misanthrope d'Athènes (Girard, 2024).
- 4 Voir Lauba, 2024 ; Clère, 2015 ; Marq, 2009 ; Bastid, 1948 ; Lacharrière, 1940 ; Lyon-Caen, 1930.
- 5 « C'est un talent confus et médiocre, qui met un grand travail à faire de petites choses, et qui produit un mauvais madrigal avec un effort qui suffirait à d'autres pour produire un bon volume » peut-on par exemple lire dans *Le Globe* en 1845 (Granier de Cassagnac, 1845, p. 1).
- 6 Élise Fraysse le désigne d'ailleurs comme un simple « ordonnateur ».
- 7 Cette phrase apparaît pour la première fois dans l'édition de 1823, citée par le critique H. Pas dans le *Moniteur universel* du 18 août 1823. Elle sera ensuite reprise dans les prolégomènes des éditions suivantes : 1834, t. 1, p. viii ; 1837, t. 1, p. vii ; 1840, t. 1, p. xxvi.
- 8 Par exemple *Le Rat de Magnitot*, Huard-Delamarre, 1836, t. 1, p. 2 ; Carré, 1826, t. 1, p. 212 ; Solon, 1845, p. 40 ; Chauveau, 1841, p. ix (même si chez Chauveau la citation sert à se dissocier de Cormenin).
- 9 Chez Bonnin, ce constat imposait la création d'un Code administratif, voir *infra*.
- 10 Sur l'enseignement du droit administratif et la doctrine de l'empire, voir Gilbert, 2026.
- 11 Cormenin cite à quelques reprises les *Éléments de jurisprudence administrative* de Macarel, mais jamais dans le corps de texte et simplement en référence de notes de bas de page, ou dans la bibliographie.

12 Dans son *Discours d'ouverture* du cours de droit administratif, Gérando se donne d'ailleurs comme mission première de « recueillir et mettre en ordre sur chacune de ces matières [administratives], les nombreuses dispositions éparses dans une suite de lois et de règlements » (Gérando, 1819, p. 18).

13 1829, Gérando annonce par exemple qu'il veut « donner au droit administratif des bases positives, une forme simple, une méthode logique » (Gérando, 1829, t. 1, p. 13).

14 « Ne voit-on pas qu'en changeant le principe d'un Gouvernement, on change aussi ses institutions qui viennent sensiblement s'accommoder à ce nouveau principe ? » (Cormenin, 1818, p. 47).

15 Voir *infra*.

16 Il rapporte d'ailleurs une conversation entre lui et Cormenin au sujet du droit de suffrage pour les militaires. Cormenin admet ce droit car il estime qu'il s'impose si on met en œuvre le suffrage universel. Barrot lui oppose des arguments contraires. Les mots suivants sont ensuite échangés : « M. de Cormenin : Vous pouvez avoir raison, mais c'est logique. M. Odilon Barrot : Au diable votre logique, qui conduit à l'absurdité ! » (Barrot, 1875, t. 2, p. 102).

17 Par exemple, dans l'édition de son *Code administratif* de 1806, Fleurigeon propose de faire l'historique des administrations antérieures à l'an VIII et énonce : « Les fondements du régime de l'administration nationale furent jetés par l'Assemblée constituante » (Fleurigeon, 1806, p. 16).

18 Cormenin fait ses études à l'École de droit de Paris et est reçu avocat en 1808, Portiez enseigne la législation administrative en 1808. Cependant, le cours de Portiez n'a duré qu'un an et l'on ne sait pas à quelle année il était destiné (Gilbert, 2024). Cormenin venant de terminer ses études, il n'a probablement pas suivi le cours. Ce qui ne l'empêche pas d'en avoir reçu les échos ou d'avoir lu Portiez.

19 Contrairement à la thèse de Vedel qui postule que le droit administratif incarne une forme de continuité face aux changements du droit constitutionnel et que la « constitution administrative » est plus stable que la constitution politique (Vedel, 1974). Pour une critique de la thèse, voir not. Chevallier, 1989.

20 Par exemple : Mongalvy, 1828 ; Routhier, 1828 ; Macarel, 1828, p. 513 ; Troplong, 1842, p. 203.

21 Un exemple : en 1848 il promet à ses amis italiens de leur faire des amis parmi les honnêtes gens. Il leur explique que ces gens en question le lisent et l'aiment donc ils le suivront s'il les soutient pour leur indépendance. (Cormenin, 1848b, p. 5).

22 Sa position est une nouvelle fois loin de l'isoler parmi les auteurs du XIX^e siècle (Falélavaki, 2016, p. 29-40 ; Monateri, 2009, p. 92)

23 Voir *supra*.

24 Par exemple, tout en admettant que certaines règles d'administration doivent être appropriées à chaque pays, Macarel admet qu'il existe un grand nombre de principes d'administration qui sont d'un ordre supérieur et donc applicables à tous les pays civilisés (Macarel, 1852, t. 1, p. 20).

25 Sur Cormenin et la centralisation, voir Guglielmi, 2008.

26 Une unité qui s'exprime particulièrement dans le droit public, mais n'exclut pas le droit privé puisqu'elle pousse à la généralisation des systèmes et à la codification des lois.

27 « Ce qu'il lui fallait surtout, c'était le neuf. Les institutions, déjà essayées ailleurs ou dans d'autres temps, lui paraissaient aussi haïssables que les lieux communs et le premier mérite d'une loi, à ses yeux, était de ne ressembler en rien à ce qui l'avait précédée. [...] Au moment des élections générales, je le rencontrai, et il me dit avec une certaine complaisance : "A-t-on jamais vu dans le monde rien de semblable à ce qui se voit aujourd'hui ? Où est le pays où l'on a jamais été jusqu'à faire voter les domestiques, les pauvres, les soldats ? Avouez que cela n'avait jamais été imaginé jusqu'ici". Et il ajouta en se frottant les mains : "Il sera bien curieux de voir ce que tout cela va produire". Il en parlait comme d'une expérience de chimie » (Tocqueville, 1893, p. 285-286).

28 Les tribunaux civils représentent pour lui ce qui se fait de mieux en matière d'indépendance et de protection des citoyens. Cette admiration s'explique par le fait qu'il considère que le droit civil représente les valeurs morales immuables, ou du moins peu soumises aux contingences politiques. Au contraire, le droit public est plus fluctuant car il doit s'adapter aux évolutions. C'est la raison pour laquelle il considère que c'est un travail en cours, un droit en train de s'élaborer et qu'il n'est pas encore temps de le mettre dans un traité. Mais il estime qu'un jour ce droit sera plus stable et qu'il sera alors temps peut-être d'en faire un traité.

29 Ses armoiries sont : « D'azur, à une étoile d'argent en abyme, accompagnée de quatre ancres adossées du même, mise en orle » (Archives nationales, BB/29/1068). En héraldique, l'ancre peut être considérée comme un symbole de fermeté et de constance, alors que l'azur peut être associé à la loyauté.

RÉSUMÉ

Français

Cormenin souffre de nombreux reproches, principalement sa versatilité et son manque d'ambition théorique et doctrinale. Cette contribution propose, sinon de le libérer véritablement de ces reproches, du moins de tenter d'en comprendre l'origine. Surtout, il s'agira de montrer qu'en dépit des apparences, Cormenin est un homme guidé par de véritables principes directeurs. Toute sa carrière, il suivra les mêmes préceptes, qui ne sont pas incompatibles avec les reproches qui lui sont adressés. Il suit en effet une ligne de conduite stricte, qui repose sur l'ordonnancement du droit et l'harmonisation des principes. Par ailleurs, il reste fidèle à une ligne idéologique de défense de la spécificité nationale et des libertés.

INDEX

Mots-clés

Cormenin, histoire du droit, droit public, libéralisme, comparaison

AUTEUR

Mathilde Lemée

Maîtresse de conférences à l'Université de Limoges, Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques (UR 14476) ; mathilde.lemee@unilim.fr

L'obligation de poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité. Retour sur l'exemple de la justice transitionnelle en Argentine

Scott Fougère-Green

PLAN

1. La justice transitionnelle argentine, un exercice issu de facteurs internes
 - 1.1. La justice transitionnelle en Argentine, entre justice partielle et vérité, exception dans le contexte des transitions démocratiques
 - 1.2. L'Argentine, oubli et indemnisation financière caractéristiques de la justice transitionnelle des années 1990
 2. L'évolution de la justice transitionnelle en Argentine, produit du droit international contemporain
 - 2.1. La justice transitionnelle en Argentine, l'exemple de l'internationalisation des procédures judiciaires
 - 2.2. La justice transitionnelle en Argentine, l'exemple de la nécessité de la sanction pénale au niveau interne
- Conclusion

TEXTE

- 1 « Vérité, justice, réparation » est le triptyque pour une meilleure pacification de la société après un conflit armé ou un régime politique ayant opprimé sa population. La chute du régime de Bachar El-Assad, en décembre 2024, remet à l'ordre du jour la gestion, pour un État, de son passé criminel et la reconnaissance des violations des droits de l'homme perpétrés en son nom. Le mandat d'arrêt lancé par la Cour pénale internationale (CPI) contre le président de la Fédération de Russie, Vladimir Poutine, le 17 mars 2023, pour crime de guerre de déportation illégale de population d'enfants et du crime de guerre de transfert illégal de population d'enfants ainsi que celui lancé le 21 novembre 2024 à destination du Premier ministre d'Israël, Benyamin Netanyahou, pour crime de guerre et crime contre l'humanité, renvoient sur le devant de l'actualité la question de la justice sur la responsabilité pénale des chefs d'État et de gouvernement et, plus

globalement, sur la question du traitement judiciaire des violations des droits de l'homme.

- 2 Cette idée de reconnaissance de la souffrance endurée par les victimes de crimes de masse fut dès ses débuts l'objectif de la justice transitionnelle, notion apparue dans les années 1990 dans le contexte optimiste de la fin de la guerre froide. Il s'agit pour l'État de faire la vérité sur son passé criminel en donnant accès aux informations sur la période concernée à l'ensemble de la population, en écoutant la parole des victimes, en les indemnisant financièrement ou en construisant des lieux de mémoire. À l'origine, les processus de transition démocratique, à l'image de celle de l'Espagne au milieu des années 1970, s'effectuèrent sans aucun programme officiel de reconnaissance des crimes de la dictature au nom de la « réconciliation nationale » (González, Acuna, 1982, p. 562)¹. Il en fut de même pour la démocratisation de l'Amérique latine, à partir de la décennie 1980, qui fut assortie de lois d'amnistie pour éviter une confrontation avec les forces de sécurité civile ou militaire dont de nombreux agents avaient participé à la répression et partageaient idéologiquement les idées de l'ex-dictature. Néanmoins, à la différence de la transition démocratique espagnole, les jeunes démocraties latino-américaines optèrent, parallèlement à l'impunité pour les auteurs de violations des droits de l'homme, pour des mécanismes pouvant reconnaître les crimes perpétrés par les régimes militaires ayant pris le pouvoir à la suite de *pronunciamentos* au cours des années 1970.
- 3 En l'espèce, l'Argentine, lors du retour à la démocratie en 1983, initia des techniques alternatives afin que la transition démocratique ne constituât plus un oubli des crimes de la dictature. En plus de renvoyer les généraux putschistes de 1976 devant la justice pénale tout en évitant de poursuivre les officiers de rang inférieur, le président argentin démocratiquement élu, Raul Alfonsín², instaura une commission d'enquête composée d'experts consacrée aux disparus sous le régime militaire. Depuis quatre décennies, le souvenir des crimes de la dictature a connu plusieurs périodes, entre déni, vérité totale, justice partielle, impunité, justice totale, vérité totale mais aussi retour d'un certain relativisme³.
- 4 Il est intéressant de comprendre comment l'Argentine fut le laboratoire de la justice transitionnelle, en détaillant la variété des diffé-

rentes expériences menées dans le pays, entre justice partielle, impunité puis justice totale, et de mettre en exergue comment le processus initié par les autorités de Buenos Aires résulta d'événements internes (1). Par la suite, les mécanismes de reconnaissance de la souffrance des victimes de régimes autoritaires dans d'autres États, comme le Chili, permirent des retours d'expériences codifiant la justice transitionnelle avec la nécessité de poursuivre pénalement les auteurs de violations des droits de l'homme. Ainsi, l'Argentine, sous l'influence du droit international, se lança dans une politique officielle de poursuites judiciaires avec sanctions pénales (2).

1. La justice transitionnelle argentine, un exercice issu de facteurs internes

5 Il convient tout d'abord de noter que la justice transitionnelle en Argentine, entre exercice partiel de la justice et institution d'une vérité officielle (1.1), entre oubli officiel des crimes de la dictature et politique d'indemnisations financières (1.2), est le fruit de paramètres internes.

1.1. La justice transitionnelle en Argentine, entre justice partielle et vérité, exception dans le contexte des transitions démocratiques

6 Lorsque l'Argentine retrouve la démocratie en 1983, le nouveau président, Raul Alfonsín, décide de renvoyer devant les juridictions pénales les responsables de la répression durant la dictature. Trois jours après sa prise de fonctions, le nouveau chef de l'État, par le décret du 13 décembre 1983, décide de poursuivre pour homicide, privation illégale de liberté et torture les hauts responsables de l'armée ayant dirigé la junte militaire, entre 1976 et 1983⁴, et certains leaders des Montoneros d'extrême gauche. Le texte dispose l'inculpation par le Conseil suprême des Forces armées des généraux et des amiraux ayant dirigé l'Argentine, sur le fondement de l'article 502 du

Code de justice militaire⁵. Le 29 décembre 1983, le Parlement argentin abroge la loi de pacification nationale mise en place par les militaires avant leur départ du pouvoir pour cause d'inconstitutionnalité, ceux-ci n'étant pas habilités à faire voter un tel acte⁶. Le 9 février 1984, les parlementaires, saisis pour réformer le Code de justice militaire, autorisent la compétence d'une seconde instance de la justice civile pour poursuivre les officiers auteurs de la répression dans les cas où la justice militaire se déclare incompétente⁷. Le 4 octobre 1984, la Cour fédérale d'appel de Buenos Aires se déclare compétente pour traduire les responsables de l'ex-junte militaire après la déclaration d'incompétence rendue le 25 septembre 1984 par le Conseil suprême des Forces armées. Le procès s'ouvre le 22 avril 1985 devant la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires et le verdict est rendu le 9 décembre suivant⁸.

- 7 Parallèlement à l'action judiciaire, par décret du 15 décembre 1983⁹, le président Raul Alfonsin institue la CONADEP, la Commission de vérité sur les disparitions forcées de personnes¹⁰, afin que la lumière soit faite sur le sort réservé aux personnes qui furent enlevées par la junte militaire. Son rapport, remis le 20 septembre 1984, mentionne les noms des individus accusés de ces disparitions dans les passages relatant les témoignages des victimes, mais aussi de témoins (Turgis, 2014, p. 498), même si le décret d'installation de la commission dispose qu'elle ne jugerait pas des actes ou des circonstances qui constitueraient des éléments relevant exclusivement des autorités judiciaires¹¹. La CONADEP recommande la poursuite judiciaire des responsables de la répression ainsi que la mise en place d'une assistance aux familles des disparus et d'une campagne d'éducation aux droits de l'homme¹². L'Argentine a été le premier pays à faire l'expérience d'un véritable processus de reconnaissance des victimes d'un régime militaire, à la différence de l'Espagne, où la transition démocratique a été fondée sur un oubli total des crimes de la dictature¹³. Malgré la politique d'impunité initiée avec les lois d'amnistie du Point final et de l'Obéissance due, respectivement votées le 23 décembre 1986¹⁴ et le 4 juin 1987¹⁵, suivie de deux grâces présidentielles le 6 octobre 1989¹⁶ et le 29 décembre 1990¹⁷, décrétées par le successeur de Raul Alfonsin, Carlos Menem, la condamnation des responsables de la junte militaire qui dirigèrent l'Argentine

entre 1976 et 1983 a permis la mise en exergue des crimes commis à l'encontre des opposants à la dictature, parallèlement au rapport de la CONADEP publié en 1984.

1.2. L'Argentine, oubli et indemnisation financière caractéristiques de la justice transitionnelle des années 1990

- 8 À partir de 1985, le gouvernement argentin adopte une politique de limitation des poursuites judiciaires afin d'éviter les tensions avec l'armée, encore influente après la dictature. Après la condamnation des principaux dirigeants de la junte, deux lois d'amnistie sont adoptées. La loi du Point final restreint les délais de poursuite tandis que la loi de l'Obéissance due en 1987 exonère les subordonnés ayant agi sur ordre. Cette politique d'impunité est renforcée lorsque le président Carlos Menem accorde des grâces présidentielles aux responsables du coup d'État de 1976, au nom de la persévérance de la stabilité politique et du redressement économique du pays. En janvier 1991, ce dernier met en place une des mesures prévues dans le rapport de la CONADEP, à savoir l'indemnisation des personnes détenues sans condamnation ou sans fondement juridique sous la dictature¹⁸. Quelque mois plus tard, le gouvernement indemnise les opposants à la junte qui furent détenus à la suite d'une condamnation judiciaire. Les mesures de réparation financière s'étoffent durant la décennie 1990¹⁹. Si le droit international recommande aux États d'indemniser les victimes directes ou leurs familles du dommage causé par les violations des droits de l'homme, celles-ci ne peuvent constituer un palliatif à l'action pénale, comme l'a souligné la Commission interaméricaine des droits de l'homme (IDH) dans son rapport du 2 octobre 1992²⁰, dans le cas d'espèce de l'Argentine²¹.
- 9 L'Argentine inspira cette justice transitionnelle caractéristique des années 1990. La reconnaissance des crimes s'effectua par tous moyens, à l'exception de l'action pénale. Le gouvernement argentin de cette époque jugea que les mécanismes de réparation financière et les déclarations officielles suffisaient à répondre à la demande de justice des familles de victimes. La Commission IDH, dans son rapport n° 28/92 du 2 octobre 1992, estima que, conformément à la jurisprudence *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, que la Commission

Vérité et les réparations financières ne pouvaient justifier l'absence de poursuites judiciaires en Argentine pour les crimes commis par la junte militaire au pouvoir de 1976 à 1983. Dans un rapport de 2008, l'Organisation des Nations unies (ONU) estima que « des réparations non assorties d'efforts visant à assurer la justice pénale [pouvaient] n'être, aux yeux des victimes, rien de plus que l'argent du sang [...]. Partant, il [était] non seulement important d'établir des liens importants entre les procédures pénales et les réparations, mais il [était] aussi inadmissible de sacrifier une mesure à une autre » (Arbour, 2008, p. 39). L'exemple argentin d'indemnisations financières accompagnées d'une vérité officielle émanant d'un organe officiel non judiciaire ne répondit pas à la souffrance des victimes rescapées et des proches de celles décédées ou disparues. L'absence d'enquêtes judiciaires empêcha de déterminer les responsabilités.

2. L'évolution de la justice transitionnelle en Argentine, produit du droit international contemporain

- 10 L'évolution du processus de justice transitionnelle en Argentine mit en exergue l'évolution du droit international public en matière d'obligation de poursuite d'auteurs de crimes contre l'humanité, y compris au-delà des frontières du territoire national. Cela se traduisit par l'internationalisation des procédures judiciaires (2.1). De plus, l'exemple argentin de justice transitionnelle démontra l'absolue nécessité de poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité (2.2).

2.1. La justice transitionnelle en Argentine, l'exemple de l'internationalisation des procédures judiciaires

- 11 Les actions judiciaires menées à l'étranger avec procès par contumace à échéance mirent en exergue les violations des droits de l'homme perpétrés par le régime militaire argentin. Les lois d'amnistie et les décrets présidentiels de grâce clôturèrent toute procédure

pénale mais, paradoxalement, l'inverse se produisit, à l'extérieur des frontières de l'Argentine. Tout d'abord, le rapport de la CONADEP officialisa la reconnaissance des disparitions forcées menées par la junte militaire. De plus, malgré la prohibition de toute action judiciaire, le pouvoir exécutif argentin, par sa politique d'indemnisations, a reconnu indirectement les crimes perpétrés par la dictature. L'arrestation du général Pinochet, à Londres, en octobre 1998, à la suite du mandat d'arrêt lancé par le juge Baltasar Garzon, consacra l'internationalisation du processus judiciaire puisque le Chili n'abrogea pas le décret-loi d'amnistie de 1978. Sur cette lancée, le magistrat espagnol lança, en 1999, plusieurs mandats d'arrêt à l'encontre d'anciens hauts responsables de l'armée argentine, notamment les généraux Videla et Massera (Lingane, 2014, p. 246). Parmi les militaires visés, le capitaine Alfredo Astiz, qui fut condamné en France par contumace à la réclusion criminelle à perpétuité en 1990 pour l'enlèvement, la torture et l'assassinat de deux religieuses françaises, à Buenos Aires, en 1977. Des plaintes furent déposées en Espagne²² et, à partir de 1996, en Italie, où s'ouvrit à Rome en 2000 le procès par contumace de plusieurs militaires argentins qui mit au jour le Plan Condor²³ (Lefranc, 2002, p. 278). Toutes ces actions judiciaires externes perpétuèrent le combat contre l'impunité, exercèrent une pression sur l'exécutif argentin qui mit en avant sa souveraineté et le principe de territorialité²⁴. Ce contexte de réactivation de la justice grâce aux procédures pénales à l'extérieur de l'Argentine joua un rôle dans la décision du législateur d'offrir la possibilité de déroger aux lois d'amnistie, à la suite du vote du Parlement argentin, le 25 mars 1998, vingt-deux ans après le coup d'État qui porta au pouvoir la junte du général Videla. Néanmoins, ce texte n'avait pas de portée rétroactive²⁵.

12 Comme un retournement de situation, l'Argentine devint la terre d'accueil des procédures judiciaires à l'encontre des crimes commis par le régime franquiste en Espagne. La loi d'amnistie espagnole votée en 1977²⁶ durant la transition démocratique constitua un obstacle judiciaire pour investiguer sur les faits de violence perpétrés sous la dictature. Le juge Garzón, qui lança, durant les années 1990, les mandats d'arrêt contre les généraux argentins et le dictateur chilien Augusto Pinochet, fut empêché d'enquêter sur les crimes franquistes dans son propre État. À partir de 2010, la justice argentine

accueille les plaintes visant à poursuivre des civils et militaires suspectés de violations des droits de l'homme. Plusieurs mandats d'arrêt furent lancés à destination de sept ex-ministres et un ex-vice-président du gouvernement, ainsi qu'un ordre d'extradition à l'encontre de quatre membres des forces de sécurité (Ortega Dolz, 2020)²⁷. Les associations de défense des victimes du régime franquiste s'inspirèrent, à partir de la fin des années 1990, du réveil de l'action judiciaire en reprenant les mêmes termes que ceux utilisés outre-Atlantique. D'ailleurs, les descendants des victimes de la Guerre civile espagnole évoquèrent le terme de « disparu », à l'instar des victimes des crimes des dictatures latino-américaines²⁸.

- 13 Les mandats d'arrêt internationaux créèrent un contexte favorable permettant aux juges argentins d'instruire les plaintes déposées par les familles des victimes et les associations les représentant. L'Argentine démontra que la mise en conformité de son système judiciaire avec les conventions internationales de protection des droits de l'homme rendait possible des poursuites pour les crimes commis par la dictature militaire entre 1976 et 1983. L'internationalisation du combat judiciaire, du fait de la double nationalité de certaines victimes, permit la poursuite de l'action pénale et mit en lumière l'impunité dont bénéficiaient des auteurs de crimes contre l'humanité. La politique de l'oubli menée par les autorités de Buenos Aires fit ressortir l'impossibilité pour une démocratie de refuser de poursuivre les responsables et exécutants d'une répression²⁹.

2.2. La justice transitionnelle en Argentine, l'exemple de la nécessité de la sanction pénale au niveau interne

- 14 Les familles des victimes souhaitèrent la tenue de procès faisant ressortir la vérité de manière publique. En effet, ces procès permettent aux victimes d'être officiellement reconnues en tant que telles, d'où leur attachement au rituel du procès, plus qu'à la sanction en elle-même³⁰. La justice évita la vengeance par l'officialisation de la reconnaissance de la souffrance publique des victimes (Joinet, 2002, p. 25). L'expérience argentine de justice transitionnelle fut exceptionnelle dès le rétablissement de la démocratie durant les années 1980, parallèlement à l'instauration de la Commission sur les disparitions de

personnes, le lancement par le gouvernement élu démocratiquement en 1983 de poursuites judiciaires, avec l'inculpation par les juges de neuf des principaux responsables des juntas militaires qui dirigèrent le pays à la suite du coup d'État de 1976. De plus, le procès s'ouvrit dès avril 1985, dix-huit mois après leur départ du pouvoir. Il permit de faire connaître au public les témoignages de victimes sur l'horreur des centres clandestins de détention et sur l'ensemble des crimes commis par la dictature militaire (*ibid.*, p. 26).

- 15 La quête de justice des associations de défense des droits de l'homme et des victimes de la dictature militaire ne faiblit pas malgré les lois d'amnistie et les décrets de grâce³¹. L'approche de l'élection présidentielle argentine de 1995 remit sur le devant de la scène publique la problématique des crimes perpétrés par la junte militaire en Argentine (Garibian, 2020, p. 216). Les révélations par la presse sur le passé criminel de militaires argentins et les procédures judiciaires à l'extérieur de l'Argentine compliquèrent la justification des lois d'amnistie et des décrets de grâce.
- 16 Le renouveau de l'action judiciaire observé à partir de la seconde moitié des années 1990 trouva notamment son origine dans la révélation des crimes de la dictature par le rapport de la CONADEP de 1984, ainsi que dans l'activisme judiciaire des associations de défense des victimes de la junte militaire. Ces associations introduisirent des requêtes relatives à des crimes et délits non couverts par les lois d'amnistie et les décrets présidentiels de grâce, qui furent instruites par des juges d'instruction respectueux des conventions internationales garantissant le droit au recours des citoyens. Ces derniers s'appuyèrent sur le droit constitutionnel consacrant la primauté du droit international public sur la législation nationale. Sous l'impulsion des associations de défense des droits de l'homme et de leurs avocats, l'activisme judiciaire mené à l'étranger influença les juges argentins, notamment dans les affaires relatives à l'enlèvement d'enfants d'opposants à la junte militaire assassinés ou disparus durant la décennie 1970. À la fin des années 1990, les responsables de la junte militaire argentine furent placés en détention provisoire pour ce grief. La décision de la Chambre des Lords au Royaume-Uni du 25 novembre 1998 confirmant l'assignation à résidence du général Pinochet motiva la décision du 9 septembre 1999 de la Chambre criminelle de la Cour d'appel fédéral de Buenos Aires qui confirma la

détention préventive du général Videla³². La forte diminution du budget de l'armée et la réduction du nombre de militaires rendirent caduque l'hypothèse d'un nouveau *putsch* ou de mutineries dans les casernes³³. Ainsi, les juges chargés d'instruire les requêtes pour les enlèvements des enfants aux opposants à la junte militante durant les années 1970 motivèrent leurs poursuites par l'alinéa 22 de l'article 75 de la Constitution argentine révisée en 1994³⁴. L'alinéa 23 de l'article 75 de la Constitution argentine obligea le législateur à assurer la jouissance et l'effectivité des droits garantis par le droit international. La norme fondamentale dispose que le gouvernement doit « légiférer et promouvoir des mesures d'action positive qui garantissent l'égalité réelle des chances et de traitement, et la pleine jouissance et l'exercice des droits reconnus par la présente Constitution et par les traités internationaux en vigueur sur les droits humains, notamment par rapport aux enfants, aux femmes, aux personnes âgées et aux handicapés³⁵ ». L'inscription de ce précepte de la supériorité du droit international sur le droit interne dans la loi fondamentale en renforça la portée normative et renforça la possibilité de faire valoir, le cas échéant, l'opposabilité devant le juge interne (Tigroudja, 2006, p. 95-96). Ainsi, malgré le refus de la classe politique d'abroger les mesures d'impunité, l'inconstitutionnalité des lois d'amnistie du Point final et de l'Obéissance due fut soulevée de manière jurisprudentielle, à la suite d'un arrêt rendu le 6 mars 2001 par le juge Cavallo³⁶, sur un autre cas de soustraction illégale de nourrisson. Ce retour de la scène judiciaire, à la fin des années 1990, se développa par la jurisprudence, à défaut de la mise en place d'une véritable politique publique au niveau de l'État visant à mettre un terme à l'impunité judiciaire³⁷.

- 17 Une prise de conscience politique s'opéra, en raison du renouvellement des élites à la suite de l'effondrement économique de 2001 et des élections de 2003, pour que soient engagées de manière systématique des poursuites judiciaires, puis des procès, à partir de 2010, concernant l'ensemble des crimes commis par les junte militaires qui se sont succédé à la tête de l'Argentine entre 1976 et 1983. La fin de l'impunité résulta de plusieurs facteurs convergents, au premier rang desquels figure une volonté affirmée, au plus haut sommet de l'État, de respecter ses obligations d'internationales. Cela permit à l'autorité judiciaire de sanctionner des décideurs et des exécutants, civils

comme militaires, pour des faits constitutifs de crimes contre l'humanité.

- 18 Le procès pénal constitua l'espace central de restitution et de reconnaissance des crimes commis, en l'espèce de crimes contre l'humanité. En raison de son caractère contradictoire, la justice pénale apparut comme le cadre institutionnel privilégié pour permettre l'expression des victimes et des témoins en offrant un lieu où la parole peut être réinvestie là même où l'humanité a été niée. En permettant la mise en récit de « ce qui s'est passé », le procès devint un espace de confrontation des versions et des interprétations des faits par les différents acteurs concernés. Par conséquent, le jugement reconnu publiquement et officiellement des vérités produites au cours de l'instance judiciaire. En effet, l'énonciation des faits ne suffit pas à rendre justice, ce qui met en lumière les limites des « procès pour la vérité » en Argentine, qui furent instaurés à la fin des années 1990 et mirent au jour des crimes de la dictature sans sanction pénale (Jaudel, 2009, p. 165). Les *jucios por la verdad* ne prononcèrent que des sentences symboliques, afin de condamner socialement l'auteur ou le complice de faits faisant l'objet des lois d'amnistie encore en vigueur en Argentine à cette période³⁸. En déclarant pénalement responsables les auteurs de crimes de masse, le jugement réaffirma le principe de responsabilité individuelle face au crime collectif. Il empêcha tout relativisme des violences, qui ne pouvaient plus être appréhendées comme des événements inéluctables, comparables à des catastrophes naturelles dépourvues de responsables identifiables³⁹.

Conclusion

- 19 L'exemple argentin de justice transitionnelle démontra la possibilité de poursuivre pénalement les auteurs et les complices de crimes contre l'humanité par le respect des conventions internationales, dont l'effectivité est consacrée par la norme constitutionnelle suprême. Toutefois, une telle effectivité demeura limitée lorsqu'elle reposa exclusivement sur des initiatives ponctuelles de magistrats, portées par les requêtes des victimes, souvent soutenues par des associations de défense des droits de l'homme. En définitive, seule une volonté politique ferme, s'accompagnant d'un programme judi-

ciaire cohérent, incluant l'abrogation des législations d'amnistie et l'engagement systématique de poursuites pénales pour les crimes commis par un régime dictatorial, fut en mesure de mettre un terme à l'impunité totale. L'Argentine, qui traversa toutes les phases de gestion politique et judiciaire de son passé criminel, fut, à partir des années 2000, un exemple en matière de lutte contre l'impunité. L'arrivée à la présidence de la République argentine de Javier Milei, qui a relativisé la gravité des crimes perpétrés par la dictature militaire au pouvoir de 1976 à 1983, démontre un retour en arrière sur la mémoire de cette période. Le cas de l'Argentine prouve que seule une véritable volonté politique a permis de garantir l'application du droit international et l'effectivité de l'action judiciaire dans le pays lors d'une période trouble de son histoire contemporaine (Dubois, 2024).

BIBLIOGRAPHIE

- ARBOUR L., 2008, « Programmes de réparation », *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit*, HR/PUB/08/1, Haut-commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, ONU, New York, Genève
- BABY S., 2013, « Vérité, justice, réparation : de l'usage en Espagne de principes internationaux », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 111-112, p. 25-33
- BABY S., 2012, *Le mythe de la transition pacifique. Violence et politique en Espagne (1975-1982)*, Madrid, Casa de Velázquez
- BERNADOU V., 2007, « La restauration d'une autorité politique. L'itinéraire "extraordinaire" du président Nestor Kirchner », *Politix*, n° 80(4), p. 129-153
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, 14 de junio de 2005, S. 176 7.
- XXXVIII. Recurso de hecho, Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. - causa n° 17.768
- DINGES J., 2005, *Les années Condor. Comment Pinochet et ses alliés ont propagé le terrorisme sur trois continents*, Paris, La Découverte
- DUBOIS A., 26 mars 2024, « En Argentine, Javier Milei fait de la mémoire de la dictature un sujet électrique », *Le Monde*
- FOUGÈRE-GREEN S., 2024, *Démocratie, mémoire et droit international. La justice transitionnelle en Amérique latine*, Paris, L'Harmattan
- GARIBIAN S., 2020, « Le 24demarzo argentin : généalogie d'une "holophrase" et loi commémorative de 2002 », *Parlement[s]*, hors-série n° 15, p. 211-220
- GATTI G., REVET S., 2016, « Victimes cherchent statut désespérément : le cas

des “bébés volés” en Espagne », *Critique internationale*, n° 72(3), p. 93-111

GONZÁLEZ F., ACUNA R.-L., 1982, « Une politique extérieure pour l'Espagne », *Politique étrangère*, n° 3, p. 557-564

JAUDEL É., 2009, *Justice sans châtement. Les commissions Vérité-Réconciliation*, Paris, Odile Jacob

JELIN E., 2006, « Les mouvements sociaux et le pouvoir judiciaire dans la lutte contre l'impunité », *Mouvements*, n° 47-48, p. 82-91

JOINET L., 2002, *Lutter contre l'impunité. Dix questions pour comprendre et pour agir*, Paris, La Découverte

JOINET L., 26 juin 1997, *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, rapport établi en application de la décision 1996/119 de la Sous-commission des droits de l'homme, E/CN.4/Sub.2/1997/20, Conseil économique et social, Organisation des Nations unies, New York

LEFRANC S., 2002, *Politiques du pardon*, Paris, Presses universitaires de France

LINGANE Z., 2014, *Punir, amnistier ou nier : le crime international de Nuremberg à La Haye*, Paris, L'Harmattan

ONU, 1989, *Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution*

44/25, New York, 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990

ORTEGA DOLZ P., 7 mai 2020, « Muere por coronavirus Billy el Niño, el policía franquista acusado de torturador », *El País*

PITTE J.-M., GUILLAUME-CLAVIÈRE F., 10 juin 1998, « Videla en prison », *France 3*, [<http://www.ina.fr/video/CAC98023637.104>], consulté le 10 avril 2026

RAGGIO S., 2006, « La lutte pour les droits de l'homme et la mémoire du terrorisme d'État dans la construction de la démocratie », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 81, p. 87-98

TIGROUDIA H., 2008, « Le droit international dans les États d'Amérique latine : regards sur l'ordre juridique argentin », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 60, n° 1, p. 89-119

TURGIS N., 2014, *La justice transitionnelle en droit international*, Bruxelles, Bruylant

VANDERMEERSCH D., 2013, « Réparer pour que “justice soit faite” ou plutôt que “justice soit faite pour réparer” ? », dans X. PHILIPPE (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, p. 49-59

YOLDI J., 8 octobre 1997, « El juez Garzón detiene a Scilingo por su participación en la represión argentina », *El País*

NOTES

1 Cette politique sera contestée plus tard (Baby, 2012). L'expérience argentine différa de la transition démocratique espagnole où aucune action judi-

ciaire ne fut intentée contre des responsables et des agents civils et militaires du régime franquiste. Cette volonté politique d'action de la justice mit en lumière le contexte du processus de rétablissement de la démocratie. Dans le cas d'espèce de l'Argentine, la transition démocratique s'effectua en rupture avec la junte militaire, à la différence de l'Uruguay, du Chili et de l'Espagne. Durant les années 1980, l'Espagne se présentait comme un modèle de transition démocratique sans violences, comme l'affirmera dans un entretien à la revue *Politique étrangère* l'ancien président du gouvernement espagnol (1982-1996) Felipe Gonzalez, lors de la victoire de son parti, le PSOE (Parti socialiste ouvrier espagnol).

2 Candidat de l'Union civique radicale (centre gauche), avocat de profession, Raul Alfonsin avait fondé, en décembre 1975, une association de défense des droits fondamentaux, l'Assemblée permanente pour les droits de l'homme (Raggio, 2006, p. 89).

3 Dans un discours prononcé le 30 septembre 1983 dans le cadre de sa campagne électorale, Raul Alfonsin évoquait « la théorie des deux démons » consistant à mettre sur le même plan l'action des militaires d'extrême droite et la violence des militants d'extrême gauche, la première serait le résultat de la seconde. L'accession de Javier Milei à la présidence de l'Argentine, le 10 décembre 2023, a réactivé le débat sur les crimes commis par la junte militaire au pouvoir de 1976 à 1983 en les relativisant en ravivant « la théorie des deux démons ».

4 Poder Ejecutivo Nacional (PEN), Decreto n° 157/83, 13 de diciembre de 1983, Persecución penal de integrantes de grupos no estatales. Declaración de la « necesidad de promover la persecución penal, con relación a los hechos cometidos con posterioridad al 25 de mayo de 1973, contra Mario Eduardo Firmenich [...] ; Fernando Vaca Narvaja [...] ; Ricardo Armando Obregón Cano [...] ; Rodolfo Gabriel Galimberti [...] ; Roberto Cirilo Perdía [...] ; Héctor Pedro Pardo [...] ; y Enrique Heraldó Gorriarán Merlo [...] », *Boletín Oficial (BO)*, 15 de diciembre de 1983.

5 PEN, Decreto n° 158/83, 13 de diciembre de 1983, Orden presidencial de procesar a las juntas militares. Juicio Sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, *BO*, 15 de diciembre de 1983.

6 Honorable Congreso de la Nación Argentina (HCNA), Ley n° 23.040 Pacificación Nacional Ley n° 22.924 - Su Derogación, Derogase por inconstitucional la Ley n° 22.924 y se la declara insanablemente nula, 22 de diciembre de 1983, *BO*, 29 de diciembre de 1983.

7 HCNA, Ley n° 23.049 Sancionada Febrero 9 de 1984, Código de Justicia militar, Modificaciones, Promulgada Febrero 13 de 1984, BO, 15 de febrero de 1984.

8 Les généraux Videla et Massera, à l'origine du coup d'État du 24 mars 1976, sont condamnés à la prison à vie. Robert Viola, commandant en chef de l'armée de Terre de 1978 à 1979, et qui présida la junte militaire de mars à décembre 1981, est condamné à dix-sept années d'emprisonnement. Armando Lambruschini, commandant en chef de la Marine de 1978 à 1981, écope de huit ans d'emprisonnement. Orlando Agosti, commandant en chef de l'armée de l'Air de 1976 à 1978, est condamné à quatre ans et six mois d'emprisonnement. Leopoldo Galtieri, commandant en chef de l'armée de Terre de 1979 à 1982, qui présida la junte militaire de décembre 1981 à juin 1982, Jorge Anaya, commandant en chef de la Marine de 1981 à 1982 ainsi que Basilio Lami Dozo, commandant en chef de l'armée de l'Air de 1979 à 1982, sont relaxés, faute de preuves.

9 PEN, Decreto n° 187/83, Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, 15 de diciembre de 1983, BO, 19 de diciembre de 1983.

10 La CONADEP a été présidée par l'écrivain argentin Ernesto Sabato.

11 PEN, Decreto n° 187/83, précit.

12 Le rapport *¡Nunca Más!*, publié en 1985, remporta un tel succès en librairie en Argentine qu'il fut réédité vingt fois et son tirage total atteignit 300 000 exemplaires. Le gouvernement argentin de l'époque s'en était réjoui, estimant que le rapport de la CONADEP avait provoqué « une réaction immédiate en faveur d'un incroyable processus de reconstruction de la mémoire publique » (Joinet, 2002, p. 65).

13 En 1983, l'Argentine fut l'un des premiers États à retrouver la démocratie en Amérique latine. L'institution de la CONADEP influença le Chili, qui retrouva la démocratie en 1990 et mit lui aussi en place une Commission Vérité et Réconciliation afin de recueillir la parole des victimes

14 HCNA, Ley n° 23.492, Ley del Punto final, 23 de diciembre de 1986, Dispónese la extinción de acciones penales por presunta participación, en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley n° 23.049 y por aquellos vinculado a la instauración de formas violentas de acción política, Excepciones, BO, 24 de diciembre 1986.

15 HCNA, Ley n° 23.521, 4 de junio de 1987, Justicia militar. Obediencia debida. Se fijan límites, promulgada 8 de junio de 1987, BO, 9 de junio de

1987. L'Argentine a connu plusieurs mutineries emmenées par les *Caras pintadas* (visages peints en espagnol), des membres des Forces armées d'extrême droite, entre avril 1987 et décembre 1990, dont le but était le refus de la nouvelle hiérarchie militaire et la fin de toute action judiciaire contre les militaires impliqués dans la répression sous la dictature, entre 1976 et 1983.

16 PEN, Decretos n° 1.001/1989, n° 1002/1989, n° 1003/1989, n° 1004/1989, n° 1005/1989, Buenos Aires, 6 de Octubre de 1989, BO, 10 de Octubre de 1989, Individual, Solo Modificatoria o Sin Eficacia.

17 PEN, Decreto n° 2741/90, 29 de diciembre 1990, Disponese el indulto a Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramon Agosti, Roberto Eduardo Viola, Armando Lambruschini ; Ramon Juan Alberto Camps, Riccheri Ovidio Pablo, BO, 3 de enero de 1991.

18 PEN, Decreto n° 70/91, 10 de enero de 1991, Establécense beneficios para aquellas personas que hubieran sido puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional por acto emanado de éste, antes del 10 de diciembre de 1983 y que, habiendo iniciado juicio por indemnización de daños y perjuicios por tal motivo antes del 10 de diciembre de 1985, no hubieran obtenido satisfacción por haberse hecho lugar a la prescripción mediante sentencia firme, BO, 16 de enero de 1991.

19 HCNA, Ley n° 24.321, Desaparicion forzada de personas, Sancionada 11 de mayo de 1994, Declaración de ausencia. Juez competente. Procedimiento. Plazos. Efectos civiles. Reparación con vida del ausente. Alcances a caos de ausencia con presunción de fallecimiento, promulgado de 8 de junio de 1994. La loi du 8 juin 1994 élargit la compensation pécuniaire aux personnes dont le parent ou l'enfant a disparu sous le régime militaire, en facilitant la procédure de dépôt des preuves de décès de la personne disparue ; HCNA, Ley n° 24.411, Desaparicion forzada de personas, Sancionada 7 de diciembre de 1994, Beneficios que tendrán derecho a percibir por medio de sus causahabientes, personas que se encuentren en tal situación, promulgado 28 de diciembre de 1994, Recaudos para su obtención, Alcances, BO, 3 de enero de 1995. Le décret d'application du président Carlos Menem du 28 décembre 1994 de la loi n° 24.411 se voulait comme un « point final » aux recours judiciaires en indemnisation des proches des victimes de disparition (Lefranc, 2002, p. 37). La loi du 7 décembre 1994 compensa financièrement les ayants droit des disparus, c'est-à-dire parents, enfants ou héritiers des victimes disparues ou décédées lors de la période de répression, sous la dictature militaire, entre 1976 et 1983.

20 Commission IDH, *Alicia Consuelo Herrera et al. v. Argentina*, affaires n° 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 et 10.311, rapport n° 28/92, 2 octobre 1992, § 50-51, p. 8. La Commission estime que « le présent rapport établit que, parmi les faits dénoncés figure l'effet juridique de la promulgation des lois et du décret, dans la mesure où il a privé les victimes de leur droit d'obtenir une enquête judiciaire de nature pénale, visant à particulariser et à punir les responsables des délits commis. En conséquence, elle dénonce l'incompatibilité avec la Convention de la violation des garanties judiciaires (art. 8) et du droit à la protection judiciaire (art. 25), au titre de l'obligation faite aux États de garantir le libre et plein exercice des droits reconnus (art. 1.1 de la Convention). Ces faits se sont produits avec l'adoption des mesures contestées, en 1986, 1987 et 1989, après l'entrée en vigueur de la Convention au regard de l'Argentine en 1984 » (§ 50). De plus, elle ajoute que « la question de compensation pécuniaire, à laquelle ont droit les réclamants, porte sur la réparation même au motif des violations initiales ou de fond qui ont eu lieu, pour la plupart, durant les années soixante-dix, avant la ratification par l'Argentine de la Convention et avant la promulgation des lois et du décret dénoncés. Il s'agit du droit à une indemnité par l'État du fait de son manquement à garantir le droit à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté des victimes, et non au déni de justice au motif des effets des lois et du décret. La réparation n'est l'objet ni de la plainte ni du présent rapport » (§ 51) [nous traduisons].

21 Ministerio del Interior, Ley n° 19.123, Crea corporacion nacional de reparacion y reconciliacion, establece pension de reparacion y otorga otros beneficios en favor de personas que señala, 8 de febrero de 1992. L'idée d'une justice transitionnelle comme un ensemble de dispositifs reconnaissant les victimes en dehors de toute poursuite judiciaire a longtemps prévalu. Il s'agissait de l'idée de reconnaissance des crimes accompagnée de mesures d'indemnisations financières pour les victimes survivantes ou leurs proches en cas de décès. Ainsi, le Chili, versa des indemnisations financières, suivant la loi du 8 février 1992 instituant l'Agence nationale pour la réparation et la réconciliation, aux victimes de la dictature du général Pinochet ; Commission IDH, *Garay Herмосilla et autres c/ Chili*, affaire 10.843, rapport n° 36/96, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc.7 rev., p. 156, 1996 ; *Leopoldo Garcia Lucero c/ Chili*, affaire 350.02, rapport n° 58/05 (Admissibilité), 15 octobre 1996. La Commission IDH estima, comme pour l'Argentine quatre ans auparavant, que des mesures de réparation financière, indispensables pour les victimes ou leurs proches, ne devaient pas pallier l'action pénale. La loi sur la mémoire historique votée en Espagne en 2007 s'inscrit dans ce

processus. Elle reconnaît officiellement la souffrance des victimes mais ne remet pas en cause la loi d'amnistie de 1977. Ley n° 52/2007, 26 de diciembre de 2007, Por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, Jefatura del Estado, BOE, n° 310, de 27 de diciembre de 2007.

22 *Scilingo Manzorro (Adolfo Francisco) v. Spain, Appeal judgment*, Nro. 798, ILDC 1430 (ES 2007), 1st October 2007, Spain, Supreme Court ; Yoldi, 1997. À Madrid, le juge Baltasar Garzon lança, le 29 mars 1996, plusieurs mandats d'arrêt contre des militaires argentins ayant attenté à la vie de ressortissants espagnols. Adolfo Scilingo, après avoir avoué ses crimes en Argentine au journaliste et militant politique *Horacio Verbitsky*, décida de se rendre lui-même en Espagne en octobre 1997 où il sera placé en détention préventive, avant d'être condamné définitivement à mille quatre ans de prison en juillet 2007 par le Tribunal suprême espagnol.

23 Le Plan Condor réunissait les États du Cône Sud de l'Amérique latine dirigés par des dictatures militaires (Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Uruguay, Paraguay) afin de réprimer leur opposition politique (Dinges, 2005).

24 En l'espèce, visé par des mandats d'arrêt espagnol, français, italien et suédois, l'ancien capitaine de corvette Alfred Astiz bénéficia de la loi d'amnistie de l'Obéissance due.

25 HCNA, Ley n° 24.952, Deróganse las Leyes Nros. 23.492 y 23.521., Sancionada Marzo 25 de 1998, Promulgada de Hecho: Abril 15 de 1998, BO, 17 de abril de 1998.

26 Ley de amnistia n° 46/1977, de 15 de octubre 1977, BO, n° 248, de 17 de octubre 1977, p. 22765-22766.

27 Parmi les agents visés, Antonio González Pacheco, surnommé « Billy El Niño », accusé d'avoir pratiqué la torture à la Direction générale de la sécurité à Madrid, de 1971 à 1975. Dans ses arrêts des 24 et 25 septembre 2013, le procureur de l'Audience nationale estima inutile la détention de quatre anciens agents du régime franquiste, invoquant l'ancienneté des faits, leur imprécision et la loi d'amnistie de 1977. Malgré le déplacement de victimes en Argentine et les demandes d'extradition formulées par la justice argentine, les autorités espagnoles rejetèrent ces requêtes, considérant les crimes comme prescrits et ne relevant pas de crimes contre l'humanité. En 2014, l'Espagne refusa d'extrader les inculpés, en dépit des critiques

formulées par l'ONU, notamment par l'expert Pablo de Greiff, qui dénonça les défaillances de l'appareil judiciaire espagnol face aux crimes du franquisme. La justice argentine poursuivit néanmoins ses démarches, notamment par la collecte de témoignages à Madrid. L'Espagne opposa finalement une fin de non-recevoir à toute poursuite. Antonio González Pacheco est décédé en 2020 du Covid-19 sans avoir jamais été jugé.

28 L'Espagne, qui fut en pointe, au milieu des années 1990, dans la poursuite pénale des responsables des dictatures militaires, s'est vue empêchée d'engager des poursuites concernant son propre passé. La compétence universelle a constitué un vecteur pour lancer des actions judiciaires même en dehors du territoire où les crimes avaient été commis. Ces crimes étant internationaux, la frontière ne devait pas être un obstacle à ce qu'on les poursuive en raison de leur gravité. Les principes de la justice transitionnelle que sont la vérité, la justice et la réparation ont été évoqués en Espagne afin que le gouvernement fasse la lumière sur la dictature franquiste (Baby, 2013, p. 28). L'activisme des Grands-mères de la Place de Mai, qui permit de renvoyer en détention le général Videla, a également inspiré les associations militant pour que la lumière soit faite sur le sort réservé aux enfants enlevés pendant la dictature du général Franco (Gatti, Revet, 2016, p. 106).

29 Cour IDH, 29 juillet 1988, *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, Fond, Série C, n° 4 ; Commission IDH, rapport n° 28/92, précit. La Commission IDH a sanctionné toute mesure d'amnistie pour les auteurs de violations des droits de l'homme depuis 1988 en rappelant que la disparition forcée de nature continue et permanente constitue un crime contre l'humanité.

30 Cela peut être valable pour les attentats terroristes responsables de nombreux décès et blessés, à l'image du procès dit du V13 concernant les attentats de Paris du 13 novembre 2015, qui a été étudié par des chercheurs du CNRS comme la sociologue Sandrine Lefranc ou l'historien Denis Peschanski.

31 Lors des premières années de la démocratisation, l'Argentine fut confrontée à une situation économique délicate et la lutte contre l'impunité ne constitua pas à cette époque une priorité pour la population.

32 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Videla, J. A. s/ excepciones - causa 30.311 Sentencia 9 de Septiembre de 1999 Nro.* En décembre 1996, les Grands-mères de la place de Mai déposèrent une plainte par ce moyen. Grâce à cette faille juridique, les investigateurs du Coup

d'État du 24 mars 1976, graciés par Carlos Menem par décret présidentiel du 29 décembre 1990, furent placés à partir de 1998 en détention préventive pour le crime d'enlèvement d'enfants, la soustraction et la falsification d'identité ainsi que la violation de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989 (ONU, 1989).

33 Interrogé par des journalistes français à l'occasion de sa visite à Paris pour la Coupe du monde de football, l'auteur des décrets présidentiels de grâce, Carlos Menem, avait répondu qu'il ne prendrait aucune mesure d'impunité et « qu'il n'édicterait aucune mesure de grâce » (Pitte, Guillaume-Clavière, 1998).

34 Constitución de la Nación Argentina, Ley n° 24.430, Ordénase la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994), Sancionada Diciembre 15 de 1994, Promulgada Enero 3 de 1995, p. 11. L'article 75, § 22, dispose que « les traités et concordats ratifiés ont une autorité supérieure à celle des lois. La Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention américaine sur les droits humains, le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international des droits civils et politiques et son protocole facultatif, la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale, la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination contre la femme, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la Convention relative aux droits de l'enfant, dans les conditions en vigueur, ont une autorité constitutionnelle, n'abrogent aucun article de la première partie de la présente Constitution et doivent être considérés comme complémentaires des garanties et droits reconnus par ladite Constitution. Ils ne peuvent être dénoncés que par le Pouvoir exécutif national, après ratification des deux tiers des membres composant chaque chambre. Après ratification par le Parlement, les autres traités et conventions sur les droits humains n'ont une autorité constitutionnelle qu'au vote des deux tiers des suffrages exprimés des membres composant chaque chambre » (nous traduisons).

35 *Ibid.*, p. 12, (nous traduisons).

36 PEN, Buenos Aires, 6 de marzo de 2001, Autos y visto: Para resolver en la presente causa Nro. 8686/2000 caratulada A. Simon, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años del registro de la Secretaría

Nro. 7 de este Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 4 ; en particular, sobre el contenido de la presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales de fs. 1153 y ss. En l'espèce, deux militaires furent placés en détention préventive par le juge Cavallo en novembre 2000 pour l'enlèvement d'un nourrisson, en 1978, et l'assassinat de ses parents opposants à la junte militaire.

37 La grave crise économique qui a provoqué, en décembre 2001, la démission du successeur de Carlos Menem, le président Fernando de la Rúa, a entraîné un profond renouvellement du personnel politique, accompagné de la manifestation d'une rupture avec le passé se traduisant par une véritable volonté politique de poursuivre judiciairement l'ensemble des militaires ayant participé à la répression sous la dictature militaire de 1976 à 1983. Cela s'est manifesté, en 2003, par l'abrogation des deux lois d'amnistie et par la ratification d'instruments internationaux, à l'instar de la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité de 1968. Grâce à l'application du droit international, les responsables des graves violations des droits de l'homme sous la dictature sont renvoyés devant les juridictions pénales en 2010, y compris ceux condamnés en 1985. L'autorité de la chose jugée ne peut être invoquée car le général Videla ainsi que les autres membres de la junte militaire furent condamnés cette année-là pour atteinte aux droits de l'homme et non pour crime contre l'humanité. De plus, les subordonnés du régime furent aussi renvoyés devant les juridictions pénales car l'obéissance due ne peut être une circonstance atténuante pour la commission des crimes contre l'humanité (Joinet, 1997, p. 9).

38 En 2000, la Commission IDH puis la Cour IDH ont reconnu le caractère autonome du « droit à la vérité », en dehors de l'action pénale. Voir Commission IDH, 29 février 2000, Informe n° 21/00, Caso 12.059, *Carmen Aguiar de Lapacó v. Argentina* ; Cour IDH, 25 novembre 2000, *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, Série C, n° 70.

39 Dans cette perspective, la peine ne vise pas à réparer le préjudice subi, mais à sanctionner juridiquement l'auteur des faits. Elle constitue une rétribution institutionnelle, parfois sans proportion avec l'ampleur des crimes commis, mais nécessaire à toute perspective de réintégration sociale. Le débat relatif à la peine ne peut dès lors être confondu avec celui de la réparation civile. Il relève de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire – procureur et juge – et non des victimes, ce qui participe de la séparation des fonctions au sein de la justice pénale (Vandermeersch, 2013, p. 55-57).

RÉSUMÉ

Français

La présente contribution portera sur les politiques de justice transitionnelle, lesquelles témoignent de l'évolution des mécanismes de reconnaissance, par un régime démocratique, de son passé criminel. À cet égard, l'Argentine offre un panorama particulièrement riche des mécanismes mis en œuvre pour reconnaître et réparer les violations subies par les victimes de l'ancienne dictature militaire au pouvoir entre 1976 et 1983. Il s'agira de mettre en lumière le rôle du droit international dans l'évolution des politiques de justice transitionnelle menées par les autorités de Buenos Aires, lesquelles oscillèrent entre une justice partielle – marquée par la condamnation de certains hauts responsables de la hiérarchie militaire impliqués dans de graves violations des droits de l'homme – et des phases d'impunité quasi totale. Parallèlement à ces poursuites judiciaires limitées, l'État argentin engagea des mécanismes de reconnaissance extrajudiciaire des crimes perpétrés par la junte militaire, notamment à travers la mise en place d'une Commission Vérité et l'octroi d'indemnisations financières aux victimes. Après une période de recul de l'autorité judiciaire, cantonnée à la poursuite de faits annexes, un retour progressif, puis complet, de la justice pénale fut opéré. Celui-ci fut rendu possible par une volonté politique renouvelée et par l'immixtion croissante du droit international, lequel consacre depuis les années 1990 l'obligation pour les États de poursuivre et de juger les auteurs de crimes contre l'humanité.

INDEX

Mots-clés

transition démocratique, droit international, mémoire, justice transitionnelle

AUTEUR

Scott Fougère-Green

Docteur en droit public, Université de Perpignan Via Domitia ; enseignant en droit public, Université de Toulon ; scott-fougere1992@hotmail.fr